



Procedimiento N°: A/00154/2014

RESOLUCIÓN: R/01585/2014

En el procedimiento A/00154/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **COVARIANZA POSITIVA, S.L.**, vista la denuncia presentada por Don **C.C.C.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 8 de enero de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de Don **C.C.C.** (en adelante el denunciante), en la que manifiesta lo siguiente:

Que ha recibido un correo electrónico con publicidad no solicitada procedente de la sociedad COVARIANZA POSITIVA, S.L., entidad con la que no tiene ninguna relación. Añade que Don **D.D.D.**, persona que firma el correo por parte de COVARIANZA POSITIVA, S.L. fue director de la sucursal bancaria de BANKIA en la que tenía un crédito.

El denunciante aporta copia de los siguientes documentos:

- o Email de **E.E.E.** a **A.A.A.** de fecha 26/12/2013 en el que ofrece los servicios de asesoramiento financiero de COVARIANZA POSITIVA, S.L. La dirección IP que aparece como origen del correo es la G.G.G. del día 25/12/2013 15:52:11 -0800 (PST).
- o Información recabada de Internet (www.iberinform.es) sobre la empresa COVARIANZA POSITIVA, S.L. y en la que Don **D.D.D.** aparece como Consejero de la misma.
- o Información recabada de Internet (www.iberinform.es) sobre los cargos ostentados por Don **D.D.D.** en otras empresas, figurando como apoderado de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID desde 270/4/2000 y como consejero de la empresa COVARIANZA POSITIVA, S.L. desde 16/9/2013.
- o Copia de su DNI.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, por la Inspección de Datos se realizaron las siguientes actuaciones:

1. El denunciante aporta copia de una comunicación comercial remitida con fecha 25 de enero de 2014 desde la cuenta de correo **E.E.E.** a la dirección **A.A.A.** en el que se ofrecen los servicios de asesoramiento financiero de COVARIANZA

- POSITIVA, S.L. El citado envío no incluye una dirección de correo electrónico o una dirección electrónica válida para oponerse a la recepción de publicidad.
2. En fecha de 7/5/2014 se practica diligencia mediante la que se recaba la siguiente información:
 - 2.1. Se accede al Registro Mercantil al objeto de recabar información sobre las sociedades en las que ostenta cargos Don **D.D.D.**, obteniéndose los siguientes resultados:
 - 2.1.1. Consejero de la empresa COVARIANZA POSITIVA, S.L. desde 16/9/2013
 - 2.1.2. Apoderado de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID desde 27/4/2000.
 - 2.1.3. Se accede a la página web de RIPE , comprobándose que la dirección IP **G.G.G.** corresponde a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.
 3. En fecha de 8/05/2014 se solicita información a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. solicitando identifique al titular de la reseñada dirección IP del día 25/12/2013 15:52:11 -0800 (PST). En fecha de 27/05/2014 se recibe escrito de respuesta en el que el operador identifica como titular a Don **D.D.D.**.
 4. En fecha de 11/6/2014 se realiza una inspección a la sociedad COVARIANZA POSITIVA, S.L. en la que se averigua lo siguiente:
 - 4.1. Dña. **F.F.F.**, en calidad de Administradora de COVARIANZA POSITIVA S.L. manifiesta:
 - 4.1.1. COVARIANZA POSITIVA, S.L. es una sociedad de reciente creación que se dedica al asesoramiento financiero, fiscal y laboral.
 - 4.1.2. Don **D.D.D.** es uno de los socios de la sociedad y en las navidades de 2013-2014 realizó una campaña, vía correo electrónico, con objeto de captar clientes. Para dicha campaña utilizó un ordenador personal.
 - 4.1.3. La citada administradora manifiesta que la actividad de la sociedad es muy pequeña y de hecho no disponen de base de datos de clientes.
 - 4.1.4. Los inspectores muestran a dicha Administradora el correo electrónico remitido a la dirección **B.B.B.**, quien manifiesta que el contenido de dicho correo corresponde a la campaña realizada en navidades de 2013-2014 y que el denunciante no es cliente de COVARIANZA POSITIVA, S.L.
 - 4.2. A petición de los inspectores la mencionada administradora contacta telefónicamente con Don **D.D.D.** , quien al ser preguntado acerca del origen del correo electrónico objeto de denuncia manifiesta que el nombre del denunciante no le resulta conocido, comprometiéndose a remitir a esta Agencia en el plazo de tres días la información relativa al origen de los datos utilizados para mencionado envío publicitario
 5. Pasado dicho plazo no consta la recepción de información alguna.

TERCERO: Con fecha 25 de junio de 2014, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00154/2014, 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 tipificada

como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma.

Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y a la entidad denunciada, sin que conste en el procedimiento que ésta última haya efectuado alegaciones al respecto.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 26/12/2013 Don **C.C.C.** recibe un correo electrónico comercial en la cuenta **A.A.A.** procedente de la dirección **E.E.E.** en el que ofertan los servicios de asesoramiento financiero de COVARIANZA POSITIVA, S.L.. (folios 2 y 15 al 17)

SEGUNDO: El envío no incluye una dirección de correo electrónico o una dirección electrónica válida para oponerse a la recepción de nuevos mensajes publicitarios.. (folios 2 y 15 al 17)

TERCERO: El correo está firmado por **D.D.D.**, quien según información obtenida en el Registro Mercantil Central con fecha 07/05/2014 ostenta los siguientes cargos: (folios 21 al 27)

- Consejero de la empresa COVARIANZA POSITIVA, S.L. desde 16/09/2013

- Apoderado de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID desde 27/04/2000.

CUARTO: TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. ha informado que la dirección IP **G.G.G.** desde la que se remitió el envío denunciado estuvo asignada de forma dinámica al número de teléfono **H.H.H.** titularidad de Don **D.D.D.** (folio 36)

QUINTO: La administradora de COVARIANZA POSITIVA S.L. manifestó durante la inspección efectuada en las instalaciones de esa empresa, con fecha 11 de junio de 2014, que el contenido del envío denunciado corresponde a la campaña realizada por dicha entidad en las Navidades de 2013-2014 al objeto de captar clientes, para lo cual Don **D.D.D.** utilizó su ordenador personal.

Esta persona también indicó que el denunciante no es cliente de la mencionada mercantil. (folios 37y 38)

SEXTO: Con fecha 18/06/2014 la administradora de COVARIANZA POSITIVA S.L. ha comunicado a esta Agencia que **D.D.D.** recordaba al denunciante de su relación anterior con esta persona.“ (folio 45)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En primer lugar, debemos indicar que entre la remisión del envío denunciado y el inicio del presente procedimiento se ha promulgado la Ley 9/2014 de 9 de mayo de Telecomunicaciones, cuya Disposición Final Segunda introduce importantes

modificaciones en la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, las cuales han de ser tenidas en cuenta en este procedimiento en virtud de la aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable.

En este sentido, 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, o, en su caso, apercibir al sujeto responsable en la forma prevista en el nuevo artículo 39 bis 2 de dicha norma.

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 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”.

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

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, hay que dilucidar si el mensaje comercial recibido por el denunciante el 26/12/2013 en su cuenta de correo electrónico procedente de la cuenta **E.E.E.** 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 mencionado envío, en el que se publicitaban distintos servicios de consultoría de COVARIANZA POSITIVA S.L., fue remitido a la cuenta de correo electrónico **A.A.A.** por el consejero de esa empresa sin mediar el consentimiento previo y expreso del destinatario del mismo.

Téngase en cuenta que la administradora de la empresa ha manifestado que Don **D.D.D.** recordaba al denunciante de su relación anterior con dicha persona, manifestación que no justifica que el envío comercial analizado hubiera sido solicitado previamente por el denunciante o que mediara una autorización expresa del afectado para su envío. De hecho, la entidad imputada ha obviado el origen exacto de los datos utilizados y no ha acreditado en modo alguno que contara con el consentimiento previo y expreso del denunciante para poder utilizar sus señas electrónicas con fines publicitarios.

En relación con la cuestión de la carga de la prueba, resulta de aplicación a este supuesto el criterio mantenido por la Audiencia Nacional en la Sentencia de fecha 17 de mayo de 2007, Recurso 157/2005, en la que en un caso que también afectaba al incumplimiento de lo previsto en el artículo 21 de la LSSI, se arguyó que: *“En caso de que los afectados hubieran negado haber otorgado dicho consentimiento, que la Ley no exige que sea escrito, correspondería al denunciado probar su existencia, como ha reiterado esta Sala en relación con el tratamiento inconsentido de datos.”*

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el denunciante ha negado que se tratara de un envío autorizado y estando acreditado en el procedimiento el envío de la comunicación comercial analizada por parte de la imputada, hecho, por otra parte, en ningún momento ha sido negado por la misma, recae sobre ésta acreditar los hechos extintivos o impeditivos de la infracción a la LSSI (que tenía la autorización del denunciante o que había existido una relación contractual previa con la remitente por productos similares a los ofrecidos en el correo electrónico denunciado).

Por lo tanto, COVARIANZA POSITIVA S.L. ha incumplido no sólo la prohibición recogida en el apartado 1 del artículo 21 de la LSSI al enviar una comunicación comercial a la dirección de correo electrónico del denunciante sin contar con el consentimiento previo y expreso del mismo para ello, ni existir, tampoco, una relación contractual previa entre ambas partes en los términos recogidos en el primer párrafo del artículo 21.2 de dicha norma, tal y como reconoció la administradora de la empresa imputada durante la inspección efectuada el día 11/06/2014 en sus instalaciones, que

de existir hubiera podido amparar el envío sin mediar dicho consentimiento.

De este modo, cabe concluir que la entidad imputada ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al enviar un correo electrónico de tipo comercial al 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 haber quedado justificada la inexistencia de una relación contractual previa entre remitente y destinatario del envío en cuestión.

V

En lo que respecta al incumplimiento del deber de ofrecer un mecanismo de baja al destinatario del envío, la redacción vigente del párrafo tercero del artículo 21.2 de la LSSI establecía en el momento de la comisión de los hechos que cuando las comunicaciones comerciales se remitían por correo electrónico, dicho mecanismo debía consistir, necesariamente, en una dirección electrónica válida, habiéndose añadido en la actual redacción del precepto la posibilidad de que también pueda ser una dirección de correo electrónico, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.

Este requisito persigue facilitar el derecho de los destinatarios de este tipo de comunicaciones electrónicas a no recibir envíos de naturaleza comercial en sus correos electrónicos, por lo que el hecho de que por parte del prestador de servicios no se incluya en cada uno de los envíos un procedimiento sencillo y gratuito de los previstos en el tercer párrafo del artículo 21.2 de dicha norma conculca la obligación establecida en el mencionado precepto de la LSSI.

Del análisis y lectura del contenido del correo comercial enviado por COVARIANZA POSITIVA S.L. al denunciante se evidencia que éste no incluye una dirección de correo electrónico o alguna dirección electrónica válida concreta y específica a través de la cual posibilitar al destinatario el cese del tratamiento de sus señas electrónicas con fines publicitarios, a pesar de que la LSSI prohíbe el envío de correos electrónicos comerciales que no incluyan dicha dirección.

Esta exigencia de facilitar un mecanismo que permita manifestar la negativa a la recepción de también se recoge en el artículo 22.1 de dicha norma que establece respecto de los derechos de los destinatarios de los servicios que:

“El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.”

.En consecuencia, de lo expuesto con anterioridad, ha quedado probado que la entidad imputada también ha incurrido en la infracción del artículo 21.2, párrafos segundo y tercero, de la LSSI, al no ofrecer en la comunicación comercial recibida por el denunciante alguno de los procedimientos sencillos y gratuitos establecidos en dicho precepto para que el destinatario del envío pudiera oponerse a la recepción de publicidad por dicha vía.

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 COVARIANZA POSITIVA S.L. ha de calificarse como infracción leve, toda vez que la remisión de un mensaje comercial sin cláusula de baja 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 procede apercibir a COVARIANZA POSITIVA S.L. 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 de los mensajes y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción contemplados en los los criterios a), e) y d) del artículo 40 de la LSSI.

De acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. APERCIBIR (A/00154/2014) a COVARIANZA POSITIVA, S.L. con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en relación con la infracción del artículo 21 de la citada norma, tipificada como leve en el artículo 38.4.d).

2.- REQUERIR a COVARIANZA POSITIVA, S.L. de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 39 bis 2, 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 le insta a que cese en el envío de comunicaciones electrónicas a la dirección de correo electrónico del denunciante **A.A.A.**, que incumplan lo dispuesto en dicho precepto, bien cancelando la citada dirección de su lista de contactos o bien adoptando cualquier otra medida necesaria que evite el envío de publicidad a la referida cuenta de correo electrónico.

2.2 INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento

de lo requerido, aportando los documentos o medios de prueba que pongan de manifiesto su cumplimiento.

Se le advierte que en caso de no atender el citado requerimiento podría incurrir en una infracción del artículo 37.1.f) de la LOPD, que señala que *“son funciones de la Agencia de Protección de Datos: f) Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones.”*, tipificada como grave en el artículo 44.3.i) de dicha norma, 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. ABRIR el expediente de investigación E/07693/2014 al efecto de hacer un seguimiento del presente requerimiento.

4.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **COVARIANZA POSITIVA, S.L.**

5.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Don **C.C.C.**

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 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos

