



Expediente Nº: E/04448/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad EMAILING NETWORK EUROPE, S.L., en virtud de denuncia presentada por D. **B.B.B.**, y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 29/06/2017, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de D. **B.B.B.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que formula denuncia contra la entidad Emailing Network Europe, S.L. (en lo sucesivo EMAILING NETWORK), por remitirle correos electrónicos no solicitados en los que, además, se incluye un mecanismo para manifestar la negativa a dicha publicidad que no funciona.

Con su denuncia aporta, entre otra, la siguiente documentación:

. Copia de un correo electrónico publicitario recibido el 29/06/2017, 10:38h, desde la dirección members@news.es.couponandgo.com. Este correo incluye un enlace para solicitar la “Baja” con la indicación “*Dar de baja tu suscripción*”; una dirección de contacto (members@es.couponandgo.com) y la información siguiente: “[...] *Al recibir este correo consientes nuestros Términos y condiciones y el uso de nuestras cookies. Recibes este correo porque A.A.A. está registrado en la base de datos yoursavingfiesta. Este email viene de EMAILING NETWORK SARL propietaria de la marca Coupon&Go*”.

. Correo electrónico enviado a la dirección members@es.couponandgo.com el 29/06/2017, 11:13h, en el que el denunciante se opone a la recepción de estos correos.

. Copia de la respuesta automática al correo de baja, en la que se indica que el buzón destino está lleno, enviada el 29/06/2017, 11:13h.

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

1. En respuesta al requerimiento que le fue realizado por los Servicios de Inspección, la entidad EMAILING NETWORK EUROPE, S.L. (en lo sucesivo EMAILING NETWORK), mediante escrito de 24/10/2017, manifiesta que el denunciante aportó sus datos a través del formulario disponible en la página web www.yoursavingfiesta.com. Dicho formulario muestra una casilla de aceptación mediante el que se recaba el consentimiento para la cesión de la información con el siguiente texto:

“Me gustaría recibir ofertas locas! Por favor Nota: usted consiente que su información sea

compartida con nuestros afiliados de marketing, incluyendo Marketing Servicios Landmark por teléfono o móvil mediante la marcación automática o por correo electrónico. No hay obligación de enviar su información. También está de acuerdo con nuestra política de privacidad. Regístrese”.

EMAILING NETWORK aportó captura relativa al registro del denunciante a través de la página web www.yoursavingfiesta.com, con detalle de los datos aportados (dirección de correo electrónico **A.A.A.**), la fecha del registro (16/06/2016) y la dirección IP de origen.

Añade EMAILING NETWORK que yoursavingfiesta.com es una página de Edirect Connect Inc., con la que suscribió un contrato, de fecha 08/04/2014, para la realización de campañas publicitarias para las marcas de ésta, utilizando con esta finalidad la base de datos de yoursavingfiesta.com. En dicho contrato se reflejan las siguientes cláusulas:

“[...] Edirect contrata con Emailing campañas de publicidad vía email producidas por EMAILING y enviadas a terceros de la Base de datos opt-in de Edirect. Las newsletters editadas por Emailing sirven para campañas de diversos anunciantes y marcas en varios campos tales como: ocio, moda, viajes, tecnología, hogar y decoración compras, mercados de masas, servicios, etc. [...]”.

“[...] Emailing comunicará a Edirect y a sus anunciantes con respecto a los datos personales todos los temas relativos a los principios, deberes y obligaciones que se desprenden del cumplimiento de la LOPD, incluida la obligación de garantizar a usuarios y clientes, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición establecidos por dicha ley”.

Asimismo, EMAILING NETWORK manifestó que se puede ejercer la baja a través de la dirección arco@cliplan.com o a través del link de baja que se inserta en los correos electrónicos enviados y que no se han detectado incidencias durante los últimos 8 meses. Para acreditar esta última manifestación aportó copia del resultado de las comprobaciones realizadas sobre el funcionamiento de los enlaces de baja durante el período comprendido entre el 20/01/2017 y el 21/09/2016, todos ellos de conformidad en relación con Coupon & Go en España.

Por último, EMAILING NETWORK manifiesta que no le consta ninguna comunicación del denunciante a través de los medios habilitados para mostrar su oposición al envío de comunicaciones comerciales.

2. Con fecha 31/10/2017, por los Servicios de Inspección se constata que el enlace de baja da acceso a una nueva pantalla con la indicación *“Baja Coupon & Go. Le rogamos que valide su dirección de correo electrónico”*. En la parte inferior a este texto presenta un recuadro con la dirección de correo del denunciante y dos botones con el texto *“Cancelar”* y *“Confirmar baja”*. Tras aceptar esta acción se muestra el mensaje *“Hemos eliminado los datos correctamente”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

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

II



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 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”.

Añade el artículo 22.1 de la LSSI que *“El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.*

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos”.

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.

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 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”.

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.

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 (...).”.

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.

III

En el presente supuesto, de la valoración conjunta de los elementos fácticos obrantes en el procedimiento sancionador, ha quedado acreditado que EMAILING NETWORK es responsable del envío de un correo electrónico publicitario de fecha 29/06/2017, remitido desde la dirección de correo de su titularidad members@news.es.couponandgo.com a la dirección de correo del denunciante, **A.A.A.**.

En este caso, no consta acreditada la existencia de una relación contractual previa entre el denunciante y EMAILING NETWORK. Sin embargo, esta entidad ha acreditado el origen lícito del dato relativo a la dirección de correo electrónico del denunciante utilizada para la realización de la comunicación promocional denunciada, que fue facilitada mediante su registro en la web www.yoursavingfiesta.com en fecha 16/06/2017 y en la que prestó el consentimiento para recibir ofertas y para que los datos pudieran ser compartidos con finalidad de marketing.

Asimismo, consta que EMAILING NETWORK suscribió un contrato con la entidad Edirect Connect Inc., titular de la web www.yoursavingfiesta.com, para la realización de campañas publicitarias utilizando la base de datos de Edirect Connect Inc.

Además, cabe destacar que el correo electrónico recibido por el denunciante ofrecía un mecanismo sencillo y gratuito para poder oponerse al tratamiento de los datos con fines promocionales. En concreto, dicho correo incluye un enlace para solicitar la “Baja” con la indicación *“Dar de baja tu suscripción”*, cuyo correcto funcionamiento ha sido comprobado por los Servicios de Inspección de esta Agencia.



Dichos Servicios pudieron verificar que el enlace de baja da acceso a una nueva pantalla con la indicación “*Baja Coupon & Go. Le rogamos que valide su dirección de correo electrónico*”. En la parte inferior a este texto presenta un recuadro con la dirección de correo del denunciante y dos botones con el texto “*Cancelar*” y “*Confirmar baja*”. Tras aceptar esta acción se muestra el mensaje “*Hemos eliminado los datos correctamente*”.

No consta, en cambio que el denunciante haya utilizado dicho mecanismo de baja en algún correo anterior, revocando el consentimiento.

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

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a la entidad EMAILING NETWORK EUROPE, S.L. y a D. **B.B.B.**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

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