



Procedimiento Nº: A/00015/2019

RESOLUCIÓN: R/00228/2019

En el procedimiento A/00015/2019, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 7 de diciembre de 2018 Don **A.A.A.**, (en adelante el reclamante), interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos contra la entidad OFERTIX, S.L.U., (en adelante, OFERTIX o el reclamado) por seguir recibiendo comunicaciones comerciales electrónicas de esa entidad con posterioridad a haber solicitado el cese de ese tipo de envíos.

El reclamante afirma que hace muchos años que se dio de baja en la web de OFERTIX, por lo que no puede acceder a dicha web para dejar de recibir dichos correos publicitarios.

El reclamante adjunta, entre otra, la siguiente documentación:

-Copia de dos comunicaciones comerciales remitidas con fechas 30/11/2018 y 04/12/2018 desde la dirección de correo electrónico <\*\*\***EMAIL.1**> a la cuenta de correo del reclamante <\*\*\***EMAIL.2**>, ambas con asunto: Camper. Mustang. McGregor, ofertándole una serie de artículos de vestir de distintas marcas comerciales. En el encabezamiento figura la marca "Nice&Crazy". Venta Privada.

- Impresión de un envío remitido con fecha 08/11/2018 desde la cuenta de correo electrónico del reclamante a la dirección de correo electrónico \*\*\***EMAIL.3**, con asunto: No quiero volver a recibir SPAM desde su web.

SEGUNDO: De la documentación aportada por el reclamante se desprende que las citadas comunicaciones comerciales fueron remitidas por el reclamado, toda vez que en ambos envíos figura la siguiente leyenda:

*"Recibes ese correo porque eres socio de Ofertix.com. Si no quisieras formar parte de nuestro club puedes darte de baja clicando en baja. Te recordamos que puedes actualizar tus datos en el siguiente enlace tu cuenta. Si quieres ajustar la frecuencia de los envíos de nuestras ofertas puedes clicar en configuración emails."*  
(El subrayado se corresponde con enlaces)

Debajo de la información anterior, aparece, también en ambos envíos, la denominación social, domicilio postal, datos de inscripción en el Registro Mercantil de Barcelona y número de CIF del reclamado.

TERCERO: Consultada con fecha 5 de abril 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 al reclamado.

CUARTO: Con fecha 10 de abril 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/00015/2019, otorgando al reclamado un plazo de audiencia de quince días hábiles para que formulase alegaciones y presentase las pruebas que considerase convenientes.

Con fecha 11 de abril de 2019 se puso a disposición del reclamado la notificación de dicho acto a través de la plataforma Notific@, que envía las notificaciones a los sistemas Carpeta Ciudadana y dirección Electrónica Habilitada del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, entendiéndose la misma rechazada con fecha 22 de abril de 2019, al haber transcurrido diez días naturales desde su puesta a disposición sin que el reclamado accediese a su contenido.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 43.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en su relación con el artículo 41.5 de la misma norma, la notificación del citado acto por medios electrónicos fue rechazada por el reclamado, dándose por efectuado dicho trámite.

Respecto de las “Condiciones generales para la práctica de las notificaciones”, el artículo 41.5 de la citada Ley 39/2015 dispone que:

*“5. Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y el medio, dando por efectuado el trámite y siguiéndose el procedimiento.”*

En relación con la “Práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos”, el artículo 43.2 de la citada Ley 39/2015 dispone que:

*“2. Las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido.*

*Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido.”*

Sin perjuicio de lo cual, dado que el reclamado no había accedido a la citada notificación, de forma excepcional y a título informativo, se procedió a su remisión por correo postal certificado a través de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. a la dirección de contacto del reclamado que aparecía, a fecha 5 de abril de 2019, en la “Política de Privacidad” del sitio web \*\*\*URL.1 titularidad del reclamado -\*\*\*DIRECCION.1-, resultando ausente el reclamado en los intentos de entrega efectuados, respectivamente, a las 13:27 y 18:15 horas de los días 24 y 25 de abril de 2019, dejándose por el empleado de Correos aviso en el buzón.



El envío fue “Devuelto a Origen por Sobrante (no retirado en oficina) el 03/05/2019”, según figura en el Certificado emitido por dicha Sociedad.

### HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 7 de diciembre de 2018 se recibe en esta Agencia reclamación presentada por el reclamante contra la entidad OFERTIX, S.L.U. por la remisión de dos comunicaciones comerciales no autorizadas con posterioridad a haber solicitado el cese de ese tipo de envíos en sus señas electrónicas.

SEGUNDO: Con fecha 8 de noviembre de 2018 el reclamante manifestó al reclamado su oposición a continuar recibiendo comunicaciones comerciales en su dirección de correo electrónico remitiéndole un envío, con asunto: “No quiero volver a recibir SPAM desde su web”, desde su cuenta de correo electrónico **\*\*\*EMAIL.2** a la dirección **\*\*\*EMAIL.3**.

En el cuerpo del citado envío, el reclamante solicitaba la cancelación de su cuenta de correo electrónico y de cualquier otra información que figurara asociada al mismo en las bases de datos del reclamado.

TERCERO: Consta que con fechas 30 de noviembre de 2018 y 4 de diciembre de 2018 el reclamante recibió dos comunicaciones comerciales en su cuenta de correo electrónico **\*\*\*EMAIL.2** desde la dirección de correo electrónico <**\*\*\*EMAIL.1**>, ambas con asunto: Camper. Mustang. McGregor, ofertándole artículos de vestir de distintas marcas comerciales. En el encabezamiento de los envíos figuraba: “Nice&Crazy”. Venta Privada.

Al pie de estas comunicaciones se indicaba: “Recibes ese correo porque eres socio de Ofertix.com. Si no quisieras formar parte de nuestro club puedes darte de baja clicando en baja. Te recordamos que puedes actualizar tus datos en el siguiente enlace tu cuenta. Si quieres ajustar la frecuencia de los envíos de nuestras ofertas puedes clicar en configuración emails.” (El subrayado se corresponde con enlaces)

Debajo de la información anterior, aparecía a denominación social, domicilio postal, datos de inscripción en el Registro Mercantil de Barcelona y número de CIF de OFERTIX, S.L.U.

### 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 con fechas 30 de noviembre y 4 de diciembre de 2018 dos comunicaciones comerciales al correo electrónico del reclamante sin mediar el consentimiento previo y expreso del destinatario para ello, puesto que los envíos analizados, en los que se publicitaban artículos comercializados por la mara “Nice&Crazy”, se remitieron por el reclamado con posterioridad a que el reclamante se hubiera opuesto ante el remitente al tratamiento de sus señas electrónicas con fines de publicidad.

Por lo tanto, la remisión de los citados correos electrónicos se llevo a cabo sin contar con la autorización del reclamante para usar su dirección de correo electrónico con dicha finalidad, lo que conculca la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI, siendo responsable de dicha conducta el reclamado.

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 (...)*

Por su parte, los apartados 2 y 3 del artículo 21 del RGPD establecen lo

siguiente en relación con el “Derecho de oposición”:

“2. Cuando el tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa, el interesado tendrá derecho a oponerse en todo momento al tratamiento de los datos personales que le conciernan, incluida la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con la citada mercadotecnia.

3. Cuando el interesado se oponga al tratamiento con fines de mercadotecnia directa, los datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines.”

El envío por parte del reclamado de dos correos electrónicos comerciales no autorizados 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 del reclamado teniendo en cuenta la concurrencia significativa de las circunstancias derivadas de la falta de constancia de que se hayan producido perjuicios al reclamante, destinatario de los dos correos electrónicos promocionales no autorizados analizados, como de que el remitente haya obtenido beneficios a raíz de la comisión de la infracción. Lo que permite apereibir al reclamado requiriéndole la adopción de medidas correctoras para adecuarse a la normativa citada en lugar de iniciar la apertura del procedimiento sancionador contra el mismo.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00015/2019) a OFERTIX, S.L.U., con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2, de la LSSI, en relación con la reclamación por infracción del artículo 21.1 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la citada norma.

2.- REQUERIR a OFERTIX, S.L.U. 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 el uso de dicha cuenta con fines de publicidad.

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.

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 OFERTIX, S.L.U..

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 48.6 de la LOPDGDD), 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