

- **Expediente N°: EXP202210721**

RESOLUCIÓN DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR PAGO
VOLUNTARIO

Del procedimiento instruido por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 22 de febrero de 2023, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a **WIZINK BANK, S.A.** (en adelante la parte reclamada). Notificado el acuerdo de inicio y tras analizar las alegaciones presentadas, con fecha 17 de abril de 2023 se emitió la propuesta de resolución que a continuación se transcribe:

<<

Procedimiento N°: EXP202210721 (PS/055/2023)

PROPUESTA DE RESOLUCION DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 09/09/22, D. **A.A.A.** (en adelante, la parte reclamante) interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirigía contra la entidad WIZINK BANK, S.A. con CIF.: A81831067, (en adelante, la parte reclamada), por la presunta vulneración de la normativa de protección de datos: Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27/04/16, relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos (RGPD), la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI).

Presenta reclamación por la recepción de correos electrónicos comerciales en su dirección electrónica de correo: *****EMAIL.1** , tras haber solicitado la oposición".

Al escrito de reclamación aporta la siguiente documentación:

- Pantallazo del Buzón de contacto con el Banco "Acceso online al banco online de WiZink", (*****EMAIL.2**), con fecha 05/05/22, donde se puede leer:

Buzón [0]

ENVIADOS

<<REDACTAR>>

ENVIADOS

(...): No quiero recibir comunicaciones comerciales relacionadas con productos de crédito, ahorro, seguros o similares.

- Copia del correo electrónico enviado desde la dirección “WiZink”, *****EMAIL.3** el día 08/09/22, a la dirección de correo electrónico del reclamante *****EMAIL.1**, conteniendo un mensaje publicitario:

“Hola A.A.A.: Te escribimos para recordarte el listado de comercios de comida a domicilio y para llevar en los que podrás recuperar dinero este septiembre. Gracias a tu tarjeta y a WiZink Extra1, el programa de beneficios gratuito que lleva asociado, y que forma parte de tu contrato de tarjeta (...)”:

SEGUNDO: Con fecha 11/10/22, de conformidad con lo estipulado en el artículo 65.4 de la LOPDGDD, por parte de esta Agencia, se dio traslado de dicha reclamación a la parte reclamada, para que procediese a su análisis e informase, en el plazo de un mes, sobre lo que se exponía en el escrito de reclamación.

TERCERO: Con fecha 15/11/22, se recibe en esta Agencia escrito de contestación de la entidad reclamada, en el cual se indica, entre otras, lo siguiente:

“El reclamante suscribió un contrato de tarjeta de crédito WIZINK PLUS con WIZINK BANK S.A.U. , el día 1 de junio de 2020. Adjuntamos como DOCUMENTO NUMERO 3, copia del mencionado contrato. Queremos resaltar que en el citado contrato en la cláusula 19 se recoge que esta tarjeta cuenta con un Programa de Bonificaciones por determinadas compras que el cliente realice.

Este programa actualmente se denomina “Wizink Extra” y consiste en que cada vez que el cliente realice compras con la tarjeta en los Comercios Adheridos de dicho programa, WIZINK le abone un porcentaje del valor de la compra.

Tal y como indica el reclamante en su reclamación, WIZINK recibió la solicitud de oposición a recibir comunicaciones comerciales a través del área de clientes, el día 4 de mayo de 2022, y a continuación procedió a responder confirmando que se iba a ejecutar dicha solicitud en el plazo establecido en la normativa de Protección de Datos, con un mensaje que se mostró en su misma área de clientes y cuya copia aportamos como DOCUMENTO NUMERO 4; asimismo el día 4 de mayo de 2022, WIZINK recibió una nueva solicitud de oposición a recibir comunicaciones comerciales a través de los canales email, SMS y teléfono y procedió a responder el día 5 de mayo de 2022, confirmando que se había ejecutado su petición dentro del plazo establecido en la normativa de Protección de Datos, como se puede ver en el DOCUMENTO NÚMERO 5.

En cualquier caso, cabe aclarar que WIZINK tenía registrado la oposición del reclamante a recibir comunicaciones comerciales desde el momento de la firma del contrato donde ya nos comunicó su oposición.

Tal y como queda registrado en la página número 25: Información Básica sobre Protección de Datos Personales del contrato firmado aportado como DOCUMENTO NÚMERO 3.

Respecto a la reclamación del reclamante, donde se especifica que WIZINK le ha enviado "correos electrónicos comerciales en su dirección de correo electrónico, tras haber solicitado su derecho de oposición y haber recibido respuesta satisfactoria y aporta a estos efectos 10 correos electrónicos, entre los que se encuentra el enviado el 8 de septiembre de 2022 con el asunto: "En septiembre, recupera dinero en tus pedidos de comida a domicilio", hemos podido comprobar que ninguno de ellos es una comunicación comercial, sino que son comunicaciones informativas.

A continuación, procedemos a detallar la finalidad y el contenido de los citados correos electrónicos en el orden en el que aparecen en el documento aportado por el reclamante:

Comunicación del 8 de septiembre de 2022, asunto: "En septiembre, recupera dinero en los pedidos de comida a domicilio" Aportemos como DOCUMENTO NÚMERO 6 copia de la comunicación enviada; como se puede ver es una comunicación informativa relacionada con el programa de bonificaciones asociado a te tarjeta de crédito, donde se informa del listado de comercios de comida a domicilio y para llevar, en los que los clientes pueden beneficiarse de dicho programa de bonificaciones "WiZink Extra".

Comunicación del 26 de agosto de 2022, asunto: "Te ayudamos a protegerte de los ciberergüenzas" Aportemos como DOCUMENTO NÚMERO 7 copia de la comunicación enviada con la finalidad de ayudar a nuestros clientes a prevenir el fraude y para permitirles identificar los casos que puedan recibir de ciberdelincuentes (phishing, hackers, vishing...etc.) que incluyen recomendaciones de WIZINK, relativas a seguridad en Internet con el objeto de que no proporcione ningún dato a dichos ciberdelincuentes.

Comunicación del 9 de agosto de 2022, asunto: "Nuevos comercios adheridos a WIZINK EXTRA". Aportamos como DOCUMENTO 8 copia de la comunicación; como se puede ver es una comunicación informativa relacionada con el programa de bonificaciones asociado a la tarjeta de crédito donde se informa del listado de nuevas incorporaciones de comercios, en los que los clientes pueden beneficiarse de dicho programa de bonificaciones "WiZink Extra".

Comunicación del 28 de julio de 2022, asunto: "Te ayudamos a protegerte de los "cibergüenzas". Aportamos como DOCUMENTO NÚMERO 9 copia de la comunicación enviada con la finalidad de ayudar a nuestros clientes a prevenir el fraude y para permitirles identificar los casos que puedan recibir de ciberdelincuentes (phishing, hackers, vishing, etc.) que incluyen recomendaciones de WIZINK, relativa a seguridad en Internet con el objeto de que no proporcione ningún dato a dichos ciberdelincuentes. clientes que la Agencia Tributaria nunca va a pedir datos bancarios ni por mail, SMS, llamada.

Tras lo indicado anteriormente, queremos resaltar que hemos podido verificar que esta entidad no ha enviado comunicaciones comerciales al reclamante ya que exclusivamente le ha enviado comunicaciones informativas en base al contrato de tarjeta que tiene vigente con nuestra entidad, para la prevención del fraude y también para el cumplimiento de las obligaciones legales en materia de protección de datos tenemos como responsables del tratamiento de datos.

TERCERA. - CAUSAS QUE MOTIVARON LA RECLAMACIÓN.-

Los hechos que el reclamante indica en su reclamación y que, por tanto motivan la misma, son tal y como se desprende del requerimiento de información de la AEPD y que se reproduce a continuación: "Presenta reclamación por la recepción de correos electrónicos comerciales en su dirección electrónica de correo: tras haber solicitado la oposición y haber recibido respuesta satisfactoria de la parte reclamada.

Junto al escrito de reclamación se aporta copia y cabeceras de un correo electrónico, de fecha 08/09/2022, con el asunto: "En septiembre, recupera dinero en tus pedidos de comida a domicilio". Asimismo, acompaña una captura de pantalla de la bandeja de entrada de su correo, donde se visualiza la recepción de 10 correos electrónicos entre el 04/05/2022 y el 08/09/2022.

Aporta también una captura de pantalla de una solicitud de oposición, de fecha 05/05/2022, remitida a través de la banca online ("Área de cliente"), donde figura como "enviada". Manifiesta que la parte reclamada accedió a su solicitud de Oposición a través de una carta ordinaria que ha extraviado.

Respecto a estas alegaciones y conforme ha quedado acreditado en el presente escrito, WIZINK Bank, S.A.U. ha actuado conforme a la normativa vigente en materia de protección de datos en todo momento no enviándole comunicaciones comerciales ya que las comunicaciones que se han enviado tienen un carácter informativo en base al contrato de tarjeta que tiene vigente con nuestra entidad, para la prevención del fraude y también para el cumplimiento de las obligaciones legales que en materia de protección de datos tenemos como Responsables del Tratamiento de sus datos.

CUARTO.- MEDIDAS ADOPTADAS WIZINK,

al recibir el requerimiento de información de la Agencia de Protección de datos, procedió inmediatamente a realizar la investigación de los hechos comprobando que esta Entidad tomo las siguientes medidas:

WIZINK ha realizado las verificaciones oportunas, pudo comprobar que tenía registrada la oposición a recibir comunicaciones comerciales desde el momento de la firma del contrato, donde el reclamante ya nos comunicó su oposición.

Tal y como queda registrado en la página número 251 información Básica sobre Protección de Datos Personales del contrato firmado aportado como

DOCUMENTO NÚMERO 3. Se adjunta como evidencia impresión de pantalla del sistema de WIZJNK donde aparece el registro de oposición a recibir comunicaciones comerciales.

Revisar las peticiones de ejercicio de derechos de protección datos recibidas, del reclamante. Tras las comprobaciones realizadas, se verifica que se recibieron dos peticiones de oposición a recibir comunicaciones comerciales de fecha 4 de mayo de 2022, peticiones gestionadas y contestadas en el plazo establecido en la normativa de Protección de Datos.

Comunicación del 20 de julio de 2022, asunto: "Fusión de WiZinK con Aplázame y Lendrock" Aporta como DOCUMENTO NÚMERO 10 copia de la comunicación enviada con la finalidad de cumplir nuestras obligaciones legales en materia de protección de datos informándole de los cambios realizados en la Política de Protección de Datos de WIZINK como consecuencia de la fusión de las entidades Aplázame y Lendrock en WIZINK S.A.U.

Comunicación del 30 de junio de 2022, asunto: "Smishing Los cibergüenzas atacan con SMS" Aportarnos como DOCUMENTO NÚMERO 11, copia de la comunicación enviada con la finalidad de ayudar a nuestros clientes a prevenir el fraude y para permitirles identificar los casos que puedan recibir de ciberdelincuentes (phishing, hackers, vishing...etc.) que incluyen recomendaciones de WIZIN K, relativas a seguridad en internet con el objeto de que no proporcione ningún dato a dichos ciberdelincuentes.

Comunicación del 20 de junio de 2022. asunto: "Supermercados DIA se una a WIZWK EXTRA" Aportamos como DOCUMENTO 12, copia de la comunicación enviada, como se puede ver es una comunicación informativa relacionada con el programa de bonificaciones asociado a la tarjeta de crédito donde se informa de la adhesión al programa de bonificaciones "WiZink Extra" de un nuevo comercio.

Comunicación del 10 de junio de 2022. asunto: "Cuidado con las estafas telefónicas nunca des tus datos" Aportamos como DOCUMENTO NÚMERO 13, copia de la comunicación enviada con la finalidad de ayudar a nuestros clientes a prevenir el fraude y para permitirles identificar los casos que puedan recibir de ciberdelincuentes (phishing, hackers, vishing...etc.) que incluyen recomendaciones de WIZINK, relativas a seguridad en internet con el objeto de que no proporcione ningún dato a dichos ciberdelincuentes.

Comunicación del 30 de mayo de 2022, asunto: "Phishing el ataque preferido de los cibergüenzas" Aportarnos como DOCUMENTO NÚMERO 14, copia de la comunicación enviada con la finalidad de ayudar a nuestros clientes a prevenir el fraude y para permitirles identificar los casos que puedan recibir de ciberdelincuentes (phishing, hackers, vishing...etc.) que incluyen recomendaciones de WIZINK, relativas a seguridad en Internet con el objeto de que no proporcione ningún dato a dichos ciberdelincuentes.

Comunicación del 4 de mayo de 2022, asunto: “Que los Cibergüenzas no arruinen tu Campaña de la Renta” Aportamos como DOCUMENTO NÚMERO 15 copia de la comunicación enviada con la finalidad de ayudar a nuestros clientes a prevenir el fraude y para permitirles identificar los casos que puedan recibir de ciberdelincuentes (phishing, hackers, vishing...etc.) que incluyen recomendaciones de WEZINK, relativas a seguridad en internet con el objeto de que no proporcione ningún dato a dichos ciberdelincuentes.

En esta comunicación se recuerda a los WIZINK no ha enviado comunicaciones comerciales el reclamante, ya que exclusivamente le ha enviado comunicaciones informativas en base al contrato de tarjeta que tiene vigente con nuestra entidad, para la prevención del fraude y también para el cumplimiento de las obligaciones legales que en materia de protección de datos.

No obstante lo anterior mientras el contrato de tarjeta de crédito suscrito entre el reclamante y WIZINK se mantenga en vigor, WIZINK seguirá tratando los datos de este con la finalidad de gestionar el contrato, cumplir con nuestras obligaciones legales y detectar o prevenir el fraude.

Como conclusión ha quedado acreditado que WIZINK no ha enviado comunicaciones comerciales al reclamante y que exclusivamente ha enviado comunicaciones informativas en base al contrato de tarjeta que tiene vigente con nuestra entidad, para la prevención del fraude también para el cumplimiento de las obligaciones en materia de protección de datos tenemos como Responsable del Tratamiento de Datos habiendo cumplido en todo momento WIZINK con lo establecido en la normativa de protección de datos que le es de aplicación”.

CUARTO: Con fecha 09/12/22, por parte de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se dicta acuerdo de admisión de trámite de la reclamación presentada, de conformidad con el artículo 65 de la Ley LPDGGDD, al apreciar posibles indicios racionales de una vulneración de las normas en el ámbito de las competencias de la Agencia Española de Protección de Datos.

QUINTO: Con fecha 22/02/23, por parte de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, se inicia procedimiento sancionador a la entidad reclamada, al apreciar indicios razonables de vulneración de lo establecido en el artículo 21 de la LSSI, al enviar un correo electrónico publicitario al reclamante, tras oponerse éste a recibir comunicaciones electrónicas de este tipo.

SEXTO: Con fecha 07/03/23, la entidad reclamada presente escrito de alegaciones en esta Agencia, en el cual, entre otras, manifiesta lo siguiente:

PRIMERA. – PRODUCTO CONTRATADO POR EL RECLAMANTE INCORPORA PROGRAMA DE BONIFICACIONES “WIZINK EXTRA” Y SEGUROS GRATUITOS

En primer lugar, es preciso aclarar que el producto de tarjeta de crédito que ofrece WIZINK a sus clientes es un instrumento de pago emitido por WIZINK a

nombre del reclamante con el fin de que pueda efectuar compras en comercios adheridos a los Sistemas VISA/Mastercard sin tener que pagar en efectivo y retirar dinero en cajeros automáticos, pudiendo realizar transferencias con cargo a la cuenta de la tarjeta con los límites establecidos en cada momento, y solicitar determinados servicios de pago aplazado.

Además, todas las tarjetas de crédito de WiZink incorporan, por defecto:

*- Un programa de bonificaciones denominado “WiZink Extra” por el que WiZink abona un porcentaje del valor de la compra cuando el Cliente realiza compras con su tarjeta en los comercios adheridos al programa. El cliente podrá visualizar en la App de WiZink las compras realizadas con su tarjeta así como las cantidades que ha acumulado con cada compra y que de forma mensual WIZINK abonará al cliente y lo incluirá en el extracto bancario de su tarjeta. A estos efectos, las normas aplicables al programa “WiZink Extra” están disponibles en la web de WiZink (*****URL.1**). Se adjunta como DOCUMENTO NÚMERO 1 dichas normas de funcionamiento que se pueden descargar en la web. Además, como se ha indicado anteriormente, este programa está disponible por el mero hecho de tener una tarjeta de crédito contratada con WIZINK y la App de WiZink descargada y actualizada tal y como se indica en la web en la sección de “Resuelve cualquier duda que tengas sobre WiZink Extra”. 2 Determinadas coberturas de seguro gratuitas que pueden identificarse en la web de WiZink.*

En consecuencia, <<el reclamante>>, mientras disponía de una tarjeta de crédito de WiZink y había suscrito por tanto el correspondiente contrato de tarjeta con WiZink, y haberse descargado la app, era beneficiario del programa de bonificaciones “WiZink Extra” así como de determinadas coberturas de seguro gratuitas. Además, la cláusula 19 del contrato de tarjeta de crédito de WIZINK suscrito por el reclamante ya aportado por mi representada en el presente expediente, hace mención del programa de bonificaciones que el cliente tiene disponible.

Por tanto, en ejecución a lo establecido en el mencionado contrato, mi representada ha enviado comunicaciones relativas al Programa “WiZink Extra” con finalidad informativa al <<reclamante>>.

De hecho, tras las comprobaciones realizadas, el reclamante se encontraba inscrito en el Programa “WiZink Extra” de manera que a través de su APP tenía disponible todas las compras realizadas con la tarjeta WIZINK así como las bonificaciones que hubiera podido disfrutar en caso de realizar compras en los comercios adheridos. Se adjunta como DOCUMENTO NÚMERO 2 copia de un ejemplo ficticio a efectos de mostrar lo que los clientes de WIZINK pueden visualizar sobre dichas bonificaciones desde su APP.

SEGUNDA. – CARÁCTER INFORMATIVO DE LAS COMUNICACIONES ENVIADAS AL RECLAMANTE.

En relación a las comunicaciones enviadas por correo electrónico al <<reclamante>> objeto de la reclamación del presente expediente, mi representada manifiesta que todas ellas tenían un carácter informativo y así fue indicado específicamente en la cabecera izquierda de cada una de las comunicaciones con la etiqueta de "Comunicación Informativa" como se puede acreditar al revisar los DOC 6 a 15 aportados por mi representada en contestación a la reclamación recibida de la AEPD el día 10/11/22.

A estos efectos, mi representada considera relevante aclarar lo siguiente:

Efectivamente, el 9 de septiembre de 2022, WIZINK envió al reclamante una comunicación en relación al Programa "WiZink Extra" en el que constaba inscrito, para recordarle el listado de comercios adheridos. Esta comunicación no tiene por objeto promocionar comercialmente ningún producto de WiZink ni incentivar a que contrate un nuevo producto, sino que se trata de una comunicación genérica sobre el programa asociado a la tarjeta que tiene activa el cliente de WiZink. Dicha comunicación no se personaliza porque lo único que busca mi representado es informar sobre los nuevos comercios adheridos al programa. Es importante destacar que al final del correo electrónico se incluye la información de protección de datos relativa al Programa que se reproduce a continuación. Adicionalmente, en la sección de protección de datos de la página web de WIZINK www.wizink.es, se encuentra publicado el documento "Información de protección de datos relativo al programa de fidelización "WiZink Extra" de la tarjeta WiZink tal y como se aportó al reclamante en la respuesta enviada por esta entidad el pasado 4 de noviembre de 2022 en el DOC 2.

En relación al siguiente texto incluido en la página 8 del escrito de acuerdo de inicio de este procedimiento sancionador: "También se puede apreciar como el correo electrónico enviado al reclamante el 03/11/22, (Documento Nº 2, aportado por la entidad reclamada), contiene mensajes claramente con un cariz comercial", queremos aclarar que el DOCUMENTO NÚMERO 2 referido por la AEPD, NO ES LA COPIA DE UN CORREO ELECTRÓNICO ENVIADO POR WIZINK AL RECLAMANTE, SINO QUE ES LA IMPRESIÓN DE PANTALLA DE LA INFORMACIÓN DEL PROGRAMA "WIZINK EXTRA" QUE ESTABA PUBLICADA EN LA WEB DE WIZINK, WWW.WIZINK.ES, A FECHA 3 DE NOVIEMBRE DE 2022. (La fecha que consta en el DOCUMENTO NÚMERO 2 en la cabecera izquierda es la fecha de impresión). Esta información fue incorporada en la contestación enviada al reclamante el pasado 4 de noviembre de 2022 como parte del DOCUMENTO 2. Reproducimos a continuación el párrafo incluida en esta contestación en relación a este punto (...).

Por tanto, a los efectos del presente procedimiento, NO ES CIERTO QUE MI REPRESENTADA APORTASE COPIA DE UNA COMUNICACIÓN FECHADA EL DÍA 03.11.2022 YA QUE EN DICHA FECHA WIZINK NO REMITIÓ COMUNICACIÓN ALGUNA. Como se ha indicado anteriormente, lo que mi representada aportó al reclamante es una copia de lo que figura 4 publicado en la web de WiZink relativo al programa "WIZINK EXTRA" que fue impreso el 3 de noviembre de 2022 para incorporarlo en la contestación al reclamante.

TERCERA.- BUENA FE Y DILIGENCIA DE WIZINK

Si bien, como se ha indicado anteriormente, las comunicaciones enviadas por WiZink al reclamante relativas al Programa “WiZink Extra” tenían una finalidad meramente informativa en base a la ejecución del contrato de tarjeta suscrito, a la vista de la reclamación presentada el <<reclamante>> ante la AEPD, donde queda manifestado su deseo en todo caso de no recibirlas, mi representada tomó las medidas necesarias para no volver a enviarle ninguna comunicación relativa a este programa, aun cuando continuaba inscrito en el mismo.

CUARTA.- INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE COMUNICACIÓN COMERCIAL

La LSSI define en el punto f) de su Anexo las comunicaciones comerciales como “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, 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.”

A diferencia de lo que la AEPD ha interpretado en el presente expediente al indicar que “es evidente” que WIZINK envió al reclamante mensajes comerciales o publicitarios a efectos de la LSSI, la comunicación enviada al reclamante sobre el programa de bonificaciones “WiZink Extra” incluido en su tarjeta, no tiene por objeto promocionar la contratación de ningún producto ni servicio del Banco, ni lleva aparejado contraprestación económica sino que tiene como objeto informar al cliente conforme al contrato de tarjeta de cuáles son los comercios adheridos a dicho programa.

En este sentido, llama la atención que la AEPD considere que la comunicación enviada al reclamante sobre el programa “WiZink Extra” objeto del presente expediente sancionador sea comercial, cuando se realiza al amparo del contrato de tarjeta firmado con el <<reclamante>> como se establece en dicho contrato al indicar que la tarjeta incorpora un programa de bonificaciones “WiZink Extra”, y cuando la interpretación que la Audiencia Nacional tiene sobre esto, en la sentencia dictada de 16 de mayo de 2019, Rec. 493/2017, donde analiza el caso de un cliente que tiene contratado un servicio de asistencia en carretera por avería de su vehículo, que para completar la cobertura dicha asistencia lleva asociado un servicio consistente en enviarle un SMS que dice así: “desde Autoclub Mutua le ofrecemos alquilar un turismo desde 21,30 euros al día. Llámenos al 915578205” CONSIDERANDO QUE NO ES COMERCIAL A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 21 DE LA LSSI, indicando lo siguiente:

“(…) esta Sala concluye que resulta acreditado que al envío del tantas veces aludido SMS no le es aplicable la prohibición prevista en el artículo 21 LSSI, por lo que no procede imposición de sanción alguna a la compañía recurrente, con anulación de la resolución de la AEPD aquí impugnada.”

Nótese que en el caso del presente procedimiento abierto a WIZINK, mi representada NO ESTÁ OFRECIENDO NINGÚN PRODUCTO QUE REQUIERA CONTRATACIÓN POR PARTE DEL CLIENTE a diferencia del caso referenciado anteriormente de la Audiencia Nacional donde se le ofrece un coche de alquiler como parte del servicio de asistencia que tiene contratado con su entidad, sino que se le está informando sobre el Programa “WiZink Extra” que Incorpora su tarjeta y en el cual figura inscrito.

Asimismo, conviene mencionar el criterio mantenido por la AEPD en la resolución relativo al expediente Nº: E/00036/2021 donde archiva el procedimiento sancionador abierto al considerar que los SMS que recibió el reclamante al considerar que no se tratan de comunicaciones comerciales sobre productos o servicios de la entidad reclamada (Vodafone) tal como dicha entidad manifestó sino de comunicaciones genéricas sobre las funcionalidades de los servicios que tienen los clientes a su disposición para poder gestionar sus servicios como es la App Mi Vodafone en ejecución del contrato mantenido con el reclamante por el cual la entidad reclamada (Vodafone puede comunicarse con sus clientes para envío de información necesaria para la correcta prestación del servicio. La entidad reclamada también indica que estos “SMS son informativos, no publicitarios, y así se indica en el encabezado de dichos e-mails con la referencia “VF Info. Si se atiende al contenido de estas comunicaciones en las mismas se informa sobre la disponibilidad de una última versión de la App de gestión de clientes Mi Vodafone con el fin de que los mismos tengan disponibles todas las actualizaciones de la App que pueden significar una mejora de la seguridad de la misma o bien la disponibilidad de nuevas funcionalidades.”

*A estos efectos, y para una mejor comprensión se reproducen a continuación el contenido de los sms que la entidad reclamada remitió al reclamante en este caso y que finalmente AEPD consideró que no tenían la consideración de comunicación comercial: “VF Info: Si puedes, colabora con el Plan Cruz Roja RESPONDE frente al COVID-19. Envía [sic] CRE al 28052 y el importe íntegro [sic] (1,20€) irá [sic] destinado a Cruz Roja” “VF Info: El frío, otra amenaza para los refugiados. Ayuda a suministrar mantas y calentadores enviando ACNUR al 28052 y el importe íntegro [sic] (1,20€) irá [sic] destinado a ACNUR” “VF Info: Te informamos de que RadarCOVID, app oficial del Gobierno de España para ayudar a evitar a la propagación [sic] del coronavirus (COVID-19) no consume los datos de tu tarifa. Si aun [sic] no la tienes descárgala [sic] aquí [sic]: go.vodafone.es/radarcovid-android”. “VF Info: ¿Quieres seguir usando la App Mi Vodafone? ¡Necesitas descárgarte la última [sic] versión [sic]! Hazlo antes del 13/11: ***[URL.2](#)”*

A la vista de estos SMS, la AEPD concluyó en este caso que: “...los SMSs recibidos por la parte reclamante no constituyen, como señala la parte

reclamada, mensajes publicitarios o promocionales que puedan considerarse una comunicación comercial de la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., como puede deducirse tanto del texto como del encabezamiento (VF Info)", y procedió a archivar las actuaciones del expediente sin sanción a VODAFONE.

QUINTA.- INAPLICACIÓN DE LA LEY DE SERVICIOS DE SERVICIOS DE SOCIEDAD DE INFORMACIÓN

Resaltar que, dicho sea en estrictos términos de defensa y con el mayor de los respetos, la AEPD NO DEBERÍA aplicar la LSSI EN ESTE CASO, lo que directamente supone que no es ajustada a derecho la sanción pretendida por la SUPUESTA comisión de una infracción del artículo 21 de dicha norma.

Y ello en base las definiciones incluidas en el Anexo de la citada norma:

"A los efectos de esta Ley, se entenderá por: a) "Servicios de la sociedad de la información" o "servicios": 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: 1.º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica. 2.º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales. 3.º La gestión de compras en la red por grupos de personas. 4.º El envío de comunicaciones comerciales. 5.º El suministro de información por vía telemática. No tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado..."

Por lo tanto, se entiende que no es pertinente la aplicación de normativa citada up supra habida cuenta de que la comunicación del Programa "WiZInk Extra" no reúne ninguna de las características descritas en el anexo de la LSSI.

*Con similar criterio, la AEPD ha interpretado en el expediente E/07708/2019 relativo al envío del siguiente SMS por la entidad reclamada: "Hola soy B.B.B. te recomiendo para vender tu moto ***URL.3", que con este SMS enviado no se presta un servicio de la ley de sociedades de información. Además, en dicha resolución se indica que la comunicación enviada no contiene información comercial porque el enlace no da lugar a una posible venta de ninguna clase de producto o servicio. Por el contrario, la página a la que redirige sirve de ayuda a aquellos que están realmente interesados en vender su vehículo tratándose aspectos relevantes como valor de tasación, valor fiscal, el anuncio. Y conforme a lo indicado anteriormente, AEPD concluye que: " A la luz de las normas transcritas en el Fundamento precedente, la documentación que obra en el expediente pone de manifiesto que el mensaje electrónico que el reclamante recibió no era una comunicación comercial y que a través de él no se prestaba un servicio de la sociedad de la información".*

SEXTA.- NO EXISTEN AGRAVANTES PARA GRADUAR LA SANCIÓN

En el presente caso, y de conformidad con lo previsto en el artículo 40 LSSI, no concurre el criterio agravante a que se refiere AEPD en la resolución de acuerdo de inicio de procedimiento sancionador en base a los siguientes motivos:

*- NO es cierto que WIZINK haya remitido comunicación al reclamante el día 03/11/2022 tal y como ha quedado acreditado en la alegación segunda del presente escrito. Como se puede apreciar en la contestación que WIZINK dio al reclamante el pasado 04/11/2022, mi representada acompañó como Documento número 2 una impresión realizada el día 03/11/2022 del contenido publicado en la web de WIZINK en lo relativo al programa de bonificaciones “WiZINK Extra” así como la información de protección de datos que figura publicado en la sección de protección de datos de la web de WiZink de este programa. De ahí que en la impresión realizada de la web figura en el encabezamiento la fecha de 03/11/2022 que fue el día en el que se imprimió dicho contenido de la web y no una comunicación. No obstante lo anterior, si AEPD acude a los siguientes enlaces: (i) *****URL.1** así como (ii) www.wizink.es/public/informacion-legal/proteccion-de-datos podrá ver que el contenido de la misma coincide con el DOCUMENTO NÚMERO 2 que forma parte de la contestación enviada el 04/11/2022 al cliente como consecuencia de la reclamación recibida de la AEPD.*

- Asimismo, téngase en cuenta que si bien las comunicaciones enviadas al reclamante por mi representada desde el 05/05/2022 tenían un contenido informativo, también es cierto que WiZINK en el momento que tuvo conocimiento de la reclamación presentada por nuestro cliente ante la AEPD, y teniendo en cuenta de manera proactiva el deseo del cliente, tomó las medidas necesarias para que el reclamante no volviera a recibir ninguna comunicación relativa al programa “WiZINK Extra”, a pesar de continuar inscrito en el mismo. En cuanto a los eventuales perjuicios ocasionados al reclamante, no ha quedado acreditado que haya derivado ningún perjuicio por informarle de un programa de bonificaciones que incorpora la tarjeta con la finalidad de mantenerle informado sobre los comercios adheridos a dicho programa.

SÉPTIMA.- SUBSIDIARIAMENTE SE INVOCA LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN IMPUTADA A WIZINK

Como ha quedado acreditado anteriormente, WIZINK ha cumplido en el presente caso con lo establecido en el artículo 21 de la LSSI, al haber enviado al reclamante comunicaciones por correo electrónico con contenido exclusivamente informativo.

No obstante lo anterior, la infracción que la AEPD imputa a mi representada es una infracción tipificada como leve conforme lo establecido en el artículo 38.4.d) de la LSSI, 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.”

Si bien mi representada solicita el archivo de las actuaciones al haber acreditado que ha cumplido en todo momento con lo previsto en dicha normativa, en el caso de que la AEPD siga interpretando que mi representada debe ser imputada con una infracción leve de la LSSI, dado que la citada infracción prescribe a los seis meses, solicita que de forma subsidiaria se considere que la supuesta infracción del artículo 21 LSSI ha prescrito al haber transcurrido los 6 meses previstos y que se computan desde la fecha en la que en la que en interpretación de la AEPD WIZINK cometió infracción, debiendo por tanto quedar archivado el caso.

Es decir, teniendo en cuenta que el plazo de prescripción de la misma es de seis (6) meses y el Acuerdo de inicio del Procedimiento Sancionador se notificó a esta parte en fecha 23 de Febrero de 2023, tales infracciones se encuentran totalmente prescritas al haber transcurrido un período superior a seis (6) meses desde su presunta comisión.

En virtud de lo expuesto, SOLICITO A LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS que tenga por presentado en tiempo y forma el presente escrito de alegaciones, se sirva a admitirlo, y, previos los trámites oportunos, acuerde el archivo del Expediente referenciado dejando sin efecto el procedimiento sancionador iniciado contra WIZINK.

Subsidiariamente al petitum principal, si el Instructor no estima el suplico no se aplique el criterio agravante para la graduación de la sanción conforme al artículo 40 LSSI y la alegación sexta del presente escrito, y que se tenga como atenuante la actuación proactiva de Wizink recogiendo el deseo expresado por el cliente a que hace mención igualmente la alegación sexta anterior, y en dicho caso se reduzca la cuantía de la sanción propuesta para la infracción leve de LSSI. PRIMER OTROSÍ DIGO: que esta parte manifiesta su voluntad de subsanar los defectos en los que haya podido incurrir en el presente escrito. SOLICITO: que tenga por hecha la anterior manifestación a los efectos oportunos.

De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento y de la documentación obrante en el expediente, han quedado acreditados los siguientes:

HECHOS PROBADOS

Primero: El reclamante indica en su escrito de reclamación que sigue recibiendo correos electrónicos publicitarios de la entidad financiera WIZINK después de haber solicitado la oposición a la recepción de dichos correos el 05/05/22 y haber recibido respuesta satisfactoria de la parte de la entidad:

- “Pantallazo del Buzón de contacto con el Banco: Acceso online al banco online de WiZink”, (*****EMAIL.2**), con fecha 05/05/22:

Buzón [0]

ENVIADOS



<<REDACTAR>>

ENVIADOS

(...): No quiero recibir comunicaciones comerciales relacionadas con productos de crédito, ahorro, seguros o similares.

Segundo: Junto al escrito de reclamación se aporta copia y cabecera de un correo electrónico, de fecha 08/09/22, con el asunto: "En septiembre, recupera dinero en tus pedidos de comida a domicilio". Asimismo, acompaña una captura de pantalla de la bandeja de entrada de su correo, donde se visualiza la recepción de 10 correos electrónicos entre el 04/05/22 y el 08/09/22.

Tercero: En el correo electrónico enviado al reclamante el 08/09/22, se puede leer los siguientes mensajes, claramente con un cariz comercial:

"En septiembre, recupera dinero en tus pedidos de comida a domicilio"

Te escribimos para recordarte el listado de comercios de comida a domicilio y para llevar en los que podrás recuperar dinero este septiembre. Gracias a tu tarjeta y a WiZink Extra1, el programa de beneficios gratuito que lleva asociado, y que forma parte de tu contrato de tarjeta.

GLOVO

3% de descuento

Reembolso máximo por compra: 3€

Umbral de reembolso: 5€

HEALTHY POKE

15% de descuento

Reembolso máximo por compra: 3€

Umbral de reembolso: 5€

MALVON

10% de descuento

Reembolso máximo por compra: 2,5€

Umbral de reembolso: 5€

Consulta aquí comercios adheridos

MISS SHUSHI

10% de descuento

Reembolso máximo por compra: 4€

Umbral de reembolso: 8€

Consulta aquí comercios adheridos

(...)

La fecha de tu inscripción en el programa, y por tanto el momento en el que vas a empezar a acumular dinero por tus compras (o has empezado a



acumularlo) ha sido la del primer acceso que hicieras a la App WiZink a partir del 18/11/21.

Cada comercio define un % de reembolso y un máximo por compra, el tipo de compras en las que se aplica (físicas, web o app) y un umbral de reembolso o descuento directo según el comercio decida. A lo largo del tiempo se pueden incorporar nuevos comercios y otros pueden dejar de aparecer, por lo que no te olvides de consultar en la App WiZink las condiciones específicas vigentes de cada comercio.

Los logotipos incluidos en esta comunicación son propiedad de sus respectivos propietarios. (...)

Cuarto: En el correo electrónico enviado al reclamante el 03/11/22, (Documento Nº 2, aportado por la entidad reclamada a esta Agencia en su escrito de fecha 15/11/22), contiene mensajes claramente con un cariz comercial:

DOCUMENTO NÚMERO 2

100.000

“Recupera el Dinero con WiZink Extra”

Para tus compras con tu WiZink en los comercios adheridos al programa de beneficios de tu tarjeta y recupera el dinero

“DIA” “PC Componentes” “GLOVO”...

En cada compra que hagas en ellos acumulas un % de tu gasto y cuando la suma de esos % llegue a una cantidad concreta, a la que llamamos umbral y diferente en cada comercio, te la reembolsaremos en tu tarjeta.

Ten en cuenta que algunos comercios no tienen umbral, por lo que, en cada compra reembolsaremos directamente en tu tarjeta el % del gasto.

<<VER TODOS LOS COMERCIOS ADHERIDOS>>

¿Quieres disfrutar ya de WiZink Extra?

Si no eres cliente de WiZink <<aquí>> podrás elegir la mejor tarjeta que se adapte a tus necesidades. Solicítala on-line en tan solo 5 minutos.

<<VER TARJETAS>>

“A esta Fiesta todo el mundo está invitado”

(...)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I-
Competencia

Es competente para iniciar y resolver este Procedimiento Sancionador, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo establecido en el art. 43.1, párrafo segundo, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI).

II-
Contestación a las alegaciones presentadas.

Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo, procede contestar las alegaciones presentadas a la incoación del expediente:

a).- Sobre que el “Producto contratado por el reclamante incorpora un programa de bonificaciones “wizink extra” y seguros gratuitos”:

En el presente caso, no se está dilucidando sobre las funcionalidades que posee la tarjeta de crédito que ofrece WIZINK a sus clientes y que ventajas o programas tiene incorporados, pues en el caso que nos ocupa, lo que se intenta esclarecer es si la entidad reclamada envió comunicaciones comerciales al reclamante sin autorización expresa, esto es, después de que el reclamante expresara su deseo de no recibir más comunicaciones comerciales de la entidad financiera.

Pues bien, según el reclamante, después de que notificara a la entidad WIZINK su deseo de no recibir más comunicaciones comerciales el 05/05/22 y haber tenido respuesta “acusando recibo” de ello por parte de la entidad, denuncia que seguía recibiendo correos electrónicos publicitarios de la entidad financiera WIZINK, y para corroborarlo, presenta, copia y cabecera de un correo electrónico fechado el 08/09/22, con el asunto: “En septiembre, recupera dinero en tus pedidos de comida a domicilio”, así como la captura de pantalla de la bandeja de entrada de su correo electrónico, donde se visualiza la recepción de 10 correos, enviados entre el 04/05/22 y el 08/09/22 desde la entidad financiera WIZINK.

Por su parte, la entidad financiera aporta a esta Agencia, el correo electrónico enviado al reclamante el 03/11/22, (Documento Nº 2, aportado por la entidad reclamada a esta Agencia en su escrito de fecha 15/11/22), conteniendo un mensaje con un cariz claramente publicitario, comercial o promocional.

Sobre las alegaciones presentadas en el sentido de afirmar el “carácter informativo de las comunicaciones enviadas al reclamante”.

Sobre las alegaciones presentadas por la entidad reclamada en el sentido de indicar que “todas tenían un carácter informativo y así fue indicado específicamente con la etiqueta de “Comunicación Informativa”, en primer lugar, decir que, en el anexo de la LSSI, se define, en su punto f) la “Comunicación comercial”, a efectos de aplicación de la Ley, como:

“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

Pero es que además, si tomamos la definición de la RAE, se define la “comunicación comercial como aquella que pretende *“promocionar el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones “.*

Pues bien, tal y como reconoce la entidad reclamada el 08/09/22, se envió al reclamante una comunicación en relación al Programa “WiZink Extra”. No obstante mantiene que esta comunicación no tenía por objeto “promocionar comercialmente ningún producto de WiZink ni incentivar a que contrate un nuevo producto”, sino que se trataba de una comunicación genérica sobre el programa asociado a la tarjeta que el reclamante tenía activa y afirma que lo único que buscaba era “informar sobre los nuevos comercios adheridos al programa”.

En el caso que nos ocupa, en la copia del correo electrónico enviado desde la dirección “WiZink”, el día 08/09/22, a la dirección de correo electrónico del reclamante, se puede leer el siguiente mensaje:

*“Hola **A.A.A.**: Te escribimos para recordarte el listado de comercios de comida a domicilio y para llevar en los que podrás recuperar dinero este septiembre. Gracias a tu tarjeta y a WiZink Extra1, el programa de beneficios gratuito que lleva asociado, y que forma parte de tu contrato de tarjeta (...):”*

Y a continuación se listaba hasta 12 “logos” de comercios o servicios con sus respectivas promociones, como por ejemplo “GLOVO; 3% de descuento, Reembolso máximo por compra: 3€; Umbral de reembolso: 5€; HEALTHY POKE: 15% de descuento; Reembolso máximo por compra: 3€; Umbral de reembolso: 5€...”

Sobre el DOCUMENTO NÚMERO 2 referido por la AEPD, en el que la entidad manifiesta que “no es la copia de un correo electrónico enviado por WiZink al reclamante, sino que es la impresión de pantalla de la información del programa “WiZink extra” que estaba publicada en la web de wizink, debemos recordar que, en el escrito enviado por la entidad financiera a esta Agencia el día 15/11/22, se indica textualmente, lo siguiente:

“Se adjunta como DOCUMENTO NÚMERO 1 copia íntegra de la contestación remitida al <<reclamante>> a la dirección de correo electrónico facilitada en el contrato de tarjeta de crédito suscrito por el reclamante (...). Nótese que dicho documento incluye copia del correo electrónico enviado al reclamante con la contestación, así como la copia del correo electrónico remitido al reclamante con la contraseña.

Se adjunta como DOCUMENTO NUMERO 2, copia de justificación de haber enviado dicha contestación por correo electrónico con acuse de recibo”.

Y en el documento marcado por la entidad financiera como “DOCUMENTO NÚMERO 2” enviado a esta Agencia, se puede leer textualmente lo siguiente:

“Recupera el Dinero con WiZink Extra”

Para tus compras con tu WiZink en los comercios adheridos al programa de beneficios de tu tarjeta y recupera el dinero

“DIA” “PC Componentes” “GLOVO”...

En cada compra que hagas en ellos acumulas un % de tu gasto y cuando la suma de esos % llegue a una cantidad concreta, a la que llamamos umbral y diferente en cada comercio, te la reembolsaremos en tu tarjeta.

Ten en cuenta que algunos comercios no tienen umbral, por lo que, en cada compra reembolsaremos directamente en tu tarjeta el % del gasto.

<<VER TODOS LOS COMERCIOS ADHERIDOS>>

¿Quieres disfrutar ya de WiZink Extra?

Si no eres cliente de WiZink <<aquí>> podrás elegir la mejor tarjeta que se adapte a tus necesidades. Solicítala on-line en tan solo 5 minutos.

<<VER TARJETAS>>

*“A esta Fiesta todo el mundo está invitado”
(...)*

Teniendo ambos correos, claramente, información dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de empresas, que realizan una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, tal y como se define en la norma.

c).- Sobre la “interpretación del concepto de comunicación comercial”

La entidad reclamada hace mención es este punto al apartado f) del anexo de la LSSI en el cual se define la “Comunicación comercial” como:

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

e indica que, WIZINK envió al reclamante mensajes comerciales o publicitarios sobre el programa de bonificaciones “WiZink Extra” incluido en su tarjeta, no teniendo por objeto promocionar la contratación de ningún producto ni servicio del Banco, ni lleva aparejado una contraprestación económica sino que tiene como objeto informar al cliente conforme al contrato de tarjeta de cuáles son los comercios adheridos a dicho programa.

En este punto, volvemos a recordar que, en el correo electrónico enviado al reclamante el 08/09/22, después de que se solicitara a la entidad que no le volvieran a enviar comunicaciones comerciales, se puede leer, textualmente, lo siguiente:

“En septiembre, recupera dinero en tus pedidos de comida a domicilio”

Te escribimos para recordarte el listado de comercios de comida a domicilio y para llevar en los que podrás recuperar dinero este septiembre. Gracias a tu tarjeta y a WiZink Extra1, el programa de beneficios gratuito que lleva asociado, y que forma parte de tu contrato de tarjeta.

GLOVO

3% de descuento

Reembolso máximo por compra: 3€

Umbral de reembolso: 5€

HEALTHY POKE

15% de descuento

Reembolso máximo por compra: 3€

Umbral de reembolso: 5€

MALVON

10% de descuento

Reembolso máximo por compra: 2,5€

Umbral de reembolso: 5€

Consulta aquí comercios adheridos

MISS SHUSHI

10% de descuento

Reembolso máximo por compra: 4€

Umbral de reembolso: 8€

Consulta aquí comercios adheridos

(...)

La fecha de tu inscripción en el programa, y por tanto el momento en el que vas a empezar a acumular dinero por tus compras (o has empezado a acumularlo) ha sido la del primer acceso que hicieras a la App WiZink a partir del 18/11/21.

Cada comercio define un % de reembolso y un máximo por compra, el tipo de compras en las que se aplica (físicas, web o app) y un umbral de reembolso o descuento directo según el comercio decida. A lo largo del tiempo se pueden incorporar nuevos comercios y otros pueden dejar de aparecer, por lo que no te olvides de consultar en la App WiZink las condiciones específicas vigentes de cada comercio.

Los logotipos incluidos en esta comunicación son propiedad de sus respectivos propietarios. (...)

Pues bien, como es sabido, la remisión de comunicaciones comerciales por medios electrónicos se encuentra regulada por el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio,

de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, cuyo apartado 1 dispone claramente que:

“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”.

Dicha regla únicamente quedaría exceptuada en el supuesto de que existiera una relación contractual previa y “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”, tal y como establece el primer párrafo del apartado 2 del precepto.

Dicho precepto fue modificado por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones como consecuencia de la transposición de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

Dicha Directiva introdujo en el conjunto de la Unión Europea el principio de “opt in”, es decir, la necesidad de contar con el consentimiento previo del destinatario para el envío de correo electrónico con fines comerciales. De este modo, 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.

De este modo, el citado artículo 21 opera como límite al que habrá de estarse en todo caso cuando las acciones de mercadotecnia o publicidad se lleven a cabo a través de medios electrónicos, al establecerse para estos supuestos la regla general del consentimiento expreso del interesado para su realización a menos que dichas acciones se refieran a “productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente” y el sujeto no manifieste su voluntad en contra.

En este mismo sentido, la jurisprudencia ha venido resaltando la aplicación del principio de especialidad, tal y como ha sido resuelto por la Audiencia Nacional en Sentencia de 9 de enero de 2009, recaída en el recurso 97/2007, en cuyo fundamento de derecho cuarto se indica lo siguiente: “[...] La LSSI, de 11 de julio, tiene como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información. Su Exposición de Motivos señala que en lo referente a las comunicaciones comerciales, prohíbe su envío por correo electrónico u otras vías de comunicación electrónica equivalente, salvo que el destinatario haya prestado su consentimiento. Con posterioridad, se dictó la Directiva 2002/58/CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las

telecomunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), aplicable a esta materia, que se traspuso en la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, cuya Disposición adicional primera, apartado número uno, dio al artículo 21 LSSI la redacción vigente. En su Considerando 40, señala dicha Directiva, que “Deben ofrecerse garantías a los abonados contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, especialmente a través de llamadores automáticos, faxes y mensajes de correo electrónico, incluidos los de SMS.

Recordemos que, antes del envío del correo electrónico citado, el 05/05/22, el reclamante ya manifestó ante la entidad financiera WiZink su deseo de no recibir más comunicaciones comerciales relacionadas con “productos de crédito, ahorro, seguros o similares”.

d).- sobre “La inaplicación de la ley de servicios de servicios de sociedad de información:

La LSSI se aplica a los siguientes servicios relacionados con Internet cuando constituyan una actividad económica o lucrativa para el prestador del servicio en cuestión: Comercio electrónico; Contratación en línea; Información y publicidad y Servicios de intermediación.

¿Quiénes prestan servicios relacionados con Internet? Pues bien, según la LSSI, se pueden agrupar en “Proveedores de Servicios de Intermediación” como pueden ser, Empresas que brindan conexión a Internet a sus clientes (ISP); Prestadores de servicios de alojamiento de datos; Servicios de enlaces; Buscadores o “Empresas y particulares” que serán Personas jurídicas y particulares que realicen actividades económicas a través de Internet.

Se trata, por tanto, de conceptos propios de la LSSI, que cuentan todos ellos con una definición establecida en la propia norma: por un lado, tanto la rúbrica del artículo como el tenor literal del artículo hablan del destinatario, que según el apartado d) del Anexo de la LSSI es la “persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información. Es decir, no estamos hablando de todo tipo de usuarios, sino de destinatarios en sentido legal. Por otro lado, el Anexo de la LSSI define en su apartado c) al prestador de servicios como la “persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”. Y por servicio de la sociedad de la información el apartado a) entiende “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”.

Y es que el art. 1 LSSI al identificar el objeto de la norma señala que “es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica...”. Y por eso el artículo 2 determina el ámbito de aplicación de la LSSI, en cuanto a los servicios ofrecidos y prestados de los establecidos en España u ofrecidos a través de un establecimiento en España, pero siempre hablando de los prestadores de servicios. Es decir, la LSSI se

aplica subjetivamente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, no a cualquier otro sujeto. Los conceptos, reiteramos, son conceptos legales, como son “servicios de la sociedad de la información”, “prestador de servicios” y “destinatario”, que están definidos en la propia norma.

Por tanto, el criterio para determinar si un servicio está incluido dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información es si constituye o no una actividad económica para su prestador. Todos los servicios que se ofrecen a cambio de un precio o contraprestación están, por tanto, sujetos a la Ley.

En el caso que nos ocupa, cuando la entidad financiera envía un correo electrónico con a uno de sus clientes, con el siguiente mensaje: “En septiembre, recupera dinero en tus pedidos de comida a domicilio: Te escribimos para recordarte el listado de comercios de comida a domicilio y para llevar en los que podrás recuperar dinero este septiembre. Gracias a tu tarjeta y a WiZink Extra, el programa de beneficios gratuito que lleva asociado, y que forma parte de tu contrato de tarjeta, GLOVO: 3% de descuento; Reembolso máximo por compra: 3€; Umbral de reembolso: 5€ (...)” no es difícil deducir su carácter publicitario, en el sentido de que la entidad financiera está proponiendo la utilización de su tarjeta de crédito “WiZink Extra” en “GLOVO” en vez de en otra empresa que haga el mismo servicio (en la competencia, por ejemplo) pues se le aplicará un descuento del 3% y/o un reembolso máximo en su compra de 3 euros.

e).- Sobre “la no existen agravantes para graduar la sanción”:

En este punto volver a recordar que, en el escrito enviado por la entidad financiera a esta Agencia el día 15/11/22, indica textualmente, lo siguiente:

“(...) Se adjunta como DOCUMENTO NÚMERO 1 copia íntegra de la contestación remitida al <<reclamante>> a la dirección de correo electrónico facilitada en el contrato de tarjeta de crédito suscrito por el reclamante. Nótese que dicho documento incluye copia del correo electrónico enviado al reclamante con la contestación, así como la copia del correo electrónico remitido al reclamante con la contraseña. Se adjunta como DOCUMENTO NUMERO 2, copia de justificación de haber enviado dicha contestación por correo electrónico con acuse de recibo.

Y en el documento marcado por la entidad financiera como “DOCUMENTO NUMERO 2” enviado a esta Agencia, como hemos indicado, el 15/11/22, se puede leer textualmente lo siguiente:

“Recupera el Dinero con WiZink Extra”

Para tus compras con tu WiZink en los comercios adheridos al programa de beneficios de tu tarjeta y recupera el dinero

“DIA” “PC Componentes” “GLOVO”...

En cada compra que hagas en ellos acumulas un % de tu gasto y cuando la suma de esos % llegue a una cantidad concreta, a la que llamamos umbral y diferente en cada comercio, te la reembolsaremos en tu tarjeta.

Ten en cuenta que algunos comercios no tienen umbral, por lo que, en cada compra reembolsaremos directamente en tu tarjeta el % del gasto.

<<VER TODOS LOS COMERCIOS ADHERIDOS>>

¿Quieres disfrutar ya de WiZink Extra?

Si no eres cliente de WiZink <<aquí>> podrás elegir la mejor tarjeta que se adapte a tus necesidades. Solicítala on-line en tan solo 5 minutos.

<<VER TARJETAS>>

“A esta Fiesta todo el mundo está invitado”

Recordemos que como agravante se aplicó el Apartado b) del artículo 40, esto es, el plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción, considerando que el reclamado notificó a la entidad WiZink, el 05/05/22, su deseo de no recibir más correos electrónicos publicitarios y se ha constatado que la entidad siguió enviando, al menos dos correos electrónicos publicitarios 2 y 6 meses después de haber solicitado “no más correos electrónicos” y que la entidad financiera acusara recibo de su solicitud.

f).- Sobre “la invocación de la prescripción de la infracción”

Establece el artículo 45. De la LSSI, sobre la “Prescripción”, lo siguiente:

Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.

Esta Agencia, imputa a la entidad financiera una infracción tipificada como leve conforme lo establecido en el artículo 38.4.d) de la LSSI, 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.”

La cronología de los hechos fue la siguiente:

Con fecha 05/05/22, el reclamante envía una comunicación a la entidad financiera solicitándola que no le envíen más comunicaciones comerciales.

Con fecha 08/09/22, el reclamante recibe en su correo electrónico un e-mail, que como hemos tenido la ocasión de ver, contenía un mensaje publicitario, comercial o promocional.

Con fecha 09/09/22, el reclamante presenta ante esta Agencia escrito de reclamación, denunciando los hechos indicados y,

Con fecha 23/02/23, la entidad financiera recibe la notificación de la incoación del expediente PS/055/2023, que hace referencia a los hechos indicados.

Pues bien, sin tener en cuenta, el correo electrónico publicitario recibido el 03/11/22 (aportado por la entidad) y solamente teniendo en cuenta el correo electrónico publicitario aportado por el reclamante, se puede deducir con un simple cálculo que desde que se cometió la infracción el 08/09/22 hasta que la entidad recibe la notificación de la incoación del expediente, el 23/02/23, solamente han pasado 5 meses y 15 días, por lo que no cabe, en este caso, invocar la prescripción de la infracción.

III.-

Sobre el envío de correos electrónicos con mensajes publicitarios habiéndose opuesto previamente a ello:

Como hemos indicado anteriormente, la LSSI define, en el punto f) su Anexo, las “comunicaciones comerciales” como:

“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.

Por tanto, es evidente que, los correos electrónicos enviados por la entidad WIZINK al reclamante, los días 08/09/22 y 03/11/22, (este último correo aportado por la propia entidad reclamada), después de que el reclamante solicitase la “no recepción de más publicidad” e, día 05/05/22, contenían un cariz eminentemente publicitario, comercial o promocional, según se quiera ver, a efectos de la LSSI y por lo tanto vulneraba lo establecido en esta norma.

IV

Tipificación de la posible infracción cometida

El artículo 21 de la LSSI, dispone 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 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.”

V.-

Propuesta de Sanción

Por tanto, de conformidad con las evidencias de las que se dispone en este momento, y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, los hechos expuestos podrían suponer la vulneración del artículo 21 de la LSSI, por parte de la entidad reclamada al enviar un correo electrónico publicitario tras oponerse a recibir comunicaciones electrónicas de este tipo.

La citada infracción se encuentra tipificada como “leve” en el art. 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*”.

A tenor de lo establecido en el artículo 39.1.c) de la LSSI, las infracciones leves podrán sancionarse con multa de hasta 30.000 €.

De acuerdo con los preceptos indicados, y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción del procedimiento, a efectos de fijar el importe de la sanción a imponer en el presente caso, se considera que procede graduar la sanción a imponer de acuerdo con los siguientes criterios agravantes que establece el artículo 40 de la LSSI:

- Apartado b): Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción, considerando que el reclamado notificó a la entidad WiZink, el 05/05/22, su deseo de no recibir más correos electrónicos publicitarios y se ha constatado que la entidad ha seguido enviándolos, al menos en dos ocasiones más, el 08/09/22 y 03/11/22, (este último correo aportado por la propia entidad reclamada).

A la vista de lo expuesto se procede a emitir la siguiente,

PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

PRIMERO: Que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a la entidad WIZINK BANK, S.A. con CIF.: A81831067, por infracción del

artículo 21 de la LSSI, tipificada como “leve” en el art. 38.4.d) de dicha norma, al enviar correo electrónico publicitario tras oponerse a recibir comunicaciones electrónicas de este tipo, con una sanción de **5.000 euros (cinco mil euros)**.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 85.2 de la LPACAP, se le informa de que podrá, en cualquier momento anterior a la resolución del presente procedimiento, llevar a cabo el pago voluntario de la sanción propuesta, lo que supondrá una reducción de un 20% del importe de la misma. Con la aplicación de esta reducción, la sanción quedaría establecida en **4.000 euros (cuatro mil euros)** y su pago implicará la terminación del procedimiento.

La efectividad de esta reducción estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción. En caso de que optara por proceder al pago voluntario de la cantidad especificada anteriormente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 85.2 citado, deberá hacerla efectiva mediante su ingreso en la cuenta restringida **Nº ES00 0000 0000 0000 0000 0000** abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en la entidad bancaria CAIXABANK, S.A., indicando en el concepto el número de referencia del procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento y la causa, por pago voluntario, de reducción del importe de la sanción. Asimismo, deberá enviar el justificante del ingreso a la Subdirección General de Inspección para proceder a cerrar el expediente.

En su virtud se le notifica cuanto antecede, y se le pone de manifiesto el procedimiento a fin de que en el plazo de DIEZ DÍAS pueda alegar cuanto considere en su defensa y presentar los documentos e informaciones que considere pertinentes, de acuerdo con el artículo 89.2 de la LPACAP.

José Pablo Lozoya Martín.
EL INSTRUCTOR DEL PROCEDIMIENTO

ANEXO

Relación de documentos obrantes en el Procedimiento PS/0055/2023, se notifica la relación de documentos obrantes en el procedimiento a fin de que pueda obtener las copias de los que estime convenientes:

1. Denuncia y documentación
2. Petición e Informes.
3. Acuerdo de inicio del procedimiento sancionador.
4. Alegaciones al acuerdo de inicio y documentos adjuntos.

>>

SEGUNDO: En fecha 27 de abril de 2023, la parte reclamada ha procedido al pago de la sanción en la cuantía de **4000 euros** haciendo uso de la reducción prevista en la propuesta de resolución transcrita anteriormente.

TERCERO: El pago realizado conlleva la renuncia a cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción, en relación con los hechos a los que se refiere la propuesta de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Competencia

De acuerdo con 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) y según lo establecido en los artículos 47, 48.1, 64.2 y 68.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), es competente para iniciar y resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

Asimismo, el artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que: "Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos."

Por último, la Disposición adicional cuarta *"Procedimiento en relación con las competencias atribuidas a la Agencia Española de Protección de Datos por otras leyes"* establece que: *"Lo dispuesto en el Título VIII y en sus normas de desarrollo será de aplicación a los procedimientos que la Agencia Española de Protección de Datos hubiera de tramitar en ejercicio de las competencias que le fueran atribuidas por otras leyes."*

II

Terminación del procedimiento

El artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP), bajo la rúbrica *"Terminación en los procedimientos sancionadores"* dispone lo siguiente:

"1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.

2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.

3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí. Las citadas reducciones, deberán estar determinadas en la notificación de iniciación

del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente.”

De acuerdo con lo señalado,
la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la terminación del procedimiento **EXP202210721**, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la LPACAP.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **WIZINK BANK, S.A.**.

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 según lo preceptuado por el art. 114.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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.

968-171022

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