

Expediente Nº: E/02064/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 22 de marzo de 2017, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que denuncia a **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** en lo sucesivo a denunciada) por los siguientes hechos:

- I. En el año 2013 solicitó a la denunciada la baja de sus listas de destinatarios de publicidad.
- II. En febrero de 2016 reitero su solicitud dado que había vuelto a recibir publicidad durante los dos meses anteriores.
- III. En marzo le confirmaron que le había dado de baja pero el 15/12/2016 ha vuelto a recibir publicidad.

El denunciante no aporta ninguna documentación acreditativa de los hechos denunciados.

El 22/03/2017 tiene entrada un escrito de subsanación del denunciante en el que, entre otra, anexa la siguiente documentación:

- I. Solicitud de baja fechada el 01/02/2016 para la dirección *****EMAIL.1** y reiteración de la solicitud anterior sin fechar.
- II. Respuesta de TELEFÓNICA de 11/03/2016 en el que se le informa de que se han cursado las instrucciones necesarias para que no reciba comunicaciones comerciales en la dirección *****EMAIL.1**.
- III. Correo electrónico recibido el 09/02/2017 con origen en la cuenta ******@telefonica.es** con destino a *****EMAIL.1**.

El 05/04/2017 tiene entrada un escrito de subsanación del denunciante en el que aporta copia de las cabeceras del correo electrónico recibido el 09/02/2017.

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:

1. El 11/03/2016 TELEFONICA atiende la solicitud del denunciante de fecha 01/02/2016 de que no se le envíen comunicaciones comerciales a la dirección *****EMAIL.1.**

En su escrito de respuesta, TELEFONICA aporta como evidencia de ello impresión de pantalla de sus sistemas en los que consta la modificación realizada a tal efecto el 11/03/2016 e impresión de pantalla donde se muestra que la dirección *****EMAIL.1** únicamente consta activa asociada a la factura electrónica y a la correspondencia de la cuenta.

2. El 09/02/2017 el denunciante recibe en su cuenta de correo *****EMAIL.1** una comunicación con origen en la cuenta ******@telefonica.es**.

La comunicación recibida informa de que el cliente puede consultar la información presentada por TELEFONICA a la Agencia Estatal de Administración Tributaria en relación con el modelo 347 y todas sus facturas para poder hacer sus propias comprobaciones.

3. En su escrito de respuesta TELEFONICA manifiesta que *“El Modelo 347 es la declaración de operaciones con terceros, es un modelo informativo, es decir, no supone el pago o devolución de importe alguno. En este modelo se informa a la Agencia Tributaria Estatal de las operaciones con terceros en las que hayamos superado los 3.005,06€ durante el ejercicio anterior. Es decir, tendremos que informar de aquellos proveedores o acreedores y de aquellos clientes, a los que les hayamos comprado o vendido bienes o servicios por valor superior a los 3.005,06€ durante todo el ejercicio.”*

Argumenta la entidad que la comunicación no es publicitaria al no informar sobre servicios o productos comercializados por TELEFONICA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. (LSSI en lo sucesivo).

II

La citada LSSI 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”*.

III

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 expuesto, no procede en el presente caso incoar procedimiento sancionador a la entidad denunciada, ya que no se puede considerar comunicación comercial electrónica, el correo electrónico recibido por el denunciante, en la medida en que tiene por objeto ofrecer información sobre una obligación tributaria, en concreto la declaración de operadores con terceros (a través del modelo 347) que requiere la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Por tanto la entidad denunciada no ha incumplido la prohibición expresa que recoge el art. 21 de la LSSI, referido al envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

Por ello la solución procedente en Derecho es el archivo de las actuaciones al

no haberse acreditado conducta alguna que se encuentre en el régimen sancionador previsto en el Título VII de la citada LSSI.

IV

El artículo 126.1, apartado segundo, del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal establece:

Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PRIMERO.- PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente Resolución a **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** y **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 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 (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.



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