



Procedimiento N°: A/00114/2015

RESOLUCIÓN: R/02136/2015

En el procedimiento A/00114/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad VIAJES BIXMA, S.L., vista la denuncia presentada por Doña **D.D.D.**, y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 21 de noviembre de 2014, tiene entrada en esta Agencia un escrito remitido por Doña **D.D.D.**, en el que manifiesta que a pesar de llevar años inscrita en el servicio de Lista Robinson le siguen llegando SMS de propaganda no solicitados a su línea de teléfono móvil.

Aporta junto con la denuncia extracto de dos SMS recibidos obtenido mediante la aplicación "Backup to Gmail".

El 4 de marzo de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito de subsanación de la denuncia remitido por la denunciante, en el que aporta copia de un correo electrónico que confirma los datos inscritos en el servicio de Lista Robinson, contrato de la línea **E.E.E.** receptora de los mensajes e impresión de pantalla de la aplicación "Backup to Gmail".

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

1. La línea **E.E.E.** fue inscrita el 2 de julio de 2009 en el servicio de Lista Robinson.
2. La denunciante aporta imágenes del terminal que da servicio a la línea **E.E.E.** en el que se muestran dos mensajes de texto.

El primero de ellos, recibido el 4 de septiembre de 2014, tiene como descripción del número remitente el texto "MUY URGENTE" y como contenido el siguiente "AVISO: Tiene varios avisos MUY URGENTES guardados Y recibidos hoy a las 11:56 si desea escucharlos llame 11861 le informaremos LLAME 1 1 8 6 1(publirm 1.51)".

Este SMS estaba ya prescrito cuando la denunciante aportó la información complementaria a la denuncia el 4 de marzo de 2015.

El segundo mensaje, recibido el 7 de noviembre de 2014, tiene como descripción del número remitente el texto "TURIOPOLIS" y como contenido el siguiente "Tu asesoría de viajes. Sorteamos Finde: 2 noches. Hotel 4* en PENSION COMPLETA y SPA. PARTICIPA <http://mnd.do/x8>".

3. Al tratar de acceder al URL <http://mnd.do/x8>, el navegador es redirigido a la página

<https://api.mandoocms.com/forms/q6VopoRdUNTXndlh0NXbmN3Tk53joJPZoA.htm> , en la que se muestra un formulario en el que se recaban datos de carácter personal (nombre, fecha de nacimiento, correo electrónico y número de teléfono) para participar en un concurso.

Los términos y condiciones de uso que deben aceptarse identifican a “Viajes Turipolis”, con domicilio en calle **C.C.C.** (Valencia), como el responsable del fichero e informan de la posibilidad de ejercer los derechos ARCO y de que la finalidad del tratamiento de los datos es la remisión de publicidad por cualquier medio.

4. En el Registro Mercantil Central y en el Registro General de Protección de Datos no consta inscrita ninguna sociedad denominada “VIAJES TURIOPOLIS”.
5. Consultado el buscador de la Oficina Española de Patentes y Marcas, la denominación “VIAJES TURIOPOLIS” y el logo utilizado en la URL citada en el punto 3, se observa que aparecen registrados a nombre de VIAJES BIXMA, S.L., entidad que sí consta inscrita en el Registro Mercantil Central.
6. En respuesta a la solicitud de información remitida por la Subdirección General de Inspección de Datos, los representantes de VIAJES BIXMA, S.L., manifiestan lo siguiente en relación con los hechos denunciados:
 - 6.1. *“Se realizó un solo mensaje publicitario sin consentimiento previo. No fue un envío masivo y no se realizó ningún segundo envío.”*
 - 6.2. La línea **E.E.E.** no es de uso particular sino que, como cualquiera puede consultar, corresponde a la distribuidora en Algemesí (Valencia) de determinados productos de cosmética, relax y otros servicios que hace tiempo compró algún empleado de VIAJES BIXMA, S.L.
 - 6.3. El origen del dato de la línea de teléfono fue la información publicitaria del citado número de móvil, de acceso público y que aparece en las páginas **A.A.A.** y **www.B.B.B.**.

Aportan impresiones de pantalla de una búsqueda de Google y de los citados sitios web para acreditar sus manifestaciones.

Los datos que obran en los sistemas de VIAJES BIXMA, S.L., son los que figuran en el sitio web **www.B.B.B.** (sitio web, dirección postal y teléfono móvil).
 - 6.4. No existe relación contractual con el destinatario del mensaje, salvo que personal y colaboradores de VIAJES BIXMA, S.L., han sido consumidores y clientes ocasionales de los aceites naturales que se solicitaban al mencionado teléfono.
 - 6.5. Desconocían la existencia del fichero común de exclusión de publicidad y les parece poco razonable que un teléfono comercial accesible al público y que les envíe publicidad esté incluido en dicho servicio por lo que no lo consultaron.

TERCERO: Con fecha 28 de abril de 2015, se acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00114/2015. Dicho acuerdo fue notificado a la denunciante y a la entidad denunciada.

CUARTO: Con fecha 18 y 21 de mayo de 2015 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado reiterándose en las manifestaciones expuestas en el escrito de

contestación a la solicitud de información efectuada en las actuaciones previas de inspección, incidiendo en que el número de línea se había obtenido de una página web de Internet, medio que con independencia de la interpretación más o menos restrictiva que al respecto pueda realizar el artículo 3.j de la LOPD, consideran una fuente accesible al público.

HECHOS PROBADOS

1. Doña **D.D.D.** es titular de la línea móvil número **E.E.E.**, conforme consta en el contrato de prestación de servicios de Telecomunicaciones suscrito por ésta con la entidad PEPEMOBILE, S.L. el 12 de junio de 2012 .

2. La línea número **E.E.E.** figura inscrita desde el 2 de julio de 2009 en el servicio de Listas Robinson.

3. El día el 7 de noviembre de 2014, Doña **D.D.D.** recibió en su línea móvil **E.E.E.** un SMS comercial que tenía como descripción del número remitente el texto "TURIOPOLIS" y como contenido el siguiente "*Tu asesoría de viajes. Sorteamos Finde: 2 noches. Hotel 4* en PENSION COMPLETA y SPA. PARTICIPA <http://mnd.do/x8>*".

El texto subrayado es un hipervínculo que redirige a una página web en la que se informa sobre el procedimiento establecido para oponerse a la recepción de este tipo de envíos.

4. VIAJES BIXMA, S.L. ha comunicado que obtuvo el número de teléfono de la denunciante de la página web **A.A.A.**, siendo una información también accesible a través del sitio web www.B.B.B..

5. La marca "VIAJES TURIOPOLIS" aparece registrado a nombre de VIAJES BIXMA, S.L. en la Oficina Española de Patentes y Marcas.

6. No existe relación contractual entre VIAJES BIXMA, S.L. y la denunciante.

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. ” (...).

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

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, hay que dilucidar si el mensaje corto de texto de naturaleza comercial enviado por VIAJES BIXMA, S.L., con fecha 7 de noviembre de 2014, a la línea de teléfono móvil **E.E.E.** titularidad de la denunciante incumplía las exigencias recogidas en el artículo 21.1 de la LSSI.

Para ello se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, dado que la entidad denunciada ha alegado que el número de teléfono utilizado para el envío procedía de una página web de Internet, debe señalarse que dicha circunstancia pone de manifiesto que el SMS comercial recibido por la denunciante no había sido solicitado previamente por ésta y que no mediaba una autorización previa y expresa de la misma que habilitase su remisión a la afectada.

La obtención de dicho número de línea telefónica de una página web desde la

que se comercializan productos de cosmética no conlleva que la persona física o jurídica titular de la línea mostrada a través de dicho medio autorice su uso con fines de contacto distintos de los derivados de la actividad desarrollada por dicho distribuidor. Es decir, el hecho de que sea una información accesible a los visitantes del sitio no conlleva ningún tipo de autorización para la remisión de comunicaciones comerciales por medios de comunicación electrónica, siendo ésta una acción que responde únicamente a la voluntad de VIAJES BIXMA, S.L. de dar un uso publicitario a dicho dato.

En conclusión, dado que el envío de este tipo de comunicaciones requiere el consentimiento previo y expreso de su destinatario, la posesión o conocimiento de una dirección de correo electrónico de un tercero no implica, incluso cuando aparezca difundida en páginas web de Internet o figure incluida en bases de datos empresariales o tenga su origen en fuentes accesibles al público, considerando como tales únicamente las contempladas en el artículo 3.j) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, una autorización del titular de la dirección de correo electrónico en cuestión para recibir publicidad a través de medios de comunicación electrónica o similares, pues precisamente ese derecho a no recibir comunicaciones comerciales por esos medios que no hayan sido previamente solicitadas o expresamente autorizadas es el que protege el artículo 21 LSSI.

En este sentido se pronunciaba la Audiencia Nacional en su Sentencia de 5 de febrero de 2013, Rec. nº 468/2011, al señalar en su Fundamento de Derecho Segundo lo siguiente: *“Tal y como hemos indicado, entre otras, en las SSAN 19-2-2008 (Rec. 267/2006) y 14-11-2009 (Rec. 280/2008), se requiere para la remisión de mensajes por correo electrónico con fines de venta directa, el consentimiento previo e informado del abonado titular de la línea destinataria de los citados mensajes. Resulta por ello secundario el hecho de que la dirección de correo procediese de una base de datos con fines comerciales, pues lo relevante, a los efectos aquí analizados, es que tal afectado no haya otorgado su consentimiento previo a la entidad demandante para la remisión de los mismos.*

Interpretación que se realiza al amparo de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas, pues establece el artículo 13.1 de dicha Directiva que “Solo se podrá autorizar la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo”.

En segundo lugar, el artículo 21.2 de la LSSI señala que se puede enviar publicidad sin mediar el consentimiento expreso y previo siempre que haya existido una relación contractual previa entre el destinatario y el emisor del envío, 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 el supuesto analizado, el hecho de que algunos empleados de VIAJES BIXMA, S.L. se hubieran dirigido al teléfono de la denunciante para comprar productos cosméticos, hecho, por otra parte no acreditado por dicha empresa, únicamente hubiera habilitado al distribuidor a remitir a dichos clientes publicidad de productos similares a los adquiridos, pero no autorizaría a VIAJES BIXMA, S.L. a publicitar sus viajes a dicho distribuidor que no era su cliente.

En tercer lugar, el artículo 49 del del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal,(RLPOD) prevé la creación de ficheros comunes de exclusión publicitaria en los que se podrán registrar las personas que no deseen recibir comunicaciones comerciales, precepto que dispone: *“Será posible la creación de ficheros comunes, de carácter general o sectorial, en los que sean objeto de tratamiento los datos de carácter personal que resulten necesarios para evitar el envío de comunicaciones comerciales a los interesados que manifiesten su negativa u oposición a recibir publicidad.*

A tal efecto, los citados ficheros podrán contener los mínimos datos imprescindibles para identificar al afectado”.

La consecuencia que deriva de que el afectado se inscriba en un fichero de exclusión publicitaria se establece en el apartado 4 del aludido artículo 49, conforme al cual *“Quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento”*

Ha de precisarse que a día de hoy solo existe un fichero común de exclusión publicitaria, creado al amparo del citado artículo 49.1 del RLPOD: el Fichero “*Servicio de Listas Robinson*”, que gestiona la Asociación Española de Economía Digital. El Reglamento interno de funcionamiento de este fichero precisa que la inclusión en él evita la publicidad de entidades con las que el afectado no mantenga o haya mantenido ningún tipo de relación y advierte que el registro en el “*Servicio Lista Robinson*” será eficaz en el plazo de tres meses a partir de la fecha en la que se notifique la inclusión. Quienes lo deseen pueden registrarse en el citado fichero de exclusión publicitaria “*Servicio de Listas Robinson*”, a través del sitio web www.listarobinson.es.

En definitiva, de conformidad con la exposición precedente, los interesados que no deseen recibir publicidad pueden, bien manifestar a una concreta entidad su negativa u oposición al tratamiento de sus datos con fines publicitarios o de prospección comercial, al objeto de que los excluya de los tratamientos que vaya a realizar con dicha finalidad, o bien inscribirse en el “*Servicio de Listas Robinson*”, indicando el medio a través del cual no desean recibir publicidad, al objeto de que las entidades que vayan a realizar actividades de publicidad excluyan de dicha campaña a las personas inscritas que hayan seleccionado el medio de comunicación a través del cual va a desarrollarse la acción publicitaria.

En este caso, consta que cuando VIAJES BIXMA, S.L. remitió con fecha 7 de noviembre de 2014 el SMS comercial a la denunciante, el número de línea receptor estaba incluido en la lista de exclusión publicitaria del servicio de Listas Robinson desde hacía más de cinco años, por lo que el remitente estaba obligado a consultar este fichero antes de remitir cualquier publicidad a un destinatario con el que no mantenía ni había mantenido ninguna relación.

De este modo , a la luz de los elementos fácticos obrantes en el procedimiento cabe concluir que la entidad imputada ha incumplido la prohibición recogida en el

artículo 21.1 de la LSSI al enviar un SMS de tipo comercial a la denunciante sin contar con la autorización expresa o solicitud previa de la misma 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 remitente y destinatario del envío en cuestión.

V

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 Viajes Bixma, S.L. se ajusta al tipo de infracción calificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI, ya que el envío de un solo SMS comercial no autorizado dirigido a la denunciante no puede calificarse como de insistente o sistemático.

En el presente caso, dicha conducta se subsume claramente en la infracción leve descrita en el artículo 38.4.d) de la LSSI, cumpliéndose así las exigencias derivadas del principio de tipicidad. Respecto de esta cuestión en la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 17 de octubre de 2007, Recurso 23/2006, se indicaba:

“Por tanto, concurre la tipicidad cuya infracción se denuncia en el escrito de demanda, pues hay predeterminación normativa, que desempeña la función de garantía mediante la cual se tiene una predicción razonable de la conducta ilícita y de las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la comisión de dicha conducta, dicho de otra forma, la tipicidad es suficiente si consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra.”

VI

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. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de VIAJES BIXMA, S.L teniendo en cuenta que la infracción imputada se refiere a la remisión de una única comunicación comercial y que concurren de forma significativa las circunstancias de ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios alegados por la destinataria del SMS comercial recibido el día 07/11/2014 analizado y falta de constancia de beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00114/2015) a VIAJES BIXMA, S.L., con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción de su artículo 21.1 de la LSSI, tipificada como **leve** en el artículo 38.4.d) de dicha norma .

2.- REQUERIR a VIAJES BIXMA, S.L., de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 39 de la LSSI, para que en el plazo de un mes desde este acto de notificación:

2.1.- CUMPLA lo previsto en el artículo 21.1 de la LSSI.

En concreto se insta a esa sociedad a que cese en el envío de mensajes cortos de texto no autorizados a la línea de teléfono móvil **E.E.E.** titularidad de la denunciante, bien procediendo a la cancelación del citado número de línea de su lista de contactos o bien adoptando cualquier otra medida que evite el envío de publicidad no deseada a la mencionad línea.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido en el apartado anterior, aportando aquellos documentos en los que se ponga de manifiesto dicho cumplimiento.

Se comunica que para comprobar el cumplimiento del requerimiento efectuado se abre el expediente de investigación **E/05002/2015**.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.1.n) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en adelante LOPD, que señala que son *“funciones de la Agencia de Protección de Datos: n) “Cuantas otras le sean atribuidas por normas legales o reglamentarias”*, se advierte a VIAJES BIXMA, S.L. que la falta de atención del apercibimiento contemplada en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, podría suponer incurrir en la comisión de la infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.i) de la LOPD, que considera como tal, *“No atender los requerimientos o apercibimientos de la Agencia Española de Protección de Datos o no proporcionar a aquélla cuantos documentos e informaciones sean solicitados por la misma”*, pudiendo ser sancionada con multa de **40.001 € a 300.000 €**, de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **VIAJES BIXMA, S.L.**

4.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Doña. **D.D.D.**

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