

Procedimiento N°: EXP202311683 (PS/00516/2023)

RESOLUCIÓN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 28/06/23, D. **A.A.A.** (en adelante, la parte reclamante), presenta escrito de reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos contra la entidad, ASESORÍA Y PROGRAMACIÓN PROFESIONAL, S.L. con CIF.: B96506126, por presunta vulneración de la Ley 34/2002 de 11-07, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI).

Los hechos que manifiesta el reclamante son que, tras haber sido dado de alta en el boletín publicitario de APP tras proporcionar el e-mail como método de contacto en una tienda, intentó en repetidas ocasiones darse de baja a través del vínculo proporcionado en los correos de dicho boletín pero pese a recibir confirmación por e-mail, ha seguido recibiendo correos publicitarios. Junto al escrito de reclamación, se acompaña la siguiente documentación:

- Fechado el 16/06/23, copia del correo electrónico enviado por parte del reclamado, desde la dirección de correo: [***EMAIL.1](#), a la dirección del reclamante: [***EMAIL.2](#), con el asunto: “Baja Boletín APP”, confirmando la baja en la lista de direcciones de destinatarios del Boletín APP.
- Fechado el 22/06/23, copia del correo electrónico enviado por parte del reclamante desde la dirección: [***EMAIL.2](#), a la dirección: [***EMAIL.3](#), indicando en el mismo que, tras darse de baja siguiendo el link y formulario especificado en los e-mails de boletín, todavía sigue recibiendo correos publicitarios no deseados.
- Fechado el 28/06/23, copia del correo electrónico enviado por parte del reclamado desde la dirección; [***EMAIL.4](#), a la dirección de correo electrónico del reclamante: [***EMAIL.2](#), conteniendo un mensaje publicitario.

SEGUNDO: Con fecha 04/09/23, de conformidad con lo estipulado en el artículo 65.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) para que procediese a su análisis e informase, en el plazo de un mes, sobre lo que se exponía en el escrito de reclamación.

El traslado, que se practicó conforme a las normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), según certificado del Servicio de Notificaciones Electrónicas y Dirección Electrónica, fue enviado a la parte reclamada el día 18/09/23 a través del servicio de notificaciones electrónicas, “NOTIFIC@”, siendo aceptado por el reclamado el 18/09/23, no existiendo respuesta a este escrito de traslado.

TERCERO: Con fecha 28/09/23, de conformidad con el artículo 65 de la LOPDGDD, se admitió a trámite la reclamación presentada por la parte reclamante.

CUARTO: Con fecha 07/12/23, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la entidad ASESORÍA Y PROGRAMACIÓN PROFESIONAL, S.L. con CIF.: B96506126, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la LPACAP, por la presunta infracción del artículo 21 de la LSSI, tipificada como leve en el art. 38.4.d) de la misma norma.

En el acuerdo de apertura se determinó que la sanción que pudiera corresponder, atendidas las evidencias existentes en el momento de la apertura y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, ascendería a un total de 5.000 euros (cinco mil euros).

QUINTO: Notificado el citado acuerdo de inicio conforme a las normas establecidas en la LPACAP, la parte reclamada presentó escrito de alegaciones el día 29/01/24, en el que indicaba lo siguiente:

“- El día 16-6-2023 el cliente solicita la baja de la lista de correo destinada al envío de comunicaciones comerciales de APP Informática; el cliente utiliza el enlace que figura al pie de los correos comerciales y solicita la baja

*- El día 16-6-2023 recibe la respuesta automática del mecanismo de bajas de APP Informática informándole que la solicitud de dar de baja la dirección *****EMAIL.2**, ha sido eliminada de la lista.*

*- El día 22-6-2023 el cliente nos advierte de que sigue recibiendo correos de APP Informática. Comprobamos internamente que la baja se ha realizado correctamente que *****EMAIL.2**, no existe en nuestra lista de direcciones.*

*- El 29-6-2023 el cliente nos advierte de que va a interponer una queja ante la AEPD puesto que sigue recibiendo boletines comerciales. Comprobamos que el mecanismo de baja ha funcionado perfectamente se consulta manualmente la lista de direcciones de correo para cerciorarnos de que, en efecto, la dirección *****EMAIL.2**, no existe; a pesar de ello realizamos varias búsquedas y descubrimos que existe: *****EMAIL.2**.*

*- El día 30-6-2023 escribimos al cliente indicando que existe la dirección *****EMAIL.2**, y que quizá pueda ser que se haya registrado con esta dirección y no con *****EMAIL.2**, como él ha venido indicando y por este motivo todavía recibe correos.*

- El 30-6-2023 el cliente responde que es posible que también esté registrado con esta segunda dirección y que de ser así también solicita la anulación de la misma para no seguir recibiendo más comunicaciones.

*- El 30-6-2023 procedemos a eliminar manualmente la dirección *****EMAIL.2** de la lista de envíos para evitar al cliente el uso de ningún formulario ni mayores molestias; le indicamos tal acción para su conocimiento, realizamos pruebas internas con ambas direcciones y confirmamos que, en efecto, el mecanismo de baja del boletín ha funcionado perfectamente y el problema se*

debía a que el cliente se registró con una cuenta distinta a la que solicitó la baja. Cordialmente nos despedimos indicando que si hubiese cualquier incidencia nos lo haga saber.

Hola, Alex: yo he comprobado con mi dirección la baja y funciona, las dos direcciones tuyas las he borrado a mano, espero que no te molestemos más pero, por favor, si te llegase algo házmelo saber y miramos qué puede suceder un saludo y disculpas de nuevo

*El 22/06/23 a las 13:31, **A.A.A.** <***EMAIL.2> escribió:*

Estimados APP-Informatica, Me gustaría notificarles de que, tras darme de baja siguiendo el link y formulario especificado en los e-mails de su boletín, todavía sigo recibiendo correos publicitarios no deseados. He efectuado la operación varias veces, así que quizás se trate de algún problema en el formulario de cancelación de suscripción. Les ruego por la presente que lo subsanen y que procedan a la eliminación de mi correo de cualquier lista de distribución con fines comerciales. Confío en que este correo baste como notificación. Un cordial saludo,

*El 29/06/2023 a las 13:53, **A.A.A.** escribió:*

Saludos de nuevo, Tras haber transcurrido una semana desde mi último mensaje sin recibir una respuesta por su parte, lamento informarles de que he procedido a interponer una reclamación ante la AEPD.

*Me gustaría aclarar que, pese a considerarme un cliente satisfecho durante años en varias de sus franquicias, me veo obligado a tomar medidas por los siguientes motivos: 1. Fui dado de alta en este boletín sin un consentimiento expreso, al proporcionar mi correo electrónico como método de contacto. 2. El formulario de baja de comunicaciones comerciales no funciona como debería y entiendo por el mensaje presentado que no se trata de algo nuevo, desconocido o esporádico así que asumo que no responde a sus intereses repararlo, en contra de lo que estipula la Ley de Protección de Datos. 3. Por último, aun siendo consciente de que todavía no se han cumplido los plazos para responder a reclamaciones relacionadas con la protección de datos, el no haber recibido respuesta alguna por su parte tras tomarme la molestia de comunicar el problema en el correo electrónico proporcionado para ese propósito no me parece aceptable. Mi intención con esta denuncia no es causarles perjuicio alguno y por ello me tomo la molestia de notificarles por la presente y con suficiente tiempo para subsanar el problema. Espero que esta sea advertencia suficiente y que tomen las medidas oportunas para evitar sanciones de cualquier índole. Un saludo, **A.A.A.***

*El 30/06/23 a las 10:51, **B.B.B.** escribió:*

*También hemos visto que existe una dirección: *****EMAIL.2** que podría ser la que está causando que se envíen los boletines...*

El 30/06/2023 a las 12:17, **A.A.A.** escribió:

*Hola **B.B.B.**, Gracias por la respuesta. Ese debe ser el problema. Como digo, no me registré yo mismo en el boletín, así que debieron escribir el e-mail sin el punto (que uso como separador pero se ignora a efectos prácticos). No obstante, me gustaría señalar que el formulario de baja muestra este mensaje independientemente de que el e-mail no esté registrado en la base de datos: Entiendo que el mensaje anterior se obtuvo a través de otro formulario. He solicitado la baja para el e-mail con ese formato. Con>o que con esto se haya hecho efectiva y quede solucionada. Un saludo y gracias, **A.A.A.***

SEXTO: Con fecha 13/02/24 se formuló propuesta de resolución en el sentido de que por la Directora de la AEPD se sancionase a la parte reclamada, por vulneración de lo establecido en el artículo artículo 21 de la LSSI, tipificada como leve en el art. 38.4.d). con una sanción de 5.000 euros (cinco mil euros).

NOVENO: Con fecha 16/02/24, la parte reclamada presenta escrito de alegaciones a la propuesta de resolución en el cual, entre otras cuestiones, manifiesta lo siguiente:

Estimados señores: Nos dirigimos a ustedes en relación a la propuesta de sanción recibida, con sorpresa y preocupación. Queremos, mediante este escrito, aclarar un malentendido que ha surgido debido a una peculiaridad en el servicio de correo electrónico de uno de nuestros usuarios, lo cual ha involuntariamente desembocado en esta situación.

*Origen del Malentendido: El usuario, voluntariamente, se dio de alta en nuestro boletín informativo utilizando la dirección de correo electrónico *****EMAIL.2**, durante su visita a una de nuestras tiendas físicas. Es importante destacar que nuestra empresa solo obtiene direcciones de correo electrónico directamente de los clientes en nuestras instalaciones físicas, sin recurrir a métodos que puedan considerarse inapropiados o invasivos para la captación de correos electrónicos.*

*Confusión al Darse de Baja: Posteriormente, el usuario intentó darse de baja del boletín, proporcionando una dirección de correo electrónico ligeramente distinta, *****EMAIL.2**. Actuamos de buena fe y procedimos a dar de baja la dirección proporcionada, siguiendo nuestro compromiso de respetar las preferencias de comunicación de nuestros clientes.*

Particularidad de Gmail: La continuación en la recepción de correos por parte del usuario se debe a una característica específica del servicio de correo electrónico de Gmail, que trata ambas direcciones como equivalentes, situación que no se replica en otros servicios de correo electrónico. Esta particularidad de Gmail, desconocida para el usuario, fue la raíz del malentendido.

Resolución del Problema: Una vez que el usuario nos comunicó nuevamente su inconformidad, realizamos una investigación manual y descubrimos la

discrepancia en las direcciones de correo electrónico. Procedimos a ayudar al usuario, dándole de baja con la dirección correcta, lo cual resolvió satisfactoriamente el malentendido.

Entendemos la importancia de la protección de datos y el respeto por las preferencias de comunicación de nuestros clientes. Queremos asegurarles que en ningún momento nuestra intención ha sido la de infringir normativas o causar molestias a nuestros usuarios. Este incidente fue resultado de una confusión generada por particularidades técnicas ajenas a nuestra gestión directa.

Por lo tanto, solicitamos respetuosamente que se reconsidere la propuesta de sanción, teniendo en cuenta la naturaleza involuntaria de este malentendido y las acciones proactivas que hemos tomado para resolverlo satisfactoriamente.

Agradecemos su atención a este asunto y quedamos a su disposición para proporcionar cualquier información adicional o aclaración que sea necesaria.

De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento y de la documentación obrante en el expediente, han quedado acreditados los siguientes:

HECHOS PROBADOS

Único: Según se manifiesta en el escrito de reclamación, tras haber sido dado de alta en el boletín publicitario de APP tras proporcionar el e-mail como método de contacto en una tienda, intentó en repetidas ocasiones darse de baja a través del vínculo proporcionado en los correos de dicho boletín pero pese a recibir confirmación por e-mail, ha seguido recibiendo correos publicitarios. Para corroborar esta reclamación se acompaña la siguiente documentación

- Fechado el 16/06/23, copia del correo electrónico enviado por parte del reclamado, desde la dirección de correo: [***EMAIL.1](#), a la dirección del reclamante: [***EMAIL.2](#), con el asunto: “Baja Boletín APP”, confirmando la baja en la lista de direcciones de destinatarios del Boletín APP.
- Fechado el 22/06/23, copia del correo electrónico enviado por parte del reclamante desde la dirección: [***EMAIL.2](#), a la dirección: [***EMAIL.3](#), indicando en el mismo que, tras darse de baja siguiendo el link y formulario especificado en los e-mails de boletín, todavía sigue recibiendo correos publicitarios no deseados.
- Fechado el 28/06/23, copia del correo electrónico enviado por parte del reclamado desde la dirección; [***EMAIL.4](#), a la dirección de correo electrónico del reclamante: [***EMAIL.2](#), conteniendo un mensaje publicitario:

“Vas a alucinar, ya están aquí las mejores ofertas MSI_ (...)”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Competencia.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 43.1 de la LSSI y lo establecido en los artículos 47, 48.1, 64.2 y 68.1 de la LOPDGDD, es competente para iniciar y resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

Asimismo, el artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que: "Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos."

La Disposición adicional cuarta "Procedimiento en relación con las competencias atribuidas a la Agencia Española de Protección de Datos por otras leyes" establece que: *"Lo dispuesto en el Título VIII y en sus normas de desarrollo será de aplicación a los procedimientos que la Agencia Española de Protección de Datos hubiera de tramitar en ejercicio de las competencias que le fueran atribuidas por otras leyes."*

II

Contestación a las alegaciones presentadas:

Según manifiesta la parte reclamada en sus alegaciones a la propuesta de resolución, el origen del malentendido se encuentra en que, el usuario, voluntariamente, se dio de alta en su boletín informativo utilizando la dirección de correo electrónico [***EMAIL.2](#).

Posteriormente, el usuario intentó darse de baja del boletín, proporcionando una dirección de correo electrónico ligeramente distinta, [***EMAIL.2](#), procediendo a dar de baja la dirección proporcionada, esto es, la dirección [***EMAIL.2](#).

Prosigue indicando la parte reclamada que, la continuación en la recepción de correos por parte del usuario se debe a una característica específica del servicio de correo electrónico de Gmail, que trata ambas direcciones como equivalentes ([***EMAIL.2](#) y [***EMAIL.2](#)) situación que no se replica en otros servicios de correo electrónico. Esta particularidad de Gmail, desconocida para el usuario, fue la raíz del malentendido.

Pues bien, en primer lugar dejar constancia que si el reclamante proporcionó la dirección de correo electrónico [***EMAIL.2](#), para darse de alta en el boletín informativo y después, cuando solicitó la baja del sistema, proporcionó otro correo diferente, [***EMAIL.2](#), aunque la entidad, "actuando de buena fe" procediese a dar baja la primera dirección ([***EMAIL.2](#)), nunca debió utilizar la segunda dirección de correo para seguir enviando le publicidad. Esto es así ya que, de la documentación presentada por el reclamante se desprende lo siguiente:

- El día 16/06/23, la parte reclamada envía un correo electrónico, desde la dirección de correo: [***EMAIL.1](#), a la dirección del reclamante: [***EMAIL.2](#), con el asunto: "Baja Boletín APP", confirmando la baja en la lista de direcciones de destinatarios del Boletín APP.
- El día 22/06/23, el reclamante envía un correo electrónico desde la dirección: [***EMAIL.2](#) a la dirección: [***EMAIL.3](#), indicando en el mismo que, tras darse

de baja siguiendo el link y formulario especificado en los e-mails de boletín, todavía sigue recibiendo correos publicitarios no deseados.

Por tanto, se constata que, el reclamante recibió el día 16/06/23, en su dirección: [***EMAIL.2](#), un correo electrónico enviado desde la dirección: [***EMAIL.1](#), con el asunto: “Baja Boletín APP”, confirmando la baja en la lista de direcciones de destinatarios del Boletín APP, lo que evidencia que la dirección de correo electrónico que se debía dar de baja era [***EMAIL.2](#).

III

Prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas o expresamente autorizadas

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 como: “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.

Por tanto, el concepto de comunicación comercial, de acuerdo con la definición anterior, 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 “Servicio de la Sociedad de la Información” como “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”.

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”

IV

Tipificación de la infracción.

El hecho de que el reclamado envíe correos electrónicos publicitarios al reclamante habiendo éste solicitado que no le envíen más publicidad y haber confirmado la parte reclamada no volver a enviarlas constituye una vulneración de lo establecido en el artículo 21 de la LSSI, pues establece 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 estas.

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.”

V

Graduación de Sanción

La citada infracción se encuentra tipificada como “leve” en el art. 38.4.d) de dicha norma, que califica como tal, *“El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave”*.

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 €.

Tras las evidencias obtenidas, y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, se considera que procede graduar la sanción a imponer de acuerdo con los siguientes criterios agravantes, que establece el art. 40 de la LSSI:

- La existencia de intencionalidad (apartado a), ya que la parte reclamante había solicitado que no volvieran a enviarle más comunicaciones comerciales y la entidad reclamada había acusado recibo de dicha solicitud, confirmando que había sido atendida, y pese a ello, después ha vuelto a enviarle un nuevo correo electrónico publicitario.

Con arreglo a dichos criterios, se estima adecuado imponer una sanción de 5.000 euros (cinco mil euros), por la infracción del artículo 21.1 de la LSSI, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción del procedimiento.

RESUELVE:

PRIMERO: IMPONER a la entidad ASESORÍA Y PROGRAMACIÓN PROFESIONAL, S.L. con CIF.: B96506126, por infracción del artículo 21 de la LSSI, tipificada en el artículo 38.4.d) de la citada norma, una multa de **5.000 euros (cinco mil euros)**.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a ASESORÍA Y PROGRAMACIÓN PROFESIONAL, S.L.

TERCERO: Advertir al sancionado que deberá hacer efectiva la sanción impuesta una vez que la presente resolución sea ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), en el plazo de pago voluntario establecido en el art. 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, indicando el NIF del sancionado y el número de procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento, en la cuenta restringida **Nº IBAN: ES00 0000 0000 0000 0000 0000 (BIC/Código SWIFT: XXXXXXXXXXXX)**, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en la entidad bancaria CAIXABANK, S.A..

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 en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 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 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 de la referida Ley.

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