



Procedimiento N°: A/00124/2015

RESOLUCIÓN: R/02725/2015

En el procedimiento A/00124/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a las entidades **PINCHOPIN ONLINE, S.L., GLIMMER MEDIA, S.L.,** y **RAKUTEN SPAIN S.L.U**, vista la denuncia presentada por Dña. **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 27/11/2014 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante), en adelante el denunciante, en la que manifiesta lo siguiente:

Se inscribió en la lista Robinson en julio de 2014 y a pesar de ello sigue recibiendo spam en la dirección de e-mail@yahoo.es. Algunos muestran una falsa opción a darte de baja, pero si intentas pinchar no sucede nada.

Adjunta el correo de inscripción en la lista Robinson y algunos de estos spam y sus cabeceras completas.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos, conforme al informe de actuaciones previas de inspección E/00857/2015 que se transcribe:

“HECHOS CONSTATADOS

- La denunciante aporta copia del correo de confirmación de alta de su dirección de correo en la lista Robinson con fecha 18 de julio de 2014.*
- El denunciante recibió en su cuenta de correo@yahoo.es los correos electrónicos cuyas características se listan a continuación, de los que aporta cabeceras de internet :*

fecha	DIR ORIGEN	ip
22/11/2014	...1@....	***IP.1
21/11/2014	...2@....	***IP.2
19/11/2014	...3@....	***IP.3
19/11/2014	...4@....	***IP.4
25/11/2014	...5@....	***IP.5

- La dirección IP ***IP.3, está asignada a una empresa ubicada en Marruecos, y el contenido del correo está redactado en lengua inglesa, ofreciendo servicios de*

formación.

4. Las direcciones IP ***IP.4 está asignada a una empresa ubicada en Taiwán, y el contenido del correo está redactado en lengua inglesa, ofreciendo servicios de formación.
5. Las direcciones IP ***IP.5 está asignada a una empresa ubicada en Brasil, y el dominio floppier.es es titularidad de la empresa Erandi Software ubicada en Panamá. Ofrece productos de OPEN BANK.
6. La dirección IP ***IP.1 está asignada a una empresa ubicada en Reino Unido, y el dominio moviesory.com es titularidad de la empresa GLimmer Media, S.L. EL contenido del correo ofrece productos de RAKUTEN SPAIN, S.L. El correo incluye un enlace denominado "darme de baja"

En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, los representantes de RAKUTEN SPAIN, S.L. remitieron un escrito en el que manifestaron, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que:

Rakuten España no ha sido el emisor de dicho contenido comercial como se puede ver en el emisor del correo: att-clientesmoviesorv.com. Asimismo, Rakuten España no tiene en su base de datos a ningún usuario con el correo@yahoo.es ni le ha enviado ningún tipo de información o publicidad.

En el pasado han trabajado con otra empresa externa de captación de leads para Rakuten, pero tras comprobar si el email estaba incluido en sus bases de datos la respuesta que han recibido ha sido también negativa, por lo que no tienen ninguna forma de comprobar el origen de éste envío. En cualquier caso, los correos electrónicos de estos usuarios no son ni han sido facilitados por Rakuten a la empresa externa. En acciones de captación de leads, son los mismos usuarios quienes deben darse de alta a la plataforma y cuando lo hacen aceptan las normas de política de privacidad de la empresa.

Los tres primeros artículos de la política de privacidad con los que se expresa la conformidad de la remisión de información comercial o publicitaria relacionado por parte de Rakuten:

*1. En cumplimiento de la Ley española 15/99 de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, le informamos que todos los datos de carácter personal que nos facilite a través del sitio web www.rakuten.com o cualquier sitio web asociado al mismo formarán parte de un fichero titularidad de RAKUTEN SPAIN, S.L (en adelante, RAKUTEN SPAIN), titular del citado sitio web y con domicilio social en (C/.....1), Barcelona (España) and NIF B*****. Este fichero, inscrito en la Agencia española de protección de datos ha sido creado con el propósito de informarle sobre los productos y servicios de RAKUTEN SPAIN y facilitar la realización de las transacciones llevadas a cabo con los comerciantes del sitio web.*

2. RAKUTEN SPAIN podrá remitirle información comercial o publicitaria relacionada con servicios y productos de otros sectores que pueden ser de tu interés tales como el sector de seguros, financiero, bancario, bursátil, editorial, ocio, viajes y entrenamiento, formación y desarrollo profesional, mediante cualquier medio de comunicación incluido el electrónico.

3. Si no desea recibir la citada información comercial le rogamos nos lo

indiques a la dirección de correo electrónica@rakuten.es.

4. En cualquier momento, Vd. puede ejercer los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación de los datos objeto de tratamiento, remitiendo un escrito indicando el derecho ejercido a la dirección postal arriba indicada o a la siguiente dirección de correo electrónica ejercido a la dirección postal arriba indicada o a la siguiente dirección de correo electrónico@rakuten.es.

7. La dirección IP ***IP.2 está asignada a una empresa ubicada en Francia y el dominio formacionbonificadaelite.com es titularidad de Pinchopin Online, S.L. El correo contiene información comercial sobre cursos de formación. EL correo incluye un enlace para darse de baja.

En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, los representantes de Pinchopin Online, S.L. remitieron un escrito en el que manifestaron, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que:

Aportan copia de un correo electrónico de fecha 15 de octubre de 2014 remitido desde@yahoo.es dirigido a ...2@.... solicitando información sobre el funcionamiento de los cursos bonificados."

TERCERO: Con fecha 12 de mayo de 2015, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00124/2015. Dicho acuerdo fue notificado a la denunciante y a PINCHOPIN ONLINE, S.L. (en lo sucesivo PINCHOPIN), GLIMMER MEDIA, S.L. (en lo sucesivo GLIMMER), y RAKUTEN SPAIN S.L.U. (en lo sucesivo RAKUTEN).

CUARTO: Notificado el acuerdo de audiencia previa al apercibimiento, PINCHOPIN efectuó las siguientes manifestaciones:

1ª.- La denunciante les solicitó en fecha 15/10/2014 y desde su dirección@yahoo.es, determinada información. En fecha 21/10/2015 se le remitió a su dirección@yahoo.es la información solicitada, constando en el envío un enlace para proceder a la baja en sus sistemas, caso de no querer seguir recibiendo información.

2ª.- La denunciante nunca se ha dirigido a PINCHOPIN solicitando oponerse a la recepción de comunicaciones comerciales.

QUINTO: Notificado el acuerdo de audiencia previa al apercibimiento, GLIMMER efectuó las siguientes manifestaciones:

1ª.- GLIMMER no es la titular del dominio moviesory.com. Su titularidad corresponde a ERANDI SOFTWARE, S.A. como así aparece en los avisos legales del portal, contacto, etc., realizando GLIMMER gestión administrativa y técnica del citado dominio.

2ª.-@yahoo.es es una dirección de correo electrónico que figura en la BBDD de datos de ERANDI SOFTWARE, S.A., empresa radicada en Panamá.

3ª.- El usuario del correo electrónico@yahoo.es según indica ERANDI SOFTWARE, S.A., lleva suscrito a la citada BBDD desde abril de 2014, recibiendo sus

comunicaciones comerciales diariamente desde 22 de mayo de 2014, en los últimos 12 meses, sin haber solicitado en ningún momento la baja del servicio ni el ejercicio de sus derechos.

4ª.- GLIMMER es una empresa española constituida en septiembre de 2014, fecha desde la cual realiza campañas de marketing online en nombre de ERANDI SOFTWARE, S.A., captando a clientes interesados en ofertar sus productos a la base de datos de usuarios de ERANDI SOFTWARE, S.A. Aporta copia de contrato suscrito el 15 de agosto de 2014 entre GLIMMER y ERANDI SOFTWARE, S.A.

5ª.- GLIMMER únicamente tiene acceso a las direcciones de correo electrónico de la citada base de datos de ERANDI SOFTWARE, S.A.

6ª.- Las comunicaciones se realizan a la totalidad de la base de datos sin realizar segmentación alguna ni tratamiento sobre las mismas fuera del envío de campañas publicitarias de los clientes.

7ª.- En las comunicaciones comerciales se incluyen los términos y condiciones establecida por la legislación, pudiendo el usuario en cualquier momento darse de baja del servicio, gestionado el proceso por GLIMMER. Entre las campañas publicitarias remitidas al usuario@yahoo.es se encuentra la de RAKUTEN, sin que en ningún momento el usuario (la denunciante) haya ejercido sus derechos ni expresado su deseo de baja según los procedimientos establecidos y recogidos en las comunicaciones comerciales o utilizando cualquier otro medio.

8ª.- En el momento de tener noticia de la solicitud de información por parte de la AEPD a RAKUTEN sobre la comunicación comercial recibida por la denunciante, se procedió a dar de baja automáticamente al usuario@yahoo.es de las comunicaciones comerciales de ERANDI SOFTWARE, S.A.

SEXTO: Notificado el acuerdo de audiencia previa al apercibimiento, RAKUTEN efectuó las siguientes manifestaciones:

1ª.- La dirección electrónica@yahoo.es nunca ha formado parte de la base de datos titularidad de RAKUTEN.

2ª.- RAKUTEN no ha remitido a la dirección@yahoo.es la comunicación comercial denunciada.

3ª.- RAKUTEN no ha contratado en envío de comunicaciones comerciales a terceros contraviniendo la normativa al respecto.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha 18/07/2014 la denunciante inscribió en el servicio de Lista Robinson el dato de su dirección de correo electrónico@yahoo.es.

SEGUNDO: En fecha 21/11/2014 la denunciante recibió en su dirección de correo electrónico@yahoo.es un correo comercial remitido desde la dirección de correo electrónico [...2@pinchopin.es](mailto:2@pinchopin.es), titularidad de PINCHOPIN, entidad que no ha acreditado contar con

el consentimiento o autorización de la denunciante para el envío del citado correo comercial por cuanto no aportó cabeceras del correo electrónico de fecha 15/10/2014 presuntamente enviado por la denunciante desde su dirección@yahoo.es solicitando información.

TERCERO: En fecha 25/11/2014 la denunciante recibió en su dirección de correo electrónico@yahoo.es un correo comercial remitido desde la dirección de correo electrónico1@.... El dominio moviesory.com figuraba a fecha 30/04/2015 registrado por GLIMMER. El contenido del correo ofrece productos de RAKUTEN. El correo incluye un enlace denominado “*darme de baja*”.

CUARTO: En fecha 15/08/2014 ERANDI SOFTWARE. S.A. y GLIMMER suscribieron un contrato en el que se recoge:

- “(1) *Glimmer media S.L., sociedad constituida en Madrid, con domicilio social en (C/.....2) Madrid (**Glimmer Media**)*
- (2) *ERANDI SOFTWARE, S.A. RUC: ***** DV, sociedad constituida en Panamá, con domicilio social en sede central del grupo, ubicada en (C/.....3), en Panamá City, (el “**Propietario de los datos**”)*

“INTRODUCCION:

- A) *Glimmer Media es una compañía de publicidad especializada en la venta de espacios publicitarios on-line y de mensajes de texto a anunciantes.*
- B) *El Propietario de los Datos posee una base de datos con las direcciones de correo electrónico y los números de teléfono de aquellos de sus clientes que han mostrado una disposición favorable a ser contactados por anunciantes con fines comerciales mediante correo electrónico y mediante mensajes de texto (la “**Base de Datos**”).*
- C) *El Propietario de los datos es consciente del potencial comercial que presenta dicha Base de Datos y, con la finalidad de explotarlo, desea ahora encargar a Glimmer Media: (i) que contacte con posibles anunciantes interesados en remitir publicidad a los sujetos que figuren en la base de datos y acuerde con ellos las relaciones comerciales pertinentes, y (ii) que, en calidad de encargado del tratamiento, realice con la Base de Datos el tratamiento que sea necesario para que la publicidad de los anunciantes llegue a los sujetos incluidos en ella y para que pueda medirse la efectividad de dicha publicidad.*
- D) *Glimmer Media subcontratará a terceros algunos de los servicios que va a prestar de acuerdo con el presente contrato (el “**Contrato**”)*

Las partes acuerdan las siguientes cláusulas:

1. OBJETO DEL PRESENTE CONTRATO

Por virtud del presente Contrato, el Propietario de los Datos cede la Propiedad de su base de datos a Glimmer Media para que establezca las oportunas relaciones comerciales con los Anunciantes interesados en remitir publicidad a los individuos que figuran en la Base de Datos, y (ii) lleve a cabo en la Base de Datos el tratamiento que sea preciso para hacer posible que la publicidad de los Anunciantes llegue a los sujetos incluidos en la misma y para que mida y cuantifique la eficacia

de la actividad publicitaria realizada.

Glimmer Media deberá llevar a cabo el mandato conferido de acuerdo con lo que se expresa en las cláusulas siguientes.

En sus labores de tratamiento de datos, Glimmer Media tendrá la consideración de “encargado del tratamiento” según definición dada a esta expresión por el artículo 3 g) de la Ley Orgánica 15/1119, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (la “LO 15/199”). En todo caso, corresponderá en exclusiva al Propietario de los datos la consideración de “responsable del tratamiento”, según definición incluida en el artículo 3 d) de la LO 15/1999.

...
2. CONTENIDO DEL PRESENTE CONTRATO

2.1 TRATAMIENTO DE LOS DATOS

...
2.1.6 El Propietario de los datos se asegurará de que la base de Datos sea comparada con carácter semanal con la Lista de Supresión y el Registro.

2.1.7 El Propietario de los Datos garantiza que la Base de Datos cumple con la Ley sobre Protección de datos en vigor y con la Legislación Nacional en vigor.

...

Anexo de definiciones

...
“Base de Datos” significará el conjunto de datos que el propietario de los datos facilitará a GLIMMER Media de acuerdo con los términos del presente Contrato: dichos datos incluirán direcciones de correo electrónico y números de teléfono del Sujeto de los Datos y la Lista de Supresión.

...
“Lista de Supresión” significará una lista de todos aquellos Sujetos de los Datos en los que concurren las condiciones siguientes:

- a) Sus datos de contacto hayan sido incluidos en la Base de datos, o en cualquier versión anterior de la misma; y
- b) en el pasado hayan dado su autorización para la comercialización de dichos datos; y
- c) hayan indicado que no desean que sus datos sean comercializados.

...”

QUINTO: GLIMMER procedió a dar de baja automáticamente al usuario@yahoo.es de las comunicaciones comerciales de ERANDI SOFTWARE, S.A. cuando conoció la solicitud de información por parte de la AEPD a RAKUTEN sobre la comunicación comercial recibida por la denunciante (folios 102-103)

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 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

II

Actualmente se denomina “spam” a todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica. De este modo se entiende por “spam” cualquier mensaje no solicitado y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada es el correo electrónico.

Esta conducta es particularmente grave cuando se realiza en forma masiva. El envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española.

El bajo coste de los envíos de correos electrónicos vía Internet o mediante telefonía móvil (SMS y MMS), su posible anonimato, la velocidad con que llega a los destinatarios y las posibilidades que ofrece en cuanto al volumen de las transmisiones, han permitido que esta práctica se realice de forma abusiva e indiscriminada.

El artículo 21 de la LSSI, en la redacción introducida por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, establece que:

“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.”

De esta forma, la LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa “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”. Es decir, se desautorizan 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 apartado 2 del citado artículo 21, que autoriza el envío de comunicaciones comerciales 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 49 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que dispone:

"Artículo 49. Ficheros comunes de exclusión del envío de comunicaciones comerciales.

1. 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.

2. Cuando el afectado manifieste ante un concreto responsable su negativa u oposición a que sus datos sean tratados con fines de publicidad o prospección comercial, aquél deberá ser informado de la existencia de los ficheros comunes de exclusión generales o sectoriales, así como de la identidad de su responsable, su domicilio y la finalidad del tratamiento.

El afectado podrá solicitar su exclusión respecto de un fichero o tratamiento concreto o su inclusión en ficheros comunes de excluidos de carácter general o sectorial.

3. La entidad responsable del fichero común podrá tratar los datos de los interesados que hubieran manifestado su negativa u oposición al tratamiento de sus datos con fines de publicidad o prospección comercial, cumpliendo las restantes obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el presente Reglamento.

4. 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."

En este punto recordar que desde fecha 18/07/2014 la dirección de correo electrónico de la denunciante@yahoo.es se encontraba incluida en el fichero de exclusión de comunicaciones comerciales “Lista Robinson”.

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”.

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 “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”.

Añade el referido apartado que el envío de comunicaciones comerciales es un servicio de la sociedad de la información, siempre que represente una actividad económica.

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”*

A su vez, la definición de prestador del servicio se contiene en el apartado c) del mencionado Anexo, que considera como tal la *“persona física o jurídica que proporciona 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

Como cuestión previa cabe resolver la alegación efectuada por GLIMMER en el sentido de que la titularidad del dominio moviesory.com corresponde a ERANDI SOFTWARE, S.A. y que GLIMMER realiza únicamente la gestión administrativa y técnica del citado dominio. En este sentido cabe señalar que GLIMMER no aporta prueba alguna (contrato de prestación de servicios o similar) de tal afirmación. Por el contrario si se acredita en el expediente que el dominio moviesory.com fue registrado por GLIMMER.

En otro orden de cosas y respecto a origen del dato de la dirección de correo electrónico de la denunciante@yahoo.es GLIMMER señala que el mismo procede de una base de datos de ERANDI SOFTWARE, S.A., la cual en virtud de contrato suscrito entre ambas entidades en fecha 15/08/2014, fue cedida en propiedad por ERANDI SOFTWARE, S.A. a GLIMMER con el objeto de establecer relaciones comerciales con anunciantes interesados en remitir publicidad. Si bien en el citado contrato se establece que el tratamiento de datos efectuado por GLIMMER lo será como encargado del tratamiento por cuenta de ERANDI SOFTWARE, S.A. debe considerarse que merced a dicho contrato la propiedad de la base de datos en el que se encontraba el correo electrónico de la denunciante pasó a ser propiedad de GLIMMER con la consecuente responsabilidad en el tratamiento de datos que a partir de ese momento llevase a cabo.

V

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, hay que dilucidar si los correos electrónicos remitidos a la denunciante tanto por PINCHOPIN como por GLIMMER (con publicidad de RAKUTEN) de contenido comercial y recibidos por ésta en fechas 21 y 22/11/2014 incumplía las exigencias recogidas en el artículo 21 de la LSSI.

Así, y en lo que se refiere al incumplimiento de la prohibición prevista en el artículo 21.1 de la LSSI, en el presente supuesto ha quedado acreditado que el correo electrónico comercial de fecha 21/11/2014 remitido por PINCHOPIN fue enviado a la denunciante sin mediar el consentimiento previo y expreso del destinatario del mismo por cuanto PINCHOPIN no ha acreditado, como así alega, que tal envío tuvo origen en una solicitud de información que les envió la denunciante en fecha 15/10/2014, y ello en atención a que PINCHOPIN no ha aportado en el expediente cabeceras del citado correo electrónico que acrediten que efectivamente la denunciante les solicitó información con carácter previo a su envío publicitario. Además debe tomarse en consideración que desde fecha 18/07/2014 el correo electrónico de la denunciante@yahoo.es se encontraba inscrito en el fichero de exclusión de comunicaciones

comerciales “Lista Robinson” cuya consulta es obligada con carácter previo al efectuar actividades de publicidad o prospección comercial (art. 49.4 RLOPD).

Por su parte también ha quedado acreditado el incumplimiento de lo previsto en el artículo 21.1 de la LSSI por parte de GLIMMER y RAKUTEN por cuanto no han aportado prueba alguna de contar con el consentimiento de la denunciante para el envío de la comunicación comercial remitida en fecha 22/11/2014, envío del que es responsable GLIMMER por cuanto éste se efectuó desde una dirección de correo electrónico de un dominio (moviesory.com) registrado por dicha entidad, y, según sus propias alegaciones y pruebas presentadas utilizando el dato del correo electrónico de la denunciante contenido en una base de datos de la que adquirió su propiedad en virtud de contrato suscrito con ERANDI SOFTWARE S.A. Por su parte RAKUTEN, entidad beneficiaria el envío publicitario no ha aportado información alguna acerca de la campaña publicitaria a que corresponde el envío correo electrónico comercial que publicita sus productos, ni de si adoptó alguna medida para acreditar el origen de los datos personales utilizados para la realización de la citada campaña publicitaria, y su adecuación al principio del consentimiento consagrado en el artículo 6 de la LOPD. Al margen de lo anterior en este caso también debe recordarse que el correo electrónico de la denunciante@yahoo.es se encontraba inscrito en el fichero de exclusión de comunicaciones comerciales “Lista Robinson” cuya consulta es obligada con carácter previo al efectuar actividades de publicidad o prospección comercial (art. 49.4 RLOPD).

Por lo tanto, cabe concluir que PINCHOPIN, GLIMMER y RAKUTEN han incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al enviar sendos correos electrónicos de contenido comercial a la denunciante sin contar con la autorización expresa o solicitud previa del mismo para ello, y sin que quepa aplicar la excepción contenida en el primer párrafo del artículo 21.2 al no haber acreditado la existencia de una relación contractual previa entre remitente y destinatario del envío en cuestión.

VI

Conforme al artículo 9.3 de la Constitución Española, *“La Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”*. Y en este sentido constante jurisprudencia ha mantenido el principio de retroactividad de la ley sancionadora más favorable. Destacamos así la Sentencia del Tribunal Constitucional 131/1986 de 29 de octubre que señala refiriéndose al principio de retroactividad de la ley penal más favorable *“es que, además, dicho principio supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva”*.

Y en este sentido el artículo 128.2 de la ley 30/1992, de 28 de noviembre, dispone: *“Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*, dado que, como señala el apartado 17 de su Exposición de motivos, es objeto de la misma la aplicación de *“los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia”*.

En consecuencia, en aplicación del anterior criterio jurisprudencial procede aplicar de forma retroactiva el régimen sancionador de la LSSI introducido por la modificación operada en dicha norma por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, al resultar éste en su conjunto más favorable que el vigente en el momento de la comisión de los hechos objeto de imputación.

El artículo 38.4.d) de la LSSI califica como infracción leve *“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 el presente caso, la infracción del artículo 21 de la LSSI que se imputa a PINCHOPIN, GLIMMER y RAKUTEN ha de calificarse como infracción leve, toda vez que la remisión de un correo electrónico comercial no consentido previa y expresamente por su destinatario, y respecto del cual no cabe aplicar la excepción contemplada en el artículo 21.2 de la LSSI al no existir una relación contractual previa entre remitente y destinatario del envío, no puede calificarse como envío insistente o sistemático de comunicaciones comerciales por medios electrónicos, tal y como requiere el artículo 38.3.c) de dicha norma para constituir infracción grave.

VII

A tenor de lo establecido en el artículo 39 de la LSSI las infracciones leves podrán sancionarse con multa de hasta 30.001 €, estableciéndose los criterios para su graduación en el artículo 40 de la misma norma, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 40. Graduación de la cuantía de las sanciones.

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 este supuesto, y también en aplicación del principio de retroactividad de la norma más favorable recogido en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992, de 28 de noviembre a los efectos de acordar la resolución procedente debe tenerse en cuenta lo previsto para la moderación de las sanciones en el artículo 39.bis añadido a raíz de la modificación operada en la LSSI, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 39 bis Moderación de sanciones

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 concurren 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.”

A la vista de lo previsto en el apartado segundo del artículo 39.bis, esta Agencia considera que en el presente caso procedería apercibir a GESCAL en atención a las siguientes circunstancias: por un lado se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado precepto y, por otro lado, se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la entidad imputada en los términos del artículo 39.bis 1.a), ello teniendo en cuenta la concurrencia significativa de los criterios de ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario del mensaje y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción contemplados en los criterios a), e) y d) del artículo 40 de la LSSI.

VIII

Ahora bien, en el presente caso, no obstante lo anterior, debe analizarse la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el artículo 39

bis 2 de la LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida correctora alguna a adoptar por PINCHOPIN, GLIMMER y RAKUTEN toda vez que la infracción imputada (vulneración del art. 21.1 de la LSSI), en el caso de GLIMMER y RAKUTEN fue corregida ya que GLIMMER procedió a dar de baja automáticamente al usuario@yahoo.es de las comunicaciones comerciales de ERANDI SOFTWARE, S.A. Por su parte y respecto a PINCHOPIN debe señalarse que no cabe requerir a dicha entidad la adopción de una medida correctora concreta en orden a impedir que se repita un hecho como el denunciado, no sin recordar la obligación contenida en el artículo 49.4 del RLOPD referida a la consulta a fichero de exclusión de comunicaciones comerciales con carácter previo al envío de comunicaciones comerciales o publicidad.

Por tanto, esta Agencia no podría apercibir a los responsables de la infracción requiriéndoles la adopción de medidas correctoras que evitasen el tratamiento del correo electrónico de la denunciante para el envío de correos electrónicos con fines publicitarios, puesto que se han adoptado las medidas correctoras anteriormente señaladas para que la denunciante no reciba nuevas comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

A la vista de dicha situación, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que aunque referida al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD también resulta extrapolable al apercibimiento regulado en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, advierte a propósito de la naturaleza jurídica de dicha figura que *“no constituye una sanción”*, tratándose de *“medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción”* que *sustituyen* a la sanción. Así, la Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la Agencia Española de Protección de Datos una *“potestad”* diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de la misma, la Sentencia de la Audiencia Nacional citada concluye que cuando las medidas correctoras objeto del apercibimiento ya hubieran sido adoptadas por el infractor, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

A la vista del pronunciamiento recogido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013 (Rec. 455/2011), y reforzado posteriormente en su Sentencia de fecha 10/06/2014 (Rec. 166/2013), referente a los supuestos en los que **el denunciado ha adoptado las medidas correctoras oportunas** para subsanar la situación creada, de acuerdo con lo señalado **se debe proceder al archivo de las actuaciones.**

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. **ARCHIVAR** el procedimiento (A/00124/2015) seguido a **PINCHOPIN ONLINE, S.L., GLIMMER MEDIA, S.L., y RAKUTEN SPAIN S.L.U, GESTIÓN, SOLUCIÓN Y CALIDAD, S.A.,** con arreglo

a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI, con relación con la denuncia por infracción del artículo 21.1 de la citada norma.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **PINCHOPIN ONLINE, S.L., GLIMMER MEDIA, S.L., y RAKUTEN SPAIN S.L.U.**

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Dña. **A.A.A. .**

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