

- **Procedimiento nº.: PS/00255/2021**

Recurso de reposición Nº RR/00766/2021

Examinado el recurso de reposición interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00255/2021, y en base a los siguientes

HECHO

PRIMERO: Con fecha 10 de noviembre de 2021, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00255/2021, en virtud de la cual se imponía a una sanción de 15.000 € (quince mil euros), por la vulneración de lo dispuesto en el artículo del artículo 21.1 de la LSSI, infracción tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 15 de noviembre de 2021, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en la LOPDGDD, y supletoriamente en la LPACAP, en materia de tramitación de procedimientos sancionadores.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00255/2021, quedó constancia de los siguientes:

PRMERO – El reclamante manifiesta con fecha 20 de febrero de 2021 que el reclamado no ha atendido su derecho de oposición al envío de comunicaciones comerciales y publicitarias.

SEGUNDO- Que es cliente del reclamado, pero no les ha dado su consentimiento para el envío de comunicaciones comerciales, pese a ello ha estado recibiendo en su dirección electrónica de correo: *****EMAIL.1**, numerosas comunicaciones comerciales. Se ha dado de baja de las mismas a través del enlace que se incluye en las propias comunicaciones sin éxito pues ha seguido recibíéndolas.

TERCERO- Ante la imposibilidad de darse de baja, el reclamante ha ejercitado su derecho de oposición a través de correo electrónico dirigido a: DPO_Movistar@telefonica.com, los días 20 y 26 de enero de 2021. El 10 de febrero de 2021, recibe acuse de su correo ejercitando la oposición y solicitándole (a pesar de ser cliente de la entidad y disponer de este documento) copia de su DNI. Ha seguido recibiendo comunicaciones comerciales y en el momento de interponer la presente reclamación no había sido atendido su derecho de oposición.

CUARTO- Desde al menos, la fecha de 18 de noviembre de 2020, el reclamado, es concedora de la voluntad de cursar la baja en la recepción de envíos en la cuenta de *****EMAIL.1**, constando la recepción de correos electrónicos con contenido comercial en fechas de 18/11/2020, 25/11/2020, 2/12/2020, 9/12/2020, 23/12/2020, 20/01/2021, 27/01/2021, 3/02/2021 y 17/02/2021.

QUINTO- Consta que en el envío de las comunicaciones comerciales le envían un correo de confirmación de no recepción de envíos publicitarios *“Haz clic en el botón Aceptar. Dejarás de recibir comunicaciones de Movistar en esta dirección de correo electrónico”* y confirma el reclamante y a pesar de ello sigue recibiendo los mensajes.

TERCERO: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en fecha 10 de diciembre de 2021, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo básicamente en que se reafirma en la totalidad de lo manifestado en sus anteriores alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LOPDGDD.

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por el recurrente, reiterándose básicamente en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho del II al V ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<II

Se imputa al reclamado la comisión de una infracción por vulneración del 21.1 de la LSSI. El tenor literal de este artículo es el 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.”

La infracción se tipifica en el artículo 34.4 de la citada norma que dispone:

4. Son infracciones leves:

[...] d) El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave.”

Esta infracción puede ser sancionada con multa de hasta 30.000 €, de acuerdo con el artículo 39.1.c) de la LSSI.

A efectos del plazo de prescripción de las infracciones, la infracción señalada en el párrafo anterior prescribe a los 6 meses, conforme al artículo 45 de la LSSI.

III

El artículo 21.1 de la LSSI 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. Esta prohibición así referida, parte de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y para definir estos conceptos, será necesario acudir a los anexos de la propia LSSI.

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

[...]”.

Y posteriormente, en el Anexo f) define el concepto de comunicación comercial 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”.

Como puede observarse, será en aquellos supuestos en los que la comunicación comercial no reúna los requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, cuando pierda el carácter de comunicación comercial. Por un lado, 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, y, por otro, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

IV

La valoración conjunta de la prueba documental obrante en el procedimiento trae a conocimiento de la AEPD, una visión de la actuación denunciada que ha quedado reflejada en los hechos declarados probados arriba relatados.

No obstante, en respuesta a las alegaciones presentadas por la entidad reclamada se debe señalar lo siguiente:

Respecto de los correos electrónicos enviados al reclamante sin legitimación para ello, esto es, el primer correo electrónico enviado el 18 de noviembre de 2020 sin la legitimación necesaria para ello y el décimo correo electrónico enviado al reclamante, el 17 de febrero de 2021, tras haber recibido su solicitud de oposición a recibir más correos electrónicos publicitarios, se debe aplicar el artículo 21 de la LSSI, antes mencionado.

A este respecto, se recuerda que el artículo 22.1 de la LSSI establece 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.”

V

A efectos de fijar la sanción a imponer al reclamado, se considera que procede graduar la sanción a imponer de acuerdo con los criterios que establece el artículo 40 de la LSSI.

Se considera que concurren las siguientes circunstancias agravantes.

- La existencia de intencionalidad (artículo 40, letra a), por cuanto se ha producido una falta de diligencia por parte de la entidad reclamada al remitir correos electrónicos al reclamante sin que conste el consentimiento expreso para el envío de comunicaciones comerciales.*

Asimismo, se considera que concurre la siguiente circunstancia atenuante:

· *La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados (artículo 40, letra d): no existe constancia de otros perjuicios sufridos por el reclamante, aparte de la recepción no solicitada de la comunicación.*

En base a lo anterior, se considera que la sanción que corresponde imponer es de quince mil euros (15.000 €)".

III

En consecuencia, en el presente recurso de reposición, el recurrente no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra la resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 10 de noviembre de 2021, en el procedimiento sancionador PS/00255/2021.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U..

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº ES00 0000 0000 0000 0000, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), los interesados podrán interponer 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 de la referida Ley.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada LPACAP. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

180-100122

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