



Procedimiento N°: A/00261/2015

**RESOLUCIÓN: R/00164/2016**

En el procedimiento A/00261/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **EMAILING NETWORK EUROPE, S.L.**, vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO:** Con fecha de 22 de abril de 2015 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por Don **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta haber recibido, con fecha 9 de abril de 2015, un correo comercial no solicitado en la cuenta **.....@emrsoftware.es** procedente de EMAILING NETWORK EUROPE, S.L. (en adelante, la denunciada o EMAILING NETWORK), entidad a la que ha solicitado darse de baja utilizando el enlace ofrecido en el envío.

El denunciante señala que puesto en contacto con EMAILING NETWORK para solicitar información sobre el envío *“únicamente ha obtenido información difusa como una IP (\*\*IP.1) y una marca “Green Data Point”, que resulta ser una empresa de envíos de marketing por Internet”*. Según el denunciante, EMN se escuda en que un tercero (www.greendatapoint.com) es el que tiene o ha prestado esa información a EMN, pero sin justificar, entre otros extremos, la existencia de una autorización expresa por su parte para disponer de sus datos personales y sin acreditar el origen de tal autorización, ya que *“Informan de un origen inconcreto que a su consideración es completamente falso.”*

Como respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia, con fecha de 11 de junio de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito del denunciante aportando las cabeceras completas de Internet del correo electrónico objeto de denuncia.

**SEGUNDO:** Del examen de la documentación presentada por el denunciante y de las actuaciones practicadas a la vista de los hechos denunciados se desprende lo siguiente:

2.1 El denunciante recibió en su cuenta de correo electrónico **.....@emrsoftware.es** la comunicación comercial cuyas características se listan a continuación:

| Cuenta origen                | IP origen     | Fecha      | Hora      |
|------------------------------|---------------|------------|-----------|
| <b>.....@news.emnclub.es</b> | <b>**IP.2</b> | 09/04/2015 | 17:01 +02 |



El correo electrónico, que tenía como Asunto “*Bienvenido a EmailingNetwork*”, promocionaba diversas ofertas ofrecidas por los Clubs de ofertas “ClicPlan”, “Coupon&go” y “ClubOferting” en tanto que miembro de GreenDataPoint .

El envío aportado por el denunciante incluye un enlace para oponerse a la recepción de publicidad con el siguiente texto “*Si quieres dejar de recibir publicidad [date de baja aquí](#)*”

2.2 El dominio “*emnclub.es*” está registrado a nombre de **B.B.B.**, presidente de EMAILING NETWORK EUROPE, S.L.

2.3 En respuesta a la solicitud de información realizada por la Subdirección General de Inspección de Datos de esta Agencia, el representante de EMAILING NETWORK manifestó en referencia al envío del correo electrónico en cuestión:

- Que el dato de la dirección de correo electrónico del denunciante procede de las suscripciones efectuadas por éste en FutureBuilders y en GreenDataPoint.
- Aportan copia de diversos correos electrónicos de fechas 9 y 10 de abril de 2015 enviados al denunciante en relación con el origen de los datos utilizados para el envío de la comunicación comercial analizada y la obtención del consentimiento del mismo para su realización.
- En el correo enviado con fecha 10/04/2015 EMAILING NETWORK indicaba que: “*Simpler es el nombre de la aplicación desarrollada por GreenDataPoint, que a través de VipResponse nos ha pasado tu contacto y firmado un documento legal en que todos sus datos han sido captados legalmente con el consentimiento al tratamiento de datos por parte de terceros*”. Dicho documento no se aportó por la denunciada.
- Presentan impresión de un formulario de alta sin cumplimentar que afirman pertenece a FutureBuilders y de los datos supuestamente facilitados por el denunciante al cumplimentar el alta con fecha 19/05/2014.
- También facilitan impresión de la información del afectado que consta en su base de datos (Megabase), que incluye la dirección de correo electrónico, la fuente y la IP.

2.4 EMAILING NETWORK no ha facilitado la identidad de las personas físicas o jurídicas responsables de los ficheros en los que se incluyeron los datos



supuestamente facilitados por el denunciante al darse de alta en FutureBuilders y en GreenDataPoint, ni ha justificado el tipo de relación contractual mantenida con los mismos.

- 2.5 Se observa que mientras en el correo electrónico de fecha 09/04/2015 se indica al denunciante que la suscripción a GreenDataPoint se llevó a cabo el día 10/02/2015, sin embargo, en la información adjuntada al correo enviado el 10/04/2015, que señalan proviene de la aplicación Simpler, figura que el alta se realizó el día 02/08/2014.

En el mencionado correo electrónico de fecha 09/04/2015, EMAILING NETWORK confirmaba al denunciante la baja de su dirección de correo electrónico en la base de datos utilizada por esa empresa para remitir los envíos publicitarios.

- 2.6 En el correo electrónico de fecha 10 de abril de 2015 enviado por el denunciante a la denunciada se indica que la información que le ha sido facilitada no aclara el origen concreto de los datos ni que mediara su consentimiento para la utilización publicitaria de los mismos, expresándose sobre dichas cuestiones en los siguientes términos: *“En concreto lo que solicitaba es obtener información fehaciente de en qué lugar o mediante qué procedimiento he autorizado yo ese hecho, y en concreto a quién. No me consta ninguna autorización que yo haya emitido a favor de a GreenDataPoint o a vosotros ni a ninguna de las marcas sobre las que me contactasteis ayer.*

*Lo informado en este correo que me facilitas no me aclara nada, y cuestiono su validez. Un pantallazo tan genérico no sirve de uno formulario que no firma nadie no identifica nada. Ni la declaración basada en una legislación genérica que aparece en el link que me facilitas no responde a lo único que os he solicitado que es obtener copia de mi consentimiento y en favor de quién “*

**TERCERO:** Con fecha 24 de septiembre de 2015, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00261/2015. Dicho acuerdo fue notificado al denunciado y al denunciante con fechas 28 y 29 de septiembre de 2015, respectivamente.

**CUARTO:** Con fecha 16 de octubre de 2015 se recibe en esta Agencia escrito de EMAILING NETWORK EUROPE, S.L. alegando, en síntesis, los siguientes extremos:

- La entidad firmó el 3 de febrero de 2007 en exclusividad un contrato de colaboración con la empresa francesa EMAILING NETWORK, SARL que incluye, entre otros, la prestación de los siguientes servicios:
  - 1) Desarrollo comercial, consistente en la comercialización de los servicios propuestos por EMAILING NETWORK, SARL, y
  - 2) Producción y desarrollo técnico con la puesta a disposición de ingenieros informáticos y de seguimiento de producción.



- EMAILING NETWORK, SARL tiene registradas las marcas ClicPlan, coupon&Go y Oferting.
- Con fecha 26 de julio de 2014 la empresa holandesa VIP LIST MANAGEMENT (en adelante VIP LIST) , celebró un contrato con EMAILING NETWORK, SARL en virtud del cual proporcionaba bases de datos de diferentes empresas, entre ellas GreenDatapoint y Futurebuilders, para realizar campañas publicitarias para las marcas de EMAILING NETWORK, SARL .
- A los efectos de atender la solicitud de acceso del denunciante se requirió a VIP LIST el origen de los datos, comunicándose que provenían de las Bases de datos de Futurebuilders y de GreenDataPoint, con fechas de alta, según capturas aportadas por dicha empresa, de 19/05/2014 y 02/08/2014.
- Los datos procedentes de GreenDataPoint se recogieron el 02/08/2014 a través del formulario on line para la descarga gratuita de la aplicación SIMPLER, cuyo desarrollador es GreenDataPoint, empresa que señala que para poder realizar dicha descarga debe aceptarse la política de privacidad de la aplicación, en la que se consiente el envío de comunicaciones comerciales por parte de terceros y que dirige al enlace de la política de privacidad ([www.simplercontacts.com](http://www.simplercontacts.com)).
- Los datos del denunciante se incorporaron en la Base de Datos de la entidad, denominada “Megabase”, con fecha 10 de febrero de 2015, aunque no se enviaron ofertas promocionales al denunciante con la información de la lista de Futurebuilders.

En virtud de lo expuesto solicita que se considere:

- 1) Alegan que no ha existido dolo ni culpa ni falta de diligencia en su conducta, por lo que no puede imputársele ninguna responsabilidad en la infracción al haber actuado de buena fe y adoptando las cautelas establecidas a su alcance, como son la exigencia de un contrato celebrado con las garantías previstas en la LOPD y contratando con una empresa de reconocido prestigio que le garantiza que los datos empleados han sido recabados con el consentimiento de los titulares de los mismos. Incide en
- 2) Que se ha respetado y priorizado en todo momento la protección de los derechos del titular de los datos, dando respuesta rápida a las solicitudes del afectado, procediendo al bloqueo del envío de cualquier comunicación y comunicando la solicitud del mismo al responsable del fichero.
- 3) La entidad tiene implementado desde 2009 un procedimiento de seguridad mediante el que cualquier solicitud de baja, cancelación y oposición tiene carácter de baja definitiva, existiendo un doble control en virtud del cual con fecha 9 de abril de 2015 se bloquearon los registros del denunciante con su nombre de usuario en la base de datos de la entidad (Megabase) y, después, se actualizaron en todas las cuentas de los proveedores para impedir nuevas comunicaciones.
- 4) A fin de garantizar el cumplimiento de la LOPD y la LSSI se han adoptado una serie de medidas de mejora, tales como la contratación en febrero de 2015 de los servicios de un despacho jurídico para realizar una revisión integral de la adecuación de la empresa a esas normativas, desarrollo de un



proyecto de “Evaluación de Impacto de Protección de Datos” para salvaguardar la seguridad de los datos y los derechos de sus titulares, se ha reforzado la concienciación del personal en esta materia celebrando jornadas de formación durante 2015, se ha perfeccionado la información legal previa y la Política de Privacidad de la entidad. Acompañan certificado de Confianza Online conforme la entidad está adherida a dicha Asociación y su código ético desde el año 2009, si bien la empresa que aparece en dicho documento es EMAILING NETWORK SARL y no la denunciada

**QUINTO:** Con fecha 7 de marzo de 2016 se accede al sitio web [www.simplercontacts.com](http://www.simplercontacts.com) descargándose los documentos “Términos de Uso”, “Política de Privacidad”, y los formularios de registro y de contacto de Green Data Poin.

### **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO:** Con fecha 3 de febrero de 2007 EMAILING NETWORK EUROPE, S.L. suscribió, según manifiesta, un contrato de colaboración con la empresa francesa EMAILING NETWORK SARL para la prestación, entre otros, de los siguientes servicios por la primera empresa de las citadas a la segunda: (folio 66)

- Desarrollo comercial, consistente en la comercialización de los servicios propuestos por EMAILING NETWORK, SARL, y
- Producción y desarrollo técnico con la puesta a disposición de ingenieros informáticos y de seguimiento de producción

**SEGUNDO:** Según la denunciada, EMAILING NETWORK, SARL tiene registradas las marcas ClicPlan, coupon&Go y Oferting. (folio 66)

**TERCERO:** Con fecha 30 de marzo de 2011 EMAILING NETWORK EUROPE, S.L. y EMAILING NETWORK, SARL suscribieron un “Contrato de acceso a datos para la prestación de servicios”, actuando como encargado del tratamiento y como responsable del tratamiento, respectivamente. En dicho contrato consta que el responsable del tratamiento ha contratado al encargado del tratamiento para la realización de campañas publicitarias, entre las que se encuentran servicios de email marketing para uso propio o de terceras partes mediante el acceso y tratamiento de los datos contenidos en los ficheros titularidad de EMAILIN NETWORK SARL. La cláusula Tercera del contrato hace mención al artículo 12 de la LOPD. (folios 72 al 74)

**CUARTO:** EMAILING NETWORK EUROPE, S.L. manifiesta que con fecha 26 de julio de 2014 la empresa holandesa VIP LIST MANAGEMENT, (en adelante VIP LIST), celebró un contrato con EMAILING NETWORK, SARL, en virtud del cual la primera de las citadas autorizaba a la segunda a utilizar la base de datos opt-in de VIP LIST para la realización de campañas de publicidad vía email de diversos anunciantes y marcas, entre las que se encontraban, según la denunciada, las marcas gestionadas por la propia EMAILING NETWORK, SARL. (folio 67)

**QUINTO:** Con fecha 9 de abril de 2015 el denunciante recibió en su dirección de correo electrónico [.....@emrsoftware.es](mailto:.....@emrsoftware.es) una comunicación comercial procedente de la cuenta de correo [.....@news.emnclub.es](mailto:.....@news.emnclub.es) con el Asunto “Bienvenido a



*EmailingNetwork*”. En dicho envío se mostraban ofertas de los Clubs de ofertas “ClicPlan”, “Coupon&go” y “ClubOferting” en su condición de miembro de GreenDataPoint. (folios 4, 5, 12 y 13)

El envío contenía un enlace para poder oponerse a la recepción de nuevas comunicaciones comerciales.

**SEXTO:** El dominio “*emnclub.es*” está registrado a nombre de **B.B.B.**, Administrador único de EMAILING NETWORK EUROPE, S.L. según información obtenida en el Registro Mercantil Central (folios 39, 41 y 42)

**SÉPTIMO:** En la base de datos de EMAILING NETWORK EUROPE, S.L., denominada “Megabase”, consta que la dirección de correo electrónico *.....@emrsoftware.es* procedía de dos fuentes distintas, una la base de datos “Futurebuilders” y otra la base de datos “GreenDataPoint”, habiéndose incorporado a “Megabase” en ambos casos con fecha 10 de febrero de 2015. También figuran las direcciones IP de origen de citado dato para cada una de las fuentes de origen citadas. (folio 29)

**NOVENO:** Con fecha 9 de abril de 2015 VIP LIST dio de baja la dirección de correo electrónico del denunciante en las bases de datos de “Futurebuilders” y “GreenDataPoint”. (folios 37, 68 y 88)

**DÉCIMO:** Con fecha 10 de abril de 2015 se actualizó la baja del correo electrónico del denunciante en el fichero “Megabase” (folio 30)

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

El segundo párrafo del artículo 43.1 de la LSSI en su redacción conferida por la Ley 9/2014 establece que *“igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3.c), d) e i) y 38.4.d), g) y h) de esta Ley”*; otorgando por tanto a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer sanciones por la comisión de la infracción del artículo 21 de la citada Ley.

### **II**

A los efectos de examinar si los hechos objeto de imputación pueden constituir infracción al artículo 21 de la LSSI conviene realizar una breve exposición sobre el marco jurídico que resulta de aplicación a las comunicaciones comerciales remitidas por correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

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.

El artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, en la redacción introducida por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones 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”.*

Por lo tanto, 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.

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.

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”.*

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 Anexo c) de la LSSI define como “Prestador de servicios” o “prestador” a la “persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”

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.

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

Como cuestión previa cabe analizar la alegación efectuada por EMAILING NETWORK EUROPE, S.L. en el sentido de que, con arreglo al contrato de fecha 30 de marzo de 2011, el tratamiento publicitario del dato del correo electrónico del denunciante lo realizó en su condición de encargado del tratamiento de la empresa francesa EMAILING NETWORK, SARL, que, según consta en el contrato, fijaba las instrucciones a seguir respecto del tratamiento de los datos personales contenidos en los ficheros de su responsabilidad. Dicho tratamiento, se condicionaba contractualmente al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12 de la LOPD, precepto que bajo la rúbrica “Acceso a los datos por cuenta de terceros”, establece lo siguiente:

*“1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.*

*2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure*

*en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas. En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta Ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.*

*3. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.*

*4. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente. “*

En este caso, aunque en la cláusula Quinta del mencionado contrato se estipulaba que el acceso y tratamiento a los datos personales obrantes en los ficheros del responsable del tratamiento por parte del encargado del tratamiento para la prestación de los servicios contratados podría realizarse en los locales del responsable, por acceso remoto o en los locales del encargado a través, y siempre sometido a las medidas de seguridad contempladas en la normativa de protección de datos y en el contrato, lo cierto es que con fecha 10 de febrero de 2015 EMAILING NETWORK EUROPE, S.L. incluyó en su propia base de datos “(Megabase)” el correo electrónico del denunciante y resto de datos asociados a dicho dato procedentes del fichero responsabilidad de EMAILING NETWORK, SARL, los cuales, a su vez, habían sido facilitados a esa empresa por VIP LIST, figurando su descripción en el Hecho Probado Séptimo.

La incorporación de esa información personal a su propia base de datos convierte a la denunciada en responsable del tratamiento efectuado con ese dato de carácter personal a partir de ese momento, ello con arreglo a las definiciones recogidas en los apartados c) y d) de la LOPD que entienden como

*“b) Fichero: todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.*

*c) Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.*

*d) Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.*

*e) Afectado o interesado: persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo. “*

Paralelamente, la posterior utilización de esas señas electrónicas para el envío de una comunicación comercial al denunciante supone una conducta propia del prestador de servicios de la sociedad de la información conforme a la definición aparece en el ya citado Anexo c) de la LSSI.

En apoyo de dicho criterio, consta en el expediente prueba de que la cuenta de correo electrónico del denunciante se utilizó por EMAILING NETWORK EUROPE, S.L. para enviarle una comunicación comercial con fecha 9 de abril de 2015 cuyo origen fue una cuenta de correo de cuyo dominio era responsable el administrador único de



esa empresa. Igualmente consta probado que dicho dato se trató para dar de baja la referida cuenta de correo en la base de datos “Megabase” .

## V

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, hay que dilucidar si el correo electrónico enviado con fecha 9 de abril de 2015 desde la cuenta .....@news.emnclub.es a la dirección .....@emrsoftware.es incumplía las exigencias recogidas en el artículo 21.1 de la LSSI. Para ello se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, estamos ante un envío que responde a la definición de comunicación comercial recogida en el Anexo f) de la LSSI anteriormente transcrito, en tanto que contenía información comercial relativa a ofertas de los Clubs “ClicPlan”, “Coupon&go” y “ClubOferting”, gestionados por EMAILING NETWORK, SARL según información facilitada por la entidad remitente del envío, y cuya remisión obedecía a que el destinatario del envío tenía la condición de miembro de GreenDataPoint.

En segundo lugar, la denunciada no ha acreditado contar con el consentimiento previo y expreso del destinatario para remitirle una comunicación comercial a sus señas electrónicas.

Téngase en cuenta que aunque se han aportado sendas capturas de pantalla con los datos supuestamente facilitados por el denunciante al suscribirse en las bases de datos de Futurebuilders y GreenDataPoint con fechas 19/05/2014 y 02/08/2014, dicha documentación no acredita que el afectado consintiese en forma expresa la cesión de sus datos a terceros para recibir comunicaciones comerciales por medios de comunicación electrónica, ni tampoco prueba que previamente fuese informado de dicha circunstancia con arreglo a los requisitos de la normativa de protección de datos, en especial en lo que respecta a la necesidad de obtener el consentimiento expreso dado que se trata de comunicaciones remitidas por medios electrónicos.

Estas suscripciones, por otra parte, han sido cuestionadas por el propio denunciante durante los contactos mantenidos con la denunciada con fechas 9 y 10 de abril de 2015 sobre el origen de sus datos y el consentimiento que mediaba para ser utilizados para enviarle comunicaciones comerciales, al igual que manifestó sus dudas sobre el rango de las IPs de origen que aparecen en las capturas, ya que no coinciden con el rango del operador de su móvil o proveedor de comunicaciones con los que trabaja, añadiendo que en su domicilio y oficina cuenta con una IP estática.

En tercer lugar, en lo afecta a los datos que según la denunciada se utilizaron para la realización del envío objeto de análisis, debe recalcar que aun admitiendo, como hipótesis, que la descarga gratuita de la aplicación SIMPLER de GreenDataPoint se encontrase condicionada en la fecha de la suscripción a la marcación por el usuario de la opción de aceptación de la Política de Privacidad del sitio web [www.simplercontacts.com](http://www.simplercontacts.com), en la que constaría que se acepta el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico por parte de terceros, la mera exigencia de tal requisito, que se recuerda no ha sido acreditado por la denunciada mediante ningún medio de prueba, tampoco justificaría fehacientemente que el denunciante hubiera cumplimentado el formulario de registro para la descarga de la aplicación o que hubiera consentido la recepción de comunicaciones comerciales por medios electrónicos procedentes de terceras empresas en la forma y fecha señaladas,

En esa misma línea, la evidencia digital aportada realizada por un tercero de



confianza que valida que con fecha 16 de octubre 2015 la aplicación tiene el link de “política de Privacidad” que dirige al citado documento, cuya última modificación data del 25 de octubre de 2014, tampoco prueba las circunstancias antedichas.

En cuarto lugar, y a modo de inicio, se reseña que no obstante en el acceso efectuado con fecha 7 de marzo de 2016 al sitio web [www.simplercontacts.com](http://www.simplercontacts.com) se ha constatado que en los “Términos de Uso” del sitio consta que *“Al acceder o utilizar nuestros servicios, usted confirma que ha leído los términos y condiciones, que las entiende y que acepta que quedará vinculado por ellos y por la más simple política de privacidad (Privacidad)”* política de privacidad, siendo el subrayado un enlace que dirige a la política de privacidad del sitio, documento en el que figura que *“Al acceder o utilizar nuestros servicios, usted confirma que ha leído la política, que lo entiende y que acepta que quedará vinculado por él y por los términos de uso (“Términos”) Condiciones de Uso”*.

En el referido documento de “Política de privacidad” aparece que puede utilizarse la información del usuario para proporcionarle o para permitir que terceros seleccionados le ofrezcan productos o servicios de su interés por teléfono, correo electrónico o mensaje de texto, no ofreciéndose, por tanto información relativa a los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podría recibir publicidad, conforme exige el artículo 45.1.b) del Reglamento de Desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

Sin embargo en ninguno de esos documentos ni en los formularios de contacto y registro obtenidos con fecha 7 de marzo de 2016 el responsable de la recogida de datos requiere la marcación de una opción de aceptación de la “política de privacidad”. (folios 220 al 232)

Consecuentemente, a la luz de los elementos fácticos obrantes en el procedimiento cabe concluir que la entidad denunciada ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al enviar un correo electrónico comercial al denunciante no autorizado ni solicitado por éste, toda vez que EMAILING NETWORK EUROPE, S.L. no ha acreditado que contaba con su consentimiento previo y expreso para ello, y sin que quepa aplicar la excepción contenida en el primer párrafo del artículo 21.2 de dicha norma al no existir una relación contractual previa entre la entidad remitente y el destinatario del envío en cuestión.

## VI

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”* (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

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”*, y dentro de la cual se encuadra TME como remitente de las comunicaciones comerciales objeto de estudio.

De conformidad con lo establecido en el artículo 38, en sus apartados 3 y 4 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, a 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.b), se producirá una infracción de carácter grave a los efectos de la LSSI.

A partir del conjunto de hechos y circunstancias constatadas en el procedimiento sancionador y vistos los fundamentos de derecho anteriores, la conclusión que se desprende es que la conculcación de artículo 21.1 de la LSSI imputada a la entidad denunciada se ajusta al tipo de infracción calificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI, ya que el envío de una comunicación comercial por correo electrónico no autorizada ni solicitada por el denunciante no puede calificarse como de insistente o sistemático.

Frente al alegato relativo a que no ha existido intencionalidad ni culpa en su conducta, debido a que su actuación ha respondido en todo momento a la buena fe, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 27 de mayo de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1º rec. 421/2010, se señalaba que:

*“El argumento de la buena fe es claramente insuficiente sobre todo en un caso como el presente en que se trata de una gran empresa que maneja multitud de datos y que debió actuar con más prudencia para justificar la legalidad de los tratamientos efectuados. La inexistencia de dolo, tan escuetamente planteada en el escrito de contestación a la demanda, no puede ser suficiente para justificar la estimación de la demanda pues procede aplicar lo dicho por el artículo 130 de la Ley 30/92 según el cual: “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”.*

## VII

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.”

A la vista de lo previsto en el apartado segundo del artículo 39.bis, esta Agencia considera que en el presente caso procedería apercibir a la entidad denunciada en atención a las siguientes circunstancias: por un lado se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado precepto y, por otro lado, se constata una cualificada



disminución de la culpabilidad de la denunciada en los términos del artículo 39.bis 1.a). En cuanto a esta segunda circunstancia, y partiendo de que la comisión de la infracción deriva de la remisión de una única comunicación comercial no deseada, se tiene en cuenta la concurrencia significativa de los criterios a), e) y d) del artículo 40 de la LSSI de ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario del correo electrónico comercial analizado y falta de constancia de beneficios obtenidos por parte de la denunciada como consecuencia de la comisión de la infracción.

## VIII

Ahora bien, en el presente caso, no obstante lo anterior, debe analizarse la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el artículo 39 bis 2 de la LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida correctora alguna a adoptar por la entidad denunciada al haberse comunicado por dicha empresa que ya se había subsanado la situación irregular que nos ocupa, amén de otras medidas paralelas tendentes a garantizar el cumplimiento de los principios y requisitos contemplados en la LSSI y LOPD .

De este modo, de la documentación obrante en el procedimiento se desprende que con fecha 10 de abril de 2015 la denunciada procedió a dar de baja en su base de datos (Megabase) la cuenta de correo electrónico .....@emrsoftware.es a fin de bloquear envíos futuros, habiendo también procedido a comunicar la negativa del interesado al uso de dicho dato en forma inmediata a VIP LIST MANAGEMENT, que fue la empresa proveedora de ese email, la cual dio de baja con fecha 9 de abril de 2015 la mencionada dirección de correo electrónico de las bases de datos de Futurebuilders y de Greendatapoint.

Por tanto, esta Agencia no podría apercibir a EMAILING NETWORK EUROPE, S.L. la adopción de medidas correctoras que evitasen el tratamiento del correo electrónico del denunciante para el envío de posteriores correos electrónicos con fines publicitarios, puesto que ha adoptado las medidas correctoras anteriormente señaladas para que el denunciante no reciba nuevas comunicaciones comerciales por medios electrónicos y a los efectos de hacer efectivo el derecho de oposición manifestado por el denunciante en ese sentido.

A la vista de dicha situación, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que aunque referida al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD también resulta extrapolable al apercibimiento regulado en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, advierte a propósito de la naturaleza jurídica de dicha figura que *“no constituye una sanción”*, tratándose de *“medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción”* que *sustituyen* a la sanción. Así, la Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la Agencia Española de Protección de Datos una *“potestad”* diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de la misma, la Sentencia de la Audiencia Nacional citada concluye que cuando las medidas correctoras objeto del apercibimiento ya hubieran



sido adoptadas por el infractor, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

A la vista del pronunciamiento recogido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013 (Rec. 455/2011), y reforzado posteriormente en su Sentencia de fecha 10/06/2014 (Rec. 166/2013), referente a los supuestos en los que la denunciada ha adoptado las medidas correctoras oportunas para subsanar la situación creada, de acuerdo con lo señalado se debe proceder al archivo de las actuaciones practicadas.

De acuerdo con lo señalado,

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

**SE ACUERDA:**

**1. ARCHIVAR** el procedimiento (**A/00261/2015**) seguido a la mercantil **EMAILING NETWORK EUROPE, S.L.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI, con relación con la denuncia por infracción del artículo 21.1 de la citada norma.

**2. NOTIFICAR** el presente Acuerdo a **EMAILING NETWORK EUROPE, S.L.** y a Don **A.A.A.**

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante 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.

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.

Mar España Martí  
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos