

Expediente Nº: E/06004/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **TLC TECHNOLOGY S.L.** en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 17/09/2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **A.A.A.** en el que declara haber recibido comunicaciones comerciales por correo electrónico sin haberlo solicitado ni consentido.

Con fecha 27/12/2013 el denunciante realiza ampliación de denuncia realizando nueva aportación de correos electrónicos.

Informa el denunciante que el emisor fue sancionado con anterioridad por haberle remitido correos electrónicos comerciales no solicitados al mismo denunciado en la resolución R/02872/2012.

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/6004/2013 que se transcribe:

“ACTUACIONES PREVIAS

1. *Mediante las correspondientes diligencias se ha podido comprobar que:*

- a. *En la resolución de referencia R/02872/2012 resultó sancionado D. **B.B.B.** por un correo comercial no solicitado enviado desde el dominio [***DOMINIO.1](#) con destino a la cuenta [info@***DOMINIO.2](#).*
- b. *Los dominios [***DOMINIO.3](#) y [***DOMINIO.1](#) aparecen en el DNS registrados a nombre de D. **B.B.B.**.*
- c. *Visitado el sitio web [www.***DOMINIO.3](#) se comprueba que aparecen direcciones de correo del dominio [***DOMINIO.1](#).*
- d. *Visitado el dominio [www.***DOMINIO.1](#) se encuentra una página dedicada a la privacidad en la que consta como entidad responsable del sitio web TLC TECHNOLOGY, S.L.*

2. *De los correos electrónicos aportados por el denunciante, se desprende que:*

- a. *El correo fue enviado el 13 de septiembre de 2013 16:06 h. desde la cuenta Velas TLC ([no-reply@***DOMINIO.3](#)) con destino a la cuenta [info@***DOMINIO.2](#) y con el asunto “Velas exclusivas con LED, nuevos modelos”. En el cuerpo del mensaje se realiza una oferta comercial de velas LED.*

Al pie del mensaje figura el texto:

<<Para borrarse de esta lista y no recibir más correos visite este enlace.>>

Del análisis de las cabeceras de internet del mensaje se desprende que mensaje fue emitido a través del servidor de correo electrónico [.....***DOMINIO.1](#) desde la dirección IP ***IP.1.

- b. Correo enviado en fecha 17 de septiembre de 2013 desde la cuenta [.....@***DOMINIO.2](#) con destino a las cuentas [.....@***DOMINIO.1](#), [info@***DOMINIO.1](#) y [info@***DOMINIO.4](#) en las que se informaba de la presentación de una denuncia ante esta Agencia con motivo de los correos electrónicos recibidos, así como que la página web a la que dirige el enlace contenido en el correo de fecha 13 de septiembre, a través del cual se debería poder ejercitar el derecho de oposición, no funciona, produciendo un error 404, y se solicita la baja de las cuentas del dominio [***DOMINIO.2](#), en general, y la cuenta [info@***DOMINIO.2](#) en particular. El denunciante no aporta documentación acreditativa que identifique el enlace utilizado para darse de baja, ni que dicho enlace no funcionase, tampoco informa de la fecha en que realizó el intento de baja ni si lo intentó en varias ocasiones, en previsión de que el enlace hubiese estado temporalmente no disponible.
- c. Correo electrónico de fecha 27 de septiembre de 2013 12:58 h. enviado desde la cuenta Velas TLC ([....@***DOMINIO.3](#)) con destino a [info@***DOMINIO.2](#) y con el asunto "Lámparas de cera con LED". El correo contiene un pie informativo idéntico al del correo anterior.

Del análisis de las cabeceras de internet del mensaje se desprende que mensaje fue emitido a través del servidor de correo electrónico [.....***DOMINIO.1](#) desde la dirección IP ***IP.1.

- d. Correo electrónico de fecha 23 de octubre de 2013 18:43 h. enviado desde la cuenta Velas TLC ([....@***DOMINIO.3](#)) con destino a [info@***DOMINIO.2](#) y con el asunto "Nuevo Pack de velas de led (Envío inmediato)". El correo contiene un pie informativo idéntico al del correo anterior.

Del análisis de las cabeceras de internet del mensaje se desprende que mensaje fue emitido a través del servidor de correo electrónico [.....***DOMINIO.1](#) desde la dirección IP ***IP.1.

- e. Correo electrónico de fecha 19 de diciembre de 2013 15:47 h. enviado desde la cuenta Velas TLC ([....@***DOMINIO.3](#)) con destino a [info@***DOMINIO.2](#) y con el asunto "Decora con Velas diferentes en esta Navidad". El correo contiene un pie informativo idéntico al del correo anterior.

Del análisis de las cabeceras de internet del mensaje se desprende que mensaje fue emitido a través del servidor de correo electrónico [www.***DOMINIO.3](#) desde la dirección IP ***IP.2.

3. De la información y documentación aportada por VELASTLC se desprende:

- a. Manifiesta la entidad:



<<1. No se puede acreditar documentalmente el consentimiento otorgado por el titular de La dirección de correo electrónico info@***DOMINIO.2. Nuestra entidad se interesó por los servicios prestados y publicitados en Internet por la empresa titular del citado correo electrónico, guardando el mismo a modo de contacto y se guardó en la carpeta de correos electrónicos de clientes. En un determinado momento nuestra entidad realizó una campaña de por correo electrónico, utilizando para ello, la lista de contactos almacenados en el directorio de Outlook, La dirección info@***DOMINIO.2 estaba almacenada en el mismo, en consecuencia, se entendió que formaba parte de los destinatarios que consienten el envío de publicidad. Se trató de error informático que no se había detectado.

2. La entidad TLC TECHNOLOGY SL solicitó un presupuesto para contratar los servicios de PUBLIWEB, relacionados con creación y mantenimiento Web y Hospedaje. EL modo de obtención del citado correo electrónico se produjo a través de su propia página web www.***DOMINIO.2, en el apartado de "Contactar". Dicho e-mail de contacto es el único dato que se tenía del usuario, ya que no se llegó a contratar sus servicios.

3. No se puede acreditar ninguna relación contractual con el titular de la dirección de correo electrónico info@***DOMINIO.2, ya que, como ya se ha comentado, aunque nos interesamos en sus servicios, éstos no se contrataron.

4. El pasado día 7 de marzo de 2012, con el anterior administrador, se recibió un correo electrónico de info@***DOMINIO.2 del siguiente tenor: "Le instamos a que en el plazo máximo de tres días nos acredite nuestra solicitud o autorización para el envío de sus comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico o la existencia de una relación contractual previa, y nos informe de donde ha obtenido nuestro correo electrónico. En caso contrario procederemos a denunciar este hecho ante la Agencia Española de Protección de Datos (AGPD)"

En la misma fecha se respondió a dicho correo electrónico explicando que se trataba de algún tipo de error durante la campaña de llevada a cabo y se disculparon personalmente por el envío realizado. Asimismo, se procedió a dar de baja la dirección de correo electrónico en el link de que dispone la empresa para ese fin (NEWS.....).

Aunque se procedió a dar de baja la dirección de correo electrónico a través del link mencionado anteriormente, al cesar nuestra relación con la empresa ZAPPINGCONSULTING, se volcó todo a nuestro servidor y los emails de los clientes que se habían dado de baja, no sabemos por qué motivo, volvieron a la lista activa debido a un problema informático, no se produjo su baja efectiva, hecho que provocó que el usuario titular de la dirección info@***DOMINIO.2 recibiera dos e-mails publicitarios más, sin posibilidad de detectar el error hasta la recepción de la notificación de la Agencia Española de Protección de Datos.>>

- b. Aporta VELASTLC correo electrónico de fecha 20/3/2014 remitido por parte de FILNET, proveedor de servicios a la entidad en el que se manifiesta:

<<- Es Filnet la empresa propietaria de nuestro servidor?

Sí, Filnet es el propietario de vuestro servidor. Nosotros hacemos el

mantenimiento y las actualizaciones del servidor para que vosotros podáis tener vuestra web y correo en Internet y realizar las acciones que creáis convenientes sobre vuestros dominios.

*- Han comprobado que el email enviado el día 17 de septiembre de 2013 a nuestra dirección de correo por publiweb con email@***DOMINIO.2 nunca lo hemos recibido?*

*No guardamos todos los logs del 17 de septiembre de 2013 pero hemos intentado recuperar backups viejos y parece que nunca recibiste un correo de publiweb a@***DOMINIO.1 o info@***DOMINIO.1, por lo menos el 17 de septiembre. Si lo envió a otra dirección, entonces no te podemos asegurar que no se recibió.*

*- Desde que fecha tenemos el dominio ***DOMINIO.4 dado de baja de nuestros servicios?*

Finales de febrero de 2013.>>

c. Aporta igualmente correo electrónico de fecha 19/3/2014 remitido por el soporte técnico de VELASTLC en el que se manifiesta:

*<<El correo de@***DOMINIO.1 se ha filtrado en todas las carpetas que lo constituyen buscando el correo supuestamente enviado por@***DOMINIO.2 desde las copias de los mensajes que se almacenan en el servidor y la búsqueda no ha obtenido resultados como se aprecia en la captura de pantalla.*

También hemos ido atrás en el historial de emails enviados y en el día 17 de Octubre de 2013 no se ha encontrado dicho email, se adjunta captura de pantalla.

*En el email también sale que se envió al correo info@***DOMINIO.1, este correo es un alias del correo principal@***DOMINIO.1, esto significa que todos los correos enviados a info@***DOMINIO.1 se envían a@***DOMINIO.1, info@***DOMINIO.1 NO TIENE buzón propio, es un alias de su principal, por lo que lo que se envíe a este correo será exactamente igual que enviarlo a@***DOMINIO.1 por lo tanto no se puede extraer información por separada.*

*En la copia del email dice que también se envió a info@***DOMINIO.4. lo que este dominio lo vendió **B.B.B.** a otra persona, y esta persona al obtener el dominio eliminó todas las copias de los correos del servidor, no pudiendo extraer nada de esas fechas.*

Por lo que no veo ese email en ningún sitio.

*Filnet que se encarga de nuestros servidores dice que no guarda registros de LOG del servidor de esos meses, ellos solo hacen copias de seguridad del servidor cada semana y solo almacenan las 4 últimas copias de seguridad, es decir que solo tendríamos el LOG del mes pasado. En el LOG podríamos ver si nuestro servidor ha aceptado ese email o no, es posible que el servidor caiga de vez en cuando y si eso ocurriera los correos enviados a cualquier dominio de ***DOMINIO.1 podría no llegar, pero no se puede probar sin el registro del log, que repito solo tienen guardados 1 mes atrás.>>*

d. Aporta la entidad correo electrónico de fecha 22/2/2014 un correo electrónico

con destino a la cuenta datos@***DOMINIO.1, aunque aparentemente es una difusión a los clientes de la entidad con el asunto “Error de envíos y disculpas” en el que la entidad informa a los destinatarios del problema con las bajas en las listas de distribución, pidiendo disculpas por ello.

Aporta igualmente copia de un correo electrónico de fecha 25/4/2014 remitido por una cliente aceptando dichas disculpas.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En primer lugar, debemos indicar que en fecha 11/05/2014 entró en vigor 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 (LSSI), las cuales, tal y como se expone más adelante, han sido tenidas en cuenta 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.

II

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

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

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

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

El artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, modificado por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, 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”.

Añade el artículo 22.1 de la LSSI, también en la redacción dada por la mencionada Ley de Telecomunicaciones, 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”.

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.

La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las

comunicaciones electrónicas), modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, introdujo en el conjunto de la Unión Europea el principio de “*opt in*”, es decir, la necesidad de contar con el consentimiento previo del destinatario para el envío de comunicaciones electrónicas con fines comerciales. De este modo, 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.

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

En el presente supuesto ha quedado acreditado que con fechas 13/09/2013, 17/09/2013, 23/10/2013 y 19/12/2013 el denunciante recibió en su dirección de correo electrónico cuenta info@***DOMINIO.2 4 mensajes comerciales enviado por TLC TECHNOLOGY S.L. desde desde la cuenta Velas TLC (...@***DOMINIO.3) sin que se acredite la existencia de solicitud o autorización previa, o en su caso, relación contractual entre las partes. Dicha conducta se encuentra expresamente prohibida en el ya citado artículo 21.1 de la LSSI.

En este punto señalar que hasta la entrada en vigor el 15/05/2014 de las modificaciones introducidas por la Ley 9/2014 de 9 de mayo de Telecomunicaciones, la LSSI, en su artículo 38.3.c) y d) tipificaba:

“Art. 38....

3. Son infracciones graves:

c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, 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 calificaba como infracción leve, aunque si se producía un envío masivo de comunicaciones comerciales no solicitadas a diferentes destinatarios o más de tres a un mismo destinatario, en los términos que se indicaban en el también citado artículo 38.3.c), se producía una infracción tipificable como grave a los efectos de la LSSI.

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 la tipificación de infracciones 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, 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.

De acuerdo con lo establecido en los apartados 3.c) y 4.d) del artículo 38 de la LSSI actualmente en vigor (desde 11/05/2014), 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 conclusión que se deduce de los hechos y fundamentos de derecho anteriores es que la presunta infracción del artículo 21.1 de la LSSI en que pudiera incurrir TLC TECHNOLOGY S.L. habría de calificarse como infracción leve, toda vez que la remisión de cuatro mensajes publicitarios o comerciales no consentidos previa y expresamente por su destinatario, y respecto de los cuales 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 de los mensajes, no puede calificarse como envío insistente o sistemático de comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

En este punto debe apuntarse lo dispuesto en la LSSI en lo relativo a la prescripción de las infracciones:

“Artículo 45. Prescripción

Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses, las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.”

En este punto recordar que el los correo electrónicos comerciales sin autorización o solicitud previa del denunciante fueron remitidos al denunciante por TLC TECHNOLOGY S.L. en fechas 13/09/2013, 17/09/2013, 23/10/2013 y 19/12/2013, por lo que conforme al plazo de prescripción previsto por la LSSI para las infracciones de carácter leve, la presunta infracción objeto de denuncia se encontraría prescrita, motivo por el cual procede el archivo de las presentes actuaciones.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **TLC TECHNOLOGY S.L.** y a **A.A.A..**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que



se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

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.

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