



Procedimiento nº: PS/00276/2016

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00038/2017

Examinado el recurso de reposición interpuesto por D. **E.E.E.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00276/2016, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 15 de diciembre de 2016, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00276/2016, en virtud de la cual se imponía a la entidad **ROCK INTERNET S.L.** una sanción de 3.800 € (tres mil ochocientos euros) por una infracción del artículo 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI), tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 y 40 de la citada ley.

Dicha resolución, que fue notificada a D. **E.E.E.** en fecha 20/12/2016, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00276/2016, quedó constancia de los siguientes:

*<<...PRIMERO: Con fecha de 7 de marzo de 2016 tiene entrada en esta Agencia, denuncia interpuesta por el denunciante con domicilio en **A.A.A.** comunicando que desde el 26 de enero del presente año viene recibiendo de manera reiterada numerosos correos electrónicos no deseados de carácter comercial. Los anunciantes son diversos y de múltiples ámbitos comerciales.*

Manifiesta que no ha solicitado información alguna, no haber rellenado formulario de inscripción ninguno y no haber dado su consentimiento, ni explícito ni implícito, para el uso de dato personal alguno con este tipo de finalidades, ni a estas empresas ni a ninguna otra.

No ha hecho uso alguno de las supuestas opciones de cancelación de envío ofrecidas, a pie de los correos. Aporta copia de los correos electrónicos no deseados recibidos (folios 1 a 3).

SEGUNDO: *El denunciante ha recibido en su cuenta de correo **C.C.C.** 17 correos electrónicos del denunciado en los que se identifica como origen **ARKEERO** cuyas características se listan a continuación.*

Número	Cuenta origen	Fecha
--------	---------------	-------



1	...@email.distiny.eu	24/2/2016
2	...@treagiredilemin.net	25/2/2016
3	...@ecomps.eu	25/2/2016
4	...@email.kirstendo.com	25/2/2016
5	...@flummy.eu	25/2/2016
6	...@infor.matzol.eu	25/2/2016
7	...@u01.myactivegide.com	26/2/2016
8	...@infor.lakuk.com	26/2/2016
9	...@infor.fasar.eu	27/2/2016
10	...@email.asfour.net	27/2/2016
11	...@tre.affili7.net	27/2/2016
12	...@kep.rhunen.net	27/2/2016
13	...@qsend.seoroga.org	28/2/2016
14	...@notas.rewine.eu	28/2/2016
15	...@infor.mauzi.eu	2/3/2016
16	...@tyinfo.dulsio.com	3/3/2016
17	...@infor.compleves.com	14/3/2016

Los correos electrónicos contienen información comercial referente a productos y servicios de distintas empresas anunciantes (folios 4 a 22).

TERCERO: Los correos electrónicos disponen un enlace para oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales. El denunciante manifiesta que no ha hecho uso de estos enlaces (folios 1 a 22).

CUARTO: En respuesta a la solicitud de información el denunciado (titular de la marca comercial ARKEERO) manifiesta en referencia a los hechos denunciados que:

- a. El consentimiento del usuario para la remisión de comunicaciones comerciales fue obtenido mediante la aceptación de la política de privacidad de la página **B.B.B.** donde fue registrada la dirección **C.C.C.**. Aportan una captura de pantalla del portal. El formulario de alta que figura en la página web está programado para aceptar únicamente inscripciones de aquellos usuarios que hayan seleccionado la casulla correspondiente al siguiente texto:

“Por favor Nota: Usted entiende y acepta que usted está estableciendo una relación comercial con nuestra red de socios afiliados, y usted puede ser contactado por uno de nuestros socios o por teléfono móvil usando la marcación automática o por correo electrónico. También está de acuerdo con nuestra política de privacidad. No hay obligación de enviar su información”

- b. El punto 2.1 de la Política de Privacidad informa de que Theofferzone puede utilizar la información para proporcionar ofertas promocionales por medio de correo electrónico, entre otros.
- c. La página web no es titularidad del denunciado, quien ha intervenido



como encargado del tratamiento por cuenta de VIP List management BV, con domicilio social en Países Bajos.

- d. *Aportan impresión de pantalla de los datos que constan en los ficheros, de la que se desprende que los datos fueron registrados a través de la dirección **G.G.G.**. Consta el campo fecha_insert, que según manifiesta corresponde a la fecha en la que los datos comenzaron a ser tratados por el denunciado, 24 de febrero de 2016.*
- e. *Los productos ofertados al usuario en los correos fueron remitidos por parte de los siguientes anunciantes, con la indicación, entre paréntesis, en el caso de que la orden de compra no fuera firmada directamente por el anunciante, de la agencia de intermediación: Obsidiana (Demalia), Direct Seguros, Génesis (BMind), Banco Sabadell (AMG Advertising Spain), Axa Salud (Havas), UOC (AMG Adevertising Spain), Adeslas (DigitalMedia), Sanitas (DigitalMedia), Tarjeta Banco Popular (AMG Advertising Spain), Trivago, Meetic, Axa Auto (Havas), Bankimia (Netsales). Aportan copia las correspondientes órdenes de compra.*
- f. *Dichos anunciantes y agencias de intermediación no intervinieron en la determinación de los parámetros de las campañas y no tuvieron acceso a ningún dato personal, por lo que el denunciado es el único responsable del tratamiento en dichas campañas.*
- g. *El denunciado no ha recibido tampoco ninguna solicitud de ejercicio de derechos relativos a la protección de datos por parte del titular de la dirección de correo electrónico, teniendo por primera vez conocimiento de la disconformidad del usuario con los correos recibidos a través del Requerimiento de la Inspección de Datos y el responsable del fichero tampoco comunicó ningún intento de ejercicio de derechos por parte del interesado. (folios 45 a 106).*

QUINTO: *Se ha verificado por la inspección de datos que consta en los repertorios públicos accesibles por internet de asignaciones de direcciones IP, que la dirección IP **G.G.G.** está asignada al operador VODAFONE ONO, S.A. y está localizada en la zona geográfica de Valladolid, que coincide con la zona geográfica de la dirección postal aportada por el denunciante a efectos de comunicación (folios 107 a 109).*

SEXTO: *En fecha 27/06/2016, se acordó por el Instructor del procedimiento la apertura de un período de práctica de pruebas, en el que se realizó, entre otras:*

*“Solicitar a VODAFONE ONO, S.A.U. nos remita los datos que consten en sus ficheros (nombre y apellidos, o denominación social, dirección postal, CIF/NIF, etc.) del cliente cuya dirección IP fuera **G.G.G.** el 13 de enero de 2016.*

Remitir al denunciante copia de los folios 45 a 47, 49 a 51 y 69 a 78 del escrito del denunciado de 4/05/2016, solicitando nos comunique de la posibilidad de haberse inscrito en la página www.theofferzone.com el 13 de enero de 2016 tal y como alega la

entidad denunciada.

Solicitar al denunciado remita copia del contrato suscrito (como encargado del tratamiento de datos) con la entidad VIP List Management BV (en idioma castellano), tal y como alega en su escrito de 4/05/2016. Dicha remisión deberá ser realizada en el plazo de diez días hábiles a la recepción del presente escrito" (folios 149 a 154).

SÉPTIMO: VODAFONE ONO, S.A.U. mediante escrito de 13/09/2016 comunica: <<... Se solicita a mi representada que aporte información que obre en nuestros ficheros relativa al "cliente cuya dirección IP fuera G.G.G. el 13 de enero de 2016". Los datos de nuestro cliente que tuvo la citada dirección IP en la fecha indicada son:

ID Cliente: **H.H.H.**

Titular: **F.F.F.**

DNI: *****

Dirección: ***** **D.D.D.**

Nº Abonado: *****...>> (folios 155).

OCTAVO: El denunciante mediante escrito de 14/09/2016 comunica: <<...En respuesta a la notificación recibida, con número de salida 259559/2016, le informo de que no me he inscrito en ningún momento en la página www.theofferzone.com, ni en la fecha indicada ni en ningún otro momento. Hago extensible mi negativa a cualquier otra página o formulario por el estilo que pueda alegarse en el futuro.

Por otra parte, puedo confirmarles que, en la fecha indicada, mi proveedor de Internet efectivamente era Vodafone-Ono. Yo mismo tengo curiosidad en conocer si la dirección IP proporcionada coincide con la asignada en ese momento a mi línea. Si resulta haber correspondencia, comprobarán que no soy el titular del contrato de la línea, pero habrá coincidencia obvia en la dirección del domicilio y primer apellido de dicho titular. Espero con interés la confirmación de este dato...>> (folios 156)

TERCERO: D. **E.E.E.** (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en fecha 11/01/2016 en la delegación de Hacienda de Valladolid teniendo entrada el 12/01/2016, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo básicamente:

<<...En la Resolución se han tenido en cuenta únicamente los 17 correos electrónicos enviados por Rock Internet S. L. (en adelante, el denunciado) que fueron presentados en la denuncia inicial, y sin embargo posteriormente, con fecha de 23-06-2016, aporté otros 104 correos electrónicos no deseados atribuibles al mismo emisor, mediante correo electrónico a la dirección inspeccion@agpd.es, según indicaciones de la propia Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, la Agencia). Ello incrementa la cuenta total de correos electrónicos no deseados atribuibles al denunciado a un total de 121, muy por encima de los 17 que se han tenido en cuenta en la Resolución.

Adjunto copia de los 104 correos no deseados llegados después de los 17 de la denuncia inicial, bajo la misma forma que la empleada en el envío de 23-06-2016, divididos en sus contenidos, cabeceras, así como su formato "íntegro" EML. Debido a



las limitaciones del sistema de registro electrónico, los contenidos se encuentran divididos en cuatro documentos parciales, en formato PDF, y los mismos contienen, como elementos adjuntos, los correos correspondientes en su formato EML.

Así pues, solicito que se tenga en cuenta que el número de correos no deseados enviados por el denunciado sea de 121, y no de 17 como se contempla en la Resolución...>>

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por el recurrente, reiterándose básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho del II al VII ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<...II

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

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

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

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

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



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

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

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

De esta forma, la LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa “el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas”. Es decir, se desautorizan las comunicaciones comerciales dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, sin consentimiento expreso del destinatario, si bien esta prohibición encuentra su excepción en apartado 2 del citado artículo 21, que autoriza el envío de comunicaciones comerciales cuando “exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente”. De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, fuera del supuesto excepcional del artículo 21.2 de la LSSI, puede constituir una infracción leve o grave de la LSSI.

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

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

Asimismo resulta aplicable lo previsto en el artículo 45.1.b) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que señala que cuando los datos se destinen a publicidad y prospección comercial los



interesados a quienes se les solicite su consentimiento deberán ser informados “sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad”

El citado art. 45.1.b) establece: “Datos susceptibles de tratamiento e información al interesado.

1. Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, así como quienes realicen estas actividades con el fin de comercializar sus propios productos o servicios o los de terceros, sólo podrán utilizar nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos se encuentren en uno de los siguientes casos: (...)

b) Hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento para finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial, habiéndose informado a los interesados sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad.”

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

III

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

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

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

El concepto de comunicación comercial, de acuerdo con la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, engloba todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o

profesional.

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

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

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

Según el apartado d) del citado Anexo, destinatario es la “persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”

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

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

IV

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, se debe destacar que la LSSI dispone en sus artículos 21 y 22 lo siguiente:

Art. 21

“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.”

Art. 22.1

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

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

En el presente supuesto, ha quedado acreditado que el denunciado remitió correos electrónicos al denunciante sin haber obtenido el consentimiento del mismo en los términos expuestos en el fundamento II de la esta resolución.

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”.

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, hay que dilucidar si los mensajes comerciales recibidos por el denunciante, remitidos por el denunciado y conteniendo información comercial referente a diversos servicios y productos, cumplía las exigencias recogidas en el artículo 21.1 de la LSSI.

Así, y en lo que se refiere al incumplimiento de la prohibición prevista en el artículo 21.1 de la LSSI, en el presente supuesto ha quedado acreditado que los mencionados envíos publicitarios fueron remitidos sin mediar el consentimiento previo y expreso del destinatario del mismo.

Por lo tanto, cabe concluir que el denunciado, a pesar del contrato suscrito con la entidad VIP List Management BV, ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al enviar correos electrónicos de tipo comercial al denunciante sin contar con la autorización expresa o solicitud previa del mismo para ello, y sin que quepa aplicar la excepción contenida en el primer párrafo del artículo 21.2 al haber quedado justificada la inexistencia de una relación contractual previa entre remitente y destinatario del envío en cuestión. Por otro lado, el contrato suscrito con la citada entidad no puede ser considerado como un contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 12 de la LOPD, por cuanto en el citado contrato no se hace referencia alguna a dicha ley y los contratos suscritos por el denunciado con las entidades anunciantes los suscribe en su propio nombre.

VI

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.

El presente supuesto se ajusta al tipo de infracción establecido en el artículo



38.4.d) de la LSSI, calificado como infracción leve, al tratarse de 17 correos electrónicos y no puede calificarse como envío insistente o sistemático de comunicaciones comerciales por medios electrónicos, tal y como requiere el artículo 38.3.c) de dicha norma para constituir infracción grave.

VII

Según establece el art. 39.1, apartados b) y c), de la LSSI, las infracciones graves podrán ser sancionadas con multa de 30.001 hasta 150.000 € y las leves, con multa de hasta 30.000 €, fijando los criterios para su graduación los artículos 39 bis y 40 de la misma norma, que disponen lo siguiente:

“Artículo 39 bis Moderación de sanciones

1. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el artículo 40.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.

2. Los órganos con competencia sancionadora, atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, podrán acordar no iniciar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable, a fin de que en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que, en cada caso, resulten pertinentes, siempre que concurran 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.”

“Artículo 40 Graduación de la cuantía de las sanciones



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

- a) La existencia de intencionalidad.*
- b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.*
- c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.*
- d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.*
- e) Los beneficios obtenidos por la infracción.*
- f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida.*
- g) La adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.*

En relación con los criterios de graduación de las sanciones recogidos en los transcritos artículos 39 bis y 40. En especial, el apartado a) la valoración de la intencionalidad, debido a la vinculación del denunciado con el tratamiento de datos con fines publicitarios, le resulta exigible una especial diligencia a la hora de utilizar las direcciones de correo con fines publicitarios, diligencia que no sido observada en este caso.

Por otro lado y en relación con el apartado b) hay que tener en cuenta que la infracción se refiere a la remisión de 17 comunicaciones y aunque los envíos tenían opciones de cancelación, el denunciante no hizo nunca uso de los mismos. El denunciado no ha recibido ninguna solicitud de ejercicio de derechos relativos a la protección de datos por parte del titular de la dirección de correo electrónico, teniendo por primera vez conocimiento de la disconformidad del usuario con los correos recibidos a través del Requerimiento de la Inspección de Datos. Por todo ello, procede imponer a la entidad denunciada una sanción en la cuantía de 3.800 euros...>>

III

El recurrente alega no haber considerado como hechos probados, los documentos remitidos por el mismo mediante correo electrónico de 23/06/2016.

Solicita se incorporen dichos correos en los hechos probados y se eleve la infracción de leve a grave, por el número de correos electrónicos.

En relación con la citada alegación hay que hacer constar que con fecha 22/06/2016 se dictó acuerdo de inicio del citado procedimiento por presunta falta leve de la LSSI, en el cual se recoge:

“...NOTIFICAR el presente Acuerdo a ROCK INTERNET S. L., otorgándole un plazo de QUINCE DÍAS HÁBILES para que formule las alegaciones y propongan las pruebas que consideren convenientes Asimismo se le informa de su derecho al trámite de audiencia, de acuerdo con lo preceptuado en el apartado f) del artículo 127 del citado Reglamento de Desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21



de diciembre, así como de la posibilidad de reconocer voluntariamente su responsabilidad, en cuyo caso se dictará directamente resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del mismo Reglamento citado. De no efectuar alegaciones sobre el contenido del presente acuerdo de iniciación podrá ser considerado propuesta de resolución, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.2 del citado Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora..."

Dicha documentación se incorporó al procedimiento sancionador que en ese momento estaba iniciado, por cuanto en su remisión el recurrente hacía referencia al expediente de investigación E/01641/2016 que había finalizado y que dio lugar al procedimiento sancionador PS/0276/2016.

Por otro lado el expediente sancionador PS/276/2016 se inició por presunta infracción leve del art. 21.1 de la LSSI por el número de correos publicitarios que habían quedado acreditados en la fase de actuaciones previas. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se establece como garantía aplicable al procedimiento administrativo sancionador, derivada del derecho a la defensa, reconocida en el art. 24 de la Constitución *la imposibilidad de que se incluya en dicha resolución del procedimiento una calificación jurídica de mayor gravedad que la reflejada en la comunicación de cargos dirigida a quien se ve sometido al expediente sancionador.*

Así en la Sentencia de 14/10/2016 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, Sección Sexta, en el Recurso 594/2013, en Fundamento de Derecho Sexto se recoge:

<<...El Tribunal Constitucional ha venido declarando desde sus inicios que al procedimiento administrativo sancionador le son de aplicación las garantías previstas en el artículo 24.2 de la Constitución, afirmando que ello supone una garantía procedimental que conlleva que la sanción se imponga en un procedimiento donde se preserve el derecho de defensa sin indefensión, con posibilidades de alegar y probar y partiendo de la presunción de inocencia y de la inversión de la carga de la prueba.

En esa línea el TC considera necesario para que no se produzca indefensión en el sentido de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución que "el acusado haya tenido ocasión de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que la conoce de forma plena (por todas SSTC, 41/1998 y 87/1991 y STS 129/2006)."

Por su parte el Tribunal Supremo también ha establecido que unas de las garantías aplicables al procedimiento administrativo sancionador derivado del derecho de defensa reconocido en el artículo 24 de la Constitución es la de ser informado de la acusación para poder defenderse adecuadamente, lo que conlleva la imposibilidad de que la resolución sancionadora incluya una calificación jurídica de mayor gravedad que la reflejada en la comunicación de cargos, así como la imposibilidad de apreciaren la resolución una calificación jurídica distinta de la comunicada (STS 4896/2000):

"Pues bien, de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la jurisprudencia de esta Sala deben resaltarse los siguientes principios:

a) [...] En relación con esa operación de traslación de las garantías del art. 24 CE al



procedimiento administrativo sancionador, que viene condicionada a que se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza de dicho procedimiento, se ha ido elaborando progresivamente en numerosas resoluciones una consolidada doctrina constitucional, en la que se citan como aplicables, sin ánimo de exhaustividad, el derecho de defensa, que proscribe cualquier indefensión; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales y el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa (por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, 14/1999, de 22 de febrero, SSTC 81/2000, de 27 de marzo, y 9/2003, de 20 de enero, por sólo citar alguna de las sentencias recientes).

b) Entre las garantías aplicables al procedimiento administrativo sancionador se encuentra, desde luego, la de ser informado de la acusación para poder defenderse adecuadamente; y tal información comprende los hechos atribuidos, la calificación jurídica de los mismos y la sanción que se propone. Ahora bien, la estricta correlación entre acusación y decisión se refiere a los hechos y no tanto a la calificación jurídica, por cuanto manteniéndose inalterados los hechos objeto de cargo, la propuesta de resolución y, en definitiva, la decisión sancionadora puede utilizar otro título de condena con dos límites: la imposibilidad de que se incluya en dicha resolución del procedimiento una calificación jurídica de mayor gravedad que la reflejada en la comunicación de cargos dirigida a quien se ve sometido al expediente sancionador, y la imposibilidad de apreciar en la resolución una calificación jurídica distinta de la comunicada si existe heterogeneidad en los bienes jurídicos protegidos o si la infracción definitivamente considerada incorpora algún elemento del tipo que no corresponde a aquella que fue notificada y sobre la que el sancionado no ha tenido, en consecuencia, oportunidad de defensa. Y no hay variación de los hechos entre el pliego de cargos, la propuesta de resolución y la decisión sancionadora cuando, aunque los términos empleados no sean exactamente iguales sean similares y lo que hay es una diferente valoración técnico jurídica de los mismos (Cfr. SSTC 98/1989 y 145/1993)...>>

Por otro lado el profesor José Garberí Llobregat en su obra "El procedimiento Administrativo Sancionador" manifiesta:

<<...El «derecho a ser informado de la acusación» se erige en un derecho subjetivo público fundamental, instrumental del derecho de defensa, del que son titulares los sujetos pasivos del procedimiento sancionador y que confiere a los mismos el derecho a conocer, con carácter previo a las fases de alegación y prueba, el contenido de la acusación dirigida frente a ellos, vinculando dicho contenido a la autoridad decisora, la cual habrá de fundamentar la resolución definitiva del procedimiento en la misma acusación, sin que resulte posible imponer una sanción en base a otros hechos distintos o a un título de condena heterogéneo a los respectivamente trasladados al conocimiento del inculpado.

Del concepto expresado se desprenden las notas esenciales del referido derecho (...)

Ahora bien, de la misma forma que en el proceso penal se exige que desde los



mismos inicios del procedimiento se comunique al sujeto pasivo los términos de la imputación provisional (art. 118 LECrim), también en el procedimiento administrativo es reclamable dicha comunicación, la cual será efectuada en el propio acuerdo de iniciación del procedimiento (art. 13.1 .b RP); por lo tanto, el derecho que ahora tratamos no nace estrictamente en el momento de formularse la «acusación» sino que, en realidad, se manifiesta primariamente en el momento de formalizarse la «imputación provisional» de un hecho ilícito aun sujeto determinado (STC141/1986, de 12 de noviembre), instante en el que surge igualmente el genérico derecho de defensa (cfr. STC 37/1989, de 15 de febrero); pero no será dicha imputación provisional (ex acuerdo de iniciación) sino la acusación definitiva (ex propuesta de resolución) la que determine la vinculación de la autoridad decisora a la hora de dictar la resolución final del procedimiento...>>

IV

En relación con la infracción declarada, por vulneración de lo dispuesto en el artículo 21.1 de la LSSI, que determinó la sanción económica del denunciado, conviene delimitar si el recurrente está legitimado para interponer recurso de reposición con el propósito de que la resolución impugnada se revise *“in peius”* para el denunciado, si existe interés suficiente y legítimo para la impugnación de la resolución por parte del recurrente, al objeto de que se incremente la sanción.

El artículo 43.2 de la LSSI establece: *“La potestad sancionadora regulada en esta Ley se ejercerá de conformidad con lo establecido al respecto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en sus normas de desarrollo. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento simplificado será de tres meses.”*

El artículo 13.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora establece: *“El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará al denunciante, en su caso, y a los interesados, entendiendo en todo caso por tal al inculgado...”*

Teniendo en cuenta que la condición de denunciante no otorga por sí la de interesado de acuerdo con la normativa citada, que la LOPD y el Reglamento de desarrollo no se refieren a interesado sino a afectado, señalando que se le comunique la resolución final.

Así mismo, ha de tenerse en cuenta las sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, entre ellas la de fecha 17/01/2013 recurso 910/2010 que sobre la base de reiterada doctrina del TS establece que el denunciante carece de interés legítimo para solicitar un incremento de la sanción impuesta.

V

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, el recurrente no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la



resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por D. **E.E.E.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 15 de diciembre de 2016, en el procedimiento sancionador PS/00276/2016.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a D. **E.E.E.**.

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 reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

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