



Expediente N°: E/07218/2015

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **TOYS CENTRE, S.L.** en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 16 de octubre de 2015 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta lo siguiente:

1. Ha solicitado en varias ocasiones la baja de publicidad a través del enlace de las comunicaciones comerciales que recibe de **DRIM (TOYS CENTRE, S.L.)** y aunque ha recibido respuesta confirmando la baja en cada una de ellas, continúa recibiendo correos publicitarios de dicha entidad.
2. Aporta copia de tres correos electrónicos de confirmación de baja de publicidad remitidos por la entidad denunciada de fechas 29/4/2014, 23/9/2014 y 29/12/2014.
3. Aporta copia de cinco comunicaciones comerciales remitidas por correo electrónico por la entidad denunciada en las fechas 12/5/2015, 21/7/2015, 31/7/2015, 2/10/2015 y 7/10/2015.

Como respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia, con fecha de 1 de diciembre de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito del denunciante en el que aporta las cabeceras completas de internet de los correos electrónicos aportados en su anterior escrito, y añade un nuevo correo electrónico publicitario de fecha 11/11/2015 junto con sus correspondientes cabeceras.

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, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. El denunciante recibió en su cuenta de correo **.....@gmail.com** los correos electrónicos cuyas características se listan a continuación.

Cuenta origen	IP origen	Fecha	Hora
.....@cloudmarketing.biz	***IP.1	12/5/2015	13:30+02
.....@cloudmarketing.biz	***IP.2	21/7/2015	9:53+02
.....@cloudmarketing.biz	***IP.2	31/7/2015	16:06+02
.....@cloudmarketing.biz	***IP.2	2/10/2015	14:46+02



.....@cloudmarketing.biz	***IP.2	7/10/2015	12:28+02
.....@cloudmarketing.biz	***IP.2	11/11/2015	14:12+01

Los correos electrónicos contenían información comercial referente a ofertas de juguetes.

Los correos electrónicos disponen de información sobre el cómo solicitar la baja de la lista de destinatarios en forma de enlace con el texto *“haga click aquí si desea darse de baja de la lista”*.

2. El denunciante aporta copia de 3 correos electrónicos remitidos desde CloudMarketing.biz a la dirección **.....@gmail.com** en las fechas 29/4/2014, 23/9/2014 y 29/12/2014, con el asunto “BAJA ONLINE DE LISTA DE CORREO” y con el siguiente contenido: “El correo **.....@gmail.com** se ha dado de baja de la lista.”
3. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, los representantes de **TOYS CENTRE, S.L.** remitieron un escrito en el que manifestaron, en referencia al envío de los correos electrónicos en cuestión, que:
 - 3.1. El titular de la dirección de correo electrónico **.....@gmail.com** es un cliente registrado de su portal, por lo que ha cumplimentando todos los datos del registro solicitado y aceptando en el momento de registro las condiciones legales del mismo, donde acepta la remisión de correos publicitarios a la dirección de correo electrónico facilitada. Adjunta copia de las Condiciones de Compra.
 - 3.2. Disponen de un protocolo de protección de datos, para contestar a cualquier derecho que soliciten los usuarios. Muestra de ello, es la leyenda que aparece al final de cada email enviado a los usuarios. Asimismo realizan los debidos controles para verificar que las listas de envíos se encuentren actualizadas, por lo que recibido el requerimiento de la Inspección de Datos han comprobado que debido a unos problemas técnicos a la hora de exportar las bajas, se exportaron todas las bajas excepto la de la dirección de correo electrónico **.....@gmailcom**, ante los hechos acontecidos, TOYS CENTRE S.L. ha procedido a la eliminación de esta dirección en sus ficheros

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 la LSSI).

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, dispone 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.”

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. Junto a ello se constataba una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que la infracción se refiere a la remisión de seis comunicaciones comerciales, que ha reconocido la



responsabilidad y que concurren de forma significativa las circunstancias de ausencia de intencionalidad y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción.

V

En todo caso, debe señalarse que, si bien estamos ante comunicaciones comerciales no solicitadas, lo que significaría la concurrencia de una actuación infractora por parte del denunciado, éste al tener noticia de los hechos aquí expuestos, ha comunicado a esta Agencia que ha procedido a la eliminación de la dirección de correo electrónico del denunciante, sin que conste comunicación comercial posterior a la citada dirección.

Sobre este particular debe recordarse lo dispuesto en 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 consideración a lo expuesto, habida cuenta de que la actuación del denunciado podría ser constitutiva de una infracción de la LSSI, de que el mismo nunca antes ha sido apercibido o sancionado por la AEPD, que se constata una cualificada disminución de la culpabilidad al haber remitido el denunciado seis comunicaciones comerciales y haber reconocido la responsabilidad y que concurren de forma significativa las circunstancias de ausencia de intencionalidad y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de las infracciones, este organismo está facultado para, en lugar de iniciar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibir al mismo a fin de que adopten 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 y de forma diligente por la entidad denunciada al suprimir de sus 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.



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 **TOYS CENTRE, S.L.** y a **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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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