



Procedimiento N°: A/00081/2015

RESOLUCIÓN: R/00996/2015

En el procedimiento A/00081/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **EXTERNALIZACION DE NOTIFICADOS Y APLICACIONES ONLINE, S.L.**, vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 16 de noviembre de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de Don **A.A.A.**, (en adelante el denunciante), dando cuenta del envío de un correo electrónico comercial no solicitado por parte de la empresa EXTERNALIZACION DE NOTIFICADOS Y APLICACIONES ONLINE, S.L., (en adelante la denunciada o NOTIFICADOS).

SEGUNDO: Del examen de la documentación presentada por el denunciante y de las actuaciones practicadas a la vista de los hechos denunciados se desprende lo siguiente:

1. El denunciante aporta copia de una comunicación comercial remitida con fecha 22 de octubre de 2014 desde la cuenta de correo electrónico **B.B.B.** a la dirección de correo electrónico **C.C.C.** con el asunto: "Competencia justa en los servicios de burofax". En el envío aportado se publicitan los servicios de burofax postal y burofax electrónico prestados por la empresa denunciada.
2. El envío incluye la siguiente leyenda al pie del mensaje: *"Para modificar su cuenta de correo electrónico de contacto o anular este servicio de suscripción a notificaciones y promociones de notificad@s entre en el apartado "Perfil de Usuario" dentro de su zona privada."*
3. En el Registro Mercantil Central figura que la empresa denunciada tiene como objeto social *"La realización de toda clase de actos de comunicación, mensajería, paquetería o notificación por sí o en nombre de terceros, así como el desarrollo de la tecnología y programación necesaria para lograr En España y el extranjero: Promocionar las ventas de dispositivos electrónicos y actividades de atención al cliente relativas a dispositivos electrónicos."*
4. La denunciada es responsable del sitio web **www.B.B.B.** y titular del dominio **B.B.B.**

TERCERO: Con fecha 31 de marzo de 2015, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00081/2015. Dicho acuerdo fue notificado a la entidad denunciada y al denunciante con fechas 8 y 10 de abril de 2015,

respectivamente.

CUARTO: Con fecha 13 de abril de 2015 se recibe en esta Agencia escrito de la entidad denunciada solicitando se declare la inexistencia de infracción con fundamento, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

- Con fecha 14/02/2014 el denunciante cumplimentó el formulario de "Registro de Cliente" para darse de alta en la plataforma online de la empresa. En el proceso de registro el denunciante facilitó la dirección de correo electrónico **C.C.C.**, cuenta a la que se remitió un correo electrónico de confirmación para comprobar que dicha dirección es correcta. Durante dicho proceso de alta se puede optar por no suscribirse al boletín gratuito de información y/o promociones. Una vez confirmado el registro por el cliente, éste puede acceder con sus credenciales de usuario y contraseña a su perfil de usuario para volver a configurar sus datos a fin de no recibir envíos promocionales o incluso para darse de baja su cuenta de cliente registrado. Por lo cual, el denunciante conocía los medios previstos por NOTIFICADOS para causar baja como cliente o no recibir correos electrónicos de información o newsletter, sin que hasta la fecha haya manifestado su oposición a la recepción de los mismos..
- El denunciante, que figura como cliente activo, ha contratado en diversas ocasiones los servicios de la plataforma, accediendo, por tanto, a su zona privada de cliente registrado. Se aduce que tampoco ha solicitado la baja con posterioridad a la recepción de los siete correos electrónicos que se le han remitido desde el año 2012, el último en el año 2014.
- NOTIFICADOS, ha modificado el perfil de usuario del afectado para que no reciba este tipo de envíos, pudiéndose por éste configurar en el futuro su zona privada de cliente registrado para volver a recibirlas.

QUINTO: Con fecha 18 de abril de 2015 se registra de entrada escrito del denunciante personándose como interesado en el procedimiento en su calidad de denunciante, y solicitando se le practiquen todas las notificaciones que correspondan con continuación del expediente con imposición de la sanción propuesta al denunciado.

Asimismo solicita copia de las alegaciones que pudiera presentar el denunciado, de las que se da traslado con fecha 27 de abril de 2014.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha de 16 de noviembre de 2014 se registra de entrada en la AEPD escrito de Don **A.A.A.**, (en adelante el denunciante), denunciando a la empresa EXTERNALIZACION DE NOTIFICADOS Y APLICACIONES ONLINE, S.L., (en adelante la denunciada o NOTIFICADOS) por el envío de un correo electrónico comercial no solicitado.

SEGUNDO: Con fecha 22 de octubre de 2014 se remitió una comunicación comercial



desde la cuenta de correo electrónico **B.B.B.** a la dirección de correo electrónico **C.C.C.** con el asunto: “Competencia justa en los servicios de burofax”.

TERCERO: La citada comunicación comercial publicitaba los servicios de burofax postal y burofax electrónico prestados por NOTIFICADOS.

CUARTO: El envío comercial denunciado ofrecía como dirección electrónica de baja el apartado de “Perfil de Usuario” accesible en la página web de la empresa remitente del envío.

QUINTO: NOTIFICADOS ha manifestado que el denunciante aparece como dado alta en el “Registro de Cliente” on line de la entidad desde el 14 de febrero de 2012 y que ha utilizado en diversas ocasiones los servicios de la empresa.

SEXTO: El denunciante contestó afirmativamente la casilla correspondiente a la siguiente pregunta de la denuncia: “¿Es o ha sido usted cliente de la entidad remitente o anunciante?”

SÉPTIMO: No consta que el denunciante haya solicitado la baja de la recepción del servicio de newsletter.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

El segundo párrafo del artículo 43.1 de la vigente LSSI establece que *“igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3.c), d) e i) y 38.4.d), g) y h) de esta Ley”*; otorgando por tanto a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer sanciones por la comisión de la infracción del artículo 21 de la citada Ley, o, en su caso, apercibir al sujeto responsable en la forma prevista en el nuevo artículo 39 bis 2 de dicha norma.

II

El envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española. El artículo 21 de la LSSI, en la redacción introducida por la citada Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, establece 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.

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.”

Es decir, se desautorizan las comunicaciones comerciales dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, sin consentimiento expreso del destinatario, si bien esta prohibición encuentra su excepción en apartado 2 del citado artículo 21, que autoriza el envío de comunicaciones comerciales 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”*. 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.

El artículo 19, apartado 2, de la LSSI preceptúa que *“En todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales”*.

Por tanto, en relación con el consentimiento del destinatario para el tratamiento de sus datos con la finalidad de enviarle comunicaciones comerciales por vía electrónica, es preciso considerar lo dispuesto en la normativa de protección de datos y, en concreto, en el artículo 3.h) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) que define el *“consentimiento del interesado”* como: *“toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”*.

Asimismo resulta aplicable lo previsto en el artículo 45.1.b) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que señala que cuando los datos se destinen a publicidad y prospección comercial los interesados a quienes se les solicite su consentimiento deberán ser informados *“sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad”*

Así las cosas, de acuerdo con dichas normas, el consentimiento, además de previo, específico e inequívoco, deberá ser informado. Y esta información deberá ser

plena y exacta acerca del sector de actividad del que puede recibir publicidad, con advertencia sobre el derecho a denegar o retirar el consentimiento. Esta información así configurada debe tomarse como un presupuesto necesario para otorgar validez a la manifestación de voluntad del afectado.

III

Como ya se ha señalado, 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”.

El concepto de comunicación comercial, de acuerdo con la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, engloba todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Por otro lado, la LSSI en su Anexo a) define “Servicio de la Sociedad de la Información” como *“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”. Añade el referido apartado que el envío de comunicaciones comerciales es un servicio de la sociedad de la información, siempre que represente una actividad económica.

Según el apartado d) del citado Anexo, destinatario es la *“persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”.* A su vez, la definición de prestador del servicio se contiene en el apartado c) del mencionado Anexo, que considera como tal la *“persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”.*

De lo anterior se deduce que, cuando la comunicación comercial no reúne los requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, pierde el carácter de comunicación comercial. En este sentido el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI señala dos supuestos, que no tendrán, a los efectos de esta Ley, la consideración de comunicación comercial. Por un lado, 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, y, por otro, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

IV

La vulneración del artículo 21 de la LSSI está calificada en el artículo 38.4.d) de la LSSI como infracción leve con el siguiente tenor literal: *“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.”*

A su vez, 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 acordó no iniciar la apertura de procedimiento sancionador y tramitar procedimiento de Apercibimiento teniendo en cuenta que se cumplían los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis. Junto a ello se constató una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que la infracción se refiere a la remisión de una única comunicación comercial 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

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, hay que dilucidar si el correo electrónico comercial recibido por el denunciante el día 22 de octubre de 2014 en su cuenta de correo electrónico **C.C.C.** desde la cuenta **B.B.B.** incumplía, o no, las exigencias recogidas en el artículo 21 de la LSSI.

Para ello resulta esencial tener en cuenta determinadas circunstancias puestas de manifiesto en el expediente. Por un lado, consta que el denunciante, además de indicar que ha recibido el mensaje publicitario no autorizado anteriormente reseñado, también ha cumplimentado afirmativamente en la denuncia las casillas de respuesta a las siguientes cuestiones "1. ¿Es o ha sido usted cliente de la entidad remitente o anunciante?" y "2 ¿Ha mantenido algún tipo de contacto previo (p.e. solicitud de presupuesto o información) con la entidad remitente o anunciante?".

Por otro lado, estas aclaraciones deben ponerse en conexión con las alegaciones efectuadas por NOTIFICADOS resaltando que el denunciante ha contratado en diversas ocasiones los servicios de la entidad desde que se dio de alta en la plataforma como cliente registrado el 14 de febrero de 2012, y haciendo especial hincapié en que éste no ha manifestado en ningún momento su oposición a la recepción de correos electrónicos promocionales, no habiéndose opuesto a ello ni en la fecha del alta ni en ninguna de las otras ocasiones en que al acceder a su perfil de

usuario hubiera podido darse de baja del servicio de newsletter.

De este modo, a la luz de los elementos fácticos obrantes en el procedimiento, cabe concluir que el envío de la comunicación comercial objeto de estudio al denunciante no supone incumplimiento por parte de NOTIFICADOS de la prohibición recogida en el apartado primero del artículo 21 de la LSSI, toda vez que, en este caso, en razón de la relación contractual existente entre ambas partes se produce la excepción al consentimiento previo y expreso recogida en el párrafo primero del artículo 21.2 de dicha norma. En relación con esta cuestión no hay que olvidar que el denunciante ha reconocido en la propia denuncia que era o había sido cliente de la entidad remitente ni, tampoco, que la comunicación comercial recibida promocionaba servicios similares a los que constituyen el objeto de actividad de la empresa denunciada.

En lo que respecta a la idoneidad del procedimiento de oposición que se incluye en la comunicación comercial denunciada, y partiendo de que el mensaje se dirige a un cliente registrado con perfil de usuario, cabe afirmar que el mecanismo ofrecido se acomoda a las exigencias contempladas el párrafo tercero del artículo 21.2 de la LSSI, ya que ofrece como dirección electrónica válida para darse de baja del servicio de newsletter el “perfil de usuario” del propio destinatario en la página web de la entidad.

Por lo tanto, al no haber constancia en esta Agencia de que NOTIFICADOS haya remitido comunicaciones comerciales vía electrónica a destinatarios que no puedan utilizar dicho mecanismo por no estar registrados como clientes en la plataforma web de NOTIFICADOS, se considera que el procedimiento de oposición incluido en la comunicación comercial analizada responde a las exigencias contenidas en el mencionado precepto.

En definitiva, a tenor de las consideraciones precedentes, no se aprecia que los hechos objeto de tramitación del expediente supongan vulneración del artículo 21 de la LSSI, debiendo acordar el archivo de las actuaciones practicadas en el presente Apercebimiento

De acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

- 1. ARCHIVAR el procedimiento (A/0000081/2014) seguido a EXTERNALIZACION DE NOTIFICADOS Y APLICACIONES ONLINE S.L.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI, con relación con la denuncia por infracción del artículo 21 de la LSSI.

- 2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a EXTERNALIZACION DE NOTIFICADOS Y APLICACIONES ONLINE S.L. y a Don A.A.A..**

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido 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, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director 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.

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.

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