

## Procedimiento nº.: A/00031/2019

- **Recurso de reposición Nº RR/00040/2020**

Examinado el recurso de reposición interpuesto por **SHOP MACOYN SL (YBL ABOGADOS)** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador A/00031/2019, y en base a los siguientes

### HECHOS

**PRIMERO:** Con fecha 28/11/2019, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador A/00031/2019, en virtud de la cual se imponía a una sanción de APERCIBIMIENTO, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en relación con la infracción del artículo 21.1 de la citada norma, tipificada como leve en su artículo 38.4. d) y, además, se le REQUERÍA de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 bis 2 de la LSSI para que en el plazo de UN MES desde la notificación de la presente resolución: cumpliera lo previsto en el artículo 21.1 de la LSSI, instándole a implementar medidas necesarias para evitar infracciones como la cometida e informara a la AEPD el cumplimiento de lo requerido.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 03/12/2019, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en la LSSI, y supletoriamente en la LPACAP, en materia de tramitación de procedimientos sancionadores.

**SEGUNDO:** Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, A/00031/2019, quedó constancia de los siguientes:

*PRIMERO: El reclamante presentó escrito de reclamación el 09/05/2019 en la AEPD manifestando que tras recibir correos de tipo publicitario del reclamado, YBL ABOGADOS, les había solicitado que eliminaran sus datos para el envío de publicidad, no recibiendo contestación alguna ni formulario o procedimiento para solicitar la cancelación; posteriormente recibió otro correo publicitario del reclamado.*

*SEGUNDO: El reclamante ha aportado copia del correo electrónico recibido de \*\*\*FECHA.1, relativo al asunto hacemos valer sus derechos, publicitando e informando de los servicios que presta sin que haya sido autorizado ni consentido para ello, desde la dirección de YBL ABOGADOS a las direcciones \*\*\*EMAIL.1 y \*\*\*EMAIL.2 titularidad del reclamante.*

*TERCERO: El reclamado no ha contestado al requerimiento de información realizado por la AEPD, ni ha presentado escrito de alegaciones al acuerdo de inicio.*

*CUARTO: No consta acreditado el consentimiento o autorización del reclamante al reclamado, YBL ABOGADOS, para el envío de comunicaciones comerciales o publicitarias.*

**TERCERO: SHOP MACOYN SL (YBL ABOGADOS)** (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en fecha 14/01/2020, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo en **HUECO**

## 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 48.1 de la LOPDPGDD.

### II

La resolución recurrida se fundamentaba en lo siguiente:

#### “II

*La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su artículo 64 “Acuerdo de iniciación en los procedimientos de naturaleza sancionadora”, dispone:*

*“1. El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor del procedimiento, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará a los interesados, entendiéndose en todo caso por tal al inculpado.*

*Asimismo, la incoación se comunicará al denunciante cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo prevean.*

*2. El acuerdo de iniciación deberá contener al menos:*

*a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.  
b) Los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.*

*c) Identificación del instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos.*

*d) Órgano competente para la resolución del procedimiento y norma que le atribuya tal competencia, indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos en el artículo 85.*

*e) Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante el mismo de conformidad con el artículo 56.*

*f) Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio, así como indicación de que, en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo*



*de iniciación, éste podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada.*

*3. Excepcionalmente, cuando en el momento de dictar el acuerdo de iniciación no existan elementos suficientes para la calificación inicial de los hechos que motivan la incoación del procedimiento, la citada calificación podrá realizarse en una fase posterior mediante la elaboración de un Pliego de cargos, que deberá ser notificado a los interesados”.*

*En aplicación del anterior precepto y teniendo en cuenta que no se han formulado alegaciones al acuerdo de inicio, procede resolver el procedimiento iniciado (el subrayado corresponde a la AEPD).*

### III

*En el presente caso, se atribuye al reclamado la infracción del artículo 21.1 de la LSSI que dispone:*

*“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”.*

*Por otra parte, en el apartado 2 del citado artículo se dispone:*

*“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.*

*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.”*

*Por otra parte, el artículo 22.1 de la LSSI establece que:*

*“El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.*

*A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. 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.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos”

La citada infracción se encuentra tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma, que califica como tal “El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave.”

De las actuaciones practicadas ha resultado que el reclamado remitió comunicaciones de tipo comercial por medios electrónicos a las dos direcciones de correo electrónico del despacho del que es titular: **\*\*\*EMAIL.1** y **\*\*\*EMAIL.2**, publicidad sobre los servicios que presta sin autorización ni consentimiento para ello.

La citada conducta se encuentra tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma, que califica como tal: “El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave”.

En el presente caso, la infracción del artículo 21.1 de la LSSI que se imputa al reclamado ha de calificarse como infracción leve, considerando el número de mensajes comerciales remitidos al reclamante.

#### IV

En 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.”

Por su parte el artículo 40 de la LSSI, en relación con la “Graduación de la cuantía de las sanciones”, determina lo siguiente:

“La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

- a) La existencia de intencionalidad.
- b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.
- c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.
- d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.
- e) Los beneficios obtenidos por la infracción.
- f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida.
- g) La adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.”

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 constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado teniendo en cuenta el número de correos remitidos y que concurren de forma significativa las circunstancias de ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario de los mensajes y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción.

V

De lo expuesto y de conformidad con lo señalado en el artículo 39 bis, 2 de la LSSI, se requiere a la entidad reclamada para que adopte medidas oportunas tendentes a evitar que se vuelva a vulnerar la prohibición de envío de comunicaciones comerciales que no hubieran sido expresamente solicitadas o sin darse algún supuesto que permite el art. 21 de la LSSI.

*Se advierte al reclamado que las medidas indicadas en el párrafo anterior deberán adoptarse por la entidad y comunicarlas a la AEPD, pues de no hacerlo podría incurrir en infracción muy grave tipificada en el artículo 72.1.m) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), en relación con el artículo 58.2 del RGPD”.*

#### IV

Hay que señalar que, en el presente recurso de reposición, el recurrente no ha aportado hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Por otra parte, en relación con lo señalado en la parte dispositiva de la resolución dictada objeto del presente recurso y en la que se le requería para que en el plazo de un mes se implementaran medidas necesarias para evitar infracciones como la cometida y se informara a la AEPD aportando medios de prueba en los que se ponga de manifiesto su cumplimiento, se entiende cumplido lo ordenado con los documentos adjuntos remitidos con el escrito de recurso.

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 **SHOP MACOYN SL (YBL ABOGADOS)** contra la resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 28/11/2019, en el procedimiento sancionador A/00031/2019.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución a la entidad **SHOP MACOYN SL (YBL ABOGADOS)**.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDPGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDPGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), los interesados podrán interponer 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 de la referida Ley.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante



escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada LPACAP. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

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