

- Procedimiento Nº: PS/00487/2020

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

En el procedimiento sancionador PS/0487/2020, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad, MEJORFRESCO TIENDA ONLINE, S.L. con CIF.: B88480660, (en adelante, “la entidad reclamada”), en virtud de denuncia presentada por **D. A.A.A.**, (en adelante, “el reclamante”), y teniendo como base los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 02/09/20, tiene entrada en esta Agencia, escrito presentado por el reclamante en la que indicaba, entre otras, lo siguiente: “*Con frecuencia semanal, los señores reclamados mandan mails a la dirección informada sin que yo haya autorizado en ningún momento la cesión de mis datos*”.

Al escrito de reclamación se acompaña: un listado de 16 emails recibidos en la cuenta de correo electrónico del reclamante procedentes de “mejorfresco.es”, enviados desde la dirección de correo electrónico info@mejorfrecos.es, en el periodo comprendido desde el 05/07/19 al 13/07/20 y copia de dos mails recibidos el 12/08/20 y el 01/09/20, con mensajes comerciales o publicitarios.

SEGUNDO: A la vista de los hechos expuestos en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a realizar actuaciones para su esclarecimiento, al amparo de los poderes de investigación otorgados a las autoridades de control en el art 57.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD). Así, con fecha 06/10/20 y 19/10/20 se dirigen sendos requerimientos informativos a la entidad reclamada.

Según certificado del Servicio de Notificaciones Electrónicas y Dirección Electrónica, el requerimiento enviado a la entidad reclamada, el día 06/10/20 a través del servicio de notificaciones NOTIFIC@, fue rechazado en destino el día 17/10/20.

Según certificado de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, el requerimiento enviado a la entidad reclamada, el día 19/10/20 a través del servicio de SICER, fue recogido en destino el día 22/10/20, firmando la recepción del requerimiento, **D. B.B.B.**
*****NIF.1.**

TERCERO: Con fecha 18/01/21, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó Iniciar procedimiento sancionador a la entidad reclamada, en virtud de los poderes establecidos, por incumplir lo estipulado en el artículo 21 de la LSSI, imponiendo una sanción inicial de 2.000 euros (dos mil euros) a la entidad reclamada.

CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio a la persona reclamada, no se ha presentado ningún escrito de alegaciones a la incoación del expediente, en el periodo concedido al efecto.

HECHOS PROBADOS

1º.- Según indica el reclamante, recibe correos electrónicos de la empresa reclamada, sin su consentimiento o legitimación.

2.º.- A la vista de los hechos expuestos en la reclamación, esta Agencia dirigió dos escritos de requerimiento de información a la entidad reclamada. Ninguno de los cuales tuvo respuesta.

3.- Incoado expediente sancionador a la entidad reclamada por presunta infracción del artículo 21 de la LSSI, a fecha de hoy no se ha recibido en esta Agencia, escrito alguno de alegaciones a dicha incoación.

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 art. 43.1, párrafo segundo, de la de la LSSI.

II

El artículo 64.2.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de 2 de octubre de 2015, LPACAP:

El acuerdo de iniciación deberá contener al menos: (...)

f) Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio, así como indicación de que, en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, éste podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada.”

En el presente caso, se han observado tales prescripciones, ya que en el acuerdo de inicio se advertía de lo dispuesto en el artículo 64.2.f) de la LPACAP, se concretaba la presunta infracción cometida junto con su correspondiente tipificación, se determinaba el importe de la sanción con arreglo a los criterios de graduación tenidos en cuenta en función de las evidencias obtenidas a esa fecha, informándose también de las reducciones previstas sobre el importe fijado en virtud de lo dispuesto en el artículo 85 de la LPACAP.

En consideración a lo expuesto y de conformidad con lo establecido en el artículo 64.2.f) de la LPACAP, el acuerdo de inicio del PS/0487/2020 es considerado Propuesta de Resolución, toda vez que contenía un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada y, tras su notificación en la forma descrita, el reclamado no ha formulado alegaciones al mismo en el plazo concedido a tales efectos.

III

En el presente caso, el reclamante ha recibido varios correos electrónicos, con contenido comercial o publicitario de la entidad reclamada, sin su consentimiento.

Los hechos expuestos, consistentes en la remisión de comunicaciones comerciales no consentidas al reclamante, constituyen una infracción, por parte de la entidad reclamada a lo dispuesto en el artículo 21 de la LSSI:

“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamen-



te 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”*.

Del precepto señalado se deduce que es de aplicación la normativa de protección de datos de carácter personal, si bien la remisión que se efectúa a la LOPD ha de interpretarse como hecha al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD en adelante), aplicable desde el 25 de mayo de 2018, y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), en vigor desde el 7 de diciembre de 2018.

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 4.11) RGPD, que define el *“consentimiento del interesado”* como *“toda manifestación de voluntad, libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen;”*.

Por su parte el artículo 6.1.a) del RGPD establece en cuanto a la *“Licitud del tratamiento”* que: *“1. El tratamiento sólo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) El interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; “*

A su vez, el artículo 7 del RGPD determina en cuanto a las *“Condiciones para el consentimiento”* que: *“1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales. 2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento. 3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo. 4. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato.”*

En cuanto al derecho de oposición, los apartados 2 al 4 del artículo 21 del RGPD disponen lo siguiente:



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

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

4. A más tardar en el momento de la primera comunicación con el interesado, el derecho indicado en los apartados 1 y 2 será mencionado explícitamente al interesado y será presentado claramente y al margen de cualquier otra información.

5. En el contexto de la utilización de servicios de la sociedad de la información, y no obstante lo dispuesto en la Directiva 2002/58/CE, el interesado podrá ejercer su derecho a oponerse por medios automatizados que apliquen especificaciones técnicas.”

Así las cosas, de acuerdo con dicho Reglamento, el consentimiento otorgado para la recepción de publicidad por medios de comunicación electrónica, además de previo, libre, específico e inequívoco, deberá ser informado, ofreciendo la posibilidad de oponerse a dicho tratamiento con fines promocionales y advirtiéndole sobre el derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento. 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”.

El concepto de comunicación comercial, de acuerdo con la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, engloba todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Por otro lado, la LSSI en su Anexo a), define 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 (...)".

Según el apartado d) del citado Anexo, destinatario es la "persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información"

De lo anterior se deduce que, cuando la comunicación comercial no reúne los requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, pierde el carácter de comunicación comercial. En este sentido el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI señala dos supuestos, que no tendrán, a los efectos de esta Ley, la consideración de comunicación comercial. Por un lado, los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, y, por otro, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

IV

De lo razonado, se colige que ha quedado probado que el reclamado incumplió la prohibición recogida en el artículo 21 de la LSSI, toda vez que envió comunicaciones comerciales al reclamante, sin contar con el consentimiento previo y expreso de su destinatario, no cabiendo en este supuesto aplicar la excepción al consentimiento recogida en el artículo 21.2 de la LSSI al no mediar relación contractual previa entre remitente y destinatario del correo electrónico comercial analizado.

A tenor de lo establecido en el artículo 39.1.c) de la LSSI, las infracciones leves podrán sancionarse con multa de hasta 30.000 €, estableciéndose los criterios para su graduación en el artículo 40 de la misma norma. Tras las evidencias obtenidas se considera que en este supuesto actúa como agravante:

- El criterio a), (existencia de intencionalidad), por cuanto se ha utilizado, sin su autorización previa y expresa, la dirección de correo electrónico del reclamante para remitirle comunicaciones comerciales no consentidas.

Con arreglo a dichos criterios, se estima adecuado imponer al reclamado una sanción de 2.000 euros (dos mil euros), por el envío de correos electrónicos publicitarios sin el consentimiento del afectado.

A la vista de lo expuesto se procede a emitir la siguiente:

RESUELVE:

PRIMERO: IMPONER a la entidad MEJORFRESCO TIENDA ONLINE, S.L. con CIF.: B88480660, una sanción de 2.000 euros (dos mil euros), por infracción del artículo 21 de la LSSI.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad MEJORFRESCO TIENDA ONLINE, S.L. y al reclamante sobre el resultado de la reclamación.

Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida **nº ES00 0000 0000 0000 0000 0000**, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido 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.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la LPACAP, 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 13/07, 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.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronicaweb/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.