

Roj: SAN 4691/2014 - ECLI:ES:AN:2014:4691
Id Cendoj: 28079230012014100405
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 271/2012
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: EDUARDO MENENDEZ REXACH
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a siete de octubre de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Ocio Factory Time S.L., representada por el Procurador D. Jacobo García García**, contra la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, sobre sanción por infracción grave de la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico. Ha sido Ponente el Presidente de esta Sección Iltmo. Sr. *D. EDUARDO MENENDEZ REXACH*.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del Director de la Agencia Española de Protección de Datos y es la Resolución de 30 de Marzo de 2012.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmara el acto impugnado por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda y habiéndose denegado recibir el pleito a prueba, una vez finalizada la tramitación, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 23 de Septiembre de 2014 en el que, efectivamente, se votó y falló.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El presente recurso tiene por objeto la Resolución de 30 de Marzo de 2012 del Director de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), que le impuso a la aquí actora una multa de 50.000# por la comisión de una infracción grave del artículo 22.1 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y otra de 150.000# del art. 21.2., de conformidad con lo establecido en los arts. 39 y 40 de la propia ley.

SEGUNDO.- La resolución impugnada contiene la siguiente relación de hechos probados:

" **UNO** .- Resulta acreditado que RICO AL INSTANTE es un programa concurso producido por ZED WORLDWIDE, S.A. de cuyo formato son cotitulares ZED y ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A., en adelante A3TV. Mediante contrato firmado el 20 de diciembre de 2010, A3TV encargó la producción de 10 episodios del citado programa.

En el contrato se indica que ZED WORLDWIDE, S.A. "...se hará cargo de organizar la plataforma de participación que estará orientada a fomentar la participación de los espectadores por medio principalmente de SMS Premium,..." .

El contrato establece que para la realización de la promoción publicitaria del programa "...ZED utilizará exclusivamente sus propios ficheros sin que esté autorizado para usar ningún fichero titularidad de A3TV."

En la cláusula decimoséptima del contrato ZED se compromete "...al cumplimiento de lo establecido en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y las recomendaciones sobre envío de mensajes electrónicos con fines comerciales y publicitarios publicado por la AEPD en noviembre de 2008."

DOS . - El 22 de diciembre de 2010 ZED IBERIA, S.L, en adelante ZED, firmó un contrato con ZED WORLDWIDE, S.A. para que la primera desarrollase las acciones de marketing móvil dirigidas a promocionar el programa RICO AL INSTANTE. ZED WORLDWIDE, S.A. es la empresa matriz del grupo empresarial al que pertenece ZED y es propietaria al 100% de ésta. El 21 de marzo de 2011, ZED cambio su denominación social por OCIO FACTORY TIME, S.L.

TRES . - Resulta acreditado que ZED consta como entidad responsable del fichero inscrito en el Registro General de Protección de Datos con el nombre "RICO AL INSTANTE". ZED WORLDWIDE, S.A. consta como encargado del tratamiento de dicho fichero.

CUATRO . - El principal medio de promoción del programa fue el envío de SMS remitidos cuyo origen es la base de datos de clientes de ZED WORLDWIDE S.A.

CINCO . - Resulta acreditado que la campaña publicitaria comenzó el 27 de diciembre de 2010, el primer programa se emitió el 9 de enero de 2011 y finalizó el 30 de enero de 2011 ya que se cerraba la participación en el concurso. La campaña de promoción del programa tiene registrada el envío de un total de 35.976.137 SMS. (Folio 2825)

SEIS . - Resulta acreditado que **27 líneas no aparecen** en los sistemas de ZED con anterioridad a la edición del programa RICO AL INSTANTE. (Folio 2827 y 2831). Este grupo de denunciante **recibió 50 sms** (folio 3338)

SIETE . - En el caso de **22 líneas no se ha acreditado la efectiva prestación del servicio** por ZED y han sido objeto de remisión de sms del programa RICO AL INSTANTE. (Folios 2831-2832). Este grupo de denunciante **recibió 45 sms** (folio 3338)

OCHO . - En el caso de **173 líneas se aportan acreditación de solicitudes** de suscripción al servicio denominado "**club Zed**" (folios 2832-2833). La página web del "**Club zed**", en la URL www.clubzedcare.com/es/que-es.asp, describe qué es el club y para qué sirve de la siguiente forma:

"Club zed es un servicio de SUSCRIPCIÓN que permite a sus socios conseguir productos exclusivos para el móvil a un precio reducido.

Con Club zed disfrutarás del más amplio y exclusivo catálogo de productos de entretenimiento para el móvil, en el que encontrarás música, imágenes, vídeos, juegos exclusivos y un montón de aplicaciones que harán tu móvil único. Porque en Club zed cada día te sorprendemos con algo nuevo.

Adicionalmente, con Club zed participas en multitud de sorteos de importantes premios, como teléfonos móviles, televisiones, miles de euros para viajes o para compras, motos, y un sinfín de premios interesantísimos. Entra en www.clubzed.es e infórmate de los sorteos activos en cada momento y de los ganadores de los sorteos ya realizados."

NUEVE . - Resulta acreditado que la contratación de los servicios del **Club Zed** no tiene como objeto la participación en uno o más concursos sino la compra de productos para el móvil a precios ventajosos siendo la participación en concursos un valor añadido al servicio contratado. Este grupo de denunciante **recibió 394 sms** . (Folios 3338)

DIEZ . - Resulta acreditado que para la participación en concursos los responsables de ZED crearon el servicio de suscripción "Club RAI" que está definido en los "Términos y Condiciones" publicados en la web del programa de la siguiente forma: "*Club RAI es un servicio de SUSCRIPCIÓN que permite a sus socios conseguir participaciones para las distintas selecciones de finalistas e invitados al programa de televisión Rico Al Instante* ." . (Folio 2493).

ONCE . - En el caso de 73 líneas de teléfono de los denunciante, se contrataron productos no relacionados con RICO AL INSTANTE, este grupo de denunciante **recibió 142 sms** . (Folios 3338).

DOCE .- Resulta acreditado que en **8.170 de los mensajes** remitidos por ZED no existía información alguna sobre como solicitar la oposición. (Folios 2827 a 2828).

TRECE.- Resulta acreditado que el total de sms recibidos que incumplen lo dispuesto en el art.21.1 de la LSSI es de **451, resultante de sumar aquellos sms recibidos por grupo de denunciantes (50+9+386+6), excluyendo** aquellos grupos en los que existía una relación comercial de productos similares (Participantes de Rico al instante y otros concursos) y aquellos que aceptaron la política de privacidad que preveía la recepción de comunicaciones comerciales por medios electrónicos referente a concursos (Suscriptores del servicio OCIOMOVIL) (folio 3432 a 3436).

TIPO SMS DENUN

Sin producto o servicio contratado 50 27

Solicitudes de productos o servicios no resueltas 9 4

Suscriptores del **Club Zed** 386 170

Contrataron otros productos no relacionados con RAI 6 3

Participantes de Rico al instante y otros concursos 58 26

Suscriptores del servicio OCIOMOVIL 192 91

TOTAL 701 327

Tales hechos fueron considerados como constitutivos de las infracciones graves de los artículos 21.1 y 21.2 LSSI , mencionados, y sancionados con multa de 50.000 y 150.000 euros, respectivamente.

No conforme con dicha Resolución, la sociedad OCIO FACTORY TIME S.L. interpone el presente recurso contencioso en el que solicita la anulación de la misma.

En defensa de su pretensión alega que no se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 21.1.; la Agencia consideró, en su propuesta de resolución que, de los 326 denunciantes iniciales, 204 eran los que habían recibido informaciones comerciales con incumplimiento, por parte de la demandante de dicho artículo, pero no se pueden incluir los 170 que formaban parte del **club ZED**, que ofrecía el mismo tipo de servicio que antes había prestado a través de OCIOMOVIL; así la AEPD ha considerado correctos los envíos a los usuarios que hubieran participado en la primera edición de "Rico al instante" o en el programa "Verano de campeones", así como a los que en algún momento hubieran adquirido otros productos o servicios similares (usuarios del **Club ZED** o de OCIOMOVIL); en una Resolución anterior la Agencia consideró que el servicio realizado por "Verano de campeones" era del mismo tipo que el ofrecido por OCIOMOVIL y, por ese motivo, la demandante remitió comunicaciones a los usuarios de esos servicios; de ese modo de los denunciantes iniciales quedarían sólo 27 sin producto o servicio contratado y 4 cuyas solicitudes de productos o servicios no fueron resueltos técnicamente y esta Sala ha considerado que envíos de entre 25 y 100 mensajes no pueden considerarse como "masivos", lo que es aplicable con más razón cuando el total de mensajes enviados es de unos 36 millones.

En cuanto a la infracción del artículo 21.2 LSSI , los 8.170 mensajes remitidos a usuarios sin información sobre cómo solicitar la oposición o revocar el consentimiento representa el 0'00227% del total enviado; de esos 8.170 sólo hubo un denunciante, aunque es posible que los otros se enviaran a clientes activos de "Rico al instante" que conocían con anterioridad los medios de oposición a la recepción de comunicaciones comerciales; en cuanto a los SMS que incluían la opción "nomaspubli" a un número corto gratuito, no tenían ningún coste por tarificación adicional, sino que dependiendo del operador, dicho coste oscilaba entre 6 y 15 céntimos; añade que actuó en todo momento de buena fe y que en la página web se encontraban las bases del programa, que describían, entre otros los medios para oponerse a la recepción de comunicaciones comerciales, como era el envío de SMS a un número corto, el envío de correo electrónico a *info@ricoa3.com*, llamada al centro de atención al cliente nº 902103347 o el envío de una carta a la dirección de la demandante. Finalmente, señala que le sorprende la diferencia de las cuantías de las multas entre las dos infracciones y, aunque no está de acuerdo con ninguna de ellas, la de la segunda es desmedida por cuanto no se ha confirmado perjuicio alguno para los usuarios y los SMS que podrían haber vulnerado el art. 21.2., no representa ni el 0'2 del total.

TERCERO.- La representación de la Administración demandada, por su parte, opone que, en cuanto a la primera infracción, el supuesto no es similar al de OCIOMOVIL, citado por la demandante, ya que en éste se ofrecía la participación en concursos y **club ZED** en sorteos y sólo de forma adicional; hay 451 SMS examinados que vulneran el art. 21.1 LSSI , no se ha acreditado el consentimiento del destinatario ni relación contractual previa y se han excluido los que participaron en "Rico al instante" o en OCIOMOVIL, sin que la

ley exija para su tipificación que el número de mensajes represente un determinado porcentaje sobre el total enviado.

En cuanto a la infracción del art. 21.2 se enviaron 8.170 mensajes sin información sobre el procedimiento de oposición, ni ésta se encontraba en la página principal del concurso; añade que, en los casos en que tal información no se proporciona directamente, sino que se facilita un medio de contacto con la entidad, hay que valorar la sencillez y gratuidad del tal método, sin que los utilizados por la demandante presenten esas características ya que estaba únicamente incluida en el documento de términos y condiciones del servicio en un párrafo de dos líneas en la página sexta de un documento de nueve, aunque con posterioridad a la denuncia se incluyó tal información al comienzo de la página, con un fondo y una tipografía que lo destacaban en un nuevo enlace ("Aclaraciones sobre Rico al instante"), lo que evidencia que la información facilitada inicialmente no era fácilmente accesible; tampoco ha quedado acreditado que las bajas solicitadas se ejecutasen inmediatamente. En lo que hace referencia a la cuantía de las multas, en la primera infracción se impuso la multa en cuantía muy reducida en relación el máximo posible; en la segunda, se impuso la máxima ante el elevado número de comunicaciones y la ausencia de sencillez del procedimiento utilizado para darse de baja en la mayoría de los casos. Por todas las razones anteriores solicita la desestimación del recurso con imposición de las costas a la demandante.

CUARTO.- El art. 21 LSSI dispone 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".

A su vez, el artículo 38.3, según su redacción aprobada por la disposición adicional octava de la Ley 59/2003 , sobre normas reguladoras de la firma electrónica, en vigor desde el 21/03/2004, considera infracciones graves las siguientes:

"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" .

El artículo 39.1.b) prevé que se puede imponer por la comisión de infracciones graves, multa de 30.001 hasta 150.000 euros.

En cuanto a la primera infracción consta en los hechos declarados probados la remisión de SMS a un elevado número de personas, especificando la situación en que se encontraba cada uno en relación con la promoción comercial (los que no han sido clientes de la entidad denunciada, los que no contrataron sus servicios, los pertenecientes al **club ZED**, los que contrataron productos no relacionados con "Rico al instante", los que sí participaron en la primera edición de este concurso y los que causaron alta en el servicio de OCIOMOVIL); en aplicación del criterio de esta Sala expuesto en la sentencia de esta Sala de 16 de Junio de 2011 (recurso 520/2010), en un caso similar, se excluyó a los denunciados que habían participado en el concurso mencionado anteriormente o se habían dado de alta en OCIOMOVIL, ya que en esa sentencia se consideró que no existía vulneración en estos casos del art. 21.1 LSSI ; tras ese desglose se llegó a la conclusión de que 451 SMS sí vulneran lo dispuesto en dicho precepto.

Frente a esa conclusión, la demandante estima que de los iniciales demandantes sólo quedarían 31, lo que excluye la consideración de envío masivo de mensajes, pues hay que restar a los pertenecientes al **club ZED**, similar a OCIOMOVIL, ya que ofrecía el mismo tipo de productos o servicios; esta exclusión, sin embargo no ha sido en absoluto justificada ya que, como pone de manifiesto la propia resolución, el producto ofrecido por **club ZED** no puede considerarse similar al de OCIOMOVIL pues mientras éste se define en los términos y condiciones publicados en su web como un servicio de suscripción que permite a sus socios conseguir participaciones para las distintas selecciones de finalistas e invitados al programa de televisión

"Rico al instante", **club ZED** según la información contenida en su página web, es un servicio de suscripción que permite a sus socios conseguir productos exclusivos para el móvil a un precio reducido, que consisten en productos de entretenimiento para tal dispositivo como música, imágenes o vídeos y, adicionalmente, ofrece la participación en multitud de sorteos de premios de diferente naturaleza (Hechos probados Ocho y Nueve), lo que pone de manifiesto la distinta naturaleza de los servicios ofrecidos por cada una de ellas de modo que resulta correcta la apreciación realizada en ese sentido por la Resolución impugnada.

QUINTO.- Por lo que respecta a la infracción del art. 21.2 LSSI, el argumento principal de la demandante consiste en el escaso porcentaje, inferior al 1%, que representan los 8.170 mensajes remitidos a usuarios sin información sobre la forma de realizar la oposición o revocar el consentimiento sobre el total de los enviados en la promoción, cercanos a los 36 millones; la primera cifra, que representa en sí misma una elevada cantidad, es desde luego apta para considerar que encaja en el tipo del art. 21.2, que no contiene una regla 'de minimis' en el sentido de contemplar que una cifra que represente un porcentaje mínimo sobre el total, quede excluida de su aplicación aunque no cumpliera los requisitos exigidos por la norma; por otra parte, la posibilidad que menciona el demandante de que la mayor parte de los 8.170 SMS fueran enviados a clientes activos de "Rico al instante", carece de cualquier justificación; finalmente, no presenta las notas de sencillez y gratuidad legalmente exigidas el sistema ofrecido en la página web para oponerse a la recepción de comunicaciones comerciales, ya que ninguno de los medios (envío de SMS a un número corto, correo electrónico a una determinada dirección, llamada a un número 902 de atención al cliente o envío de una carta a la dirección de la demandante) puede considerarse como tal, bien por presuponer que todos los destinatarios de los comerciales disponen de conexión a Internet, o por no ser gratuito; así, aunque es cierto que esta Sala ha admitido que no es irregular facilitar tal información en la página web que contiene las bases del programa (por ejemplo, sentencia de 20 de Junio de 2012, recurso 903/2010), en este caso la información da por supuesto que todos los destinatarios disponen de acceso a Internet, lo que no es evidente para todos los usuarios de teléfono móvil, ni ofrecía un sistema gratuito, ni era sencilla su localización, como lo demuestra el hecho de que, con posterioridad a los envíos denunciados, se cambió la localización de la repetida información situándola al comienzo de la página.

Por último, en lo que respecta a la cuantía de las multas, no es de apreciar infracción alguna del principio de proporcionalidad, dado que el mínimo de la sanción prevista en el artículo 39.1.b) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, para las infracciones graves (como las presentes) está más cercana al mínimo de 30.001# la de la primera infracción y la cuantía de la segunda se encuentra justificada por afectar a un número mucho mayor de usuarios y desconocer por completo las obligaciones legalmente impuestas respecto de los medios para oponerse o revocar el consentimiento prestado para recibir las comunicaciones comerciales.

SEXTO.- Por todas las razones anteriores procede desestimar el recurso y, en aplicación del art. 139.1. de la Ley de esta Jurisdicción, imponer las costas a la demandante cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas.

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso nº 271/12 interpuesto por el Procurador D. Jacobo García García, en la representación que ostenta, contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos descrita en el primer Fundamento de Derecho que se confirma por ser conforme a derecho.

SEGUNDO.- Imponer a la demandante las costas del recurso.

Contra la presente sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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