



Procedimiento Nº: A/00009/2019

RESOLUCIÓN: R/00282/2019

En el procedimiento A/00009/2019, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **RESTAURANTE CASA TININ**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: En fecha 22 de noviembre de 2018 tiene entrada en esta Agencia una denuncia presentada por **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante), en la que manifiesta lo siguiente:

En mayo de 2018 con objeto de formalizar la reserva realizada en el restaurante CASA TININ para una comida de trabajo facilitó su número de teléfono móvil, pero sin autorizar en ningún momento el uso de dicho número de teléfono para recibir comunicaciones comerciales.

No obstante, el 21/11/2018 ha recibido el siguiente mensaje comercial:

“En www.casatinin.es les deseamos felices fiestas para ello les recordamos que ya tiene a su disposición los menús de navidad 915569145”.

El reclamante señala además que no ha encontrado en la página web, formulario para solicitar la baja de sus datos en su base de datos.

SEGUNDO: A la vista de los hechos expuestos en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, sin embargo, pese a que esta Agencia el 17/12/2018, realizó requerimiento de información a la entidad demandada, no ha obtenido respuesta al respecto.

TERCERO: Con fecha 21 de marzo de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00009/2019. Dicho acuerdo fue notificado al denunciado.

CUARTO: Notificado el mencionado trámite de Audiencia se le otorga un plazo de audiencia de QUINCE DÍAS HÁBILES para que formule las alegaciones y presente las pruebas que considere convenientes, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 73 y 76 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

QUINTO: No habiendo formulado alegaciones ni presentado pruebas en el plazo dado, se procede a dictar la presente resolución teniendo en cuenta los siguientes:

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En mayo de 2018 con objeto de formalizar la reserva realizada en el citado restaurante para una comida de trabajo facilitó su número de teléfono móvil, pero sin autorizar en ningún momento el uso de dicho número de teléfono para recibir comunicaciones comerciales

SEGUNDO: El 21/11/2018 ha recibido el siguiente mensaje comercial:

“En www.casatinin.es les deseamos felices fiestas para ello les recordamos que ya tiene a su disposición los menús de navidad 915569145”.

TERCERO: El reclamante señala que no ha encontrado en la página web, formulario para solicitar la baja de sus datos en su base de datos.

CUARTO: No se han formulado alegaciones ni presentado pruebas por la entidad reclamada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En virtud de los poderes que los artículos 55.1, 56.2 y 58.2. b) y d) del RGPD reconocen a cada autoridad de control, y según lo establecido en los artículos 47 y 48.1 de la LOPDPGDD, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para resolver este procedimiento.

II

Los hechos expuestos, consistentes en el envío de un SMS publicitario sin estar probado que mediara el consentimiento previo y expreso del destinatario del mensaje del mismo, podría suponer la comisión por parte de Don **B.B.B.** de una infracción del artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI).

El artículo 21 de la LSSI dispone que:

“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 estas.

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 citada infracción se encuentra tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma, que califica como tal *“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.”*

II

El artículo 39 bis de la LSSI, bajo el epígrafe *“Moderación de las sanciones”*, estipula lo siguiente:

“1. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el artículo 40.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.

2. Los órganos con competencia sancionadora, atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, podrán acordar no iniciar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable, a fin de que en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que, en cada caso, resulten pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b) Que el órgano competente no hubiese sancionado o apercibido con anterioridad al infractor como consecuencia de la comisión de infracciones previstas en esta Ley. Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado, procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.”

Por su parte el artículo 40 de la LSSI, en relación con la *“Graduación de la cuantía*

de las sanciones”, determina lo siguiente:

“La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

- a) La existencia de intencionalidad.
- b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.
- c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.
- d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.
- e) Los beneficios obtenidos por la infracción.
- f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida.
- g) La adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.”

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis de la LSSI. Junto a ello, y de conformidad con las evidencias de las que se dispone en el presente momento de inicio del procedimiento, se aprecia que opera la circunstancia prevista en el artículo 39 bis 1.a) de la misma norma. Así, se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del remitente del envío teniendo en cuenta la concurrencia significativa de las circunstancias derivadas de la falta de constancia de que se hayan producido perjuicios al destinatario del mensaje promocional no autorizado analizado y de que el remitente haya obtenido beneficios a raíz de la supuesta infracción, amén de que es una persona física que no consta que en el desarrollo de su actividad remita en forma habitual comunicaciones comerciales vía SMS. Todo lo cual permite acordar no iniciar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR al restaurante **CASA TININ** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2, de la LSSI, con relación a la reclamación por infracción del artículo 21 de la LSSI, tipificada como **leve** en el artículo 38.4.g) de la citada norma.

2.- REQUERIR al restaurante **CASA TININ** de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 39 bis de la LSSI para que en el plazo de UN MES desde la notificación de la presente resolución.

2.1.- CUMPLA lo previsto en el artículo 21 de la LSSI, para lo que se insta a dicha entidad a adecuar el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por



correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, cuando con carácter previo se haya obtenido el consentimiento o bien la autorización expresa de sus destinatarios.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando los documentos o medios de prueba que acrediten dicha circunstancia.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo al restaurante **CASA TININ**.

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 (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 esta 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