



Procedimiento N°: A/00347/2014

RESOLUCIÓN: R/00224/2015

En el procedimiento A/00347/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **DEVOLO SPAIN, S.L.**, vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 28 de mayo de 2014 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de Don **A.A.A.**, (en adelante el denunciante), dando cuenta del envío por parte de la empresa **DEVOLO SPAIN, S.L.**(en adelante la denunciada o **DEVOLO**), de un correo electrónico comercial no solicitado, cuya copia adjunta.

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 28 de mayo de 2014 desde la cuenta de correo electrónico ...@... a la dirección de correo electrónico@**gmail.com**, en el que se oferta un dispositivo de acceso compacto para mejorar el funcionamiento de la red WI-FI doméstica y se promociona el acceso a la página web **www.consulta....**.
2. El envío denunciado ofrece la dirección de correo electrónico ...@... para ejercer el derecho de oposición.
3. En el Registro Mercantil Central figura que la empresa **DEVOLO SPAIN, S.L.** tiene como objeto social la *"En España y el extranjero: Promocionar las ventas de dispositivos electrónicos y actividades de atención al cliente relativas a dispositivos electrónicos."*

TERCERO: Con fecha 4 de noviembre de 2014, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00347/2014. Dicho acuerdo fue notificado a la sociedad denunciada y al denunciante con fechas 11 y 14 de noviembre de 2014, respectivamente.

CUARTO: Con fecha 25 de noviembre de 2014 se recibe en esta Agencia escrito del representante legal de la entidad denunciada solicitando se declare la inexistencia de infracción con fundamento, en síntesis, en las siguientes alegaciones:

- Desde 2012 la entidad tiene implementado un mecanismo de doble

confirmación (double 2opt-in”) para la suscripción a los servicios de newsletter/comunicaciones, que consiste en el envío inmediato a la dirección de correo electrónico utilizada por el interesado en el momento del registro de una solicitud de confirmación por parte de DEVOLO de la suscripción efectuada, la cual debe efectuarse por el usuario a través de otro mensaje de correo electrónico.

- La dirección de correo electrónico del denunciante constaba en la base de datos de suscriptores a la newsletter.
- La entidad tuvo constancia por primera vez de la petición de baja del denunciante a través de un correo electrónico enviado por éste, con fecha 5 de junio de 2014, desde su propia dirección. Dicha solicitud se hizo efectiva y confirmó el 10 de junio de 2014.
- La entidad cumple con los requisitos previstos en los artículos 20 y siguientes de la LSSI, haciendo hincapié en que el sistema de envío incorpora en todas las comunicaciones una dirección de correo electrónico a través de la cual oponerse a la recepción de nuevos boletines electrónicos.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 28 de mayo de 2014 se remitió una comunicación comercial desde la cuenta de correo electrónico ...@... a la dirección de correo electrónico@gmail.com.

SEGUNDO: La citada comunicación comercial publicitaba la venta de un dispositivo de acceso compacto para mejorar el funcionamiento de la red WI-FI doméstica y promociona el acceso a la página web www.consulta.....

TERCERO: El envío comercial denunciado incluía la dirección de correo electrónico ...@... como procedimiento para oponerse a la recepción de nuevos boletines publicitarios de DEVOLO.

CUARTO: DEVOLO ha comunicado que el denunciante se opuso a la recepción de nuevos envíos publicitarios en su cuenta de correo electrónico con fecha 5 de junio de 2014, procediéndose a hacer efectiva dicha baja con fecha 10 de junio de 2014.

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, 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

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, hay que dilucidar si el mensaje comercial recibido por el denunciante el día 28 de mayo de 2014 en su cuenta de correo electrónico **....@gmail.com** procedente de la cuenta **...@...** incumplía, o no, las exigencias recogidas en el artículo 21.1 de la LSSI.

Respecto de las alegaciones formuladas por la representación de DEVOLO defendiendo la inexistencia de la infracción imputada, esta Agencia considera que el hecho de que la dirección de correo electrónico del denunciante figurase en la base de datos de suscriptores a la newsletter no constituye, por sí mismo, un elemento de prueba del que se desprenda que el denunciante se hubiese suscrito a dicho servicio y hubiese otorgado, de esa forma, su consentimiento para recibir comunicaciones comerciales en las señas facilitadas a tal efecto.

De hecho, la entidad denunciada no ha acreditado mediante ningún medio de prueba sus alegaciones sobre este particular, no habiéndose justificado la fecha exacta y modo de realización de la suscripción ni, tampoco, las condiciones de la misma, en particular, las relativas a la otorgación de tal consentimiento a DEVOLO para poder utilizar sus señas electrónicas con fines publicitarios.

Por lo cual, se considera que DEVOLO no ha acreditado que la comunicación comercial dirigida al correo electrónico del denunciante, en la que se publicitaban productos y servicios de WI-FI comercializados por empresa denunciada, se remitiera mediando solicitud previa de su destinatario o contando con autorización expresa del mismo para ello.

En relación con la cuestión de la carga de la prueba, resulta de aplicación a este

supuesto el criterio mantenido por la Audiencia Nacional en la Sentencia de fecha 17 de mayo de 2007, Recurso 157/2005, en la que en un caso que también afectaba al incumplimiento de lo previsto en el artículo 21 de la LSSI, se arguyó que: *“En caso de que los afectados hubieran negado haber otorgado dicho consentimiento, que la Ley no exige que sea escrito, correspondería al denunciado probar su existencia, como ha reiterado esta Sala en relación con el tratamiento inconsentido de datos.”*

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el denunciante ha negado que se tratara de un envío comercial autorizado, puesto que afirma no haber suministrado nunca sus datos al remitente, y estando acreditado en el procedimiento que el envío de la comunicación comercial analizada se llevó a cabo por parte de la denunciada, hecho que, por otra parte, en ningún momento ha sido negado por la misma, recae sobre ésta acreditar los hechos extintivos o impeditivos de la infracción a la LSSI (que tenía la autorización del denunciante o que había existido una relación contractual previa con la remitente por productos similares a los ofrecidos en el correo electrónico denunciado).

De este modo, a la luz de los elementos fácticos obrantes en el procedimiento, cabe concluir que la entidad denunciada ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al enviar un correo electrónico de tipo comercial al denunciante sin contar con la autorización expresa o solicitud previa del mismo para ello, y sin que quepa aplicar la excepción contenida en el primer párrafo del artículo 21.2 de dicha norma al no haber quedado justificada la existencia de una relación contractual previa entre remitente y destinatario del envío en cuestión en los términos recogidos en dicho precepto, que de existir hubiera podido amparar el envío sin mediar dicho consentimiento.

V

El artículo 38.4.d) de la LSSI califica como infracción leve *“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.”*

De lo actuado, ha quedado acreditado que la denunciada vulneró lo dispuesto en el artículo 21.1 de la LSSI al remitir por medios electrónicos una comunicación comercial no consentida previa y expresamente por su destinatario, por lo que debe considerarse que ha incurrido en la infracción leve descrita en el citado artículo 38.4.d) de la LSSI.

VI

A los efectos de acordar la resolución procedente, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 39.bis de la LSSI que, 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.”

Trasladando la normativa expuesta al supuesto que nos ocupa, en primer lugar se observa que, en este caso, se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del artículo 39 bis 2 de la LSSI, ya que la infracción de la que se responsabiliza a la denunciada está calificada como leve en dicha norma y DEVOLO no ha sido sancionada o apercibida por la AEPD en ninguna ocasión anterior por infringir dicha Ley. En segundo lugar, y con arreglo a lo previsto en el artículo 39 bis 1.a) de la LSSI, se aprecia una cualificada disminución de la culpabilidad de la denunciada al concurrir,

de manera significativa, varias de las circunstancias descritas en el artículo 40 de la mencionada norma, en concreto los supuestos a), d) y e) del mismo al producirse una ausencia de intencionalidad en la conducta analizada, inexistencia de perjuicios alegados por la entidad destinataria del mensaje y falta de constancia de beneficios obtenidos por la denunciada a raíz de la comisión de la infracción.

Todo ello, unido a la naturaleza de los hechos que nos ocupan, referidos a la remisión de una única comunicación comercial no consentida, justifica que la AEPD no acordase **la apertura de procedimiento sancionador a la denunciada optando por aplicar lo previsto en el artículo 39 bis 2 de la LSSI.**

Ahora bien, no obstante lo anterior, debe analizarse la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el art. 39 bis 2 LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida correctora alguna a adoptar por la denunciada, toda vez que ésta ha comunicado haber cancelado en sus sistemas la dirección de correo electrónico del denunciante. Es decir, esta Agencia no podría apercibir a la responsable del envío denunciado requiriéndole la adopción de medidas correctoras que evitasen el tratamiento de la cuenta de correo electrónico del denunciante con fines publicitarios, puesto que la infractora ha indicado que con fecha 10 de junio de 2014 hizo efectiva la baja solicitada por el denunciante con fecha 5 de junio de 2014 al oponerse a la recepción de publicidad de la empresa en su cuenta de correo electrónico.

A la vista de dicha situación, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que aunque referida al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD también resulta extrapolable al apercibimiento regulado en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, advierte a propósito de la naturaleza jurídica de dicha figura que *“no constituye una sanción”*, tratándose de *“medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción”* que *sustituyen* a la sanción. Así, la Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la Agencia Española de Protección de Datos 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 la misma, la Sentencia de la Audiencia Nacional citada concluye que cuando las medidas correctoras objeto del apercibimiento ya hubieran sido adoptadas por el infractor, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

Como se ha señalado, en el asunto que examinamos la denunciada adoptó con diligencia las medidas correctoras necesarias para adecuar su conducta a las exigencias del artículo 21.1 de la LSSI, tramitando la baja del correo electrónico del denunciante en sus ficheros en respuesta a la manifestación de voluntad del afectado en dicho sentido, por lo que, teniendo en cuenta esta circunstancia y conforme al criterio de la Audiencia Nacional anteriormente señalado, no procede requerir la adopción de medida correctora alguna tendente a subsanar la situación irregular.

A la vista del pronunciamiento recogido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013 (Rec. 455/2011), reforzado posteriormente en Sentencia de fecha 10/06/2014 (Rec. 166/2013), y aplicable a los supuestos en los que iniciado procedimiento de Apercibimiento el denunciado ha adoptado las medidas correctoras

oportunas para subsanar la situación creada, se debe proceder al archivo de las actuaciones.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

- 1. ARCHIVAR el procedimiento (A/00347/2014) seguido a DEVOLO SPAIN, 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 21.1 de la LSSI.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a DEVOLO SPAIN, 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