



Procedimiento nº: E/06247/2017

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00251/2018

Examinado el recurso de reposición interpuesto por **A.A.A.** (ECOPROYECTOS GARDEN S.L.) contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente de actuaciones previas de inspección E/06247/2017, y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 5 de marzo de 2018, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente de actuaciones previas de inspección E/06247/2017, procediéndose al archivo de actuaciones en aplicación del pronunciamiento de la Audiencia Nacional recogido en la Sentencia de fecha 29/11/2013 (Rec. 455/2011).

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 13/03/2018, según aviso de recibo que figura en el expediente.

SEGUNDO: **A.A.A.** (ECOPROYECTOS GARDEN S.L.) (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en esta Agencia, en fecha 12 de abril de 2018, recurso de reposición, fundamentándolo básicamente en incorrecciones que el denunciado vierte en las alegaciones, relativas a la posible relación previa entre las empresas y sus colaboradores, para solicitar la imposición de una sanción por vulnerar la ley.

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 cuestiones planteadas por el recurrente relativas a las distintas entidades que intervienen en los hechos, respecto de la existencia de relación comercial previa o puesta a disposición voluntaria de la dirección de correo, todo ello en relación con los requisitos que establece el art. 21 de la LSSI, debe indicarse que en la Resolución recurrida, se indicó lo siguiente:

(...)En el presenta caso, ha resultado que ECOPROYECTOS mantuvo una relación comercial previa con IRIS EKAMAT, y constan comunicaciones electrónicas previas entre las cuentas de correo emisora y receptora en la comunicación denunciada.

Por lo que el envío aportado estaría amparado en la excepción prevista en el apartado 2 del art. 21 arriba transcrito. No obstante lo anterior, la entidad niega que el envío se haya realizado a través de su plataforma de envío y que los datos del denunciante están marcados en el software de gestión de clientes – CRM- para no ser destinatario de dichas comunicaciones.(...)

El recurrente niega esa concreta relación, sin embargo el acento debe ponerse en que la dirección de correo electrónico destinataria del mensaje *ha sido bloqueada*, es decir, que con independencia de que concurrieran o no los requisitos que establece el art. 21 de la LSSI para el envío de comunicaciones comerciales, con la medida adoptada, la solución procedente en Derecho sería la misma que tuvo la resolución recurrida, es decir, de archivo por aplicación de la Sentencia de fecha 29/11/2013 (Rec. 455/2011), que establece que procede el archivo de un procedimiento de apercibimiento para el caso de que las medidas a adoptar por el apercibido ya hayan sido llevadas a cabo. En concreto en el Fundamento de Derecho VII se hace constar lo siguiente:

(...)En todo caso, debe señalarse que, si bien estamos ante comunicaciones comerciales sin un medio de oposición efectivo en relación con el correo electrónico recibido, por las circunstancias expuestas, 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 la marcación o bloqueo de la dirección de correo del denunciante y la habilitación de procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios puedan solicitar el cese en el envío de comunicaciones comerciales.

Pues bien, en atención a las citadas circunstancias se considera necesario subrayar que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 29 de noviembre de 2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, a propósito de la naturaleza jurídica de esta figura, que pese a referirse al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD tiene plena aplicación al apercibimiento regulado por la LSSI, 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 (estas consideraciones deben entenderse hechas, 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 por iniciativa propia, 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 este caso y en la medida en que las alegaciones del recurrente no ponen de manifiesto nuevas comunicaciones comerciales enviadas por medios electrónicos, es decir, que se hubieran producido con posterioridad a la adopción de la resolución y que pudieran sustentar la comisión de una infracción, sino que se refiere a un espacio temporal anterior cuya solución en Derecho fue la adoptada en la Resolución de 5/03/2018, debe concluirse que no se han aportado elementos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

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 **A.A.A.** (ECOPROYECTOS GARDEN S.L.) contra la resolución de esta Agencia dictada con fecha 5 de marzo de 2018, en el expediente de actuaciones previas de inspección E/06247/2017.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **A.A.A.** (ECOPROYECTOS GARDEN S.L.).

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