



Expediente N°: E/06051/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas *[de oficio]* por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **BMW IBERICA, S.A.** en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 13 de octubre de 2016, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que pone de manifiesto lo siguiente:

1. Recibe correos electrónicos en su cuenta@**gmail.com** con origen en la dirección email-marketing@.....es.
2. A pesar de haber solicitado la baja de la lista de destinatarios continúa recibiendo correos electrónicos.

Como respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia, con fecha de 22 de noviembre de 2016 tiene entrada en esta Agencia un correo electrónico del denunciante en el que aporta copia de los correos electrónicos recibidos y de las cabeceras, así como de los correos remitidos solicitando la baja de publicidad.

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 conforme al informe de actuaciones de inspección E/06061/2017 que se transcribe:

"HECHOS CONSTATADOS"

1. *El denunciante recibe en su cuenta de correo@**gmail.com** 5 correos electrónicos cuyas características se listan a continuación.*

Número	Cuenta origen	Fecha
1	email-marketing@.....es	31/5/2016
2	email-marketing@.....es	27/7/2016
3	email-marketing@.....es	30/8/2016
4	email-marketing@.....es	7/9/2016
5	email-marketing@.....es	31/10/2016

Según consta en el campo ASUNTO los correos electrónicos contienen información comercial referente a productos y servicios de la marca BMW.

2. *Los correos electrónicos disponen de un enlace donde pueda ejercitarse el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales.*
3. *El denunciante aporta copia de dos correos electrónicos en los que solicita la baja de publicidad con fechas 1 de junio y 3 de agosto de 2016. Dichos correos están remitidos a la misma dirección de origen de los correos publicitarios, utilizando para ello la funcionalidad de responder al correo electrónico.*

4. El dominio *bmw.es* está registrado a nombre de BMW IBERICA, S.A.
5. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, se recibe un escrito de los representantes de BMW IBERICA, S.A. en el que manifiestan en referencia a los hechos denunciados que:

5.1. Dentro de la aplicación informática de gestión de clientes (CRM) que BMW Ibérica tiene -denominada CaRMen-, el correo electrónico <.....@gmail.com> figura asociado a D. **A.A.A.**, en su condición de propietario de un vehículo automóvil de la marca BMW, que fue adquirido el 1 de abril de 2005.

5.2. La concreta Orden de Pedido firmada por el señor A.A.A. en el momento de la compra del citado vehículo -en la cual figura una cláusula Informativa de protección de datos- no puede ser aportada al corresponder su almacenamiento y custodia al Concesionario que efectuó la venta.

Aportan copia de 6 órdenes de reparación firmadas por el denunciante, en cada paso por taller del vehículo con posterioridad a su compra, donde se incluye una cláusula relativa a protección de datos autorizando a que sus datos sean incluidos en un fichero del que es responsable BMW IBERICA, S.A., con la finalidad, entre otras, de remitirle información sobre productos y servicios ofrecidos por BMW IBERICA, S.A. y las empresas del grupo.

5.3. El correo electrónico, así como los restantes datos personales que BMW IBERICA, S.A. tiene del señor A.A.A., han sido facilitados por él mismo a lo largo de estos más de 10 años en los contactos mantenidos con BMW Ibérica y/o con su Red de Concesionarios o Talleres Autorizados.

5.4. Aportan una impresión de la pantalla principal de la aplicación CaRMen, con la ficha del señor A.A.A.. De acuerdo a la misma, los datos de D. **A.A.A.** fueron incluidos en los actuales sistemas de BMW Ibérica en 2006 (fecha en la que se instaló la citada aplicación CaRMen y a la cual se migraron todos los datos existentes con anterioridad, entre ellos los del señor **A.A.A.**).

5.5. El señor **A.A.A.** es titular de un vehículo de la marca BMW que adquirió en el año 2005. Los datos de los compradores de vehículos de la marca BMW son recogidos por la Red de Concesionarios Autorizados -ya que son ellos quienes formalizan la venta con el cliente-, y enviados posteriormente por éstos a BMW Ibérica. El tratamiento de los datos personales de los compradores por parte de BMW Ibérica resulta necesario para atender tanto las garantías legales del vehículo, como el resto de responsabilidades que asume BMW Ibérica directamente frente al comprador.

5.6. Aportan copia de las 5 comunicaciones comerciales remitidas por BMW Ibérica a través de correo electrónico al denunciante, las cuales incluyen el siguiente texto:

'Esta dirección de correo no esté habilitada para la recepción de mensajes. Si desea ponerse en contacto con nosotros, diríjase aquí. En cumplimiento del artículo 5 de la Ley Orgánica 1571999, le informamos que sus datos provienen de un fichero cuyo titular y responsable es BMW Ibérica SA. Puede ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante el responsable del tratamiento, BMW Ibérica SA., incluyendo copia de su DNI y dirigiéndose a la siguiente dirección: BMW Group España- Opto. CRM. (C/...1). Madrid. Igualmente, puede modificar sus preferencias para comunicaciones a través de

correo electrónico visitando el siguiente enlace: modificar suscripciones. Mensaje enviado por BMW Ibérica C.I.F. A-....."

El texto informa de que la dirección desde la que se envían las comunicaciones no está habilitada para recibir e-mails. Para ponerse en contacto con BMW Ibérica, el usuario dispone de un 'link' específico, a través del que se accede a una web con los datos de contacto de la compañía (teléfono, dirección postal, correos electrónicos, etc).

Además, el usuario puede darse de baja de las suscripciones a través de un segundo link específico denominado 'modificar la suscripción'. Al "clickear" en el mismo, se muestra una pantalla que permite cancelar diferentes suscripciones.

La aplicación CaRMen que utiliza BMW IBERICA, dispone de una pestaña especialmente habilitada para marcar aquellos usuarios que no desean recibir comunicaciones comerciales. En el año 2016, BMW Ibérica envió un total de 7 millones de comunicaciones comerciales sólo a través de correo electrónico y añadió a su "Lista Robinson" interna 11.600 nuevos registros.

Al recibir el requerimiento de la Agencia Española de Protección de Datos y tener constancia por primera vez del deseo del señor A.A.A. de no recibir comunicaciones de BMW Ibérica, han procedido a Incluirlo de forma Inmediata en la citada "Lista Robinson"

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 lo sucesivo, LSSI).

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, establece:

"Artículo 120. Ámbito de aplicación.

1. Las disposiciones contenidas en el presente capítulo serán de aplicación a los procedimientos relativos al ejercicio por la Agencia Española de Protección de Datos de la potestad sancionadora que le viene atribuida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

...

Artículo 126. Resultado de las actuaciones previas.

1. Finalizadas las actuaciones previas, éstas se someterán a la decisión del Director de la Agencia Española de Protección de Datos.

Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará

resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.”

II

Actualmente se denomina “spam” a todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica. De este modo se entiende por “spam” cualquier mensaje no solicitado y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada es el correo electrónico.

Esta conducta es particularmente grave cuando se realiza en forma masiva. El envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española.

El bajo coste de los envíos de correos electrónicos vía Internet o mediante telefonía móvil (SMS y MMS), su posible anonimato, la velocidad con que llega a los destinatarios y las posibilidades que ofrece en cuanto al volumen de las transmisiones, han permitido que esta práctica se realice de forma abusiva e indiscriminada.

La LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa “*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*”. 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”*

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, se debe destacar que la LSSI dispone en su artículo 21 lo siguiente:

Art. 21

“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.”

Art. 22.1

“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”

En el presente caso los envíos objeto de denuncia contienen la características de envío comercial conforme a la definición anteriormente expuesta se ofertan productos y servicios prestados por BMW IBERICA, S.A.

V

En el presente supuesto, ha quedado acreditado que en el denunciante, cliente de BMW IBERICA, S.A., recibió en su cuenta de correo **.....@gmail.com**, 5 correos electrónicos (fechas 31/05/2016, 27/07/2016, 30/08/2016, 07/09/2016 y 31/10/2016) remitidos por dicha entidad, conteniendo información comercial referente a productos y servicios de la marca BMW. En los correos se informa que la dirección desde la que son enviados no está habilitada para recibir e-mails y que para ponerse en contacto con BMW IBERICA, S.A., el usuario dispone de un 'link* específico, a través del que se accede a una web con los datos de contacto de la compañía (teléfono, dirección postal, correos electrónicos, etc). Además, el usuario puede darse de baja de las suscripciones a través de un segundo link específico denominado 'modificar la suscripción'. Al "clickear" en el mismo, se muestra una pantalla que permite cancelar diferentes suscripciones.

Así pues, BMW informaba en los correos objeto de denuncia que la dirección desde la cual se remitían (email-marketing@.....es) no estaba habilitada para recibir e-mails, ofreciendo al denunciante un link que dirigía a una web donde se informaba de las direcciones habilitadas para la oposición al envío de comunicaciones comerciales. En este punto señalar que el en fechas 01/06/2016 y 03/08/2016 el denunciante solicitó la baja en el envío de publicidad mediante sendos correos electrónicos remitidos a la misma dirección de origen de los correos publicitarios, utilizando para ello la funcionalidad de responder al correo electrónico.

Por tanto el denunciante no utilizó el medio habilitado por BMW IBERICA, S.A. y que es conforme a lo establecido en el artículo 21.2 de la LSSI, en la medida en que en los correos se incluía una dirección electrónica válida (link que remitía a una web con información sobre las direcciones para ejercer el derecho de oposición a la recepción de publicidad), y en consecuencia BMW IBERICA, S.A. no tuvo constancia de tal oposición hasta la fecha en que esta Agencia le solicitó información sobre los hechos denunciados, procediendo por tanto, una vez conocida la voluntad del denunciante, a su inclusión de su dirección de correo electrónico en la “Lista Robinson” para que no le sean remitidas comunicaciones comerciales.

En consecuencia no cabe apreciar en el presente caso la existencia de vulneración del artículo 21.1 de la LSSI por parte de BMW IBERICA, S.A.

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 **BMW IBERICA, S.A.** y a **D. A.A.A.**

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