

Expediente N°: E/06422/2017

### RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

#### HECHOS

**PRIMERO:** Con fechas 17/10, 04 y 29/12/2017, tuvieron entrada en esta Agencia sendos escritos de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante), en el que formula denuncia contra la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en lo sucesivo TELEFONICA) por el envío de correos electrónicos a su dirección **\*\*\*EMAIL.1**, con origen en la dirección X.1@comunicacion.movistar.es, de fechas 10 y 17/11/2017. Añade que no ha solicitado ni autorizado previamente el envío de estas comunicaciones. Asimismo, manifiesta que los correos se remiten a pesar de que solicitó la baja en el envío de este tipo de comunicaciones y que recibió respuesta atendiendo su solicitud.

El denunciante aportó copia de dos correos recibidos en fechas 10 y 17/11/2017, que contienen información sobre programas de Tv que se emitirán a través de la plataforma de "Movistar+". Dichos correos electrónicos disponen de un enlace que conduce a un formulario habilitado para que el interesado pueda oponerse al envío de tales comunicaciones.

Asimismo, aportó la respuesta recibida a la solicitud de baja reseñada en su denuncia. En concreto, aportó impresiones de pantalla del terminal móvil que contienen un SMS remitido desde **\*\*\*TELF.1**, de fecha 26/01/2017, cuyo texto es el siguiente: *"Ud. No consiente recibir comunicaciones comerciales de Movistar por medios electrónicos SMS/email)*.

Como respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia, con fecha de 30/01/2018 tuvo entrada en esta Agencia un nuevo escrito del denunciante aportando las cabeceras completas de los dos correos electrónicos antes mencionados.

Asimismo, aportó copia de la factura emitida por TELEFONICA a su nombre, de fecha 01/10/2017. Se comprueba que el denunciante tiene contratado el servicio "Movistar Fusión", incluidos los servicios de TV "Movistar+ Familiar" y "Ficción Total" (cine y series).

Por otra parte, en el escrito de 04/12/2017 antes reseñado, formula igualmente denuncia contra la entidad Teleinformática y Comunicaciones, S.A. (en lo sucesivo TELYCO) por el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos. En

concreto, manifiesta que con fecha 20/10/2017, a las 15:50 horas, recibió en su línea de telefonía móvil **\*\*\*TELF.2** un mensaje comercial cuyo origen aparecía identificado como "TelycoPubli", con el texto siguiente:

*"Tienes todas tus líneas con MOVISTAR? Ahora por tener Fusión, si te las traes con nosotros disfrutaras de las nuevas líneas adicionales Hashtag al mejor precio. Pregunta por C.C.C. en Stand Movistar XXXX. Baja <http://...>".*

El denunciante aportó copia impresa de las imágenes del terminal con el mensaje de texto recibido.

Asimismo, aportó un correo electrónico remitido por el "Servicio Lista Robinson" a nombre del denunciante, de fecha 27/12/2016, en el que, atendiendo a su petición de alta en el canal sms/mms del servicio de Lista Robinson, le confirman que en dicha fecha se registró para exclusión publicitaria el móvil **\*\*\*TELF.2**.

**SEGUNDO:** A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se llevaron a cabo las comprobaciones siguientes:

A. En relación con la denuncia formulada contra la entidad TELEFONICA:

1. El dominio movistar.es está registrado a nombre de TELEFONICA.
2. La dirección IP que identifica el ordenador origen de los correos denunciados está asignada al operador TELEFONICA.
3. En respuesta al requerimiento que le fue remitido por los Servicios de Inspección, para que aportase la información y documentación que acredite el consentimiento otorgado por el titular de la dirección de correo electrónico **\*\*\*EMAIL.1** para la remisión de las comunicaciones denunciadas TELEFONICA informó lo siguiente:

. Los correos a los que hace referencia son una publicación digital informativa, no comercial, que se distribuye a través de correo electrónico con cierta periodicidad (diaria, semanal, mensual, bimensual o trimestral), en función del tipo de producto contratado por el cliente. Estas publicaciones no son comerciales, sino informativa, sobre la cartelera de TV Fusión.

. La utilización de la dirección de correo electrónico, que fue facilitada por el propio denunciante, está asociada al envío de correspondencia o comunicaciones relacionados con los servicios contratados.

. La solicitud de oposición a recibir publicidad fue solicitada a través de la línea **\*\*\*TELF.2** y en ese sentido se actuó.

Este servicio es uno de los medios de oposición al tratamiento de datos que tienen a su disposición los clientes de telefonía móvil, aplicando su oposición única y exclusivamente a la línea móvil desde la que se efectúa la llamada.

"Si no desea que Telefónica Móviles España, S.A.U., le envíe promociones y ofertas de productos y servicios propios de Movistar que puedan ser de su interés a través de

mensajes cortos (SMS) y correos electrónicos, en cumplimiento del art. 21.2 y 22.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, dirija escrito a Telefónica Móviles España, S.A.U., Referencia DATOS, en apartado de correos 56, 48080, Bilbao, llame al teléfono gratuito \*\*\*TELF.1 o entre en [www.movistar.es](http://www.movistar.es).”

B. En relación con la denuncia formulada contra la entidad TELYCO:

1. Con fecha 05/03/2016, se requirió información a Telefónica Móviles España, S.A.U. sobre la recepción del mensaje objeto de denuncia en la línea del denunciante. En respuesta a este requerimiento, dicha entidad informó que la línea **\*\*\*TELF.2** no tiene movimientos el día 20/10/2017 entre las 11:18 y las 17:50 horas, por lo que no recibió ningún mensaje ni llamada a las 15:50 horas.

2. En respuesta al requerimiento que le fue efectuado por los Servicios de Inspección, la entidad TELYCO informó lo siguiente:

. TELYCO es una sociedad distribuidora de productos y servicios Movistar, que explota una tienda ubicada en el inmueble “El Corte Inglés - Goya de Madrid”.

. El número telefónico **\*\*\*TELF.2** figura en el fichero de TELYCO vinculado al denunciante, con quien mantiene relaciones contractuales (compraventa de terminales y tarjetas) y relación comercial (oferta de productos) desde el año 2013 hasta la actualidad, lo que acredita mediante la aportación de facturas y ofertas comerciales.

La documentación aportada incluye, entre otra, copia de una factura de fecha 09/05/2017, emitida por TELYCO (“ECI-Goya”) a nombre del denunciante, correspondiente a la contratación de los servicios “Movistar Fusión + 2 Ficción Fibra 300”.

En esta factura se informa al cliente sobre *“la incorporación de sus datos de carácter personal en un fichero titularidad de Teleinformática y Comunicaciones, S.A. (Telyco) con la finalidad de gestionar la oferta de productos y/o servicios comercializados por Movistar o por esta entidad, así como su utilización por cualquier medio con finalidades comerciales sobre productos y/o servicios comercializados por su parte o de cualquier empresa del Grupo Telefónica en su condición de agente y/o distribuidor del mismo”*.

. El día 09/05/2017, en el curso de una operación comercial que el cliente realizó en dicha tienda, actualizó el número de teléfono vinculado, sustituyéndose en ese mismo acto el número de teléfono que figuraba en la misma por el número **\*\*\*TELF.2**, teléfono al que con posterioridad TELYCO remitió el SMS objeto de denuncia.

. No consta que el titular asociado a la línea telefónica se haya dirigido a TELYCO para oponerse a la recepción de comunicaciones comerciales por ninguno de los medios habilitados a tal efecto, de los que fue informado tanto en las facturas como en la oferta comercial entregada.

3. Telefónica de España, S.A.U., por su parte, aportó copia del contrato suscrito por el denunciante en fecha 09/05/2017, correspondiente al producto “Movistar Fusión + 2

Premium Extra Fibra 300". En dicho contrato figura como punto de venta "ECI-Goya".

4. Por otra parte, en relación con la entidad TELYCO, los Servicios de Inspección destacaron que se trata de una filial de Grupo (El Corte Inglés, S.A.) con un alto volumen de ventas y número de trabajadores.

## **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 (en adelante LSSI).

### **II**

A los efectos de examinar si los hechos objeto de imputación pueden constituir infracción al artículo 21 de la LSSI conviene realizar una breve exposición sobre el marco jurídico que resulta de aplicación a las comunicaciones comerciales remitidas por correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

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 señala 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 de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.*

Añade el artículo 22.1 de la LSSI que *“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 de servicios 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”.*

Así, cualquier envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente queda supeditado a la prestación previa del consentimiento, salvo que exista una relación contractual anterior y el sujeto no manifieste su voluntad en contra.

A su vez, el apartado d) del anexo de la LSSI define al *“Destinatario del servicio”* o *“destinatario”* como la *“persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”.*

De este modo, la LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa 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 el segundo párrafo del citado artículo, que autoriza el envío 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 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”*.

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.

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”.*

De acuerdo con lo señalado, es preciso analizar el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información para, a continuación, determinar los supuestos, recogidos en el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI, que no se consideran, a los efectos de esta Ley, como comunicaciones comerciales.

La LSSI, en su Anexo a), define como Servicio de la Sociedad de la Información, *“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.*

*Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: (...)*

*4º El envío de comunicaciones comerciales (...).”*

De acuerdo con lo señalado, el concepto de comunicación comercial engloba la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, es decir, ha de tratarse de 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.

### III

En el presente supuesto, de la valoración conjunta de los elementos fácticos obrantes en el procedimiento sancionador, ha quedado acreditado que TELEFONICA es responsable del envío de dos correos electrónicos a su dirección **\*\*\*EMAIL.1**, con origen en la dirección X.1@comunicacion.movistar.es, de fechas 10 y 17/11/2017, que contienen información sobre programas de Tv que se emitirán a través de la plataforma de “Movistar+”.

En este caso, sin embargo, consta acreditada la existencia de una relación contractual previa entre el denunciante y TELEFONICA, la cual incluye servicios de TV “Movistar+ Familiar” y “Ficción Total” (cine y series). Por tanto, los correos denunciados no son propiamente comunicaciones comerciales, en el sentido expresado, por cuanto los mismos contienen información sobre los servicios ya contratados por el denunciante, y no sobre nuevos servicios que remitan con fines publicitarios.

### IV

Por otra parte, consta acreditado que el denunciante es cliente de la entidad TELYCO. En concreto, además de otras adquisiciones, consta que el denunciante formalizó el contrato de servicios “Movistar Fusión + 2 Ficción Fibra 300”, de fecha 09/05/2017 y aún en vigor, con la intermediación de TELYCO.

Por tanto, de acuerdo con lo expresado anteriormente, resulta que el envío de comunicaciones comerciales mediante mensajes de texto remitidos al teléfono móvil del denunciante por parte de la citada entidad, en los que se publicitan nuevas líneas telefónicas que pueden vincularse al citado contrato de servicios “Fusión”, se encuentra amparado por lo establecido en el artículo 21.2 de la LSSI, que admite el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando exista una relación contractual previa y la comunicación publicite productos o servicios similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

#### **SE ACUERDA:**

- 1 **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
- 2 **NOTIFICAR** la presente Resolución a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., a TELEINFORMATICA Y COMUNICACIONES, S.A. y a D. **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