LECCIÓN 10
LOS CONTROLES INTERNOS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

José Vida Fernández
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Instrucciones:
- *Entrega: Antes de la próxima clase práctica.*
- *Formato: Archivo en formato Word; Tipo de letra "times new roman", tamaño 12, interlineado sencillo; En el encabezado debe figurar el nombre y los apellidos .*
- *Elaboración: De forma estrictamente individual. Deben argumentar de forma suficiente las respuestas sobre la base de la normativa (y jurisprudencia) desarrollando la teoría estudiada.*

Mediante Resolución de 12 de noviembre de 2015 (notificada el 16 de noviembre de 2015), la Agencia Española de Protección de Datos sancionó al Banco de Santander con una multa de 5.000€ por los hechos que en la misma se describen (ver Anexo). Tras analizar el contenido de dicha Resolución debe responder a las siguientes cuestiones:

1. ¿Qué recurso procede en vía administrativa contra esta resolución?, ¿Qué ocurriría si se equivoca al calificarlo?.
2. ¿Qué plazo tiene para presentar el recurso? (Indicar el día exacto aplicando toda la normativa correspondiente).
3. Si finalmente se interpone el recurso en vía administrativa el 24 de noviembre, ¿Hasta qué día tiene la Administración para resolverlo y notificarlo?. ¿Qué ocurriría si no lo notifica en dicha fecha?, ¿Qué efectos tiene si notifica la desestimación del recurso un mes después de dicha fecha?.
4. Si finalmente no se recurre la sanción y, transcurrido un tiempo en que deviene firme, si se determinase por sentencia judicial que el documento por el que la denunciante había efectuado su derecho de oposición a ser receptor de comunicaciones era falso, ¿Podría la AEPD actuar de alguna manera para revertir la sanción impuesta?.

Esta obra se publica bajo una licencia de
Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Procedimiento Nº PS/00219/2015

RESOLUCIÓN: R/02722/2015

En el procedimiento sancionador **PS/00219/2015,** instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **BANCO SANTANDER, S.A.**, vista la denuncia presentada por D. ***C.C.C.***, y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

Con fecha 05/01/2015, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de D. ***C.C.C.*** (en lo sucesivo el denunciante), en el que manifiesta que en el procedimiento sancionador PS/00331/2014 se impuso al BANCO SANTANDER S.A. (en lo sucesivo BANCO SANTANDER) una multa de 2.000 € por infracción del artículo 21.1 de la la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, al haberse acreditado que dicha entidad envió, en fechas 20/12/2013 y 30/12/2013, correos electrónicos comerciales no solicitados o autorizados a la cuenta de correo ***D.D.D.***.

Denuncia que en fecha 18/11/2014 ha recibido nuevamente en su cuenta de correo ***D.D.D.*** un correo electrónico remitido desde la dirección **BancaComercial@.....**, y que en fecha 28/11/2014 ha recibido en su cuenta de correo ***B.B.B.*** un correo electrónico remitido desde la dirección **iSantander@.....** .

Adjunta copia de los correos electrónicos objeto de denuncia y sus cabeceras.

SEGUNDO: Con fecha 12/05/2015, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a BANCO SANTANDER por la presunta 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), tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma, pudiendo ser sancionada con multa de hasta 30.000 €, de acuerdo con el artículo 39.1.c) de la LSSI.

TERCERO: Notificado el citado Acuerdo de inicio, BANCO SANTANDER presentó las siguientes alegaciones:

1ª.- El correo enviado desde la dirección de correo electrónico **BancaComercial@.....** a la dirección de correo electrónica ***D.D.D.*** no se envió al denunciante sino a otra persona, Dña. ***A.A.A.***, la cual mantiene con el banco un contrato Multicanal y cuyo uso para fines comerciales no ha prohibido en ningún momento.

2ª.- Respecto al correo enviado desde la dirección de correo electrónico **iSantander@.....** a la dirección de correo electrónica ***D.D.D.*** señala que el denunciante fue en su día cliente del servicio de Banesto ibanesto. Como consecuencia de la fusión de esta entidad con Banco Santander, el mencionado servicio de banca electrónica se integró en el servicio paralelo del Banco de Santander, isantander que a su vez se ha suprimido y pasado a integrarse en el portal Santander Online. El correo no

es una comunicación de carácter comercial, sino que se envía a los usuarios de ibanesto y luego de isantander como consecuencia de la integración del último servicio indiciando en el portal del banco actual el uso de los canales electrónicos para efectuar operaciones bancarias, con objeto de llamarle la atención de la posibilidad de hacer uso del medio indicado en sustitución del que se integra, isantander.

SEXTO: En fecha 29/09/2015 se incorporó al expediente resolución R/02438/2014 dictada por la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00331/2014 incoado a BANCO SANTANDER.

SEPTIMO: En fecha 30/09/2015 se emitió propuesta de resolución en el sentido de imponer a BANCO DE SANTANDER una multa de 2.000 € por la infracción del artículo 21.1 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 380.4.d) de dicha norma.

OCTAVO: Notificada la propuesta BANCO DE SANTANDER formuló las siguientes alegaciones:

1º.- La cuenta de correo ***D.D.D.*** está asociada a persona distinta del denunciante, en concreto a su hermana Dña. ***A.A.A.*** que es la persona a quién se envían las comunicaciones comerciales.

2º.- El denunciante no ha acreditado su legitimación para efectuar la petición de cese en el envío de comunicaciones comerciales a la dirección ***D.D.D.*** por cuanto no acredita ser él, o su hermana, el titular de la cuenta de correo discutida.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Mediante escrito con fecha de entrada en BANCO SANTANDER de 10/06/2011, el denunciante ejerce su derecho de oposición a que sus datos sean tratados con fines de publicidad y prospección comercial (folios 40-48)

SEGUNDO: En los sistemas de BANCO SANTANDER consta la dirección de correo destinataria de los correos comerciales, tanto al denunciante, como a su hermana, Dña. ***A.A.A.***, cliente de BANCO SANTANDER y cuya dirección de correo facilitada a la entidad es ***D.D.D.*** (folios 30-39, 40-48)

TERCERO: El denunciante recibió en fechas 18/11/2014 y 28/11/2014, en su cuenta de correo ***D.D.D.*** correos electrónicos procedentes de las direcciones **BancaComercial@.....** y **iSantander@.....** (folios 1-11).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

La competencia para sancionar la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) de la LSSI, corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos, según dispone el artículo 43.1 de dicha Ley

II

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.

La LSSI, en 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*".

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 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo 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".*

Asimismo resulta aplicable lo previsto en el artículo 45.1.b) del Reglamento de

desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que señala que cuando los datos se destinen a publicidad y prospección comercial los interesados a quienes se les solicite su consentimiento deberán ser informados "*sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad*"

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.

III

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".

El concepto de comunicación comercial, de acuerdo con la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, engloba 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.

Por otro lado, la LSSI en su Anexo a) define "Servicio de la Sociedad de la Información" como "*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".

Añade el referido apartado que el envío de comunicaciones comerciales es un servicio de la sociedad de la información, siempre que represente una actividad económica.

Según el apartado d) del citado Anexo, destinatario es la "*persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información*"

De lo anterior se deduce que, cuando la comunicación comercial no reúne los requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, pierde el carácter de comunicación comercial. En este sentido el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI señala dos supuestos, que no tendrán, a los efectos de esta Ley, la consideración 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

En el presente supuesto, ha quedado acreditado que BANCO SANTANDER remitió dos comunicaciones comerciales por correo electrónico a la cuenta de correo ***D.D.D.*** . La entidad denunciada centra sus alegaciones en cuestionar la verdadera titularidad de la citada cuenta de correo, señalando que fue aportada por la hermana del denunciante, e interpreta una suerte de presunción respecto de dicha circunstancia.

Ahora bien, no puede obviarse que de lo que no existe duda es que en los sistemas de la mercantil constan asociada a los datos del denunciante la citada cuenta de correo, y que sin perjuicio de que además aparezca la misma en la ficha de cliente de la hermana, el denunciante ejerció su derecho de oposición a ser receptor de comunicaciones comerciales, por lo que BANCO SANTANDER debió arbitrar los medios para que tales envíos no se produjeran, y no consta actuación alguna tendente a aclarar la circunstancia de que existía dicha dirección asociada a dos clientes distintos.

Es decir, a partir de la recepción del escrito de fecha 10/06/2011, carecía de legitimación para enviar publicidad a la cuenta de correo ***D.D.D.***, lo que constituye una infracción al art. 21.1 de la LSSI que prohíbe el envío de comunicaciones comerciales por medio electrónicos sin la autorización previa y expresa, sin que quepa atender a lo alegado por la entidad respecto al carácter no comercial del correo electrónico enviado en fecha 28/11/2014 por cuanto en el mismo se publicita expresamente un producto/servicio del banco ("… podrás beneficiarte del plan Ahorra con Queremos ser tu banco. Puedes consultar las condiciones para pertenecer a este plan en www.bancosantander.es)

V

De conformidad con lo establecido en el artículo 38, en sus apartados 3 y 4 de la LSSI, se consideran infracciones graves y leves las siguientes:

"3. Son infracciones graves:

c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, a su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21".

"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".

En consecuencia, la infracción del artículo 21 de la LSSI, en los términos indicados por el citado artículo 38.4.d), se califica en términos generales como infracción leve, aunque si se produce un envío masivo de comunicaciones comerciales no solicitadas a diferentes destinatarios o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario, en los términos que se indican en el también citado artículo 38.3.b), se producirá una infracción de carácter grave a los efectos de la LSSI.

El presente supuesto se ajusta al tipo de infracción establecido en el artículo 38.4 d) de la LSSI, calificado como infracción leve, al tratarse de dos comunicaciones.

VI

A tenor de lo dispuesto en el art. 39 de la LSSI, las infracciones leves podrán ser sancionadas con multa de hasta 30.000 euros, fijándose Los criterios para su graduación en el artículo 40 de la misma norma que dispone 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 relación a los criterios de graduación de las sanciones recogidos en este artículo 40 y, en especial, a la ausencia de perjuicios causados y de beneficios obtenidos, así como la reiteración en la conducta infractora que ya fue sancionada en el procedimiento sancionador PS/00331/2014, acreditados en el presente procedimiento, procede imponer a BANCO SANTANDER una multa de 5.000 €.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: **IMPONER** a la entidad **BANCO SANTANDER, S.A.** por una infracción del artículo 21.1 de la LSSI, tipificada como grave en el artículo 38.4.d) de la LSSI, una multa de **5.000 € (CINCO MIL EUROS)**, de conformidad con lo establecido en los artículos 39 y 40 de la citada LSSI.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** la presente resolución a **BANCO SANTANDER, S.A.,** y a D. ***C.C.C.*.**

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva 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 ES93 2100 8981 6302 0001 1719 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. Si recibe la notificación 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 recibe la notificación 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 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.

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