



Procedimiento Nº: A/00008/2019

RESOLUCIÓN: R/00376/2019

En el procedimiento A/00008/2019, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad OVANIE AGENCY, S.L. y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 13 de noviembre de 2018 de septiembre de 2018 Don **A.A.A.**, (en adelante el reclamante), interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos contra la entidad OVANIE AGENCY, S.L., (en adelante la reclamada o remitente) por el envío de una comunicación comercial no solicitada, no existiendo tampoco una relación comercial previa ni con el remitente del envío ni con SANITAS, empresa a la que aparentemente representa.

El reclamante adjunta copia de la siguiente documentación:

-Una comunicación comercial remitida desde la dirección de correo electrónico *****EMAIL.1** a la dirección de correo del reclamante *****EMAIL.2**, con asunto: SANITAS, ofertándole un seguro de salud de SANITAS del que podrá obtener más información o un presupuesto personalizado mandando un correo electrónico a la cuenta desde la que se remite el envío, indicando la edad de los asegurados y si son autónomos o particulares, pudiendo también dejar el número de teléfono para ser atendidos por esa vía.

El envío, firmado por **B.B.B.**, no ofrece un correo electrónico o dirección electrónica válida para poder oponerse a la recepción de este tipo de comunicaciones.

-Impresión del Aviso Legal vigente a fecha 13 de noviembre de 2018 en la página web *****URL.1** obtenido por el reclamante con fecha 13 de noviembre de 2018, en el que figura que los ficheros automatizados de datos son responsabilidad de Ovanie Agency, SL, cuya dirección actual es *****DIRECCION.1**.

SEGUNDO: Tras la recepción de la reclamación, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió, con fecha 3 de diciembre de 2018, a trasladar dicha reclamación a la mencionada sociedad a través del sistema Notific@ para su análisis y comunicación al reclamante de la decisión adoptada al respecto, así como para que en el plazo de un mes remitiera a la Agencia Española de Protección de Datos determinada información para el esclarecimiento de los hechos señalados. Esta notificación fue rechazada transcurridos diez días naturales desde la puesta a disposición de la misma sin que se accediese a su contenido.

Posteriormente, se intentó trasladar dicha reclamación mediante envío postal remitido con fecha 17 de diciembre de 2018 a la dirección del reclamado que figuraba en la página web *****URL.1** y con fecha 18 de enero de 2019 a la dirección *****DIRECCION.2**, siendo en ambos casos devueltos los envíos por "Desconocido" en

esas direcciones.

TERCERO: Consultada con fecha 26 de febrero de 2019 la aplicación de la AEPD que muestra información sobre de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, no constan registros previos por infracción del artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico asociados a la entidad OVANIE AGENCY, S.L..

CUARTO: Con fecha 21 de marzo de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00008/2019, otorgando al reclamado un plazo de audiencia de quince días hábiles para que formulase alegaciones y presentase las pruebas que considerase convenientes.

Intentado notificar al reclamado el citado trámite de audiencia a través de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. en la dirección que figura como domicilio social de la sociedad en el Registro Mercantil Central, fue devuelto a origen el 27 de marzo de 2019 por “Desconocido” en la *****DIRECCION.3**, según figura en la Certificación de Imposibilidad de entrega emitida por dicha entidad.

Asimismo, se intentó practicar dicha notificación en la dirección que figuraba en el Aviso Legal de la página web *****URL.1**, siendo devuelta a origen el 26 de abril de 2019 por “Desconocido” en dicha dirección, según figura en la Certificación de Imposibilidad de entrega emitida por dicha entidad.

Por lo que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Común de las Administraciones Públicas, se procedió a publicar anuncio de notificación del citado acuerdo de audiencia previa en el Boletín Oficial del Estado nº 120, de fecha *****FECHA.1**. En el anuncio publicado por dicha vía se señala que la notificación se entenderá producida a todos los efectos legales desde el día siguiente al del vencimiento del plazo de 10 días hábiles fijado para comparecer, contados desde el siguiente al de la publicación del anuncio.

No consta que producida la notificación, el reclamado haya ejercido su derecho a la defensa formulando escrito de alegaciones o presentado pruebas en el plazo concedido a tales efectos.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 13 de noviembre de 2018 la entidad OVANIE AGENCY, S.L remitió una comunicación comercial desde la cuenta de correo electrónico *****EMAIL.1** a la dirección de correo del reclamante *****EMAIL.2**, con asunto: SANITAS, en la que se promocionaba un seguro médico de SANITAS.

SEGUNDO: La comunicación comercial no ofrecía al destinatario de la misma una dirección de correo electrónico o una dirección electrónica válida para que pudiera manifestar su oposición a la recepción de ese tipo de comunicaciones.

TERCERO: El reclamante ha negado haber solicitado el envío de la comunicación comercial recibida ni mantener relación comercial previa con el reclamado, en este

caso remitente del envío, ni con SANITAS S.A. de Seguros, empresa cuyos productos se publicitaban en el cuerpo del envío.

CUARTO: En el Aviso Legal publicado a fecha 13 de noviembre de 2018 en la página web <https://sanitasinfo.com> se identificaba a OVANIE AGENCY, S.L. como responsable de los ficheros automatizados de datos y como agente autorizado de SANITAS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.1, párrafo segundo, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI).

II

La LSSI dispone en su artículo 21 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 lo siguiente: *“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 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”

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 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”.*

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 destinatario no haya manifestado su voluntad en contra.

De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas o previamente autorizadas, fuera del supuesto excepcional del artículo 21.2 de la LSSI, puede constituir una infracción leve o grave de la LSSI.

III

En el presente supuesto, de la valoración del conjunto de elementos fácticos obrantes en el procedimiento, se desprende que el reclamado remitió con fecha 13 de noviembre de 2018 una comunicación comercial al correo electrónico del reclamante sin mediar el consentimiento previo y expreso del mismo para ello. A este respecto, el reclamante, afirma que no había autorizado al reclamado ni a la entidad de seguros cuyos productos se publicitaban a remitirle comunicaciones comerciales, añadiendo

que tampoco había mantenido una relación comercial previa con ninguna de esas dos sociedades que, en su caso, pudiera eximir las de la obtención de dicho consentimiento.

Asimismo, el reclamado tampoco ofrecía al destinatario del envío una dirección de correo electrónico o dirección electrónica válida a través de la cual poder manifestar su negativa al uso de sus señas electrónicas con fines publicitarios.

Atendido todo lo cual, se estima que el reclamado ha conculcado la prohibición recogida en el artículo 21 de la LSSI al enviar una comunicación comercial sin contar con el consentimiento previo y expreso del destinatario de la misma, en este caso el reclamante, vulnerando también la obligación de ofrecerle en el propio envío un mecanismo de baja.

El envío por parte del reclamado del citado correo electrónico comercial no autorizado está tipificado como infracción leve a lo previsto en el artículo 38.4.d) de la LSSI, 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.”*

IV

El artículo 39 bis de la LSSI, bajo el epígrafe *“Moderación de las sanciones”*, estipula lo siguiente:

“1. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el artículo 40.*
- b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.*
- c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.*
- d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*
- e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.*

2. Los órganos con competencia sancionadora, atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, podrán acordar no iniciar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable, a fin de que en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que, en cada caso, resulten pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

- a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.*
- b) Que el órgano competente no hubiese sancionado o apercibido con anterioridad al*

infractor como consecuencia de la comisión de infracciones previstas en esta Ley.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado, procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.”

Por su parte el artículo 40 de la LSSI, en relación con la “Graduación de la cuantía de las sanciones”, determina lo siguiente:

“La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

- a) La existencia de intencionalidad.*
- b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.*
- c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.*
- d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.*
- e) Los beneficios obtenidos por la infracción.*
- f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida.*
- g) La adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.”*

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis de la LSSI. Junto a ello, se aprecia que opera la circunstancia prevista en el artículo 39 bis, apartado 1.a) de la mencionada norma. Así, se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del remitente del envío teniendo en cuenta la concurrencia significativa de las circunstancias derivadas de la falta de constancia de que se hayan producido perjuicios al reclamante, destinatario del correo electrónico promocional no autorizado analizado, y de que el remitente haya obtenido beneficios a raíz de la comisión de la infracción. Lo que permite apercibir al reclamado requiriéndole la adopción de medidas correctoras para adecuarse a la normativa citada en lugar de iniciar la apertura del procedimiento sancionador contra el mismo.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

- 1.- APERCIBIR (A/00008/2019) a OVANIE AGENCY, S.L. con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2, de la LSSI, con relación a la reclamación por infracción del artículo 21 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la citada norma.
- 2.- REQUERIR a OVANIE AGENCY, S.L. de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 39 bis de la LSSI para que en el plazo de un mes desde la notificación de la presente resolución.

2.1.- CUMPLA lo previsto en el artículo 21 de la LSSI. En concreto, se insta a esa empresa a que cese en el envío de comunicaciones comerciales a la dirección de correo electrónico del reclamante.

Asimismo, se requiere el establecimiento de las medidas necesarias que impidan que en el futuro se realicen envíos de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que no hayan sido solicitadas con anterioridad o expresamente autorizadas por sus destinatarios o, en su caso, sin que exista una relación contractual previa en los términos del párrafo primero del artículo 21.2 de la LSSI que las ampare.

Igualmente, se requiere al reclamado la inclusión en las comunicaciones comerciales remitidas de un procedimiento de baja conforme a lo señalado en el mencionado artículo 21.2 de la LSSI que permita a los destinatarios de las mismas manifestar su oposición a su recepción.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando los documentos o medios de prueba que acrediten dicha circunstancia

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a OVANIE AGENCY, S.L..

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 (artículo 48.6 de la LOPDGDD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

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