



Expediente Nº: E/00212/2016

### RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **GONZACAR, S.L.** en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

#### HECHOS

**PRIMERO:** Con fecha de 4 de diciembre de 2015 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta lo siguiente:

- Recibe desde hace años con cierta frecuencia en su teléfono móvil mensajes SMS publicitarios de **GONZACAR, S.L.** desde el número **H.H.H.**
- A lo largo de los años se ha puesto en contacto con **GONZACAR, S.L.**, en numerosas ocasiones para solicitar el cese de los envíos y la cancelación de sus datos personales a lo que han hecho caso omiso.
- No ha dado su consentimiento a **GONZACAR, S.L.** para el almacenamiento de sus datos personales en un fichero de **GONZACAR, S.L.** ni los ha cedido para su uso comercial.

El denunciante aporta imágenes del terminal con dos mensajes recibidos y copia de un correo electrónico en el que se solicita el cese de las comunicaciones remitidas al **G.G.G.** y la baja de sus datos.

En respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia, el 9 de febrero de 2016 tiene entrada un escrito del denunciante en el que aporta documentación acreditativa de la titularidad de la línea telefónica **G.G.G.** y una nueva imagen del terminal con los mensajes recibidos.

**SEGUNDO:** Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. **GONZACAR, S.L.** aporta copia de una orden de trabajo firmada que consta a nombre del denunciante con fecha de entrada de 7 de septiembre de 2012.

El documento, que incluye información relativa a la inclusión de los datos del cliente en un fichero de titularidad de **GONZACAR, S.L.** y los derechos que le asisten. El documento incluye asimismo una casilla que aparece sin marcar mediante la cual el cliente podría haberse negado al uso promocional de sus datos.

2. **GONZACAR, S.L.** manifiesta que en 2012 cuando un cliente era nuevo como en este caso se le pedían sus datos para incluirlos en su sistema informático desde el que se imprimía la orden de trabajo que aportan y que fue en ese momento en el que se recabaron todos los datos del denunciante, incluida su línea de móvil.

Aporta la entidad copia del modelo de formulario utilizado actualmente que debe de completar a mano el propio cliente en el que también consta información relativa al titular del fichero en el que se incluirán los datos del cliente, los derechos que le asisten y la posibilidad de negarse al uso promocional de sus datos.

3. **GONZACAR, S.L.** remite un SMS el 19 de noviembre de 2015 que promociona sus productos y servicios.  
El mensaje dispone de información para solicitar la baja de la lista de destinatarios en forma del texto “Baixas SMS **F.F.F.**”.
4. El 19 de noviembre de 2015 el denunciante remite un correo electrónico a la dirección [sistemas@gonzacar.es](mailto:sistemas@gonzacar.es). En el correo se solicita el cese de las comunicaciones remitidas al **G.G.G.** y la baja de sus datos.
5. **GONZACAR, S.L.**, manifiesta haber respondido el 20 de noviembre de 2015, mediante SMS, indicando que se ha cursado la baja del número de teléfono y que para ejercitar los derechos ARCO es necesario que envíe su DNI. El mensaje incluye un enlace con los términos y condiciones del sitio web [www.gonzacar.com](http://www.gonzacar.com).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en lo sucesivo LSSI).

### **II**

Actualmente se denomina “spam” a todo tipo de comunicación no solicitada hecha por vía electrónica y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. El bajo coste de los envíos de correos electrónicos vía Internet o mediante telefonía móvil (SMS y MMS), su posible anonimato, la velocidad con que llega a los destinatarios y las posibilidades que ofrece en cuanto al volumen de las transmisiones han permitido que esta práctica se realice de forma abusiva e indiscriminada.

El envío de publicidad a través de medios electrónicos exige que previamente haya sido autorizado o consentido. Así lo establece el artículo 21 de la LSSI que obliga además al prestador del servicio a ofrecer al destinatario los mecanismos para oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales exigiendo, si la comunicación comercial se efectúa por correo electrónico, que se ofrezca la posibilidad de oponerse a estos envíos a través de una dirección electrónica válida.

El artículo 21 de la LSSI – según redacción introducida por Disposición Final segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (L.G.T.) - , dispone:

*“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.*

*2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.*

*En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.*

*Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”*

Por otra parte, la LSSI considera “Comunicación comercial” (apartado f, del Anexo “Definiciones”) a “*toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.*”

*A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.”*

De los preceptos transcritos resulta que podría ser constitutivo de una infracción grave o leve de la LSSI -tipificadas, respectivamente, en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de la Ley 34/2002- el envío de comunicaciones comerciales que no reúnan alguno de los requisitos que exige el artículo 21: Por una parte que hayan sido expresamente autorizadas -salvo que los datos de contacto del destinatario de la comunicación se hubieran obtenido por el prestador del servicio de forma lícita con ocasión de una relación contractual y los empleara para comunicaciones promocionales de productos de su propia empresa similares a los que fueron objeto de contratación inicial- y, por otra, que ofrezcan al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento en cada comunicación que le dirijan.

### III

Ahora bien, 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*”

Por tanto, 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. Esta información así configurada debe tomarse como un presupuesto necesario para otorgar validez a la manifestación de voluntad del afectado.

En este caso el denunciante manifiesta que el 19 de noviembre de 2015, **GONZACAR, S.L.**, le ha remitido un SMS de carácter publicitario, pese a no haber dado su consentimiento, ni mantener ninguna relación comercial con dicha entidad, por lo que ese mismo 19 de noviembre de 2015, remite un correo electrónico a la dirección [sistemas@gonzacar.es](mailto:sistemas@gonzacar.es) solicitando el cese de las comunicaciones remitidas a la línea de teléfono **G.G.G.**, titularidad del denunciante, y la baja de sus datos personales.

En respuesta a la solicitud de baja del denunciante, de 19 de noviembre de 2015, **GONZACAR, S.L.**, manifiesta haber respondido el 20 de noviembre de 2015, mediante SMS, indicando que se ha cursado la baja del número de teléfono y que para ejercitar los derechos ARCO es necesario que envíe su DNI. El mensaje incluye un enlace con los términos y condiciones del sitio web [www.gonzacar.com](http://www.gonzacar.com).

Respecto a la existencia o no de relación comercial entre las partes, **GONZACAR, S.L.**, justifica que tenga registrados los datos personales del denunciante, entre los que consta la línea de teléfono **G.G.G.**, mediante albarán de trabajos realizados en el coche del cliente el 7 de septiembre de 2012 documento que acredita que en esa fecha tuvo relación contractual con el denunciante.

En relación a si el denunciante ha dado o no su consentimiento para recibir publicidad, señalar que el mencionado albarán aparece firmado por el denunciante, y pese a contener cláusula informativa para la recogida de datos con fines comerciales, y casilla para indicar su negativa a recibir publicidad, dicha casilla está sin marcar.

Señalar además, que la comunicación de carácter publicitario remitida al denunciante por **GONZACAR, S.L.**, cuenta con un procedimiento de baja a solicitud del que recibe la comunicación, en forma del texto "Baixas SMS **F.F.F.**", por lo que se estaría cumpliendo lo establecido en el artículo 21.2 de la LSSI:

*"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."*

Por otro lado debe indicarse que, **GONZACAR, S.L.**, no informa en la cláusula informativa del albarán los sectores de actividad respecto de los que el interesado puede recibir publicidad ya que únicamente informa de la posible remisión de "información comercial sobre productos y servicios".

Concluir que, en este caso, en el SMS denunciado se publicitan los servicios propios de la entidad denunciada, por lo que en el supuesto presente ha de entenderse que el envío de la comunicación comercial resulta conforme con la LSSI y LOPD, ya que la publicidad remitida se refiere a servicios propios y no va más allá de la publicidad que espera recibir el interesado al entenderse otorgado su consentimiento a **GONZACAR, S.L.**, para el tratamiento de sus datos con fines publicitarios, al no haberse opuesto a ella, ya que no ha marcado la casilla habilitada para oponerse a la recepción de publicidad, habilitada en el albarán firmado por el denunciante el 7 de septiembre de 2012.

Así las cosas de la documentación aportada parece desprenderse que **GONZACAR, S.L.** ha actuado de conformidad con lo indicado en el art. 21.2 de la LSSI, al facilitar en el SMS remitido al denunciante, un procedimiento sencillo de baja, en forma del texto “Baixas SMS F.F.F.”.

#### IV

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

**SE ACUERDA:**

- **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
- **NOTIFICAR** la presente Resolución a **GONZACAR, S.L.** y a **A.A.A.**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos