



Procedimiento N°: A/00281/2015

RESOLUCIÓN: R/00461/2016

En el procedimiento A/00281/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **APPS TRANSIT MOBIL S.L.**, vista la denuncia presentada por D. **D.D.D.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 19 de mayo de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **D.D.D.** (en lo sucesivo, el denunciante), en el que manifiesta que:

1. Ha recibido publicidad no solicitada de "AVANT CARD" en su cuenta de correo electrónico **E.E.E.**, con origen en la dirección ...@enviosrkt.com.br.
2. El texto publicitario indica que la entidad emisora es AVANT TARJETA EFC S.A.U. (en lo sucesivo AVANT), y dirige al sitio web www.avantcard.es.
3. Al hacer clic en el enlace incluido a la dirección www.avantcard.es se le redirecciona inicialmente a una URL del dominio app.enviosrkt.com.br y posteriormente a la URL www.affiliation.net por lo que entiende que sus datos están siendo tratados de manera oscura e incorrecta.

Junto con el escrito de denuncia se aporta copia de un correo electrónico recibido el 7 de abril de 2015, pero no se aportan las cabeceras completas del mismo.

En respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia, el denunciante envía un escrito que tiene entrada el 7 de julio de 2015 en el que aporta copia de las cabeceras completas del correo electrónico.

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/03699/2015 que se transcribe:

"ACTUACIONES PREVIAS

1. El denunciante recibió el 7 de abril de 2015 en su dirección de correo electrónico **E.E.E.** un mensaje procedente de la dirección ...@enviosrkt.com.br con origen en la dirección IP *****IP.1**.

La dirección IP *****IP.1** está asociada a una persona física, **C.C.C.**, con domicilio en Brasil

El correo electrónico contiene información promocional de una tarjeta de crédito denominada "AvantCard" cuya entidad emisora es AVANT e incluye un texto que parece un enlace al sitio web www.avantcard.es pero que según manifiesta el

denunciante lleva a la URL <http://app.enviosrkt.....> y que después redirigía al destinatario a la web www.affiliation.net.

2. El dominio avantcard.es está registrado a nombre de AVANT.
3. Al tratar de acceder a la URL del dominio app.enviosrkt.br el 17 de septiembre de 2015 el navegador devuelve un error de página web no disponible.
4. En las respuestas a las solicitudes de información remitidas AVANT manifiesta en relación con los hechos denunciados que:
 - 4.1. En los ficheros de AVANT no consta la dirección de correo electrónico E.E.E., ni aisladamente ni vinculada a persona alguna.

AVANT ignora la identidad del titular de dicha dirección de correo y no le consta relación contractual alguna cuyos nombre y apellidos guarden semejanza con los contenidos en la dirección de correo.

- 4.2. "AVANTCARD tiene contratado el servicio de campañas de emailing con NIVORIA SOLUTIONS S.L. (en adelante NIVORIA). NIVORIA desarrolla la campaña de publicidad de AVANTCARD con varios soportes externos, siendo uno de ellos AFFILIATION.NET."

La entidad aporta copia del contrato firmado el 17 de septiembre de 2014 en el que se indica que:

Uno de los servicios contratados es la captación de clientes por parte de NIVORIA para AVANT.

Entre los medios de captación figura el envío de correos electrónicos, que realizará el PROVEEDOR "...a usuarios registrados en bases de Datos (BBDD) cualificadas..."

No se ha localizado en el contrato indicación alguna sobre qué se considerará una base de datos cualificada o cómo se comprobará dicha cualificación.

El punto 8.4 del contrato permite la subcontratación de parte de las tareas del contrato, sujeto a comunicación y autorización previa de AVANT.

- 4.3. "NIVORIA contrató los servicios de AFFILIATION S.L.U (en adelante AFFILIATION) el 3/03/2015 para una campaña de envíos de emails según las condiciones especificadas en la Orden de Inserción que adjuntamos como DOCUMENTO 1....."

El documento no especifica claramente el origen de los datos de los destinatarios de los envíos de correo electrónico. La única mención se hace en el punto 6 de las observaciones especiales, en donde se especifica que "En el caso de envíos mediante bdd¹ será siempre necesario que estén registradas y cumplan la LOPD correspondiente."

- 4.4. AFFILIATION es una empresa de publicidad que actúa como intermediaria entre anunciantes y soportes en lo que se conoce como una red de afiliados. Los soportes (o afiliados) son entidades que desean mostrar publicidad en sus sitios web o enviar publicidad a sus usuarios, comunmente responsables de sitios web.

1 Es una errata y se refiere a bases de datos (BBDD o bdd).

A la fecha del presente informe AFFILIATION informa en su página web de que dispone de un total de 98.731 afiliados.

Los términos y condiciones del sitio web en el que los soportes pueden registrarse² (afiliarse) no citan la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), que regula el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos. La única mención que se hace al cumplimiento de la LOPD en relación con los datos utilizados por los afiliados es que "Para los envíos de email marketing deben de cumplir la ley de protección de datos. LOPD".

- 4.5. APPS TRANSIT MOBIL SL es una de las afiliadas de AFFILIATION, quien ha manifestado que fue una de las sociedades con las que trabajaron en la campaña de AVANT.

Aportan como evidencia captura de pantalla de parte de la ficha de afiliado, proporcionada por AFFILIATION.

- 4.6. "El dominio "enviosrkt.com.br" es el dominio de la plataforma que ha realizado el envío del correo electrónico denunciado. AFFILIATION se puso en contacto con esta plataforma quien le confirmó que en el mes de Abril había realizado un envío de la campaña AvantCard para la sociedad Apps Transit Mobil."

- 4.7. El responsable de APPS TRANSIT MOBIL SL reconoce haber realizado el envío del correo electrónico denunciado mediante la plataforma "...@enviosrkt.com.br".

Como evidencia de esta manifestación aportan un correo electrónico, remitido el 24 de septiembre de 2015 desde la dirección del Administrador de APPS TRANSIT MOBIL SL al denunciante en el que éste le informa de "...que ya no recibirá más e-mail desde la dirección ...@enviosrkt.com.br respecto la campaña Avantcard. Disculpe las molestias".

5. En las respuestas a las solicitudes de información remitida, AFFILIATION manifiesta en relación con los hechos denunciados que:

- 5.1. AFFILIATION no fue la responsable de ese envío.

- 5.2. Puestos en contacto con la entidad responsable de la plataforma ...@enviosrkt.com.br les informan de que el responsable de la cuenta remitente es APPS TRANSIT MOBIL SL y se les proporcionan los datos de la cuenta de cliente.

*Como evidencia de lo manifestado aportan capturas de pantalla de una conversación mantenida por Skype con **B.B.B.** y del envío de una oferta comercial en la que dicha persona habla en nombre de EMAIL ROCKET, nombre comercial de INFOBASE INFORMATICA EIRELI – ME. Dicha entidad es una sociedad con sede en Sao Paulo, Brasil, y presta, entre otros servicios, los de una plataforma de envío de correos electrónicos publicitarios.*

- 5.3. Puestos en contacto con el Administrador de APPS TRANSIT MOBIL SL éste "...nos informó de que ese usuario estaba en su base de datos y que no procedería a realizar más envíos junto a su baja."

Como evidencia de lo manifestado aportan captura de pantalla del correo

2 www.affiliation.net/en/terms-conditions

electrónico citado en el punto 4.7.

6. En respuesta a las cuestiones planteadas por el subinspector actuante, el Administrador de APPS TRANSIT MOBIL SL manifiesta inicialmente que “Esa dirección de correo no pertenece a la base de datos de appstransit mobil sl en cualquier caso la base fue adquirida a listadodeempresas.es y será esta empresa quien tendrá el consentimiento de los titulares de emails.”.

Aporta como prueba de dicha manifestación copia de una factura emitida el 18 de noviembre de 2013 por A.A.A. (www.listadodeempresas.es) a nombre de APPS TRANSIT MOBIL SL por la compra de una “Base de Datos España.”

Posteriormente, al serle requeridas evidencias de los datos que constan en dicha base de datos sobre el denunciante, el Administrador de APPS TRANSIT MOBIL SL niega que los datos se encuentren en su base de datos y que “...quizá es otra empresa la que hizo el envío, con tantos intermediarios...”.

CONCLUSIONES

AVANT contrató la realización de una campaña de publicidad con NIVORIA, quien a su vez subcontrató parte o toda la ejecución de la misma a AFFILIATION quien a su vez utilizó su red de afiliados, que fueron quienes finalmente hicieron los envíos por correo electrónico.

APPS TRANSIT MOBIL SL es uno de los afiliados de AFFILIATION que recibió el encargo de implementar la campaña de AVANT.

EMAIL ROCKET, sociedad brasileña poseedora de una plataforma de envío de correos electrónicos publicitarios, identifica a APPS TRANSIT MOBIL SL como el usuario responsable de la cuenta ...@enviosrkt.com.br.

APPS TRANSIT MOBIL SL inicialmente trata de hacer responsable de la calidad de los datos a un tercero para después poner en duda su implicación en los hechos.

Los indicios recabados apuntan a que APPS TRANSIT MOBIL efectivamente realizó el envío ya que por un lado parece difícil que EMAIL ROCKET creará una cuenta de usuario de correo denominada “transitmobil” para otro cliente que no fuera APPS TRANSIT MOBIL y por otro lado el Administrador de APPS TRANSIT MOBIL SL informó a través de correo electrónico al denunciante de que “...ya no recibirá más e-mail desde la dirección ...@enviosrkt.com.br respecto la campaña Avantcard. Disculpe las molestias”. Parece imposible que APP TRANSIT MOBILE no sea la responsable de los hechos cuando se disculpa por ellos y asegura que no se volverán a producir.

Ninguna de las entidades implicadas en los hechos parece haber actuado con diligencia en la gestión de las comunicaciones comerciales.

Ninguno de los contratos o documentos que regulan las relaciones entre los intervinientes cita siquiera la LSSICE, a pesar de que dicha norma regula los envíos de comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

Ninguno de los contratos trata sobre los medios de baja que deberán de ponerse a disposición de los destinatarios de las comunicaciones comerciales o la forma en la que dichas solicitudes se gestionaran.

Ninguno de los intervinientes ha aportado evidencias de que haya realizado comprobación alguna, aunque fuese limitada, sobre la idoneidad y validez de los datos.”



TERCERO: Con fecha 6 de octubre de 2015, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00281/2015. Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: El denunciante recibió el 7 de abril de 2015 en su dirección de correo electrónico E.E.E. un mensaje procedente de la dirección@enviosrkt.com.br con origen en la dirección IP ***IP.1. Al tratar de acceder a la URL del dominio app.enviosrkt.br el 17 de septiembre de 2015 el navegador devuelve un error de página web no disponible.

La dirección IP ***IP.1 está asociada a una persona física, **C.C.C.**, con domicilio en Brasil

El correo electrónico contiene información promocional de una tarjeta de crédito denominada “AvantCard” cuya entidad emisora es AVANT e incluye un texto que parece un enlace al sitio web www.avantcard.es pero que según manifiesta el denunciante lleva a la URL <http://app.enviosrkt.....> y que después redirigía al destinatario a la web www.affiliation.net.

SEGUNDO: El dominio avantcard.es está registrado a nombre de AVANT, en cuyos ficheros no consta la dirección de correo electrónico E.E.E.

TERCERO: AVANT tiene contratado el servicio de campañas de emailing con NIVORIA, la cual desarrolla la campaña de publicidad de AVANTCARD con varios soportes externos, siendo uno de ellos AFFILIATION.NET.”

La entidad aporta copia del contrato firmado el 17 de septiembre de 2014 en el que se indica que:

Uno de los servicios contratados es la captación de clientes por parte de NIVORIA para AVANT.

Entre los medios de captación figura el envío de correos electrónicos, que realizará el PROVEEDOR “...a usuarios registrados en bases de Datos (BBDD) cualificadas...”.

No se ha localizado en el contrato indicación alguna sobre qué se considerará una base de datos cualificada o cómo se comprobará dicha cualificación.

El punto 8.4 del contrato permite la subcontratación de parte de las tareas del contrato, sujeto a comunicación y autorización previa de AVANT.

CUARTO: NIVORIA contrató los servicios de AFFILIATION el 3/03/2015 para una campaña de envíos de emails. En el contrato no especifica claramente el origen de los datos de los destinatarios de los envíos de correo electrónico. La única mención se hace en el punto 6 de las observaciones especiales, en donde se especifica que “En el caso de envíos mediante bdd³ será siempre necesario que estén registradas y cumplan la LOPD correspondiente.”.

3 Es una errata y se refiere a bases de datos (BBDD o bdd).

QUINTO: AFFILIATION es una empresa de publicidad que actúa como intermediaria entre anunciantes y soportes en lo que se conoce como una red de afiliados. Los soportes (o afiliados) son entidades que desean mostrar publicidad en sus sitios web o enviar publicidad a sus usuarios, comunmente responsables de sitios web.

Los términos y condiciones del sitio web en el que los soportes pueden registrarse⁴ (afiliarse) no citan la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), que regula el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos. La única mención que se hace al cumplimiento de la LOPD en relación con los datos utilizados por los afiliados es que “Para los envíos de email marketing deben de cumplir la ley de protección de datos. LOPD”.

SEXTO: APPS TRANSIT MOBIL SL es una de las afiliadas de AFFILIATION, quien ha manifestado que fue una de las sociedades con las que trabajaron en la campaña de AVANT.

SEPTIMO: El dominio “*enviosrkt.com.br*” es el dominio de la plataforma que ha realizado el envío del correo electrónico denunciado. AFFILIATION se puso en contacto con esta plataforma quien le confirmó que en el mes de Abril había realizado un envío de la campaña AvantCard para la sociedad Apps Transit Mobil.”

OCTAVO: APPS TRANSIT MOBIL SL reconoce haber realizado el envío del correo electrónico denunciado mediante la plataforma “....@enviosrkt.com.br”.

Como evidencia de esta manifestación aportan un correo electrónico, remitido el 24 de septiembre de 2015 desde la dirección del Administrador de APPS TRANSIT MOBIL SL al denunciante en el que éste le informa de “...que ya no recibirá más e-mail desde la dirección@enviosrkt.com.br respecto la campaña Avantcard. Disculpe las molestias”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

El segundo párrafo del artículo 43.1 de la LSSI en su redacción conferida por la Ley 9/2014 establece que “*igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3.c), d) e i) y 38.4.d), g) y h) de esta Ley*”; otorgando por tanto a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer sanciones por la comisión de la infracción del artículo 21 de la citada Ley.

II

A los efectos de examinar si los hechos objeto de imputación pueden constituir infracción al artículo 21 de la LSSI conviene realizar una breve exposición sobre el marco jurídico que resulta de aplicación a las comunicaciones comerciales remitidas por correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

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

⁴ www.affiliation.net/en/terms-conditions

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

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

El artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, en la redacción introducida por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones señala lo siguiente:

“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.”

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

De este modo, la LSSI, en su artículo 21.1 prohíbe de forma expresa las comunicaciones comerciales dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, sin consentimiento expreso del destinatario, si bien esta prohibición encuentra su excepción en el segundo párrafo del citado artículo, que autoriza el envío cuando *“exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto*

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

El artículo 19, apartado 2, de la LSSI preceptúa que *"En todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales"*.

Por tanto, en relación con el consentimiento del destinatario para el tratamiento de sus datos con la finalidad de enviarle comunicaciones comerciales por vía electrónica, es preciso considerar lo dispuesto en la normativa de protección de datos y, en concreto, en el artículo 3.h) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) que define el *"consentimiento del interesado"* como: *"toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen"*.

Asimismo resulta aplicable lo previsto en el artículo 45.1.b) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que señala que cuando los datos se destinen a publicidad y prospección comercial los interesados a quienes se les solicite su consentimiento deberán ser informados *"sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad"*

Así las cosas, de acuerdo con dichas normas, el consentimiento, además de previo, específico e inequívoco, deberá ser informado. Y esta información deberá ser plena y exacta acerca del sector de actividad del que puede recibir publicidad, con advertencia sobre el derecho a denegar o retirar el consentimiento. Esta información así configurada debe tomarse como un presupuesto necesario para otorgar validez a la manifestación de voluntad del afectado.

III

Como ya se ha señalado, la LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas o expresamente autorizadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo de la siguiente manera:

"f) Comunicación comercial»: toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica".

De acuerdo con lo señalado, es preciso analizar el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información para, a continuación, determinar los supuestos, recogidos en el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI, que no se consideran, a los efectos de esta Ley, como comunicaciones comerciales.

La LSSI en su Anexo a) define como Servicio de la Sociedad de la Información, *“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.*

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: (...)

4º El envío de comunicaciones comerciales. ” (...).“

De acuerdo con lo señalado, el concepto de comunicación comercial engloba la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, es decir, ha de tratarse de todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

De lo anterior se deduce que, cuando la comunicación comercial no reúne los requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, pierde el carácter de comunicación comercial. En este sentido el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI señala dos supuestos, que no tendrán, a los efectos de esta Ley, la consideración de comunicación comercial. Por un lado, los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, y, por otro, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

IV

De este modo, a la luz de los documentos obrantes en el procedimiento cabe concluir que el denunciado ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al recibir el denunciante un correo comercial enviado por el denunciado, sin contar con la autorización expresa o solicitud previa del denunciante para ello, y sin que quepa aplicar la excepción contenida en el primer párrafo del artículo 21.2 de dicha norma al no existir una relación contractual previa entre el denunciado y destinatario del envío en cuestión.

V

El Título VII de la LSSI bajo la rúbrica *“Infracciones y sanciones”* contiene el régimen sancionador aplicable en caso de que se produzca alguna de las infracciones contenidas en el cuadro de infracciones que en el mismo se recoge.

En concreto, el artículo 37 especifica que:

“los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos al régimen sancionador establecido en este Título cuando la presente Ley les sea de aplicación” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

La definición de prestador del servicio se contiene en el apartado c) del Anexo de la citada norma que considera como tal la *“persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información.”*

De conformidad con lo establecido en el artículo 38, en sus apartados 3 y 4 de la LSSI, se consideran infracciones graves y leves las siguientes:

“3. Son infracciones graves:

c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, a su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21”.

“4. Son infracciones leves:

d) El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave”.

En consecuencia, la infracción del artículo 21 de la LSSI, en los términos indicados por el citado artículo 38.4.d), se califica en términos generales como infracción leve, aunque si se produce un envío masivo de comunicaciones comerciales no solicitadas a diferentes destinatarios o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario, en los términos que se indican en el también citado artículo 38.3.b), se producirá una infracción de carácter grave a los efectos de la LSSI.

A partir del conjunto de hechos y circunstancias constatadas en el procedimiento sancionador y vistos los fundamentos de derecho anteriores, la conclusión que se desprende es que la conculcación de artículo 21.1 de la LSSI por el denunciado, se ajusta al tipo de infracción calificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI.

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. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado teniendo en cuenta que la infracción imputada se refiere a la remisión de una única comunicación comercial y que concurren de forma significativa las circunstancias de ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario y falta de constancia de beneficios obtenidos

como consecuencia de la comisión de la infracción.

VII

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 APPS TRANSIT MOBIL SL toda vez ha adoptado medidas tendentes a impedir en el futuro el envío de comunicaciones comerciales no consentidas o autorizadas por el destinatario. Es decir, esta Agencia no podría apercibir al responsable de la infracción requiriéndole la adopción de medidas correctoras que evitasen el tratamiento de la dirección de correo electrónico del denunciante para el envío de correos electrónicos con fines publicitarios, puesto dicha entidad ha adoptado medidas correctoras para que el 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 la medida correctora oportuna** 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/00281/2015) seguido a APPS TRANSIT MOBIL S.L., 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 **APPS TRANSIT MOBIL S.L.**, y a **D. D.D.D.**.

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 el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

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