

Expediente N°: E/06666/2015

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos en virtud de la denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 16/10/2015 ha tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante) en el que expone que continúa recibiendo sms publicitarios de REDPERFUMES.COM pese a haber solicitado en reiteradas ocasiones la baja de este tipo de comunicaciones.

Adjunta copia de las pantallas del terminal móvil referentes a 7 sms en los que se promociona la página web www.redperfumes.com recibidos entre el 26/12/2014 y el 16/06/2015. En todos los sms, excepto en el de fecha 26/12/2014, se incluye la indicación "stop sms web". Aporta, asimismo, copia de un mensaje electrónico enviado desde su dirección,@gmail.com, a ...@redperfumes.com el 18/12/2014 solicitando que den de baja el envío de sms publicitarios a su móvil *****TEL.1**.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos realizó actuaciones encaminadas al esclarecimiento de los hechos teniendo conocimiento de los siguientes extremos que constan en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproduce:

"ANTECEDENTES

*Con fecha de 16 de octubre de 2015 tiene entrada, a través de su sede electrónica, en esta Agencia una denuncia interpuesta por **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta lo siguiente:*

- 1. No ha solicitado o autorizado el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos a REDPERFUMES.*
- 2. Ha recibido 7 mensajes publicitarios a través de SMS en su teléfono móvil en distintas fechas y de distintos números de procedencia, cuyos contenidos son relativos a promociones de descuento en el sitio de venta online redperfumes.com*

El denunciante aporta imágenes del terminal con los mensajes recibidos.

HECHOS CONSTATADOS

- 1. El denunciante aporta las imágenes de los mensajes recibidos, de las que se desprende que en uno de ellos no es posible precisar la fecha ya que consta recibió "ayer" y el resto corresponden a las fechas 26/12/2014, 6/2/2015, 1/4/2015, 29/4/2014, 28/5/2015 y 16/6/2015, en consecuencia estarían prescritos todos ellos excepto el correspondiente al mensaje recibido el día 16/6/2015 a las 13:37 remitido desde la línea +34 *****TEL.1**, con el siguiente contenido: ******NOMBRE.1***

DESCUENTO de 5 eur y ENVIO GRATIS hasta fin de mes con el código JUNIO en redperfumes.com. +Info condiciones. +stop sms en web"

*En los sistemas de VODAFONE ESPAÑA, SAU consta la recepción de un mensaje el día 16/6/2015 entre las 13 y las 14 horas procedente de la línea +34 ***TEL.1, cuyo titular es **D. B.B.B.** con número de pasaporte ***NÚMERO.1. Al ser un servicio prepago no consta más información de dicho cliente en los sistemas de VODAFONE ESPAÑA, SAU.*

2. El denunciante también aporta copia de un correo electrónico de fecha 18 de diciembre de 2014 dirigido a la dirección ...@redperfumes.com en el que solicita la baja de publicidad para el número ***TEL.2.
3. Se ha comprobado por la inspección de datos que la página web redperfumes.com dispone de un enlace denominado "Baja publicidad" que redirige a una sección en la que se facilita un procedimiento de baja. En dicha sección hay un campo que solicita la introducción de un e-mail o teléfono y un botón de baja. Se ha introducido el número de teléfono móvil ***TEL.2 y el procedimiento parece funcionar correctamente, dado que se obtiene como respuesta el mensaje "Gracias, su baja publicitaria se ha realizado correctamente". En la misma sección se informa de que también se puede solicitar la baja de publicidad remitiendo un mensaje a la dirección de correo electrónico ...@redperfumes.com.
4. El denunciante aporta, mediante correo electrónico de fecha de entrada 20 de noviembre de 2015, copia del correo electrónico remitido desde ...@redperfumes.com relativo a la confirmación del pedido que realizó el día 19 de diciembre de 2013 a través de la página web redperfumes.com. En dicho correo no consta información de la empresa que realiza la facturación. El denunciante manifiesta que desde que interpuso la denuncia ante la Agencia Española de Protección de Datos no ha vuelto a recibir publicidad.
5. En el aviso legal del sitio redperfumes.com consta que REDPERFUMES es dirigida por NICE AND BEAUTY LTD, con domicilio en Hong Kong.
6. El dominio redperfumes.com está registrado a través de la empresa GODADDY.COM, LLC con sede en Estados Unidos y aparecen con acceso restringido los datos relativos al titular del mismo.

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) que atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos la competencia para sancionar por la comisión de las infracciones graves y leves tipificadas en los artículos 38.3.c), d) e i) y 38.4.d), g) y h) de la LSSI, respectivamente.

II

El marco normativo en el que han de valorarse los hechos expuestos en la denuncia está constituido por los siguientes preceptos de la LSSI:

Artículo 21, “*Prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalente.*”

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” (El subrayado es de la AEPD)

Artículo 22 “*Derechos de los destinatarios de servicios.*”

1. *El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.*

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. 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.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos. (...)” (El subrayado es de la AEPD)

El apartado f) del Anexo de la LSSI, “*Definiciones*”, considera “*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."

La vulneración de las obligaciones impuestas por el artículo 21 de la LSSI se tipifica como infracción grave o leve, respectivamente, en los artículos 38.3.c) y 38.4. d) en los siguientes términos:

El artículo 38.3.c) señala: *"Son infracciones graves (..) c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, o 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"*

El artículo 38.4.d) dispone: *"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".*

Finalmente, el artículo 45 de la LSSI establece que las infracciones graves y leves prescribirán, respectivamente, en seis meses y dos años.

III

La presente denuncia versa sobre las comunicaciones comerciales vía sms que el denunciante recibió en su móvil (*****TEL.1**) después de que, según dice, hubiera solicitado en reiteradas ocasiones la baja de estos envíos publicitarios.

Acompaña copia de 7 sms en los que se promociona la página web redperfumes.com: Mensajes de fecha 26/12/2014, enviado desde el número *****TEL.3**; de fecha 06/02/2015, desde el número *****TEL.4**; de 01/04/2015, enviado desde el número *****TEL.5**; de 29/04/2015, desde el *****TEL.6**; de fecha 28/05/2015 desde el número *****TEL.7** y de 16/06/2015 enviado desde el número *****TEL.8**.

A) Debemos comenzar subrayando que ha quedado acreditado que el denunciante adquirió productos a través de la página web www.redperfumes.com, pues obra en el expediente una impresión de pantalla obtenida de la citada página web relativa a la compra efectuada por él en fecha 19/12/2013.

Recordemos que, conforme al artículo 21.2 de la LSSI, para enviar comunicaciones comerciales no es preciso contar con el consentimiento expreso del destinatario que exige el artículo 21.1 de la Ley si entre éste y el prestador del servicio ha existido una relación contractual previa; el prestador del servicio ha obtenido sus datos de contacto de forma lícita y los emplea para comunicaciones publicitarias de servicios de la empresa similares a aquellos que fueron objeto de contratación inicial por el cliente. Circunstancias todas ellas que concurren en el presente caso, pues el denunciante fue cliente de RED PERFUMES a lo que hay que añadir que los sms que recibió publicitaban la compra de productos de la página web.

B) Corresponde analizar seguidamente si las comunicaciones objeto de la denuncia constituyen una infracción de la obligación que el artículo 21.2 de la LSSI impone al prestador del servicio de facilitar al destinatario un medio sencillo y gratuito para oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales.

Los sms publicitarios que el denunciante aportó con su denuncia –a excepción del que recibió el 26/12/2014, lo cual no es óbice para mantener el sentido final de esta resolución, pues respecto a ese mensaje la presunta infracción del artículo 21. 2 de la LSSI que pudiera haberse cometido prescribió el 26/06/2015, antes, por tanto, de que la denuncia hubiera entrado en la AEPD- incluían la indicación “stop sms web”.

Pues bien, la Inspección de Datos de la AEPD verificó que en la página web redperfumes.com existe un enlace denominado “Baja publicidad” que funciona correctamente. A través del enlace se llega a una página que bajo la rúbrica “Solicitar baja publicitaria” incluye la leyenda que pasamos a transcribir:

“Esta sección de Redperfumes.com se ha creado para los clientes que no desean recibir más comunicaciones publicitarias.

*Recuerde que puedes solicitar no recibir nuestras ofertas, descuentos y promociones especiales, de forma automática, haciendo clic en el link de **cancelar suscripción** presente en todos los correos enviados.*

Ponemos a su disposición otras dos sencillas formas para gestionar la baja publicitaria”, para añadir después:

“-Rellena el siguiente campo: Tu Email o Teléfono”. Junto a esta indicación figura un enlace para “Dar de baja”.

“-Enviando un email a ...@redperfumes.com, indicando que no desea recibir más publicidad (Recuerde facilitarnos la cuenta de correo electrónico que desea dar de baja, o en su defecto, el número de teléfono con el que está registrada su cuenta”. (El subrayado es de la AEPD)

Resulta de lo expuesto que las comunicaciones comerciales recibidas por el denunciante han respetado las previsiones del artículo 21.2 de la LSSI, dado que los sms remitían a la página web www.redperfumes.com y de que a través de ese sitio web se ofrece un medio sencillo y gratuito para oponerse a los envíos publicitarios.

C) El denunciante ha declarado que solicitó en “reiteradas ocasiones” la baja de la publicidad que recibe vía sms, pese a lo cual continuó recibiendo comunicaciones publicitarias por ese medio. El único documento aportado en prueba de haber ejercitado el derecho de oposición ante la denunciada es una copia del mail de fecha 18/12/2014 enviado desde su dirección electrónica@gmail.com a ...@redperfumes.com.

Sin embargo, no ha facilitado a la AEPD con ese mensaje electrónico ningún documento adicional que acredite que su petición de baja fue recibida por la denunciada; ya sea un mensaje de confirmación de la destinataria o las cabeceras del mensaje enviado. Así las cosas, al amparo del principio de presunción de inocencia y del principio “in dubio pro reo” - que despliega su eficacia en la valoración de la prueba- en tanto no se tenga constancia documental de que la destinataria del correo electrónico

en el que la denunciante pedía la baja de las comunicaciones publicitarias lo llegó a recibir, no es posible concluir que como sostiene el denunciante ejercitó el derecho de oposición al tratamiento de su número de teléfono con fines promocionales.

Sobre tal premisa, tampoco es posible afirmar que las comunicaciones publicitarias que el denunciante recibió después de haber enviado el correo electrónico de 18/12/2014 solicitando su baja dejaron de contar con la legitimación que deriva del artículo 21.2 de la LSSI y del hecho de que él hubiera adquirido productos a través de la página web publicitada en los sms antes de haberlos recibido.

A tenor de las reflexiones precedentes y de la documentación que obra en el expediente, se concluye que **no existe ningún indicio que permita inferir que los sms objeto de la presente denuncia** -en los que se promocionaba la venta de productos de la página web RED PERFUMES- **pudieran haber vulnerado la LSSI.**

Las razones son, en síntesis, que ni las comunicaciones comerciales denunciadas incumplen el artículo 21.1 de la LSSI, pues resulta aplicable la excepción del primer párrafo del artículo 21.2 de la citada Ley, por cuanto el denunciante adquirió productos a través de esa página web en 2013, ni tampoco se infringe el artículo 21.2 de la LSSI, ya que se facilitó al destinatario de las comunicaciones, en cada una de ellas, un medio sencillo y gratuito para oponerse al tratamiento de sus datos. Por último, que el documento que el denunciante ha aportado en prueba de haberse opuesto al envío de las citadas comunicaciones publicitarias, por sí solo, no acredita ese extremo, pues no consta que haya sido recibido por la destinataria, por lo que los sms recibidos después del 18/12/2014, -fecha del mail ejercitando la oposición- continúan teniendo amparo legal en el artículo 21.2 de la LSSI.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

- 1. PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
- 2. NOTIFICAR** la presente Resolución 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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

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