



Procedimiento Nº: A/00247/2018

RESOLUCIÓN: R/01725/2018

En el procedimiento A/00247/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L.**, vista la denuncia presentada por **FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 8 de febrero de 2018 tiene entrada en la Agencia Española de Protección de Datos reclamación interpuesta por Don **A.A.A.**, en nombre y representación de la mercantil **FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L.**, (en lo sucesivo, el denunciante o **FUTURTREC**), exponiendo que dicha sociedad firmó con fecha 1 de julio de 2015 un contrato de franquicia con el franquiciador **THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L.**, (en adelante, el franquiciador o entidad denunciada), siendo la dinámica de actuación de los franquiciados dar de alta a los alumnos en una base de datos a la que el franquiciador tiene acceso a los efectos de controlar los alumnos matriculados en la escuela y, de ese modo, fijar la facturación que los franquiciados deben pagar en concepto de royalties.

Por diversos motivos, el franquiciador resuelve el mencionado contrato de franquicia el día 30 de octubre de 2017 y, después de abrir una nueva franquicia a su nombre procede a utilizar la base de datos de los alumnos del denunciante para realizar ofertas a los alumnos de **FUTURTREC** mediante el envío de correos electrónicos comerciales, entre enero y marzo de 2018.

Entre otra, el denunciante anexa la siguiente documentación:

Copia del citado contrato de franquicia, en cuya estipulación 16.23 se establece como una de las obligaciones del franquiciado instalar una plataforma de gestión para la llevanza y seguimiento de todos los procesos administrativos, formativos, de pago y otros propios de la actividad franquiciada, que deberá ser plenamente accesible para el franquiciador a través de Internet.

Copia de los correos electrónicos comerciales recibidos por los destinatarios que manifiestan no haber autorizado dichos envíos a la denunciada.

SEGUNDO: A la vista de los hechos expuestos y de los documentos aportados por el denunciante, desde esta Agencia se procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, a raíz de las cuales se tiene conocimiento de los siguientes extremos:

1. El denunciante aporta copia de 9 comunicaciones comerciales junto con sus correspondientes cabeceras de internet, todas ellas enviadas desde la cuenta de correo electrónico *****EMAIL.1** y recibidas en las direcciones de correo electrónico que a continuación de se detallan:



| Cuenta de origen | Cuenta de destino | Fecha |
|------------------|-------------------|------------|
| ***EMAIL.1 | ***EMAIL.2 | 11/01/2018 |
| “ | ***EMAIL.3 | 11/01/2018 |
| “ | ***EMAIL.4 | 18/01/2018 |
| “ | ***EMAIL.4 | 18/01/2018 |
| “ | ***EMAIL.5 | 11/01/2018 |
| “ | ***EMAIL.6 | 11/01/2018 |
| “ | ***EMAIL.6 | 31/01/2018 |
| “ | ***EMAIL.7 | 11/01/2018 |
| “ | ***EMAIL.7 | 18/01/2018 |

2. Los envíos publicitan cursos de formación de inglés comercializados por la entidad denunciada.
3. Las comunicaciones comerciales ofrecen un enlace para solicitar la baja de publicidad.
4. Los destinatarios de los citados envíos, cuyo nombre y Documento Nacional de Identidad figura en la documentación aportada, han manifestado que no han dado su consentimiento para recibir comunicaciones comerciales de la Central de THE GREEN MONKEY.
5. El dominio **thegreenmonkey.es** está registrado a nombre de la sociedad Baxter Business Service, S.L.
6. Se solicita información sobre los hechos denunciados a la entidad denunciada mediante escrito remitido a la Dirección Electrónica Habilitada, siendo retirado automáticamente con fecha 1 de mayo de 2018 al no haber sido retirado por el destinatario.
7. Con fecha 13 de junio de 2018 se mantiene una conversación telefónica con una representante de la entidad denunciada, quien solicita que le sea remitido mediante correo electrónico copia del requerimiento de información enviado a la Dirección Electrónica Habilitada de esa empresa. Con esa misma fecha se remite copia del citado requerimiento de información a la cuenta de correo electrónico ***EMAIL.1, siendo recibido ese mismo día.
8. Con fecha 15 de junio de 2018 se registra de entrada escrito de contestación al requerimiento anterior indicando, en lo que se refiere, a los destinatarios reseñados en el punto 2.1 anterior que:

Se adjunta copia de la siguiente documentación: a) Fichas completas de los usuarios de las direcciones de correo electrónico en la aplicación utilizada por la empresa (MailChimp) para el envío de comunicaciones comerciales; y b) Documentación disponible relacionada con el origen de las citadas direcciones de correo electrónico y con el consentimiento otorgado por los usuarios de las mismas. En lo que respecta a la cuenta *****EMAIL.8**, se aporta copia del contenido de los mensajes de envío de los formularios de contacto y de la prueba de nivel cumplimentados con fecha 9 de octubre de 2017 por el usuario



de dicha cuenta, quien, según la entidad denunciada, al cumplimentar el formulario de contacto aceptó la política de privacidad de la página <http://www.thegreenmonkey.es>, que preveía el envío de comunicaciones comerciales electrónicas, como figura en el apartado 6 del documento de “Política de privacidad y Condiciones de Uso de la Web” de la página web <http://www.thegreenmonkey.es/trescantos/aviso-legal/> que adjunta.

En cuanto a las demás direcciones de correo electrónico, la entidad denunciada señala que *“corresponden a clientes de nuestras academias, como demuestran las facturas de servicios, por lo que la base de legitimación para obtener sus datos personales es contractual”,* y que los correos electrónicos denunciados *“han sido remitidos en base a la excepción prevista en el artículo 21.2 de la Ley 34/2002”.*

TERCERO: Consultada el 18 de junio de 2018 la aplicación de la AEPD que gestiona la consulta de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, a la entidad denunciada no le constan registros previos.

CUARTO: Con fecha 5 de julio de 2018, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00247/2018.

QUINTO: Notificado el trámite de audiencia al denunciado, con fecha 24 de julio de 2018, se acuerda, en contestación a la solicitud efectuada en tal sentido por el representante legal de la entidad denunciada, remitir copia de la documentación obrante en el expediente y ampliar el plazo concedido para formular alegaciones.

SEXTO: Con fecha 6 de agosto de 2018 el representante legal del denunciado presenta escrito de alegaciones, en el que, en síntesis, manifiesta:

- Previa, se observa que el requerimiento de información efectuado con fecha 13 de junio de 2018 fue contestado en el plazo otorgado mediante escrito registrado en la AEPD con fecha 15 de junio de 2018, cuyo contenido se recoge, en forma resumida, en el Antecedente 2.8 de esta resolución.

- Cinco de las seis direcciones de correo electrónico utilizadas para los envíos de las nueve comunicaciones electrónicas estudiadas se correspondían con alumnos matriculados en la franquicia (academia) “The Green Monkey” de Tres Cantos o con los representantes legales de los alumnos menores de edad matriculados. La sexta dirección (*****EMAIL.8**) fue directamente captada a través del sitio web del denunciado con fecha 09/10/2017, siendo facilitada por una persona que envió sus datos a través de los formularios disponibles en <https://www.thegreenmonkey.es/que-programas/> y <https://www.thegreenmonkey.es/prueba-de-nivel-ingles/>. El envío de ambos formularios requería, en esa fecha, aceptar la política de privacidad colgada en el sitio web del denunciado y ofrecía a los usuarios de Internet en el apartado 6º de la misma la posibilidad de no recibir comunicaciones comerciales. Por lo que, respecto de esta concreta dirección, el denunciado contaba con autorización expresa para el envío de comunicaciones comerciales, no habiéndose opuesto su titular en ningún momento a continuar recibiendo tales envíos. Estas direcciones fueron facilitadas por FUTURTREC a la entidad denunciada en ejecución del contrato de Franquicia.



- El franquiciador, además del control de facturación a efectos de royalties, también tenía acceso a la base de datos en la que se daban de alta los alumnos con las siguientes finalidades: La realización de campañas publicitarias, en ejecución de lo establecido en los párrafos 10.3, 15.13, 16.2 y 16.13 del Contrato de Franquicia; El control de acceso de los alumnos a contenidos digitales disponibles en los repositorios de The Green Monkey; El seguimiento de los procesos formativos de los alumnos. Todos estos usos tenían soporte contractual en el párrafo 16.23 del citado contrato. La responsabilidad sobre los datos de los alumnos era compartida entre las distintas franquiciadas y la propia franquicia, manteniendo el franquiciador la capacidad de decidir sobre la finalidad, contenido y uso de los tratamientos reseñados, en especial en cuanto a la publicidad.

- El franquiciador decidía el contenido, las fechas de envío y los destinatarios de las comunicaciones comerciales que enviaba a sus clientes. Este hecho se reflejaba en las fichas de alta de cliente utilizadas por todas las franquicias de la red, que incluían una reseña en la que se indicaba que el usuario aceptaba “recibir comunicaciones de THE GREEN MONKEY”, entendiéndose por ésta al denunciado. En consecuencia, en todos los casos denunciados concurre la autorización expresa fijada en el artículo 21.1 de la LSSI.

- Afirma que accedió legalmente a los datos de los alumnos matriculados en la academia de Tres Cantos, explotada por FUTURTREC en régimen de franquicia. Finalizada la relación con esa empresa, pasó a gestionar directamente tanto la explotación del local en el que se desarrollaba la actividad como la gestión de los alumnos matriculados y continuó remitiéndoles comunicaciones comerciales.

- La transmisión de negocio derivada de la terminación del contrato de franquicia supone que todos los clientes de FUTURTREC pasasen, automáticamente, a ser clientes de The Green Monkey, resultando, por tanto, de aplicación a los mismos la excepción recogida en el artículo 21.2 de la LSSI.

Finalmente, alega que: a) existía una relación contractual previa, derivada tanto de la terminación del contrato de franquicia y de la consiguiente transmisión de negocio, como de la relación existente entre THE GREEN MONKEY y los alumnos de sus academias franquiciadas, en materias como la cesión de los derechos de autor de los materiales que utilizan en sus clases, el acceso a los repositorios digitales de la franquicia, etc.. ; b) Las comunicaciones se referían a cursos de inglés; servicios idénticos, o muy similares, a los que fueron objeto de contratación, y ofrecidos también por el denunciado; c) Los datos fueron obtenidos lícitamente. Se ofreció a los alumnos la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales, tanto en cada comunicación como en el momento de recogida de los datos.

HECHOS PROBADOS

1) Con fecha 1 de julio de 2015 las entidades THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L. y FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L. firmaron “Contrato de franquicia”, en el que figuraba como objeto del mismo que:

“EL FRANQUICIADOR, por el presente documento, concede intuitu personae al FRANQUICIADO, y éste a su vez acepta, un derecho de franquicia THE GREEN MONKEY consistente en el derecho a (a) explotar un Local dedicado a la enseñanza de idiomas y a la venta de productos y servicios complementarios, conforme a los



métodos y técnicas establecidos por el FRANQUICIADOR, y (b) hacer uso de la marca THE GREEN MONKEY con el solo propósito de dicha explotación, y el cumplimiento de los términos del presente Contrato (el "Derecho de Franquicia"). "

En dicho contrato THE GRENN MONKEY FRANCHISES, S.L. actuaba en calidad de FRANQUICIADOR y titular del derecho de explotación y uso de la marca THE GREEN MONKEY, mientras que FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L. lo hacía en calidad de FRANQUICIADO que deseaba instalar y explotar en régimen de franquicia un local integrado en la red THE GREEN MONKEY, y hacerlo bajo las directrices operativas, geográficas y financieras establecidas por el FRANQUICIADOR.

2) Con fecha 30 de octubre de 2017 THE GRENN MONKEY FRANCHISES, S.L. comunica por Burofax a FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L. la resolución, por incumplimiento, del "Contrato de Franquicia" suscrito entre ambas.

3) Con fecha 8 de febrero de 2018 se registra de entrada en esta Agencia escrito de FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L. adjuntando copia de varios correos electrónicos comerciales remitidos por THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L., y para cuyo envío utilizó, según afirma la entidad denunciante, la base de datos de sus clientes a la que la entidad denunciada tuvo acceso para controlar los alumnos matriculados en la escuela y poder fijar los royaltys a pagar en función de la facturación.

4) En las fechas que a continuación se indican, THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L. remitió desde la cuenta de correo electrónico ***EMAIL.1 nueve comunicaciones comerciales ofertando sus servicios a los usuarios de las siguientes direcciones de correo electrónico, cuya identidad y fecha de alta como cliente de FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L. también se detallan a continuación:

| Usuario correo electrónico de destino/ Fecha Alta Cliente | Dirección de correo electrónico de destino | Fecha Envío |
|---|--|-------------|
| B.B.B.; Fecha Alta Cliente: 21/07/2017 | ***EMAIL.2 | 11/01/2018 |
| C.C.C. Fecha Alta Cliente: 31/08/2017 | ***EMAIL.3 | 11/01/2018 |
| D.D.D. Fecha Alta Cliente: 25/01/2016 | ***EMAIL.4 | 18/01/2018 |
| " | ***EMAIL.4 | 18/01/2018 |
| E.E.E. Fecha Alta Cliente: 11/10/2017 | ***EMAIL.5 | 11/01/2018 |
| F.F.F. Fecha Alta Cliente: 07/01/2016 | ***EMAIL.6 | 11/01/2018 |
| " | ***EMAIL.6 | 31/01/2018 |
| G.G.G. Fecha Alta Cliente: 29/03/2017 | ***EMAIL.7 | 11/01/2018 |
| " | ***EMAIL.7 | 18/01/2018 |



En dichos envíos, que incluían un enlace de baja, se ofertaban cursos de idiomas y servicios prestados por la empresa remitente de los mismos.

5) Los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas reseñadas en el Hecho Probado anterior, han negado haber autorizado a THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L. la remisión de ese tipo de envíos.

6) FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L. ha aportado las Fichas de Alta suscritas, en el período comprendido entre el 7 de enero de 2016 y el 11 de octubre de 2017, por cada uno de los usuarios de las cuentas de correo electrónico en las que se recibieron las comunicaciones comerciales denunciadas, quienes se dieron de alta, o inscribieron de alta a sus hijos menores de edad, en diferentes cursos de idiomas impartidos por esa empresa.

7) Estas Fichas se encabezan con la marca comercial “The Green Monkey”, y contienen, entre otra información, el nº de cliente asignado al alumno o padre/madre del alumno si es menor de edad, email de contacto del cliente y reconocimiento del mismo de haber leído y aceptado las condiciones del contrato así como recibir comunicaciones de THEE GREEN MONKEY. A la misma altura de la firma de conformidad de cada uno de los clientes aparece estampado un sello que contiene la denominación social, CIF y domicilio de FUTURTREC ENSEÑANZA S.L..

8) Las “Fichas de Alta” de Cliente reseñadas en el Hecho Probado anterior van acompañadas del documento correspondiente a las Condiciones Generales del Contrato, donde se informa que Tres Cantos FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L. “*con nombre comercial The Green Monkey, (en adelante: “The Green Monkey”) ofrecerá un curso de idioma seleccionado y durante el tiempo seleccionado.*”.

Estas condiciones generales están firmadas, en señal de conformidad, por los clientes suscriptores del curso en cuestión, es decir, por los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas detalladas en el Hecho Probado nº 4, presentando también estampado a la altura de la firma del cliente el mismo sello de FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L. que consta en las Fichas de Alta de Cliente a las que estas Condiciones se vinculan.

En estas Condiciones Generales se informa al cliente que “*La recogida y tratamiento de los datos personales que usted facilite tiene como finalidad contactar con usted para dar respuesta a su petición e informarle sobre los productos y servicios que ofrece esta empresa, a través de cualquier medio de comunicación, incluso electrónico.*”.

9) Las mencionadas “Fichas de Alta” de Cliente y Condiciones Generales asociadas a las mismas no contienen ninguna referencia a la empresa THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L..

10) Las facturas obrantes en el procedimiento a nombre de **H.H.H., F.F.F., C.C.C.** y **D.D.D.** figuran como emitidas por FUTURTREC ENSEÑANZA S.L., no constando ninguna referencia en las mismas a la empresa THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L.

11) THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L. es titular de la página web <http://www.thegreenmonkey.es/>



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

En el presente caso se atribuye a THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L. la comisión de una infracción del artículo 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI). 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”.

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 sujeto no manifieste su voluntad en contra.

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”.

De este modo, la LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa 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 el segundo párrafo del citado artículo, que autoriza el envío 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.

III

Como 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”.

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 (...).”

De acuerdo con lo señalado, el concepto de comunicación comercial engloba la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, es decir, ha de tratarse de 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. El correo electrónico objeto de las presentes actuaciones, atendiendo a su contenido, se ajusta a este concepto de comunicación comercial.

Por otra parte, 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”.

Conviene señalar respecto de tal remisión a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que desde el 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), 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 (...)*

IV

En el presente supuesto, de la valoración conjunta de los elementos fácticos obrantes en el procedimiento sancionador, ha quedado acreditado que THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L. es responsable del envío de los nueve correos electrónicos publicitarios remitidos desde su dirección de correo electrónico ***EMAIL.1 en las fechas y a las cuentas de correo que se detallan en el Hecho Probado nº 4), sin que ésta haya acreditado mediante ningún medio de prueba que dichas comunicaciones comerciales se llevaron a cabo mediando solicitud previa o consentimiento expreso de los destinatarios de las mismas. A este respecto, los propios destinatarios han negado haber autorizado la recepción de correos electrónicos comerciales de la Central de THE GREEN MONKEY, es decir, de THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L.

Atendidas las circunstancias expuestas, y dado que lo indicado afecta a la cuestión de la carga de la prueba, resulta de aplicación el criterio mantenido por la Audiencia Nacional en la Sentencia de fecha 17 de mayo de 2007, Recurso 157/2005, en el que, respecto de 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 in consentido de datos.”*

En relación con esta cuestión, si bien la entidad denunciada ha acreditado que con fecha 9 de octubre de 2017 el usuario de la cuenta de correo *****EMAIL.5** cumplimentó un formulario de contacto ubicado en la página web <http://www.thegreenmonkey.es/que-programas/>, facilitando, entre otra información su dirección de correo electrónico, y, posteriormente, dicho usuario envió un nuevo formulario de cumplimentación de la prueba de nivel, volviendo a aportar sus datos (folios 527 al 530), se considera que esa empresa no ha acreditado que la Política de Privacidad vigente en la fecha de aceptación fuera la misma que la que obra en el documento de fecha 13 de junio de 2018 denominado “Política de Privacidad y Condiciones de Uso de la Web” adjuntado al escrito de alegaciones (folios 536 al 539), que además de ser posterior a la fecha de cumplimentación de dichos formularios, se ha comprobado no ofrece al usuario ningún mecanismo para oponerse en el mismo momento de recogida de la información vía formulario al tratamiento de sus datos personales con fines promocionales por medios electrónicos. Así la información contenida en el apartado sexto del documento “Política de Privacidad y



Condiciones de Uso de la Web” presentado se refiere a los mecanismos de oposición que el usuario podrá utilizar con posterioridad a la aceptación de dicha Política de Privacidad, como prueba que indican como tales “ *a través del modo habilitado en el correo electrónico comercial enviado o mediante notificación a “THE GREEN MONKEY”, en la forma prevista en la Cláusula 4*”, aunque el apartado 4 de la Política de Privacidad presentada no proporciona ninguna información relativa al modo de realizar tal negativa mediante notificación, sino al “Uso de los Datos de carácter personal”. Por lo cual, THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L. no ha acreditado la obtención, con fecha 9 de octubre de 2017, de un consentimiento válido a la recepción de comunicaciones comerciales por parte del usuario de dicha cuenta de correo.

Por el contrario, si consta en el procedimiento que FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L., mantuvo una relación contractual con los seis destinatarios de las nueve comunicaciones comerciales no autorizadas denunciadas, entre los que se incluye al usuario de la cuenta de correo *****EMAIL.5**, tal y como evidencian las Fichas de Alta de Cliente y las Condiciones Generales anexadas a las mismas (folios 435 al 447). En estos documentos se aprecia que junto a la firma de los clientes que contrataban los cursos de idiomas, y cuya identidad coincide con la de los destinatarios de los correos comerciales estudiados, aparece el sello de FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L., figurando en las Condiciones Generales de aceptación del Contrato de matriculación del curso que dicha entidad, con nombre comercial “The Green Monkey”, iba a ofrecer los cursos seleccionados. Por lo que, si los destinatarios de los correos electrónicos comerciales contrataron los cursos de idiomas con FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L., la aceptación del cliente de “*recibir comunicaciones de THE GREEN MONKEY*”, que aparece en las fichas aportadas debe entenderse como referida a FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L., cuyo nombre comercial, según figura en las citadas Condiciones Generales, es “The Green Monkey”. A lo que se suma que en los reseñados documentos contractuales no aparece ninguna mención a THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L.

Dicho criterio, se ve apoyado por las copias de las facturas aportadas por la entidad denunciada, ya que la entidad FUTURTREC ENSEÑANZA, S.L. figura como emisor de las facturas emitidas, entre otros, a nombre de **H.H.H., F.F.F., C.C.C. y D.D.D.**, lo que reforzándose así que la relación contractual de los destinatarios de los envíos se mantenía con dicha empresa, pero no con THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L., con independencia del “Contrato de Franquicia” que estas dos empresas pudieran mantener, y en virtud de cuya ejecución se incluía en la facturación el logotipo de la marca de la franquicia The Green Monkey.

De la cláusula 16.23 del citado “Contrato de Franquicia” suscrito entre las entidades denunciante y denunciada, en la que se estipula que “*El FRANQUICIADO instalará a su coste una PLATAFORMA DE GESTIÓN para la llevanza y seguimiento de todos los procesos administrativos, formativos, de pago y otros propios de la actividad franquiciada, y en todo caso aquellos que el FRANQUICIADOR indique en cada momento. La PLATAFORMA DE GESTIÓN deberá ser plenamente accesible por parte del FRANQUICIADOR a través de Internet, y el FRANQUICIADO se compromete, para ello, a mantener una conexión a Internet de alta velocidad (...)*”, tampoco se desprende la existencia de una relación contractual entre los clientes y/o alumnos matriculados en la mercantil del FRANQUICIADO con la entidad del FRANQUICIADOR, como tampoco prueba que los destinatarios de las comunicaciones comerciales analizadas fueran clientes del FRANQUICIADOR, es decir, de THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L.



Por otra parte, la entidad denunciada también cita la cláusula 20.5 para defender la transmisión de clientela al final de la relación contractual. En dicha cláusula se establece que: *“La terminación de la relación contractual por expiración del plazo, por resolución anticipada por incumplimiento o por cualquier otra causa, no generará derecho alguno a indemnización o compensación a favor del FRANQUICIADO por supuesta transmisión de clientela. En todo caso, ambas partes declaran que en la captación de clientela es prevalente la marca, método de presentación, gestión y comercialización, así como la oferta y variedad de productos, que aporta la estructura empresarial de THE GREEN MONKEY, sin que el FRANQUICIADO pueda reivindicar derecho alguno sobre la eventual clientela que en caso de extinción de esta franquicia pueda acceder al nuevo o nuevos locales de la red THE GREEN MONKEY que se abran dentro de la zona de exclusividad concedida al FRANQUICIADO”.*

Sobre este particular, el hecho de que la marca sea prevante para la captación de clientela, método de presentación, gestión y comercialización, así como la oferta y variedad de productos aportados por la estructura empresarial del FRANQUICIADOR no conlleva la existencia de relación contractual del mismo, es decir, de THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L., con la clientela del FRANQUICIADO. A mayor abundamiento, señalar que la entidad denunciada no ha acreditado que, con posterioridad a la rescisión del mencionado “Contrato de Franquicia” entre las partes, alguno de los destinatarios de las comunicaciones comerciales denunciadas contratase con THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L..

Paralelamente, destacar que las comunicaciones comerciales denunciadas se efectuaron con posterioridad a la rescisión del “Contrato de Franquicia”, por lo que a los efectos que nos ocupan resulta irrelevante lo dispuesto en el mismo en las estipulaciones 10.3, (Obligaciones Financieras del Franquiciado), 15.13 (Obligaciones del Franquiciador) y 16.2 y 16.13 (Obligaciones del Franquiciado) en relación con la realización de campañas publicitarias durante la vigencia del citado Contrato, amén, de que, en cualquier caso, dichas obligaciones no resultan óbice para que si dichas campañas se realizan por correo electrónico el prestador del servicio de la sociedad de la información cumpla con las exigencias recogidas en el artículo 21.1 de la LSSI, situación que en este caso, no se ha producido.

Igualmente, se rechaza que el tratamiento de las direcciones de correo electrónico de los destinatarios de los envíos denunciados se incardinara en el artículo 19 del RLOPD, invocado por la entidad denunciada. Dicho precepto, bajo la rúbrica *“Supuestos especiales”* determina que *“En los supuestos en que se produzca una modificación del responsable del fichero como consecuencia de una operación de fusión, escisión, cesión global de activos y pasivos, aportación o transmisión de negocio o rama de actividad empresarial, o cualquier operación de reestructuración societaria de análoga naturaleza, contemplada por la normativa mercantil, no se producirá cesión de datos, sin perjuicio del cumplimiento por el responsable de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.”*

Téngase en cuenta que no estamos ante una infracción a la normativa de protección de datos, sino que se analiza la conculcación de la prohibición de enviar comunicaciones comerciales realizadas por correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes, recogida en el artículo 21.1 de la LSSI. Sentado lo anterior, tampoco estamos frente a un supuesto en el que se haya



producido una modificación del responsable del fichero como consecuencia de transmisión de negocio derivado de la terminación del “Contrato de Franquicia”.

En este caso la entidad denunciada no ha acreditado esa transmisión ni que haya pasado a ser titular del fichero en el que FUTURTREC había registrado los datos personales procedentes de las Fichas de Alta de Cliente cumplimentadas por los destinatarios de las nueve comunicaciones comerciales analizadas, fichero al que se hace referencia en las “Condiciones Generales” anexadas a dichas Fichas de Alta de Cliente (Hechos Probados 6), 7) y 8). A lo que hay que añadir, que la entidad denunciante ha mantenido siempre su condición de persona jurídica independiente de THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L., tanto durante la vigencia del “Contrato de Franquicia”, conforme a la estipulación 2 del mismo, como después de la rescisión del mismo.

A tenor de todo lo cual, ha quedado enervada la manifestación de la entidad denunciada relativa a que *“en todos los casos denunciados, concurre la autorización expresa fijada en el artículo 21.1 de la LSSI”*, al igual que la afirmación referida a que *“la transmisión de negocio derivada de la terminación del contrato de franquicia supone que todos los clientes de Futurtrec pasasen, de forma automática, a ser clientes de The Green Monkey. Por ello, se aplica a todos ellos la excepción recogida en el artículo 21.2 de la LSSI”*.

A tenor de todo lo cual, THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L. no ha acreditado contar con el consentimiento expreso y previo de los destinatarios de las comunicaciones comerciales denunciadas para llevar a cabo dichos envíos, como tampoco ha justificado mantener una relación contractual previa con los destinatarios de las nueve comunicaciones comerciales estudiadas.

Por tanto, la entidad denunciada ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al enviar un total de nueve correos electrónicos promocionales a los usuarios de las cuentas de correo electrónico señaladas en el hecho probado nº 4) sin contar con su consentimiento previo y expreso para ello, no cabiendo, tampoco, aplicar la excepción contenida en el primer párrafo del artículo 21.2 de dicha norma.

V

El Título VII de la LSSI bajo la rúbrica *“Infracciones y sanciones”* contiene el régimen sancionador aplicable en caso de que se produzca alguna de las infracciones contenidas en el cuadro de infracciones que en el mismo se recoge.

En concreto, el artículo 37 especifica que *“los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos al régimen sancionador establecido en este Título cuando la presente Ley les sea de aplicación”*.

La definición de prestador del servicio se contiene en el apartado c) del Anexo de la citada norma que considera como tal la *“persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”*.

De acuerdo con lo establecido en los apartados 3.c) y 4.d) del artículo 38 de la LSSI, se consideran infracciones graves y leves las siguientes:

“3. Son infracciones graves:

c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se



cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21.”.

“4. Son infracciones leves:

d) 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”.

En consecuencia, la infracción del artículo 21 de la LSSI, en los términos indicados por el citado artículo 38.4.d), se califica en términos generales como infracción leve, aunque si se produce un envío masivo de comunicaciones comerciales no solicitadas a diferentes destinatarios o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario, en los términos que se indican en el también citado artículo 38.3.c), se producirá una infracción de carácter grave.

A partir del conjunto de hechos y circunstancias constatadas y con arreglo a lo dispuesto en los citados preceptos, la conclusión que se desprende es que la conculcación del artículo 21.1 de la LSSI que se imputa a la entidad denunciada se ajusta al tipo de infracción calificada como leve en el artículo 38.4.d) de la vigente LSSI, ya que el envío de los nueve correos electrónicos comerciales analizados sin contar con su consentimiento previo y expreso de sus respectivos destinatarios para ello, no puede ser calificado como “envío insistente o sistemático” de comunicaciones comerciales no solicitadas por medios electrónicos por parte de la referida entidad.

VI

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, así como la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 39 bis 1.a) de la misma norma, toda vez que se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la denunciada teniendo en cuenta la concurrencia significativa de las circunstancias derivadas de la falta de constancia de que se hayan producido perjuicios a los destinatarios de los envíos comerciales no autorizados analizados y que la entidad denunciada no tiene como actividad principal el tratamiento de datos, se aplica el procedimiento de apercibimiento.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00247/2018) a THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L. con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2, de la LSSI, con relación a la denuncia 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 THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L. 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 21.1 de la LSSI. En concreto, se insta a esa empresa a que cese en el envío de comunicaciones comerciales a las seis direcciones de correo electrónico que figuran en el hecho probado 4) y proceda a bloquear dichas cuentas en su lista de distribución o sistema de envíos. Asimismo, se requiere el establecimiento de las medidas necesarias que impidan que en el futuro se realicen envíos de comunicaciones comerciales no solicitadas o expresamente autorizadas por sus destinatarios o sin que, previamente, exista



una relación contractual previa en los términos del artículo 21.2 de la LSSI que lo 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 **THE GREEN MONKEY FRANCHISES, S.L.** y a Don **M.M.M.**, Representante Legal de esa mercantil.

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.

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 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