



Procedimiento N°: A/00251/2018

RESOLUCIÓN: R/01576/2018

En el procedimiento A/00251/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **DIGITAL LOLA COMMERCE S.A. (VENCA)**, vista la denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 20 de enero de 2018, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante) en el que denuncia que recibió una comunicación electrónica comercial en su dirección de correo **B.B.B.**, remitida desde la dirección C.C.C., en la que se promocionan los productos o servicios de DIGITAL LOLA COMMERCE, S.A. (VENCA), antes Compañía Internacional para la Financiación de la Distribución S.A.U. (en anagrama C.I.F.D.S.A.). Se denuncia que esta comunicación no fue previamente solicitada o expresamente autorizada y que no consta en ella procedimiento alguno para ejercitar su derecho de acceso, rectificación, cancelación u oposición.

El denunciante aporta la siguiente documentación:

- a) Correo electrónico recibido el 20 de enero de 2018 en la dirección **B.B.B.**, remitido desde la dirección C.C.C., en el que se promocionan productos o servicios de VENCA, junto con sus cabeceras completas. Las cabeceras completas son necesarias porque incluyen identificación de los servidores de correo por los que el mensaje transitó hasta su destino.

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:

1. El denunciante recibe, en su cuenta **B.B.B.**, un correo electrónico procedente de la dirección C.C.C., el 20 de enero de 2018. El citado correo electrónico ofrece productos de VENCA y al final figura la leyenda "Si has recibido este correo en la dirección **B.B.B.** es porque has indicado que te gustaría recibir comunicaciones comerciales de Inneton. Si no quieres volver a recibir correos de este tipo anula tu suscripción".
2. En respuesta a la solicitud de información realizada por la Subdirección General de Inspección de Datos, se recibe escrito de DIGITAL LOLA COMMERCE S.A.U.

(VENCA) en el que el representante de dicha entidad manifiesta, en relación con los hechos denunciados, lo siguiente:

- En fecha 14 de octubre de 2015, CIFDSA (actual DIGITAL LOLA COMMERCE) suscribió un contrato de prestación del servicio de publicidad con CLICKPOINT PUBLICIDAD, S.L.U. En virtud de este, CLICKPOINT ofrecía una serie de “Editores” que se unirían al programa publicitario, es decir, al programa de CIFDSA. Acompaña copia del referido contrato.
- En cuanto al programa publicitario contratado, uno de los editores de CLICKPOINT, específicamente MEDIACOMLEAD, procedió a realizar envíos de dicha campaña a sus distintos colaboradores. Entre dichos colaboradores se encuentra In Net On, empresa que ofrece servicios de acceso a Internet en colaboración con KUBIWIRELESS, a través de tecnología Wi-fi, de forma gratuita en los aeropuertos de Madrid y Barcelona. Se adjunta copia de la información sobre el servicio de acceso a Internet ofrecido por In Net On y un pantallazo de los datos que se utilizaron para iniciar sesión en el mencionado servicio “Wifi”.
- El origen del dato **B.B.B.** procede del propio denunciante, quien decidió acceder al servicio de Wi-Fi ofrecido por In net On en el aeropuerto de Madrid. Mediante dicho acceso el dato fue recabado por MEDIACOM LEAD, colaborador de IN net On y editor de CLICKPOINT. Se adjunta informe relativo a la procedencia del dato remitido por MEDIACOM LEAD.
- DIGITAL LOLA COMMERCE S.A. resulta ser la beneficiaria de la publicidad, no siendo responsable del dato del denunciante, sino que quien es responsable de obtener el debido consentimiento es In Net On, razón por la cual es dicha empresa quien, en colaboración con MEDIACOM LEAD, remite la comunicación comercial y son ellas las que ofrecen la posibilidad de ejercer la revocación del consentimiento.

3. En la documentación que acompaña al escrito presentado por DIGITAL LOLA COMMERCE S.A. no se adjunta el contrato firmado entre DIGITAL LOLA COMMERCE S.A y CLICKPOINT PUBLICIDAD, S.L.U, sino una propuesta de publicidad basada en Performance. En cuanto a la información sobre el acceso a Internet ofrecido por In Net On, simplemente se trata de un documento sin sello ni logo distintivo alguno que permita identificarlo como perteneciente a tal empresa. Tampoco se aporta más información respecto a la captura de pantalla en la que figura la dirección de correo electrónico, que pudiera identificarla como original. Además, no se acompaña la información presentada al usuario que permita acreditar que le comunicó que sus datos serían cedidos a MEDIACOM LEAD para el envío de comunicaciones comerciales. Por último, tampoco se aporta más información respecto a la procedencia del dato remitido por MEDIACOM LEAD, que permita identificar esa información como cierta y como proveniente de esta empresa.

4. Los Servicios de Inspección señalan que DIGITAL LOLA COMMERCE S.A. no ha

sido sancionada ni apercibida por la Agencia Española de Protección de Datos por la comisión de infracciones previstas en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI).

TERCERO: Con fecha 17 de julio de 2018, la Directora de esta Agencia acordó someter a **DIGITAL LOLA COMMERCE S.A.** (VENCA) a trámite de audiencia previa, en relación con la denuncia por infracción del artículo 21, apartado 1, de la 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI), tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la mencionada Ley.

CUARTO: Con fecha 7 de agosto de 2018 se recibe en esta Agencia escrito de DIGITAL LOLA COMMERCE, S.A. (VENCA) en el que comunica que:

- DIGITAL LOLA COMMERCE, S.A. es una entidad cuya actividad principal consiste en la venta a distancia de todo tipo de artículos de su marca comercial “Venca”. Consecuentemente, y con el fin de publicitarse, se realizan distintas campañas y comunicaciones comerciales, contratando dichos servicios publicitarios, en algunos casos como el presente, con terceras empresas que se comprometen a enviar dichas campañas a sus clientes.
- En fecha 14 de octubre de 2015, CIFDSA (actual “DIGITAL LOLA COMMERCE, S.A.U.”) suscribió un contrato de prestación del servicio de publicidad online, basado en el uso de una plataforma publicitaria online, con CLICKPOINT PUBLICIDAD, S.L.U. (actualmente “CLICKPOINT MARKETING, S.L.U.”). Se acompaña copia del contrato de servicios entre CLICKPOINT PUBLICIDAD S.L.U. y VENCA (DIGITAL LOLA COMMERCE, S.A.U.).
- El servicio publicitario ofrecido por CLICKPOINT consiste en el acceso a un sistema-plataforma en el cual el anunciante, en este caso DIGITAL LOLA COMMERCE (VENCA), publica en ella todo el material de marketing y otros contenidos, permitiendo y solicitando a todos los “editores-publishers”, integrantes de la red de CLICKPOINT, que se unan a su programa publicitario.
- En la cláusula quinta de los términos y condiciones a los que se encuentran sometidos y garantizan los “editores-publishers” del sistema de CLICKPOINT, se especifica que: “5. *Publicidad email: está prohibido enviar mensajes a cualquier persona que no haya dado su consentimiento expreso para recibir promociones de terceros*”. Se acompaña copia de los términos y condiciones para Publisher, del sistema CLICKPOINT.
- CLICKPOINT MARKETING, S.L.U. (antiguo CLICKPOINT PUBLICIDAD) subcontrató los servicios de tracking y cálculos de pago con otra empresa del grupo, de nacionalidad británica, CLICKPOINT LTD (actual IMKTG, LTD), con relación a los suscriptores que acceden a la plataforma publicitaria gestionada por CLICKPOINT MARKETING para el anunciante VENCA (DIGITAL LOLA

COMMERCE, S.A.U.). Se acompaña copia de contrato entre CLICKPOINT PUBLICIDAD S.L.U. y CLICKPOINT LTD.

- Como consecuencia del sistema de “editores-publishers”, ofrecidos mediante el servicio de CLICKPOINT, una de las empresas que intervino en la campaña de VENCA fue VILAN MESSAGING SERVICES, SL (cuya marca comercial es “MEDIACOM LEAD”), y como tal se sometió a los términos y condiciones de CLICKPOINT- IMKTG LTD. Se adjunta copia del documento “Terms and Conditions” entre IMKTG LTD y VILAN MESSAGING SERVICE, S.L
- En aras de mostrar su conformidad con los términos y condiciones del sistema ofrecido y la normativa española, en fecha 21 de junio de 2016, se firmó entre CLICKPOINT-IMAKTG LTD y VILAN MESSAGING, un acuerdo de indemnidad, a través del cual VILAN MESSAGING declaraba que: *“1.Todos los datos personales de los usuarios utilizados para las campañas de e-mail marketing han sido adquiridos y/o registrados en estricto cumplimiento de la normativa vigente en España y en particular, según lo dispuesto por la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999, de 13 de diciembre (LOPD), y conforme a la LSSI”*. Si bien se menciona que se acompaña copia del acuerdo de indemnidad entre IMKTG, LTD y VILAN MESSAGING, el acuerdo que se acompaña es entre IMKTG LTD y LEAD CONVERSION SL- MEDIACOM LEAD.
- Uno de los colaboradores de VILAN MESSAGING (MEDIACOM LEAD) es AP MEDIA & MARKETING (cuya marca comercial es “In Net On”). En el contrato de monetización de bases para campañas promocionales, y de cesión de datos para campañas promocionales, celebrado entre ambas empresas, AP MEDIA & MARKETING manifiesta que *“los datos personales de los destinatarios han sido facilitados por los propios interesados y obtenidos mediante su consentimiento expreso e inequívoco para ceder sus datos a terceras empresas del sector de actividad al que pertenece la empresa”*. Asimismo, indica que *“El Titular -AP MEDIA & MARKETING- mediante su política de privacidad, ha informado a la totalidad de los destinatarios de que están incluidos en el Fichero, de conformidad con la vigente normativa de protección de datos, y de la posibilidad de recibir publicidad o información de terceras empresas”*. Se acompaña copia de ambos contratos entre VILAN MESSAGING y AP MEDIA & MARKETING.
- Todo parece indicar que AP MEDIA & MARKETING colabora con KUBIWIRELESS, la cual ofrece servicios de acceso a Internet, a través de la tecnología Wi-Fi, de forma gratuita, en los aeropuertos de Barajas (Madrid) y El Prat (Barcelona). En el documento que se aporta sobre información del servicio de acceso a Internet ofrecido entre Kubiwireless y In Net On, se especifica expresamente que los usuarios que se conectan en los servicios de In Net On previamente deben aceptar sus políticas de privacidad y es mediante dicha aceptación cuando se procede a la recogida de los datos de carácter personal insertados para acceder al Wi-Fi del aeropuerto. Se acompaña un documento

con información sobre In Net On.

- El origen del dato **B.B.B.** procede del propio denunciante, quien decidió acceder al servicio de Wi-Fi (ofrecido por In Net On y Kubiwireless) sito en el aeropuerto de Barajas (Madrid). Este usuario se registró y consintió expresamente la recepción de la publicidad el día 24 de septiembre del 2016, a las 16h:59min:33s, mediante sesión abierta vía el servicio de Internet (Wi-Fi) ofrecido en el aeropuerto de Barajas (Madrid). Mediante dicho acceso, y el uso de cookies, el dato fue recabado por AP MEDIA & MARKETING (In Net On), que procedió a cederlo a VILAN MESSAGING (MEDIACOM LEAD), que como “editor-publisher” de CLICKPOINT-IMKTG LTD, procedió a enviar la campaña publicitaria de VENCA, limitándose esta última a su papel de beneficiaria de la publicidad. Se adjunta copia de un documento en que se indicaría el acceso al servicio de Wi-Fi en el aeropuerto de Barajas (Madrid) desde el correo electrónico del denunciante.
- DIGITAL LOLA COMMERCE (VENCA) actuó con total buena fe, confiando que los “editores-publishers” del sistema ofrecido por CLICKPOINT cumplían con las garantías ofrecidas y el envío de la publicidad se realiza tras haber sido expresamente autorizada la comunicación comercial.

HECHOS PROBADOS

1. Con fecha 20 de enero de 2018, se recibió una comunicación electrónica comercial en la dirección de correo **B.B.B.**, remitida desde la dirección C.C.C., en la que se promocionan los productos o servicios de DIGITAL LOLA COMMERCE, S.A. (VENCA).
2. En fecha 14 de octubre de 2015, CIFDSA (actual “DIGITAL LOLA COMMERCE, S.A.U.”) suscribió un contrato de prestación del servicio de publicidad online con CLICKPOINT PUBLICIDAD, S.L.U. (actualmente CLICKPOINT MARKETING, S.L.U.). El servicio publicitario ofrecido por CLICKPOINT consiste en el acceso a un sistema-plataforma en el cual el anunciante, en este caso DIGITAL LOLA COMMERCE (VENCA), publica en ella todo el material de marketing y otros contenidos, permitiendo y solicitando a todos los “editores-publishers”, integrantes de la red de CLICKPOINT, que se unan a su programa publicitario
3. Como consecuencia del sistema de “editores-publishers”, una de las empresas que intervino en la campaña de VENCA fue VILAN MESSAGING SERVICES, SL (cuya marca comercial es “MEDIACOM LEAD”).
4. VILAN MESSAGING SERVICES, SL (MEDIACOM LEAD) firmó un contrato de monetización de bases para campañas promocionales y un contrato de cesión de datos para campañas promocionales con la empresa AP MEDIA & MARKETING (cuya marca comercial es “In Net On”).

5. Todo parece indicar que AP MEDIA & MARKETING colabora con KUBIWIRELESS, la cual ofrece servicios de acceso a Internet, a través de la tecnología Wi-Fi, de forma gratuita, en los aeropuertos de Barajas (Madrid) y El Prat (Barcelona).
6. La dirección de correo **B.B.B.** el día 24 de septiembre de 2016 utilizó el servicio de Internet (Wi-Fi) ofrecido en el aeropuerto de Barajas (Madrid) por KUBIWIRELESS. Mediante dicho acceso, y el uso de cookies, el dato fue recabado por AP MEDIA & MARKETING (In Net On), que procedió a cederlo a VILAN MESSAGING (MEDIACOM LEAD), que como “editor-publisher” de CLICKPOINT-IMKTG LTD, procedió a enviar la campaña publicitaria de VENCA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

La competencia para sancionar la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) de la LSSI, corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos, según dispone el artículo 43.1 de dicha 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 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 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”.

Así, cualquier envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente queda supeditado a la prestación previa del consentimiento, salvo que exista una relación contractual anterior y el sujeto no manifieste su voluntad en contra.

A su vez, el apartado d) del anexo de la LSSI define al “Destinatario del servicio” o “destinatario” como la “persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”.

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 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 (RLOPD), 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, 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.

Como 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. El correo electrónico objeto de las presentes actuaciones, atendiendo a su contenido, se ajusta a este concepto de comunicación comercial.

III

Tal como se mencionó anteriormente, el apartado 2 del artículo 19 de la LSSI establece que:

“2. 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 su parte, el apartado 3 del artículo 46 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 (RLOPD), respecto al tratamiento de datos en campañas publicitarias, dispone:

“3. En el supuesto contemplado en el apartado anterior, la entidad que encargue la realización de la campaña publicitaria deberá adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que la entidad contratada ha recabado los datos cumpliendo las exigencias establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el presente reglamento.”

IV

DIGITAL LOLA COMMERCE S.L.U. (VENCA) alega en su descargo que contrató un servicio de publicidad online con CLICKPOINT PUBLICIDAD, S.L.U, basado en el uso de una plataforma publicitaria.

Uno de los “editores-publishers” de CLICKPOINT es VILAN MESSASGING SERVICE, SL. Alega que, como tal, VILAN MESSAGINS SERVICES, SL.L. se sometió a los términos y condiciones de CLICKPOINT, en los que se prohíbe enviar mensajes

a cualquier persona que no haya dado su consentimiento expreso para recibir promociones de terceros. Además, VILAN MESSAGING firmó un acuerdo de indemnidad con CLICKPOINT en el que declaraba que todos los datos personales de los usuarios utilizados para las campañas de e-mail marketing han sido adquiridos y/o registrados en estricto cumplimiento de la normativa vigente en España.

Afirma también que uno de los colaboradores de VILAN MESSAGING es AP MEDIA & MARKETING (In Net On) y que, en el contrato que firmaron ambas empresas, AP MEDIA & MARKETING manifiesta que *“los datos personales de los destinatarios han sido facilitados por los propios interesados y obtenidos mediante su consentimiento expreso e inequívoco para ceder sus datos a terceras empresas del sector de actividad al que pertenece la empresa”*. No obstante, en vista de que ambas empresas pertenecen al sector de la publicidad, no se habría solicitado un consentimiento específico sino, en el mejor de los casos, un consentimiento genérico para recibir cualquier tipo de comunicación comercial de cualquier sector de actividad, lo cual no podría calificarse de consentimiento válido en los términos de la normativa aplicable.

DIGITAL LOLA COMMERCE, S.L.U. (VENCA) alega además que la dirección de correo electrónico objeto de la denuncia se obtuvo por AP MEDIA & MARKETING al utilizar el servicio de Internet (Wi-Fi) ofrecido en el aeropuerto de Barajas (Madrid) por KUBIWIRELESS. Se adjunta un documento con información sobre el servicio de acceso a Internet ofrecido entre KUBIWIRELESS y IN NET ON, en el que se especifica que los usuarios que se conectan en los servicios de In Net On, previamente deben aceptar sus políticas de privacidad y que es mediante dicha aceptación cuando se procede a la recogida de los datos de carácter personal insertados para acceder al Wi-Fi del aeropuerto. No obstante, no se acompaña documentación que acredite la información proporcionada en las citadas políticas de privacidad ni tampoco documentación que acredite que ese consentimiento había sido otorgado por el denunciante, ni los términos de esa solicitud de consentimiento. Por último, tampoco se acredita que se hubiera eliminado la dirección de correo electrónico del denunciante de la base de datos utilizada para la remisión de las citadas comunicaciones comerciales.

Aun teniendo en cuenta que en los contratos firmados para la realización de la campaña publicitaria que tuvo a DIGITAL LOLA COMMERCE, S.A.U. como beneficiaria, se afirma que se cumple con la legalidad de la base de datos a utilizar y que se cuenta con el consentimiento previo y expreso de los titulares de estos datos, estas circunstancias por sí solas se muestran insuficientes, en la medida en que DIGITAL LOLA COMMERCE, S.L.U. (VENCA) podría haber solicitado prueba alguna de dicho cumplimiento con carácter previo o simultáneo a la realización del servicio (muestreo previo de registros y su consentimiento, políticas de privacidad que los usuarios aceptaban, entre otros). En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30/04/2015 entiende insuficientes las garantías que por contrato se señalan por un proveedor de Bases de Datos y echa en falta alguna medida por parte

del usuario de la citada base de datos: “(...) Pues bien, lo estipulado en el contrato sobre el tratamiento de datos personales es genérico, ya que se viene a referir a que Todo Data Integral Services, S.L., debe cumplir las previsiones contenidas al efecto en la LOPD, no estableciendo ninguna medida tendente al cumplimiento de dichas obligaciones por parte de la parte recurrente. Con ello no se excluye, como pretende la parte actora, la responsabilidad de ésta en el tratamiento de datos. En efecto, se olvida dicha parte del apartado 3 del art. 46 del RDLOPD, no habiendo probado, ni siquiera alegado, qué medidas necesarias adoptó para asegurarse de que la entidad contratada, Todo Data Integral Services, S.L., había recabado los datos cumpliendo las exigencias establecidas tanto en la LOPD como en el RDLOPD. Como dijimos en la Sentencia de 3 de octubre de 2007 -recurso n°. 38/2006-, la responsabilidad del tratamiento de datos «le obligaba a extremar la diligencia hasta el punto de que debía informarse de la procedencia de los datos personales utilizados por la responsable del fichero en la campaña publicitaria. Campaña publicitaria que se efectuó en exclusivo beneficio de dicha entidad recurrente. (...)”

De esta manera, no es suficiente diligencia únicamente la firma de un contrato. En especial, cuando en el contrato no se especifica el modo en que esos datos personales sean obtenidos ni los formularios utilizados para ello, ni las condiciones que figuran en las políticas de privacidad u otros documentos que se acepten por los titulares de esos datos, ni cuál es el origen de estos datos, todos ellos parámetros de diligencia a la hora de realizar una campaña de marketing por correo electrónico.

En conclusión, DIGITAL LOLA COMMERCE, S.L.U. (VENCA) ha vulnerado la prohibición expresa prevista en el art. 21.1 de la LSSI, ya que de la documentación obrante en el expediente no se ha acreditado que se tuviera el consentimiento previo y expreso del denunciante para la remisión de la citada comunicación, ni tampoco la existencia de una relación comercial previa de servicios similares a los ofrecidos en las campañas publicitarias.

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”.

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”.

De acuerdo con lo establecido en los apartados 3.c) y 4.d) del artículo 38 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, o 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.c), se producirá una infracción de carácter grave.

A partir del conjunto de hechos y circunstancias constatadas y con arreglo a lo dispuesto en los citados preceptos, la conclusión que se desprende es que la conculcación del artículo 21 de la LSSI que se imputa al denunciado se ajusta al tipo de infracción calificada como leve en el artículo 38.4.d) de la vigente LSSI, ya que el envío en un correo electrónico promocional sin contar con su consentimiento previo y expreso para ello, no puede ser calificado como “envío insistente o sistemático” de comunicaciones comerciales no solicitadas por medios electrónicos por parte de la referida entidad.

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 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."

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

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

a) La existencia de intencionalidad.

b). Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.

c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.

d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.

e) Los beneficios obtenidos por la infracción.

f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida.

g) La adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido

informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.”

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis de la LSSI, así como la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 39 bis 1.a) de la misma norma, toda vez que se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la denunciada teniendo en cuenta la concurrencia significativa de las circunstancias derivadas de la falta de constancia de que se hayan producido perjuicios al destinatario del correo electrónico a raíz de la infracción y que se trata del envío de una única comunicación comercial.

El denunciado, después de recibir el acuerdo de trámite de audiencia previa al apercibimiento acordado por la Directora de la AEPD, no ha procedido a adoptar las medidas pertinentes para subsanar la situación y adecuar su conducta a lo previsto en el artículo 21.1 de la LSSI, por lo que procede requerir al mismo para que establezca, con carácter general, mecanismos que impidan que en el futuro puedan producirse infracciones similares a las analizadas en el presente caso y, con carácter particular, se implementen medidas que eliminen o bloqueen la dirección de correo destinataria de la comunicación comercial, en el sentido expresado en los fundamentos de derecho anteriores.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00251/2018) a DIGITAL LOLA COMMERCE, S.A. (VENCA) con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis.2 de la LSSI, en relación con la denuncia por infracción del artículo 21.1 de la citada norma, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la misma.

2.- REQUERIR a DIGITAL LOLA COMMERCE, S.A. (VENCA) de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 bis.2 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 el sentido expresado en los Fundamentos de Derecho de la presente resolución, y establezca medidas que impidan el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas o expresamente autorizadas, o sin que exista una relación contractual previa que lo ampare, y se asegure que la dirección de correo electrónico del denunciante no reciba más comunicaciones comerciales como la denunciada.

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

Se le advierte que, en caso de no atender el citado requerimiento, podría incurrir en una infracción del artículo 38 de la LSSI, sancionable de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 de la citada norma.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **DIGITAL LOLA COMMERCE S.A. (VENCA)**.

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.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

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