

Expediente N°: E/01686/2018

## RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **EDENRED ESPAÑA S.A., COMPANEO y MADZ DIGITAL BUSINESS SL**, en virtud de denuncia presentada por D. **B.B.B.** y teniendo como base los siguientes

### HECHOS

**PRIMERO:** Con fecha 19 de enero de 2018, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de D. **B.B.B.** (en lo sucesivo, el denunciante) en el que denuncia que recibe comunicaciones electrónicas comerciales en su dirección de correo **\*\*\*EMAIL.1**, remitidas desde los dominios **\*\*\*WEB.1** y **\*\*\*WEB.2**, en las que se promocionan los productos o servicios de Edenred. Se denuncia que estas comunicaciones no fueron previamente solicitadas o expresamente autorizadas y que se remiten aún después de haber solicitado el cese en el envío de tales comunicaciones.

El denunciante aporta la siguiente documentación:

- a) Correos electrónicos recibidos los días 26 de septiembre de 2017 y 5 y 7 de diciembre de 2017 en la dirección **\*\*\*EMAIL.1**, remitidos desde el dominio **\*\*\*WEB.1**, junto con sus cabeceras completas. Las cabeceras completas son necesarias porque incluyen identificación de los servidores de correo por los que el mensaje transitó hasta su destino.
- b) Solicitud de baja remitida por correo electrónico desde la dirección **\*\*\*EMAIL.2** a la dirección **\*\*\*EMAIL.3**, solicitando la baja del *email*, el día 8 de diciembre de 2017.
- c) Correos electrónicos recibidos los días 21 de diciembre de 2017, 16 y 18 de enero de 2018 en la dirección **\*\*\*EMAIL.1**, remitidos desde el dominio **\*\*\*WEB.2**, junto con sus cabeceras completas. Las cabeceras completas son necesarias porque incluyen identificación de los servidores de correo por los que el mensaje transitó hasta su destino.
- d) Solicitudes de baja remitida por correo electrónico desde la dirección **\*\*\*EMAIL.2** a la dirección **\*\*\*EMAIL.3**, solicitando la baja del *email*, el día 21 de diciembre de 2017 y el 16 de enero de 2018.

**SEGUNDO:** Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. El denunciante recibe, en su cuenta **\*\*\*EMAIL.1**, correos electrónicos procedentes del dominio **\*\*\*WEB.1**, los días 26 de septiembre de 2017 y 5 y 7 de diciembre de 2017. Los citados correos electrónicos ofrecen productos de EDENRED ESPAÑA, S.A y en su encabezado figura el logo de COMPANEO y al final la leyenda “Para no recibir más mensajes Companeo, pincha aquí”.

2. El denunciante recibe, en su cuenta **\*\*\*EMAIL.1**, correos electrónicos procedentes del dominio **\*\*\*WEB.2**, los días 21 de diciembre de 2017 y 16 y 18 de enero de 2018. Los citados correos electrónicos ofrecen productos de EDENRED ESPAÑA, S.A y al final figura la leyenda “Para no recibir más mensajes Mi Oferta, pinche aquí”.

3. En respuesta a la solicitud de información realizada por la Subdirección General de Inspección de Datos, se recibe escrito de EDENRED ESPAÑA, S.A. en el que el representante de dicha entidad manifiesta, en relación con los hechos denunciados, lo siguiente:

- El origen del dato de la cuenta de correo electrónico **\*\*\*EMAIL.1** proviene de la Red de Afiliación “COMPANEO” contratada, a su vez, por la Sociedad MADZ DIGITAL BUSINESS, SL en fecha 5 de octubre de 2017. Se adjunta copia del citado contrato entre COMPANEO y la Sociedad MADZ DIGITAL BUSINESS, SL.
- El contrato referenciado fue suscrito por MADZ DIGITAL BUSINESS, SL para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por esta sociedad con EDENRED ESPAÑA, S.A., mediante el contrato de prestación de servicios, de fecha 3 de mayo de 2017, para la captación de leads y/o contratos mediante la utilización de bases de datos titularidad de terceros. Se adjunta copia del referido contrato entre MADZ DIGITAL BUSINESS, SL y EDENRED ESPAÑA, S.A.
- Al día siguiente a recibir la comunicación de esta Agencia, el 12 de abril de 2018, EDENRED ESPAÑA, S.A. remitió un correo electrónico a MADZ DIGITAL BUSINESS, SL con objeto de que le informaran acerca de la dirección **\*\*\*EMAIL.1**, el origen de la misma, los correos electrónicos que habían enviado y las veces en que dicha dirección se había opuesto al envío de comunicaciones comerciales. Se adjunta copia del citado correo electrónico.
- El 17 de abril de 2018, al ser informados por MADZ DIGITAL BUSINESS, SL que la Red de Afiliación COMPANEO era la titular de la base de datos que remitía las comunicaciones comerciales a la dirección **\*\*\*EMAIL.1**, EDENRED ESPAÑA, S.A. remitió un correo electrónico a MADZ DIGITAL BUSINESS, SL en el que se les informa del requerimiento recibido por parte

de esta Agencia y se les requiere para que, de forma inmediata, contactaran con la red de afiliación COMPANEO y procedieran a la baja inmediata de sus bases de datos, del correo **\*\*\*EMAIL.1**, así como cualquier otra dirección de correo electrónico que pudieran, en su caso, tener del mismo usuario; con el objeto de que dicha persona no recibirá comunicación comercial alguna de los productos o servicios de EDENRED ESPAÑA, S.A. Se adjunta copia del citado correo electrónico.

- El mismo día, 17 de abril de 2018, EDENRED ESPAÑA, S.A. recibe un email por parte de MADZ DIGITAL BUSINESS, SL con la confirmación por parte de COMPANEO de la baja de la dirección **\*\*\*EMAIL.1**, para el envío de comunicaciones comerciales. Se adjunta copia del citado correo electrónico.

4. En respuesta a la solicitud de información realizada por la Subdirección General de Inspección de Datos, se recibe escrito de MADZ DIGITAL BUSINESS, SL en el que el representante de dicha entidad manifiesta, en relación con los hechos denunciados, lo siguiente:

- La dirección del correo electrónico **\*\*\*EMAIL.1** procede de una Base de Datos llamada **\*\*\*WEB.2** y que es gestionada por un afiliado de COMPANEO.
- En su momento, MADZ DIGITAL BUSINESS, SL solicitó la información a COMPANEO acerca del canal de consentimiento por el que el usuario se ha registrado, pero no les fue facilitada.
- MADZ DIGITAL BUSINESS, SL, al ser la agencia que gestiona el presupuesto, y en el transcurso del seguimiento del resultado de las actuaciones contratadas, tuvo conocimiento de la queja del usuario el pasado 16 de abril de 2018, mediante comunicación de EDENRED ESPAÑA, S.A. En ese mismo día, comunicó a COMPANEO que un usuario se estaba quejando y que tenía que darle de baja de la Base de Datos, dando cumplimiento a la obligación de informar a la base de datos. COMPANEO informó a MADZ DIGITAL BUSINESS, SL que ese usuario ya estaba dado de baja de la base de datos, pero que no se había realizado en el momento en que el usuario pidió la baja ya que pedía la baja por email y mediante una dirección de email diferente a la que estaba en la base de datos. Se daba de baja con el email **E.E.E.**, cuando el email real era **\*\*\*EMAIL.2**. El usuario pidió la baja el 8 y el 21 de diciembre de 2017 y el 16 de enero de 2018, siendo en esta última fecha cuando se le da de baja.

5. Los Servicios de Inspección señalan que ni EDENRED ESPAÑA, S.A. ni MADZ DIGITAL BUSINESS, SL han sido sancionadas ni apercibidas por la Agencia Española de Protección de Datos.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI).

### **II**

El artículo 37 de la LSSI establece como sujetos sobre los que impone su régimen sancionador a *“los prestadores de servicios de la sociedad de la información”*.

Para determinar qué sujetos se ajustan a dicha definición, ha de acudirse a lo dispuesto en el Anexo de la citada ley, que define al *“Prestador de servicios”* como *“la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”*. Lo que se completa con la definición que sobre *“Servicios de la sociedad de la información o servicios”* ofrece el apartado a), del Anexo:

*“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:*

- 1. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.*
- 2. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.*
- 3. La gestión de compras en la red por grupos de personas.*
- 4. El envío de comunicaciones comerciales.*
- 5. El suministro de información por vía telemática.”*

### III

Por su parte, el artículo 21 de la LSSI, señala 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” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).*

### 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 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."*

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en el citado apartado 2 del artículo 39 bis.

Trasladando las consideraciones precedentes al supuesto que analizamos se observa que la presunta infracción de la LSSI del denunciado, constituiría una infracción "leve"; que las entidades denunciadas no han sido sancionadas o apercibidas por la Agencia Española de Protección de Datos en ninguna ocasión anterior; y que concurren de manera significativa varias de las circunstancias descritas en el artículo 39 bis, 1 de la LSSI, teniendo en cuenta que solo se remitieron seis correos electrónicos (uno de los cuales se encuentra prescrito) y la falta de constancia de beneficios obtenidos y perjuicios ocasionados.

## V

En todo caso, debe señalarse que, si bien ese está ante comunicaciones comerciales no solicitadas, ya que se remitieron sin autorización expresa del

destinatario, lo que significaría la concurrencia de una actuación infractora por parte de las entidades denunciadas, éstas al tener noticia de los hechos aquí expuestos, han comunicado a esta Agencia que se ha procedido a dar de baja al denunciante del referido envío de comunicaciones comerciales.

Pues bien, en atención a las citadas circunstancias se considera necesario subrayar que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 29 de noviembre de 2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, a propósito de la naturaleza jurídica de esta figura, que pese a referirse al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) tiene plena aplicación al apercibimiento regulado por la LSSI, advierte que “no constituye una sanción” y que se trata de “medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción” que *sustituyen* a la sanción. La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD (estas consideraciones deben entenderse hechas, por lo que aquí respecta, al artículo 39 bis, 2 de la LSSI) 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 aquella- cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando las medidas correctoras pertinentes ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho será acordar el Archivo de las actuaciones.

En el presente caso y teniendo en cuenta las circunstancias del mismo, este organismo está facultado para, en lugar de iniciar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibir al denunciado a fin de que adopte las oportunas medidas correctoras.

Sin embargo, en base a los principios de intervención mínima y proporcionalidad que informan la capacidad de actuación de esta Agencia y teniendo en cuenta que las medidas correctoras que procedería imponer fueron ya adoptadas por iniciativa propia, en armonía con el pronunciamiento de la Audiencia Nacional recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) debe acordarse el **Archivo** de las actuaciones de investigación practicadas.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

**SE ACUERDA:**

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.

2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **EDENRED ESPAÑA S.A., COMPANEO, MADZ DIGITAL BUSINESS SL y B.B.B..**

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 Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

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 este 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