

Procedimiento Nº: A/00011/2019

RESOLUCIÓN: R/00198/2019

En el procedimiento A/00011/2019, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad DUEGA GAIMU, S.L., y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 26 de noviembre de 2018 se registra de entrada en esta Agencia Española de Protección de Datos escrito de la Autoridad Catalana de Protección de Datos remitiendo la reclamación interpuesta, con fecha 23 de noviembre de 2018, por Don **A.A.A.**, (en adelante el reclamante o destinatario), contra D.TRES por el envío de una comunicación comercial no solicitada en la que se promocionan los descuentos aplicados en la tienda de ropa de hombre ubicada en la ***DIRECCION.1 con motivo del “Black Friday”, celebrado con fecha 23 de noviembre de 2018.

El reclamante aduce que el envío comercial se remitió desde la dirección de correo electrónico *****EMAIL.1** a la cuenta de correo *****EMAIL.2**, añadiendo que no ofrecía ningún mecanismo de baja. Asimismo, señala que no le consta mantener relación alguna con el establecimiento publicitado en el correo electrónico recibido, del que aporta una captura con el contenido del envío.

SEGUNDO: Tras la recepción de la reclamación, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió, con fecha 19 de diciembre de 2018, a trasladar dicha reclamación a la dirección del establecimiento D.TRES-GAIMU anteriormente reseñada para su análisis y comunicación al reclamante de la decisión adoptada al respecto, así como para que en el plazo de un mes remitiera a la Agencia Española de Protección de Datos determinada información para el esclarecimiento de los hechos señalados.

A pesar de que el mencionado escrito de traslado de reclamación y solicitud de información fue entregado con fecha 4 de enero de 2018 en dicho establecimiento a Don **B.B.B.**, no consta se haya recibido contestación a los extremos interesados en el mismo.

Con fecha 12 de marzo de 2018 se constata que en el Registro Mercantil Central figura inscrita la sociedad DUEGA GAIMU, S.L., con domicilio social en la ***DIRECCION.2. Entre las actividades descritas en su objeto social figura la de “*Compraventa, Import-Export de prendas de vestir*”, siendo uno de sus administradores Don **B.B.B.**.

TERCERO: Consultada con fecha 12 de marzo de 2019 la aplicación de la AEPD que muestra información sobre de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, no constan registros previos por infracción del artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico asociados a la entidad DUEGA GAIMU, S.L. con NIF **B60226982**, (en adelante, el reclamado).

CUARTO: Con fecha 21 de marzo de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00011/2019, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis 2 de la LSSI.

La notificación de dicho trámite de audiencia al reclamado se intentó practicar a través de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. en la ***DIRECCION.1, dirección en la que el reclamado resultó desconocido con fecha 27 de marzo de 2019, según figura en el Certificado emitido por dicha Sociedad.

A la vista de lo cual, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dicho acto se notificó por medio de un anuncio publicado en el “Boletín Oficial del Estado” nº 91, de fecha 16 de abril de 2019.

No consta que el reclamado haya comparecido en el plazo señalado en el reseñado anuncio ni, con posterioridad, haya ejercido su derecho a formular alegaciones en el plazo concedido a tales efectos.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 26 de noviembre de 2018 se recibe en esta Agencia la reclamación presentada por el reclamante, con fecha 23 de noviembre de 2018, ante la Autoridad Catalana de Protección de Datos, por la recepción de una comunicación comercial no solicitada en su cuenta de correo *****EMAIL.2** remitida desde la dirección de correo electrónico *****EMAIL.1**, y en la que no se le ofrece ningún mecanismo para oponerse a continuar recibiendo ese tipo de envíos en sus señas electrónicas.

SEGUNDO: En la comunicación comercial recibida por el reclamante, cuya captura aporta, se promocionan los descuentos aplicados por la marca comercial D-TRES en el establecimiento de ropa de caballero ubicado en la ***DIRECCION.1 con motivo de la celebración del “Black Friday”.

TERCERO: El reclamante afirma no mantener ningún tipo de relación con el reseñado establecimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI).

II

La LSSI dispone en su artículo 21 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 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.”

Añade el artículo 22.1 lo siguiente: “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 LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas o expresamente autorizadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo de la siguiente manera:

“f) Comunicación comercial»: toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”.

De acuerdo con lo señalado, es preciso analizar el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información para, a continuación, determinar los supuestos, recogidos en el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI, que no se consideran, a los efectos de esta Ley, como comunicaciones comerciales.

La LSSI, en su Anexo a), define como Servicio de la Sociedad de la

Información, *“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: (...)

4º El envío de comunicaciones comerciales (...).

A su vez, el apartado d) del anexo de la LSSI define al *“Destinatario del servicio”* o *“destinatario”* como la *“persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”*.

Así, cualquier envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente queda supeditado a la prestación previa del consentimiento, salvo que exista una relación contractual anterior y el destinatario no haya manifestado su voluntad en contra.

De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, fuera del supuesto excepcional del artículo 21.2 de la LSSI, puede constituir una infracción leve o grave de la LSSI.

III

En el presente supuesto, de la valoración conjunta de los elementos fácticos obrantes en el procedimiento, se desprende que el reclamado remitió una comunicación comercial promocionando los descuentos aplicados en un establecimiento vinculado a la marca D.TRES al correo electrónico *****EMAIL.2** del reclamante, sin autorización del mismo y sin ofrecerle un procedimiento baja en el envío, conculcando con ello la prohibición recogida en el artículo 21 de la LSSI.

A este respecto señalar que el reclamado no ha acreditado mediante ningún medio de prueba que contaba con el consentimiento previo y expreso del destinatario, para el envío del correo electrónico en cuestión, por lo que ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al enviar un correo electrónico promocional al reclamante sin contar con su autorización para ello, y sin que quepa aplicar la excepción contenida en el primer párrafo del artículo 21.2 de dicha norma, toda vez que el reclamado, (remitente del envío), tampoco ha acreditado la existencia de una relación contractual previa con el destinatario del mismo, (el reclamante), en los términos recogidos en el primer párrafo del apartado 2 del artículo 21 de la LSSI.

Por otra parte, el reclamado no ofrecía en la comunicación comercial remitida al reclamante un procedimiento sencillo y gratuito para oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales, ya que el envío no incluía un correo electrónico u otra dirección electrónica válida a través de la cual poder ejercer el derecho de oposición al tratamiento de sus datos para no recibir nuevas comunicaciones comerciales en su cuenta de correo electrónico.

Sentado lo anterior, conviene señalar que si bien el artículo 19.2 de la LSSI remite a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, a partir del 25 de mayo de 2018 dicha remisión ha de entenderse hecha al Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos, (RGPD en adelante), y que de acuerdo con sus disposiciones, y en relación

con la información ofrecida sobre el derecho de oposición, establece en su Considerando 70 que debe facilitarse claramente y al margen de cualquier otra información. En concreto establece lo siguiente (...) *Si los datos personales son tratados con fines de mercadotecnia directa, el interesado debe tener derecho a oponerse a dicho tratamiento, (...). Dicho derecho debe comunicarse explícitamente al interesado y presentarse claramente y al margen de cualquier otra información (...)*

El envío por parte del reclamado de un correo electrónico comercial no autorizado que, además, no ofrecía un mecanismo de oposición a su destinatario, está tipificado como infracción leve a lo previsto en el artículo 38.4.d) de la LSSI, 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.”*

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 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 de la LSSI. Junto a ello, se aprecia que opera la circunstancia prevista en el artículo 39 bis, apartado 1.a) de la mencionada norma. Así, se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la reclamada teniendo en cuenta la concurrencia significativa de las circunstancias derivadas de la falta de constancia tanto de que se hubieran producido perjuicios al reclamante, destinatario del envío comercial no autorizado analizado, como de que la reclamada hubiera obtenido beneficios (criterios d) y e) del artículo 40 de la LSSI).

Lo que permite apercebir a la reclamada requiriéndole la adopción de medidas para la adecuación a la normativa citada.

De acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00011/2019) a DUEGA GAIMU, S.L. con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2, de la LSSI, en relación con la reclamación por infracción del artículo 21 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la citada norma.

2.- REQUERIR a DUEGA GAIMU, S.L. de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 39 bis de la LSSI para que en el plazo de UN MES desde la notificación de la presente resolución.

2.1.- CUMPLA lo previsto en el artículo 21 de la LSSI. En concreto, se insta a esa empresa a que cese en el envío de comunicaciones comerciales a la dirección de

correo electrónico del reclamante, procediendo a bloquear dicha cuenta de su lista de distribución o sistema de envíos.

Asimismo, se requiere el establecimiento de las medidas necesarias que impidan que en el futuro se realicen envíos de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que no hayan sido solicitadas con anterioridad o expresamente autorizadas por sus destinatarios o, en su caso, sin que previamente exista una relación contractual previa en los términos del párrafo primero del artículo 21.2 de la LSSI que las ampare.

Igualmente, se requiere la implantación de las medidas necesarias para ofrecer a los destinatarios de este tipo de envíos publicitarios un procedimiento sencillo y gratuito de baja que responda a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del apartado 2 del artículo 21 de la LSSI.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando los documentos o medios de prueba que acrediten dicha circunstancia

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a DUEGA GAIMU, S.L..

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

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 esta 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