



Procedimiento nº.: PS/00450/2012

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00207/2013

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **IDEAS CREATIVAS DE OPERACIONES, S.L.** contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00450/2012, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 29 de enero de 2013, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00450/2012, en virtud de la cual se imponía a la entidad IDEAS CREATIVAS DE OPERACIONES, S.L., una sanción de 30.001 € (Treinta mil un euros), por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 22.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI), tipificada como grave en el artículo 38.3.d) de dicha norma, de conformidad con lo establecido en los artículos 39.1.b) y 40 de la citada LSSI.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 1 de febrero de 2013, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00450/2012, quedó constancia de los siguientes:

<<HECHOS PROBADOS

PRIMERO: *En los sistemas informáticos de IDEAS CREATIVAS DE OPERACIÓN, S.L. consta que con fecha 15 de noviembre de 2011 Dña. A.A.A. se dio de alta como usuaria en el portal www.rebajix.com, facilitando para ello su nombre, apellidos y dirección de correo electrónico. En dichos sistemas aparece como fecha de baja de la usuaria el 3 de julio de 2012 (folios 63, 64, 67 al 69, 103 y 114)*

SEGUNDO: *La denunciante ha aportado copia de las solicitudes de baja de sus datos de contacto dirigidas con fechas 16 de enero y 19 de enero de 2012 desde su cuenta de correo1@.... a las direcciones de correo2@.... y3@...., respectivamente, a los efectos de no recibir mensajes publicitarios.*

En el correo de fecha 19 de enero de 2012 se indica que el envío de fecha 16 de enero de 2012 fue devuelto por el servidor. (folios 3 y 4)

TERCERO: *Consta que con posterioridad a la solicitud de baja de fecha 16 de enero de*

2012 la denunciante recibió un total de cuatro comunicaciones comerciales en su dirección de correo electrónico1@.... procedentes de la cuenta de correo electrónico4@.... . En dichos envíos, remitidos con fechas 19 y 24 de enero de 2012 y 6 y 13 de febrero de 2012, se promocionaba la venta de diversos artículos y servicios comercializados a través del sitio web www.jixeer.com.

Estos correos comerciales incluían un enlace para darse de baja de la lista de destinatarios y otros dos enlaces para acceder a la "Política de privacidad" y a las "Condiciones de Uso" de la página web. (folios 7 al 12 y 17 al 28)

CUARTO: IDEAS CREATIVAS DE OPERACION S.L., entidad titular de los sitios web www.rebajix.com y www.jixeer.com, ha negado la recepción de los citados correos de solicitud de baja de fechas 16 y 19 de enero de 2012. (folios 65, 70, 75 y 118)

QUINTO: Las "Condiciones de Uso" del portal www.rebajix.com vigentes con fecha 15 de noviembre de 2011 ofrecían, además de una dirección postal, la cuenta de correo5@.... como medio para contactar con el mismo. (folio 118)

SEXTO: El portal www.rebajix.com pasó a denominarse www.jixeer.es con fecha 9 de enero de 2012, apareciendo en la "Política de privacidad" del mismo la dirección de correo electrónico2@.... a los efectos de revocación del consentimiento prestado por parte de los clientes y usuarios del portal. (folios 65, 70 al 74 y 115)

SÉPTIMO: En las Condiciones Legales del portal www.jixeer.com se produjo un error tipográfico en las direcciones de correo2@.... y5@...., cuya existencia no se detectó por IDEAS CREATIVAS DE OPERACIONES, S.L. hasta después de recibir con fecha 26 de junio de 2012 escrito de requerimiento de información de la Subdirección General de Inspección de Datos al que se acompañaba documentación de la denuncia. (folios 42 al 50, 65, 70 al 74 y 100)

OCTAVO: Consta que a fechas 28 de junio y 4 de julio de 2012 en la "Política de privacidad" del sitio web www.jixeer.com figuraba que "Jixeer, pone a disposición de los Clientes la dirección de correo electrónico2@...., para que éstos revoquen el consentimiento prestado", ofreciéndose esta misma dirección de correo electrónico, junto con una dirección postal, como medios para el ejercicio de los derechos ARCO (folios 59 y 77)

NOVENO: Consta que a fecha 12 de julio de 2012 en la "Política de privacidad del sitio web www.jixeer.com se indicaba que: "Jixeer, pone a disposición de los Clientes la dirección de correo electrónico6@jixeer.com, para que éstos revoquen el consentimiento prestado.", ofreciéndose también esta misma cuenta de correo electrónico a los efectos del ejercicio de los derechos ARCO. (folios 82 al 84)>>

TERCERO: Con fecha 8 de marzo de 2013 la representación de IDEAS CREATIVAS DE OPERACION S.L. (en adelante la recurrente) presentó recurso de reposición contra dicha resolución, que consta como registrado en esta Agencia Española de Protección de Datos con fecha 12 de marzo de 2013, en el que solicita la anulación de la sanción

impuesta en virtud de las siguientes alegaciones:

- La recurrente no procedió al envío de ningún correo desde la fecha en que tuvo conocimiento de la solicitud de la denunciante, a la cual dio de baja, no habiéndose tenido en cuenta por la AEPD la rápida actuación de la entidad tan pronto se identificó la solicitud del denunciante.
- Falta de intencionalidad en su conducta, la cual siempre ha respondido a la buena fe. Se incide en que el denunciante se dio de alta en los servicios de la entidad mostrando su expreso consentimiento para recibir comunicaciones comerciales, por lo que también podría haber desactivado el servicio directamente utilizando cualquiera de los otros medios habilitados para ello que no uso, a pesar de que *“era consciente que su comunicación de baja no era recibida ya que el servidor le devolvía los mensajes.”*
- Que a pesar del error técnico consistente en la inclusión de una dirección errónea en la política de privacidad, estaban disponibles otras vías para solicitar la baja. Tomando en consideración la buena fe existente en su conducta, la AEPD debió iniciar un procedimiento de apercibimiento.
- Se arguye que dada la existencia de una relación contractual con la denunciante no resulta necesario recabar su consentimiento para tales envíos de conformidad con lo previsto en el artículo 6.2 de la LOPD y el artículo 10.3.b) del RDLOPD. La recurrente considera que aún en el supuesto de que la conducta se encuadrara en lo previsto en el artículo 21 de la LSSI entraría en juego el primer párrafo del apartado segundo de dicho precepto, ya que los datos se recogieron de forma lícita y existía una relación contractual previa.
- Indebida calificación de los hechos. No se ha vulnerado la LSSI al no tratarse de un caso de envío masivo de correos electrónicos, sino individualizado para un usuario que se registró como cliente y no desactivó la baja desde su cuenta. Entienden desproporcionada la sanción de 30.001 euros por el envío de cuatro correos en el plazo de un año además de contraria las más elementales consideraciones de la justicia material.
- Se defiende que en todo caso se trataría de una infracción leve a la LSSI sancionable en su grado mínimo, de conformidad con el artículo 45.5 de la LOPD, el cual resultaría de aplicación tano por existir una serie de circunstancias que disminuyen cualificadamente la culpabilidad como en atención a una aplicación analógica de las normas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto 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 (en lo sucesivo LRJPAC).

II

El artículo 117.1 de la LRJPAC, establece el plazo de un mes para la interposición del recurso de reposición, si el acto fuera expreso, añadiendo el artículo 113.1 de la misma Ley que la resolución del recurso estimará, en todo o en parte, o desestimarán las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.

En el presente caso, la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de fecha 29 de enero de 2013, fue notificada al recurrente en fecha 1 de febrero de 2013, y el recurso de reposición fue presentado en fecha 8 de marzo de 2013, según consta en el sello del Servicio de Correos que figura estampado en la cabecera de dicho recurso. Por lo tanto se plantea la extemporaneidad del citado recurso.

Para fijar el "*dies a quo*" hay que estar a lo dispuesto en el artículo 48.2 de la LRJPAC, en virtud del cual el cómputo inicial se ha de realizar en este caso desde el 2 de febrero de 2013, y ha de concluir el 1 de marzo de 2013 ya que, de lo contrario, se contaría dos veces el citado día, es decir al inicio y al final del cómputo.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22/05/2005, recuerda la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sentencias de 4/04/1998, 13/02/1999 y 3/06/1999, 4/07/2001 y 9/10/2001, y 27/03/2003) en virtud de la cual, cuando se trata de un plazo de meses, el cómputo ha de hacerse según el artículo 5 del Código Civil al que se remite el artículo 185.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, es decir, de fecha a fecha, para lo cual, si bien se inicia al día siguiente, concluye el día correlativo al de la notificación del mes que corresponda.

Concluye la Sentencia citada de 22/05/2005, que ello no es contrario a los principios de "*favor actioni*" y "*pro actione*", ya que ambos tienen como límite, que no es posible desconocer, lo establecido en la Ley.

Por tanto, la interposición de recurso de reposición en fecha 8 de marzo de 2013 supera el plazo de interposición establecido legalmente, por lo que procede inadmitir dicho recurso por extemporáneo.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: INADMITIR por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto por la entidad **IDEAS CREATIVAS DE OPERACIONES, S.L.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 29 de enero de 2013, en el procedimiento sancionador PS/00450/2012.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **IDEAS CREATIVAS DE**

OPERACIONES, 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 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, 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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos