



Expediente Nº: E/01139/2018

## RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **GEARBEST** en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

### HECHOS

**PRIMERO:** Con fechas 15/02/2018 y 12/03/2018, tuvo entrada en esta Agencia escritos de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) contra **GEARBEST** (en lo sucesivo el denunciado) comunicando:

*“...Descontento con el comportamiento de Gearbest en la tramitación de un pedido, intentó darse de baja en dicho portal de compras, no encontrando opción en la cuenta.*

*Para lo cual en la sección destinada a incidencias (Tickets), solicitó la baja en fecha 6/02/2018: como se puede comprobar en el documento solicitudes de baja; esto se hace en la propia página web del portal de compras.*

*Por cada mensaje de la incidencia (Ticket) acusan recibo; lo que se adjunta en los escritos Acuse de recibo; con los correspondientes encabezamientos (“mensaje original”) según uds demandan. Asimismo por cada contestación que envían, mandan un aviso al correo, de los cuales también se aporta el “mensaje original”, nombrados como Aviso contestación Gearbest.*

*En el documento solicitudes de baja se ve la relación cronológica de los mensajes enviados y recibidos.*

*Asimismo solicitan prueba de que siguen llegando correos publicitarios al correo del interesado, con posterioridad a la solicitud de baja.*

*Está configurado para que vayan a Spam y hasta ahora los estaba eliminando cada cierto tiempo. Aporto el último recibido 12/03/2018 como Spam posterior a solicitudes de baja.txt: dado que envían por lo menos uno diario, seguirán acumulándose en Spam...”*

**SEGUNDO:** Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, formalizando Diligencia de 21/05/2018, para hacer constar que con fecha 24/04/2018, la Inspección realiza la siguiente prueba:

- Se introduce en el navegador la URL que la empresa GEARBEST facilita al denunciante para de cancelar sus datos con el propósito de no recibir más comunicaciones comerciales de dicha empresa.

[http://ems.gearbest.com/marketing/mail-user-deal/unsubscribe?  
module\\_name=marketing\\_email&email={\\$email}&code={\\$code}](http://ems.gearbest.com/marketing/mail-user-deal/unsubscribe?module_name=marketing_email&email={$email}&code={$code})

Se obtiene una pantalla en blanco con el mensaje que menciona el denunciante □箱不存在或格式不正确！(en chino mandarín: “dirección de correo inexistente o formato incorrecto”).

- Se observa que la llamada a la URL es de tipo GET, con dos variables: “email” y “code”. Se prueba a sustituir {\$email} por la dirección de correo electrónico del denunciante y a omitir la parte relativa a la variable “code” (código)

[http://ems.gearbest.com/marketing/mail-user-deal/unsubscribe?  
module\\_name=marketing\\_email&email= \*\*B.B.B.\*\*](http://ems.gearbest.com/marketing/mail-user-deal/unsubscribe?module_name=marketing_email&email=B.B.B.)

Se vuelve a obtener la pantalla en blanco con el mensaje “dirección de correo inexistente o formato incorrecto” en chino.

- Se intenta sustituir & por el símbolo & (ampersand) –en ocasiones, dicho símbolo es convertido a la cadena “&,” por ciertos módulos de aplicaciones.

[http://ems.gearbest.com/marketing/mail-user-deal/unsubscribe?  
module\\_name=marketing\\_email&email= \*\*B.B.B.\*\*](http://ems.gearbest.com/marketing/mail-user-deal/unsubscribe?module_name=marketing_email&email=B.B.B.)

Ahora aparece la pantalla de la impresión núm. 1, donde está pre-cumplimentado el campo de dirección de correo electrónico, y se da la opción de suscribir a información de promociones semanales o cancelar la suscripción.

- Si se elige la opción de cancelar la suscripción, aparece un mensaje. Es decir, con el término “unsubscribe” se refiere más bien a “modificar las condiciones de suscripción”, ya que da a elegir entre envíos semanales, mensuales, volver a recibir todas las comunicaciones, y en la última opción, cancelar la suscripción.
- Si se elige la última opción, aparece una ventana emergente en la parte superior donde confirman la baja del correo electrónico.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI).

### **II**

El artículo 37 de la LSSI 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, señala 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 de 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.*

*Quando 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.”*

En el presente caso el denunciante alegaba recibir correos no deseados tras

intentar darse de baja de la web del denunciado, pues alegaba que el sistema de baja no funcionaba.

#### 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 concurren 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.

Trasladando las consideraciones precedentes al supuesto que analizamos se observa que la presunta infracción de la LSSI del denunciado, constituiría una infracción “leve”; que la entidad denunciada no han sido sancionada o apercibida por la AEPD en ninguna ocasión anterior; y que concurren de manera significativa varias de las circunstancias descritas en el artículo 39 bis, 1 de la LSSI, teniendo en cuenta el número de correos y la falta de constancia de beneficios obtenidos y perjuicios

ocasionados.

## V

En todo caso, debe señalarse que, si bien el denunciante no conseguía darse de baja de la web del denunciado, utilizando el medio establecido en la web. Desde esta Agencia y con fecha 24/04/2018 se ha conseguido la baja del denunciante de dicha web, tal como lo confirma la impresión conseguida.

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 concurrencia 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 el presente caso y teniendo en cuenta las circunstancias del mismo, este organismo está facultado para, en lugar de iniciar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibir al denunciado 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 tras la actuaciones de esta Agencia, 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.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

### SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **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 (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 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 del referido texto legal.

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