

Procedimiento N°: PS/00261/2019

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Del procedimiento instruido por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: **A.A.A.** (en adelante, el reclamante) con fecha 12 de abril de 2019 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra **CONTAPUBLI RIOJA, S.L. (GESTIRIOJA)** con NIF **B26496554** (en adelante, el reclamado). Los motivos en que basa la reclamación son que recibe constantes correos electrónicos comerciales de la entidad reclamada. Ha ejercido en numerosas ocasiones su derecho de oposición al tratamiento de sus datos con fines comerciales sin que la entidad reclamada haya atendido su derecho por ser una persona jurídica.

Ejerce derecho de supresión el 10 de enero de 2019, vía email, y pese a ello el 4 de abril de 2019 volvió a recibir un nuevo email de dicha entidad.

Junto a la reclamación aporta correos intercambiados con el responsable y copia de la publicidad recibida. La política de privacidad que figura en la web del responsable está desactualizada.

SEGUNDO: Tras la recepción de la reclamación, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a realizar las siguientes actuaciones:

El 21/05/2019, fue trasladada al reclamado la reclamación presentada para su análisis y comunicación al denunciante de la decisión adoptada al respecto.

El 02/06/2019 el reclamado presentó escrito de respuesta al requerimiento enviado por la AEPD señalando:

En primer lugar, en relación con la decisión adoptada a propósito de esta reclamación dicha entidad manifiesta que en su página web, GESTIRIOJA.ES, dispone de diferentes enlaces para darse de alta y de baja en nuestra newsletter o boletín. Donde cualquier visitante que acceda a la web, de forma voluntaria puede darse de alta o de baja en el boletín. Si una vez recibido el boletín por estar dado de alta, desea darse de baja, como figura en la página 11 de su escrito, aparece SIEMPRE un enlace para darse de baja, que funciona al 100%.

Continúa diciendo que analizando el sistema de altas y bajas gestionado por el software SendBlaster, se ha detectado que este reclamante, se ha dado de baja y alta en varias ocasiones, y que, para ello, en lugar de pulsar en el enlace oportuno y enviar el email correspondiente enviaba respuestas a los newsletter, lo cual no implica un fallo del sistema, sino una mala praxis por parte del reclamante.

En segundo lugar, en relación a los derechos regulados en los artículos 15 a 22 del RGPD, dicha entidad manifiesta que se puede proceder a la baja manual, siempre y cuando se cumplan con el RGPD, tal y como se indica en nuestra web <https://gestirioja.es/privacidad/>, sin que se nos haya remitido una solicitud fehaciente de cancelación de datos como siguiendo las directrices de esa agencia. El envío de un mail como el que acompaña no acredita la autoridad, ni la propiedad de dicho email corporativo como director de la zona de Hoteles Melia, desconociendo si dispone de uso exclusivo o también es utilizado por alguna de las secretarías.

En tercer lugar en lo relativo a las causas que han motivado la incidencia que ha originado la reclamación, la entidad denunciada manifiesta que este denunciante, se ha puesto en contacto con la empresa solicitando información a través de la web y a su vez ha marcado o solicitado suscribirse al boletín de ofertas, luego se ha dado de baja, así repetidamente, lo que esta parte no puede evitar, que se dé de alta, o de baja, pues el sistema funciona a la perfección.

En cuarto lugar, respecto de las medidas adoptadas para evitar que se produzcan incidencias similares, fechas de implantación y controles efectuados para comprobar su eficacia, se señala que para la evitación de estos problemas, no queda nada más opción, que el envío de la solicitud de cancelación acompañada de copia del DNI, solicitando la cancelación total de sus datos de forma fehaciente, o en su caso envío de su solicitud de cancelación, a través de email firmado digitalmente. De esa manera, se anulan los datos, impidiendo que se proceda a la solicitud nuevamente al alta en el boletín electrónico.

En caso contrario nos encontraríamos en un bucle, donde el ciudadano, se da de baja, y al instante de alta, en la página web de forma voluntaria, y al recibir el boletín, con los email del boletín y de haber enviado la baja, pero ocultando el alta posterior, trate de generar un perjuicio a la empresa. Por ello, la única opción definitiva es la que le hemos indicado que está habilitada desde el 2017, pudiendo revertir la situación de la misma manera.

Dicha entidad, concluye diciendo que realiza un envío de boletín de forma responsable, enviando uno o dos boletines de forma mensual, y no realiza envíos abusivos ni de los conocidos como spam.

TERCERO: Con fecha 25 de julio de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador al reclamado, por la presunta infracción del Artículo 21.1 de la LSSI, tipificada en el Artículo 38.4.d) de la LSSI.

CUARTO: Notificado el mencionado acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador se le otorga un plazo de audiencia de DIEZ DÍAS HÁBILES para que formule las alegaciones y presente las pruebas que considere convenientes, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 73 y 76 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

QUINTO: No habiendo formulado alegaciones ni presentado pruebas en el plazo dado, se procede a dictar la presente resolución teniendo en cuenta los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: El reclamante ejerce frente al reclamado su derecho de oposición al tratamiento de sus datos con fines comerciales, el 10 de enero de 2019, vía email, y pese a ello el 4 de abril de 2019 volvió a recibir un nuevo email de dicha entidad.

SEGUNDO: Se manifiesta que la causa de los hechos aquí denunciados es una mala praxis por parte del reclamante, ya que el reclamante se ha puesto en contacto con el reclamado solicitando información a través de la web, seguidamente ha solicitado suscribirse al boletín de ofertas, luego se ha dado de baja, y así repetidamente.

La AEPD ha notificado al reclamado el acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, pero no ha presentado alegaciones ni pruebas que constaten sus manifestaciones en el plazo dado para ello.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De conformidad con lo establecido en el artículo 43.1, párrafo segundo, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI) es competente para iniciar y resolver este Procedimiento Sancionador la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

La competencia para sancionar la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) de la LSSI, corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos, según dispone el artículo 43.1 de dicha Ley.

II

Se imputa al reclamado la comisión de una infracción por vulneración del artículo 21.1 de la LSSI, que señala que:

“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”.

La infracción es leve y se tipifica en el artículo 38.4.d) de la LSSI que establece que *“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”*, pudiendo ser sancionada con multa de hasta 30.000 euros, de acuerdo con el artículo 39.1.c) de la LSSI.

III

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 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.”

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, tras las evidencias obtenidas en la fase de investigación previa y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, se considera que procede graduar la sanción a imponer de acuerdo con los siguientes criterios que establece el artículo 40 de la LSSI, teniendo en cuenta: a) *La existencia de intencionalidad*, debido a la falta de diligencia como integrante del elemento subjetivo de la culpabilidad, al ser enviado el e-mail tras la solicitud de cancelación por el reclamante y haber sido aquella confirmada por la entidad reclamada, lo que denota una patente falta de diligencia a la hora de implementar procesos que garanticen el cumplimiento de la normativa aplicable al envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos y, b) *Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción*, puesto que pese a ejercer el reclamante, vía email, derecho de supresión el 10 de enero de 2019, la entidad denunciada le remite el 4 de abril de 2019 un nuevo email de carácter publicitario.

Por lo tanto, de acuerdo con la legislación aplicable y valorados los criterios de graduación de las sanciones cuya existencia ha quedado acreditada,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

PRIMERO: IMPONER a **CONTAPUBLI RIOJA, S.L. (GESTIRIOJA)**, con NIF **B26496554**, por una infracción del artículo 21.1 de la LSSI, tipificada en el artículo 38.4.d) de la LSSI, una multa de 2.500,00 € (DOS MIL QUINIENTOS euros).

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **CONTAPUBLI RIOJA, S.L. (GESTIRIOJA)**.

TERCERO: Advertir al sancionado que deberá hacer efectiva la sanción impuesta una vez que la presente resolución sea ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), en el plazo de pago voluntario establecido en el art. 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso, indicando el NIF del sancionado y el número de procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento, en la cuenta restringida nº ES00 0000 0000 0000 0000 0000, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. En caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se

encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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 LPACAP, 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 de la referida Ley.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la 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 Ley 39/2015, de 1 de octubre. 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