



Roj: **SAN 3673/2011** - ECLI: **ES:AN:2011:3673**

Id Cendoj: **28079230012011100366**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2011**

Nº de Recurso: **256/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ELISA VEIGA NICOLE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a quince de julio de dos mil once.

Visto por la *Sección Primera* de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional el recurso contencioso

administrativo número **256/2010** interpuesto por la entidad **BOSQUES NATURALES, S.A.**, representada por el Procurador D.

Manuel Álvarez Buylla Ballesteros, contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 16

de febrero de 2010, dictada en el procedimiento sancionador PS/00470/2009, habiendo sido parte en autos la Administración

demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso se fijó en 30.001 €

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así hizo en escrito presentado el 5 de junio de 2010, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la resolución impugnada y la sanción impuesta o, subsidiariamente, calificando la infracción como leve con una sanción correspondiente a tal calificación.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su escrito de fecha 21 septiembre 2010 contestó a la demanda y, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, postuló una sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto en todos sus extremos.

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba y evacuado el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 13 de julio de 2011, en el que se deliberó y votó.

Ha sido PONENTE la Magistrada ELISA VEIGA NICOLE, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 16 de febrero de 2010 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la citada Agencia de fecha 22 de diciembre de 2009, dictada en el procedimiento sancionador PS/00470/2009, por la que se impone a la recurrente una sanción de multa de 30.001 €, por la vulneración del artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad



de Información y Correo Electrónico (LSSI), infracción tipificada como grave en el artículo 38.3 c) de la citada Ley , de conformidad con lo establecido en sus artículos 39.1.b) y 40.

En la resolución impugnada se señala que en el presente caso resulta aplicación la LSSI y no la LOPD ya que el expediente no se origina por la vulneración al principio de consentimiento recogido en el artículo 6 de esta última, sino por una presunta infracción del artículo 21.1 de la LSSI . El denunciante ha señalado que, pese a ser accionista y cliente de Bosques Naturales, no había autorizado la utilización de sus datos de carácter personal para una finalidad ajena y distinta a la promoción y el mantenimiento de plantaciones forestales. Pese a ello, la citada entidad envió cinco comunicaciones comerciales en menos de un año, sin contar con la cobertura del consentimiento previo y expreso del destinatario como establece el artículo 21.1 tantas veces citado.

SEGUNDO.- La actora en apoyo de su pretensión impugnatoria efectúa los siguientes alegatos:

- Indebida calificación de la infracción y de la sanción. Toda vez que el denunciante ostenta la cualidad de accionista y cliente de la entidad recurrente debe ser de aplicación preferente la LOPD y no la LSSI. El denunciante proporcionó los datos a la empresa como consecuencia de su condición de accionista y cliente, teniendo una relación contractual y comercial con la misma y el contenido del mail no está dirigido de forma indiscriminada a titulares de direcciones electrónicas, sino a los accionistas y clientes de la entidad. Además, las comunicaciones dirigidas ofrecían la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un sencillo y gratuito procedimiento con un simple clic. No ha habido por parte de Bosques Naturales cesión de los datos de carácter personal del señor Leandro y los mensajes enviados no tienen naturaleza comercial pues se les da la posibilidad a los clientes de beneficiarse de la aplicación de descuentos en la tarifa de los diversos establecimientos con turísticos, sin que exista contraprestación económica alguna.

- En todo caso, Don Leandro no utilizó la posibilidad de darse de baja que se ofrecía en cada uno de los correos enviados, lo que supone un acto propio de reconocimiento de la admisión de los mails.

- Se ha producido una indebida calificación y tipificación de la presunta infracción y de la correspondiente sanción. Los correos enviados en ningún caso puede considerarse como masivos no sólo por el número sino porque su envío es discriminado e individualizado.

- Aún de reconocerse la existencia de la comisión de una infracción, la misma debería calificarse en el artículo 38.4.d) de la LSSI , en otro caso la sanción a imponer debía ser la correspondiente a una infracción leve en su grado mínimo, conforme al artículo 45 de la LOPD .

El Abogado del Estado se opone a la demanda por las siguientes razones:

- En el presente caso no se aplica la LOPD sino la normativa específica sobre la materia, en este caso el artículo 21 de la LSSI que viene a ser transposición del artículo 13 de la Directiva 2002/58 /CE .

- El envío de mensajes publicitarios o promocionales por correo electrónico requiere la solicitud o expresa autorización por los destinatarios de los mismos salvo que se trate comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de la propia empresa que sean similares a los que inicialmente hubieran sido objeto de contratación. En este caso se han remitido cinco mensajes procedentes de la cuenta de correo electrónico de la recurrente conteniendo información sobre ofertas turísticas, lo que evidencia la naturaleza publicitaria o de promoción comercial siquiera sea indirecta.

- Las sentencias citadas por la recurrente no resultan aplicables al caso ya que en el presente supuesto no se sanciona por envío masivo sino por el envío de más de tres comunicaciones electrónicas al mismo destinatario.

- En definitiva los hechos probados integran el tipo de infracción grave establecido en el artículo 38.3.c) de la LSSI y no la infracción leve prevista en el artículo 38.4.d) de la misma. Por último , artículo 40 de la LSSI no figura ninguna regla similar a la establecida 45.5 de la LOPD que resulte aplicable a estos supuestos.

TERCERO.- La parte recurrente alega que debió aplicarse la LOPD por ser la normativa específica sobre la materia y, en especial, al existir una relación contractual anterior, con los requisitos de justificación del envío de mensajes que excluyen la necesidad de la obtención del consentimiento en estos supuestos.

Para resolver esta cuestión hay que tener en cuenta que el artículo 43. 2 de la LSSI , según redacción dada por la ley 56/2007, establece en su apartado.2 que corresponde a la Administración General del Estado, en el caso de infracciones muy graves, al Ministro de Industria, Turismo y Comercio, y en el de infracciones graves y leves, al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. No obstante, se añade en el citado párrafo, la imposición de sanciones por incumplimiento de las resoluciones dictadas por los órganos competentes en función de la materia o entidad de que se trate a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo



38.2 de esta Ley corresponderá al órgano que dictó la resolución incumplida. 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.*

La Agencia de Protección de Datos imputa a la recurrente la comisión de una infracción tipificada en el artículo 38.3.c) de la Ley 34/2002 de forma que, en cumplimiento de lo preceptuado en el citado artículo 43.2, es competencia de la Agencia la tramitación del procedimiento sancionador y la imposición de la sanción. Cuestión distinta será determinar si la conducta de la recurrente es subsumible en el citado tipo infractor.

CUARTO .- La Ley 34/2002, de Servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, dispone en su artículo 21.1, tras la modificación establecida por la Disposición Final Primera de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, que " *queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico.. que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas*". Por su parte el artículo 38.3.c) pauta que son infracciones graves " *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.*"

Para saber que se entiende, a efectos de esta Ley, por comunicación comercial hay que acudir al Anexo de la misma que lleva por título "Definiciones", y en concreto al apartado f) en el que se define la comunicación comercial como " *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*".

Partiendo de dicho concepto, resulta claro y evidente que la comunicación remitida por la hoy recurrente se encuadra en la definición de comunicación comercial, ya que contienen información sobre ofertas turísticas consistentes en el alquiler de apartamentos en Huelva durante la temporada 2008 e información sobre la promoción Del Grupo Inmobiliario Delta. Hay que tener en cuenta que entre Bosques Naturales y el Grupo Inmobiliario Delta se suscribió el 8 de febrero de 2008 un contrato de servicios para el tratamiento de ficheros de datos personales, y el 26 de abril de 2008 se suscribió un "acuerdo de colaboración" entre la entidad Leo Management Group, S.L. y Bosques Naturales cuyo objeto social era la comercialización de alojamientos turísticos, en cuanto a facilitar unas condiciones ventajosas a todos los empleados, clientes y accionistas. La promoción comercial de los productos turísticos de las citadas empresas por la hoy recurrente no ofrece por ello duda.

Una vez sentado lo anterior, la segunda cuestión que se plantea es si la recurrente actuó con el consentimiento del afectado para la remisión de la citada comunicación comercial dada la condición de accionista y cliente del denunciante. El artículo 21 de la LSSI establece la " *Prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes*."

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 ."*

Es cierto que Don Leandro es accionista y cliente de la entidad Bosques Naturales, S.A., pero los datos proporcionados por el mismo a la citada entidad lo fueron en tal condición y para tal relación sin que la recurrente haya podido acreditar que tuviese la solicitud o expresa autorización para la remisión de comunicaciones comerciales a través de correo electrónico.

En el presente caso se imputa a Bosques Naturales la comisión de una infracción prevista en el artículo 38.3.c) de la LSSI por el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por correo electrónico, y no por el envío masivo como parece entender la parte actora.

Ha quedado acreditado, y así lo recoge la Agencia de Protección de Datos, que en cada uno de los mails remitidos se ponía en conocimiento del denunciante la posibilidad de oponerse a recibir nuevas comunicaciones con un fácil procedimiento consistente en presionar el "clic" que se incluía en la comunicación, sin que el denunciante hubiese activado tal sistema y ello pudo ser interpretarse como conformidad con los posteriores envíos.



Siendo así, procede tipificar la infracción como leve, conforme lo preceptuado en el artículo 38.4.d) de la LSSI e imponer una multa de 6.000 €.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no se aprecian motivos para efectuar una expresa condena en costas.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad **BOSQUES NATURALES, S.A.**, representada por el Procurador D. Manuel Álvarez Buylla Ballesteros, contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 16 de febrero de 2010, dictada en el procedimiento sancionador PS/00470/2009, resolución que anulamos en el sentido de tipificar la conducta del recurrente como infracción leve e imponer la multa de 6.000 €; sin imposición de costas.

Contra esta sentencia no cabe recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos mandamos y fallamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

LA SECRETARIA JUDICIAL