



Expediente Nº: E/02973/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 2 de mayo de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **B.B.B.**, en adelante el denunciante, en el que manifiesta lo siguiente:

Que en fecha 9/4/2013 remitió un burofax a TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. en el marco de una reclamación relativa al servicio FUSION, en el que solicita entre otros aspectos la no remisión de publicidad.

Que a partir de dicha comunicación ha venido recibiendo una serie de envíos publicitarios a su dirección de correo electrónico **C.C.C.** aportando copia de los siguientes:

- 1.1. Envío de fecha 15/4/2013 12:26 desde la dirección *clientes@.....movistar.es* a la dirección **C.C.C.** y relativo a información *"enews abril Movistar Fusion: esto te va a interesar"*
- 1.2. Envío de fecha 18/4/2013 16:13 desde la dirección *clientes@.....movistar.es* a la dirección **C.C.C.** y relativo a información *"Movistar Fusión Autónomos enews abril: seguro que te interesa"*
- 1.3. Envío de fecha 21/5/2013 16:14 desde la dirección *clientes@.....movistar.es* a la dirección **C.C.C.** y relativo a información *"Noticias Movistar Fusión Autónomos"*
- 1.4. Envío de fecha 21/5/2013 17:53 desde la dirección *clientes@.....movistar.es* a la dirección **C.C.C.** y relativo a información *"enews MAYO Movistar Fusion"*

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:

En fecha de 20/9/2013 se procede a realizar una inspección a TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. en la que se constata lo siguiente:

1. D. **B.B.B.** con NIF **E.E.E.** y domicilio en **A.A.A.** figura como titular de la línea de teléfono **D.D.D.** como cliente del producto FUSION comercializado por TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A., producto que fue dado de alta el 1/11/2012 y de baja 21/5/2013.
2. Como cliente del producto FUSION, D. **B.B.B.** fue dado de alta en el canal de comunicación creado por TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. para comunicarse con los clientes de dicho producto. Este canal es utilizado en forma de *newsletters* con la dirección *clientes@.....movistar.es* para la remisión de información exclusivamente a los clientes del producto FUSION. No es por tanto un medio de captación de clientes sino de remisión de información asociada al mencionado producto.
3. Los representantes de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A reconocen la remisión de diferentes envíos recibidos por el denunciante entre los que se incluyen los señalados expresamente por éste ya mencionados anteriormente habiendo sido enviados todos ellos a través del mencionado canal *clientes@.....movistar.es*.
4. Como ya se ha indicado, todos los clientes del producto FUSIÓN son dados de alta en el mencionado canal, teniendo potestad el cliente de darse de baja ya que en cada envío se incluye un enlace para ejercer dicha baja, incluyendo información sobre cómo realizar este procedimiento. A este respecto los representantes de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. manifiestan que hasta la realización de la inspección dentro de las presentes actuaciones no habían tenido conocimiento de que el denunciante no deseara recibir publicidad. En este sentido añaden que el burofax de fecha 8/5/2013 aportado por el denunciante en el que solicitaba la no remisión de publicidad fue remitido a TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A. cuando el producto FUSIÓN es un producto de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A. por lo que dicho burofax no llegó a ésta última

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 43.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico (en lo sucesivo LSSI).

II

La LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas, 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 como: "*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”.

III

La LSSI dedica su Título III a la regulación de las citadas “Comunicaciones comerciales por vía electrónica”, disponiéndose en el artículo 21 de la citada norma, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, 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 electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.

Por tanto, el envío de mensajes publicitarios o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica, incluido el envío de mensajes SMS a terminales de telefonía móvil, debe haberse solicitado o autorizado expresamente por los destinatarios de los mismos, salvo que exista una relación contractual previa en los términos recogidos en dicho precepto.

IV

En el supuesto que se examina el denunciante pone de manifiesto la recepción de comunicaciones comerciales en su cuenta de correo **C.C.C.** tras haber manifestado su oposición a no recibir más correos con contenido comercial.

Tras las actuaciones previas de investigación practicadas por esta Agencia se ha podido comprobar el envío de cuatro correos publicitarios, de fechas 20 de septiembre, 18 de abril, y dos de 21 de mayo de 2012 realizados desde la dirección clientes@comunicación.movistar.es. Estos correos fueron remitidos con motivo de dar información al denunciante sobre el servicio FUSIÓN contratado con Telefónica de

España S.A, dado de alta el 1 de noviembre de 2012, y baja el 21 de mayo de 2013.

En base a lo anterior, se puede determinar que no existe, por tanto, vulneración de la normativa en materia de protección de datos en la medida en que existe una relación contractual entre el denunciante y la entidad denunciada, resultando por ello de aplicación lo dispuesto en el artículo 21.2 de la LSSI : *“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.”*

Por otro lado, el denunciante afirma haber ejercitado su derecho de cancelación, a fin de no recibir más correos comerciales. No obstante, de las actuaciones previas de investigación se observa que la petición de baja se practicó a través de un burofax remitido a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A., y no a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, titular del servicio FUSIÓN, por lo que dicho burofax no llegó a esta última.

Por otro lado, en los correos que recibe el denunciante aportados en su escrito de denuncia se observa que existe un link para darse de baja, sin que existan indicios de los que se infieran que el denunciado haya hecho uso de esta posibilidad .

En este sentido, se ha de tener en cuenta que, al Derecho Administrativo Sancionador, por su especialidad, le son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad del principio de presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990 considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”*. De acuerdo con este planteamiento, el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC), establece que *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20/02/1989 indica que *“Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurre aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate.”*

Asimismo, se debe tener en cuenta, en relación con el principio de presunción de inocencia lo que establece el artículo 137 de LRJPAC: *“1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”*

En definitiva, la aplicación del principio de *“presunción de inocencia”* impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y comprobado la existencia de una prueba de “cargo” acreditativa de los hechos que motivan esta imputación y en aplicación del principio *“in dubio pro reo”*, que obliga en caso de duda, respecto de un hecho concreto y determinante, a resolver del modo más favorable para el denunciado, en especial cuando no puede determinarse la responsabilidad subjetiva, es decir, el causante de la conducta supuestamente infractora.

Por ello, dada la ausencia de elementos de cargo que permitan imputar a la entidad denunciada el posible incumplimiento de la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI procede acordar el archivo de las actuaciones practicadas.

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 **TELEFONICA DE ESPAÑA SA** y a D. **B.B.B..**

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.