



Procedimiento nº: E/04529/2016

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00911/2017

Examinado el recurso de reposición interpuesto por D. **A.A.A.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente de actuaciones previas de inspección E/04529/2016, y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 29 de diciembre de 2016, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente de actuaciones previas de inspección E/04529/2016, procediéndose al archivo de las citadas actuaciones previas.

En los Antecedentes de la citada resolución se establecía:

<<...HECHOS

*PRIMERO: Con fecha de 14/07/2016, 24/08/2016 y 11/11/2016 tienen entrada en esta Agencia escritos de D. **A.A.A.** (en adelante el denunciante) comunicando que en 2015 contacta con VIAJES DOMINICANA TOURS S.L. (en lo sucesivo DOMINICANA) para solicitar un presupuesto. Tras su disconformidad con el trato recibido pide por correo electrónico que le den de baja en sus archivos. A pesar de ello y de que pulsa en los enlaces de baja, continúa recibiendo correos electrónicos en su cuenta. Los escritos aportan copia de los correos electrónicos recibidos junto con sus cabeceras completas, así como solicitudes de baja enviadas.*

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación, solicitando información al denunciado, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

*1. DOMINCANA es la responsable de los datos proporcionados por los usuarios de la página web ***URL.1, tal y como consta en su política de privacidad.*

*Si bien en la página de política de privacidad no se indica cuál es la dirección postal a la que podrán dirigirse las solicitudes de derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en la página de preguntas frecuentes sí que figura, y es ***DIRECCIÓN.1 Rivas-Vaciamadrid (Madrid).*

*2. Como se acredita a través del documento remitido, el denunciante recibe en su cuenta de correo B.B.B. 16 correos electrónicos remitidos desde la cuenta ***EMAIL.2 entre el 12/07/2016 y el 31/10/2016. Los correos electrónicos contienen información comercial referente a productos y servicios de DOMINICANA.*

3. Los correos electrónicos disponen de un enlace con el texto "Eliminar

subscripción” que al ser pulsado abre el cliente de correo electrónico del destinatario y crea un correo electrónico dirigido a ***EMAIL.1 con el asunto “Eliminar subscripción”.

El denunciante aporta copia de 7 solicitudes de baja remitidas entre el 28/06/2016 y el 12/10/2016.

4. El dominio dominicanatours.com está registrado a nombre de DOMINICANA. La dirección IP que identifica el ordenador origen de los correos denunciados está asignada a la filial alemana del prestador de servicios de Internet 1&1 y el sitio web ***URL.1 está alojado en un servidor identificado por una dirección IP de esa misma filial.

5. En respuesta a la solicitud de información, la entidad DOMINICANA manifiesta:

1.1. En los sistemas de la entidad constan los datos del denunciante como socio del “club de dominicanatours” con fecha de registro 21/01/2015 y vinculados a un pedido anterior de fecha 12/04/2011. Se aporta impresión de pantalla de los sistemas de información con la ficha del cliente.

1.2. Así mismo alega que “nunca fue expresada por parte del interesado de forma inequívoca que deseaba dejar de estar en nuestras listas” y que llegaron a pensar que el denunciante estaba infectado con un virus ya que no fue uno sino muchos los mensajes que recibieron de forma seguida sin ningún texto.

Se aporta impresión de pantalla de los sistemas de información de la entidad que muestra una lista de 8 mensajes remitidos por “ B.B.B.” y recibidos el 12/06/2016 en el buzón ***EMAIL.1 con el asunto “Eliminar subscripción” y el detalle de una de ellos que muestra que el cuerpo del correo no contiene texto alguno.

1.3. La entidad aporta captura de pantalla que muestra como el correo electrónico del denunciante figura en su fichero de exclusión pero dicha captura no muestra la fecha en la que fue incluido en el fichero.

1.4. Manifiestan que recientemente han implantado una mejora del sistema por la que es el propio destinatario quien se da de baja en el sistema de forma automática.

6. Los correos electrónicos recibidos por DOMINICANA llevaban en el asunto del correo el texto “Eliminar subscripción” y se dirigían a una cuenta ***EMAIL.1. “Unsubscribe” es el término inglés para baja o cancelación de suscripción y los buzones con esas cuentas son utilizados de manera exclusiva para ese fin...>>

SEGUNDO: D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en esta Agencia, en fecha 5 de diciembre de 2017, recurso de reposición, fundamentándolo básicamente en:

<<...Que por medio del presente escrito viene a formular RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN, de conformidad con lo establecido en los art. 112,



123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, contra la Resolución resultante del expediente E/04529/2016, por la que se acuerda el Archivo de las actuaciones practicadas tras la denuncia del ahora recurrente.

El recurrente se opone con el presente Recurso a dicho Acuerdo, en base a los siguientes

MOTIVOS Y ALEGACIONES

PRIMERO. El escrito de notificación de la citada resolución fue recibido por el denunciante en fecha 24 de noviembre de 2.017, según consta en la Oficina de Correos del municipio de Villaviciosa de Odón.

El art. 37 de la LOPD determina que la Resolución se hará pública una vez notificada a los interesados.

El denunciante es parte interesada, no sólo porque la Ley así lo reconozca, sino también porque lo ha manifestado explícitamente al reclamar, en su correo electrónico a la AEPD en fecha 3 de abril de 2017 que se le notifique la resolución del expediente, lo cual reiteró en nuevo correo electrónico a la citada AEPD en fecha 9 de octubre de 2017.

Al primer correo no se le contestó y en respuesta a este último correo se le ha remitido escrito diciendo que la resolución reclamada ha sido publicada en la página web de la AEPD, sin especificar la fecha de la Resolución ni de la publicación, y adjuntando transcripción escrita de la Resolución citada.

En el Acuerdo de la Resolución transcrito figura como segundo y último punto de la misma: «Notificar la presente Resolución a Viajes Dominicana Tours, S.L.», sin incluir al denunciante para dicha notificación, lo cual implica para el mismo una situación de indefensión.

Es por ello que, habiendo transcurrido menos de un mes desde la recepción por el denunciante del certificado con la documentación requerida, se considera este Recurso de Reposición como presentado en tiempo y forma, al margen de la fecha en que fuera emitida la Resolución (...)

Y, si habían borrado ya los datos ¿cómo han dado el pantallazo que han enviado a esa AEPD en su descargo? (...)

TERCERO. En los Fundamentos de Derecho V, a consecuencia de un razonamiento con el que el recurrente discrepa totalmente, se llega a una Resolución por la que se acuerda el archivo de las actuaciones, sin imponer sanción al denunciado, con lo cual el recurrente tampoco está de acuerdo por los motivos que a continuación se exponen: (...)

También se ha citado la necesidad de evitar desproporción entre el error cometido y la sanción. Sin embargo, habrá que matizar dicho extremo habida cuenta el tiempo que tardó en atenderse por Dominicana Tours (no por iniciativa propia, sino tras la comunicación de la denuncia) la reclamación del denunciante, el número de

comunicaciones enviadas, la existencia de un beneficio derivado, directo o indirecto, inmediato o a plazo, para la empresa (como ya se ha expuesto en párrafos anteriores de este Recurso) y el perjuicio por molestias, saturación de correos, sensación de acoso y ausencia de atención a los requerimientos enviados, que ha sufrido el denunciante, todo lo cual evidencia al menos negligencia, además de intencionalidad, a la hora de verificar la adecuación de sus “sistemas” a la normativa que regula en envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

Es por ello que el recurrente considera que no existe correlación aplicable entre este caso y el citado de la SAN del rec. 455/2011...>>

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por el recurrente, reiterándose básicamente, en las manifestaciones de su denuncia, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho del II al VI ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<...II

El artículo 37 de la LSII establece como sujetos sobre los que impone su régimen sancionador a “los prestadores de servicios de la sociedad de la información”.

Para determinar qué sujetos se ajustan a dicha definición, ha de acudirse a lo dispuesto en el Anexo de la citada ley, que define al “Prestador de servicios” (apartado,) “como la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”. Lo que se completa con la definición que sobre “Servicios de la sociedad de la información o servicios” ofrece el apartado a), del Anexo: “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

- 1. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.*



2. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.
3. La gestión de compras en la red por grupos de personas.
4. El envío de comunicaciones comerciales.
5. El suministro de información por vía telemática.”

III

Por su parte, el artículo 21 de la LSSI, nos dice lo siguiente:

“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección” (el subrayado es de la AEPD)

En el presente caso ha quedado acreditado que la remisión de los correos después de que el denunciante hubiera solicitado la baja a través del medio habilitado por la entidad, promocionando productos y servicios, fueron remitidos por la entidad DOMINICANA.

IV

El artículo 39 bis de la LSSI, bajo el epígrafe “Moderación de las sanciones”, estipula lo siguiente:

“1. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el artículo 40.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.

2. Los órganos con competencia sancionadora, atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, podrán acordar no iniciar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable, a fin de que en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que, en cada caso, resulten pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b) Que el órgano competente no hubiese sancionado o apercibido con anterioridad al infractor como consecuencia de la comisión de infracciones previstas en esta Ley.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado, procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.”

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis.

V

En todo caso, debe señalarse que, si bien estamos ante comunicaciones comerciales no solicitadas, ya que se remitieron después de las solicitudes de baja cursadas por el denunciante, lo que significaría la concurrencia de una actuación infractora por parte de la entidad denunciada, ésta al tener noticia de los hechos aquí expuestos, ha comunicado a esta Agencia que ha procedido a la incorporación en su fichero de exclusión, de la dirección de correo electrónica del denunciante, sin que conste comunicación comercial posterior a la dirección de correo electrónica del denunciante, a partir de lo cual, debe tenerse en consideración lo siguiente:

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que pese a referirse al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD tiene plena aplicación al apercibimiento regulado por la LSSI.

La Audiencia Nacional a propósito de la naturaleza jurídica de esta figura advierte que “no constituye una sanción” y que se trata de “medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción” que sustituyen a la sanción. La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD (debemos entender hechas las consideraciones, por lo que aquí respecta, al artículo 39 bis, 2 de la LSSI) confiere a la AEPD una “potestad” diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la



conurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento -como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella- cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando las medidas correctoras pertinentes ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho será acordar el Archivo de las actuaciones.

En consideración a lo expuesto, habida cuenta de que la actuación de la entidad denunciada, podría ser constitutiva de una infracción leve de la LSSI, de que la misma nunca antes ha sido apercibida o sancionada por la AEPD. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la citada entidad teniendo en cuenta que concurren de forma significativa las circunstancias de ausencia de intencionalidad y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción. Así mismo han manifestado que el correo electrónico del denunciante figura en su fichero de exclusión y que recientemente han implantado una mejora del sistema por la que es el propio destinatario quien se da de baja en el sistema de forma automática.

Este organismo está facultado para, en lugar de iniciar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibir a la misma a fin de que adopte las oportunas medidas correctoras.

Sin embargo, en base a los principios de intervención mínima y proporcionalidad que informan la capacidad de actuación de esta Agencia y teniendo en cuenta que las medidas correctoras que procedería imponer fueron ya adoptadas por iniciativa propia al suprimir de su listado la dirección de correo electrónico del denunciante en armonía con el pronunciamiento de la Audiencia Nacional recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) debe acordarse el Archivo de las actuaciones de investigación practicadas...

>>

III

En relación con la alegación del recurrente sobre la conservación de los datos hay que hacer constar que el art. 16 de la LOPD regula: "...Derecho de rectificación y cancelación.

1. El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días (...)

3. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas.

Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión..."

IV

Respecto a la petición del recurrente, sobre que la Agencia adopte la decisión de iniciar procedimiento sancionador al denunciado por la infracción del art. 21 de la LSSI, no puede estimarse. Se hace necesario recordar que el denunciante, *“incluso cuando se considere a sí mismo “víctima” de la infracción denunciada, no tiene un derecho subjetivo ni un interés legítimo a que el denunciado sea sancionado (...) El poder punitivo pertenece únicamente a la Administración que tiene encomendada la correspondiente potestad sancionadora –en este caso, la AEPD- y, por consiguiente, sólo la Administración tiene un interés tutelado por el ordenamiento jurídico en que el infractor sea sancionado.”*

En estos términos se ha pronunciado la Audiencia Nacional en su sentencia de 2 de junio de 2015, en la que recuerda que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 9 de junio de 2014), para lo que sí se reconoce legitimación al denunciante es *“para demandar el desarrollo de la actividad investigadora que resulte conveniente para la debida averiguación de los hechos que hayan sido denunciados, pero no para que esa actividad necesariamente finalice en una resolución sancionadora”*.

V

Por tanto, dado que, en el recurso de reposición, no se han aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada, procede acordar su desestimación.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por D. **A.A.A.** contra la resolución de esta Agencia dictada con fecha 29 de diciembre de 2016, en el expediente de actuaciones previas de inspección E/04529/2016.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a D. **A.A.A.**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.



Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto según lo previsto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos