

Expediente N°: E/06773/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **RED UNIVERSAL DE MARKETING Y BOOKINGS ONLINE S.A.U.** en virtud de denuncia presentada por Don **B.B.B.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO Con fecha de 30 de septiembre de 2016 tiene entrada en esta Agencia una denuncia interpuesta por Don **B.B.B.**, en adelante el denunciante, cuyos aspectos más relevantes se describen a continuación:

1. Recibe correos electrónicos en su cuenta C.C.C. con origen en la dirección D.D.D.
2. No ha solicitado previamente dichos envíos.
3. Los correos electrónicos que recibe disponen de un procedimiento para darse de baja. *"Date de baja de nuestras ofertas. Política de privacidad"*, seguido de las condiciones en las que figura: *"Recibes este correo electrónico porque has dado tu consentimiento para recibir comunicaciones comerciales y/o has realizado una compra en algún sitio web de lastminute.com.group"* y consta la opción *"Si quieres darte de baja de las comunicaciones de lastminute.com.group, haz click aquí"*.
4. A pesar de haber solicitado la baja de la lista de destinatarios continúa recibiendo correos electrónicos.
5. El denunciante identifica como responsable de los envíos a la mercantil RED UNIVERSAL DE MARKETING Y BOOKINGS ONLINE, S.A.U. (en adelante RUMBO).

El denunciante aporta copia de la siguiente documentación:

- a) Correos electrónicos recibidos en fechas 14 y 29 de septiembre de 2016 junto con sus cabeceras completas.
- b) Impresiones de pantalla del proceso de baja realizado donde figura que una vez se ha accedido a la opción de baja, el sistema te solicita CONFIRMACIÓN y confirma la baja con el mensaje: *"Su solicitud se ha registrado correctamente. Desde este momento en adelante usted ya no recibirá nuestro boletín. No obstante, aún puede recibir un último boletín en caso de que ya estuviera programado antes de recibir su solicitud"*. En las impresiones de pantalla figura la fecha de 14/09/2016.

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. El denunciante recibió en su cuenta de correo C.C.C. dos comunicaciones comerciales con fechas 14 y 29 de septiembre de 2016, en los que se ofertan productos y servicios de RUMBO, específicamente de viajes.

2. En dichos envíos se informa al destinatario: “Recibes este correo electrónico porque has dado tu consentimiento para recibir comunicaciones comerciales y/o has realizado una compra en algún sitio web de lastminute.com group.

BravoNext, S.A. una empresa suiza que forma parte de lastminute.com.group..... y actúa como encargada del tratamiento de los datos de los que son responsables las sociedades de lastminute.com.group. Por tanto BravoNext te envía esta comunicación comercial en nombre propio o por cuenta de alguna sociedad perteneciente a lastminute.com.group. (...)

Si quieres darte de baja de las comunicaciones de lastminute.com group, haz click aquí.

*Por último te recordamos que en cualquier momento puedes ejercer tus derechos reconocidos en la normativa de protección de datos aplicable a través de la dirección **A.A.A.** ”.*

3. En respuesta a la solicitud de información realizada en fecha 20 de diciembre de 2016, se recibe un escrito de RUMBO registrado de entrada el 13 de enero de 2017, informando en referencia a los hechos denunciados que:

3.1. BravoNext S.A. y RUMBO pertenecen al mismo grupo empresarial (lastminute.com.group) y tienen suscrito un contrato de prestación de servicios en virtud del cual BravoNext, S.A. actúa como encargado del tratamiento de los ficheros cuyo responsable es RUMBO. (copia del contrato ha sido aportado por RUMBO en el Anexo I del escrito de contestación).

3.2. RUMBO, que opera en el mercado con la marca Rumbo y Viajar.com, manifiesta que los datos de los destinatarios de las comunicaciones comerciales se obtienen directamente de los usuarios y clientes de RUMBO que cumplimentan los formularios online incluidos en los sitios web www.viajar.com y www.rumbo.es titularidad de la empresa para la prestación de sus servicios.

3.3. RUMBO manifiesta que el denunciante realizó una reserva de billetes de avión en el portal www.viajar.com, para lo cual proporcionó sus datos en el formulario online incluido en el mismo y marcó, con carácter previo a la compra, una casilla de confirmación de lectura y aceptación de las condiciones contractuales y la política de privacidad. A este respecto RUMBO ha remitido la siguiente documentación:

Confirmación de la reserva de un billete de avión de ida y vuelta Barcelona-Madrid de Iberia con número de identificador remitida desde el sitio web www.viajar.com al denunciante por RUMBO, que actuaba como agencia de viajes intermediaria en la venta.

Impresión de pantalla de los datos del denunciante asociados a dicha reserva, donde consta que fue realizada en fecha **13/09/2016 20:52** y figura la dirección de correo **C.C.C.**

Documento de “Términos y condiciones para la reserva y la compra de vuelos”. En el apartado 8.7 del mismo, relativo a la “*Política de Privacidad e Información sobre el tratamiento de datos de carácter personal*”, consta que el usuario autoriza, expresamente a Rumbo a utilizar los datos personales proporcionados para, entre otras finalidades:

“E. Envío, excepto negativa del usuario, por parte de Rumbo, de material publicitario a través de correo electrónico, relativo a productos o servicios análogos o afines a los servicios o productos ofrecidos en el sitio web”

En el apartado 8.10 del mencionado documento se informa que cualquier usuario podrá “oponerse al tratamiento para el envío de material publicitario o de venta directa o para llevar a cabo estudios de mercado o comunicaciones comerciales” enviando solicitud a RUMBO a la dirección **A.A.A.**

3.4. RUMBO indica que el denunciante solicitó la baja a través del enlace incluido en las comunicaciones comerciales el día 30 de septiembre de 2016, a las 17:19 horas, momento en que fue dado de baja automáticamente en el sistema. A la empresa no le consta ni tiene registro de que el usuario realizase la solicitud de baja con anterioridad a esa fecha, ni a través del enlace ofrecido en las comunicaciones comerciales ni mediante el correo electrónico **A.A.A.** puesto a disposición de los usuarios y clientes para el ejercicio de los derechos ARCO en el apartado 8.10 de , el cual también aparece en el pie de todas las comunicaciones comerciales. La empresa aporta impresión de pantalla donde figura una baja realizada a la dirección de correo electrónico **C.C.C.** de fecha 30/09/2016 a las 17:19.

3.5. También presenta informe de actividad registrada para el usuario **C.C.C.**, reflejando que la actividad comienza con un envío en fecha 14/09/2016 y finaliza en fecha 30/09/2016 debido a que existe una activación del link de baja, procediéndose, por tanto, a la baja.

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

El artículo 126.1, apartado segundo, del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal establece:

“Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.”

III

En relación con el envío de comunicaciones comerciales por vía electrónica el artículo 21 de la LSSI, bajo la rúbrica *“Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes”*, establece 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 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 tanto, el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica, incluido el envío de mensajes SMS a terminales de telefonía móvil, debe haberse solicitado o autorizado expresamente por los destinatarios de los mismos, salvo que exista una relación contractual previa entre remitente y destinatario en los términos señalados en el primer párrafo del artículo 21.2 de la LSSI.

El artículo 22.1 de la LSSI, bajo la rúbrica “Derechos de los destinatarios de servicios”, lo siguiente:

“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.”

IV

El artículo 37 de la LSI establece como sujetos sobre los que impone su régimen sancionador a “los prestadores de servicios de la sociedad de la información”.

Para determinar qué sujetos se ajustan a dicha definición, ha de acudirse a lo

dispuesto en el Anexo de la citada ley, que define al “Prestador de servicios” (apartado,) *“como la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”*. Lo que se completa con la definición que sobre “Servicios de la sociedad de la información o servicios” ofrece el apartado a), del Anexo: *“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. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.*
- 2. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.*
- 3. La gestión de compras en la red por grupos de personas.*
- 4. El envío de comunicaciones comerciales.*
- 5. El suministro de información por vía telemática.”*

A su vez, la LSSI define en su Anexo f) como: *“ 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.”*

De acuerdo con lo señalado, el concepto de comunicación comercial engloba la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, es decir, ha de tratarse de todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

De lo anterior se deduce que, cuando la comunicación comercial no reúne los requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, pierde el carácter de comunicación comercial. En este sentido el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI señala dos supuestos, que no tendrán, a los efectos de esta Ley, la consideración de comunicación comercial. Por un lado los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, y, por otro, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

En el presente supuesto ha quedado acreditado que los correos electrónicos recibidos por el denunciante con fechas 14 y 29 de septiembre de 2016 respondían a la definición de comunicación comercial anteriormente indicada, ya que a través de los mismos RUMBO ofertaba a través de un medio de comunicación electrónica una serie de paquetes turísticos comercializados por dicha entidad en el marco de su actividad.

De este modo, al actuar dicha empresa como prestador de servicios de la

sociedad de la información está sujeta al régimen sancionador de la LSSI, cuyo artículo 38.4.d) tipifica como infracción leve: *“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”*, conducta que puede ser sancionada con multa de hasta 30.000 € de acuerdo con el artículo 39.1.c) de la citada LSSI.

A su vez, el artículo 19.2 de la LSSI dispone en cuanto al régimen jurídico que resulta de aplicación para las comunicaciones comerciales por vía electrónico que:

“2. En todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15.199, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en adelante LOOD, 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.”

Los artículos 34 y 35 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15.199, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, establecen:

“Artículo 34. Derecho de oposición.

El derecho de oposición es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo en los siguientes supuestos:

a) Cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, como consecuencia de la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, siempre que una Ley no disponga lo contrario.

b) Cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, en los términos previstos en el artículo 51 de este reglamento, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación.

c) Cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, en los términos previstos en el artículo 36 de este reglamento.

Artículo 35. Ejercicio del derecho de oposición.

1. El derecho de oposición se ejercitará mediante solicitud dirigida al responsable del tratamiento.

Cuando la oposición se realice con base en la letra a) del artículo anterior, en la solicitud deberán hacerse constar los motivos fundados y legítimos, relativos a una concreta situación personal del afectado, que justifican el ejercicio de este derecho.

2. El responsable del fichero resolverá sobre la solicitud de oposición en el plazo máximo de diez días a contar desde la recepción de la solicitud. Transcurrido el plazo sin que de forma expresa se responda a la petición, el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

En el caso de que no disponga de datos de carácter personal de los afectados deberá igualmente comunicárselo en el mismo plazo.

3. El responsable del fichero o tratamiento deberá excluir del tratamiento los

datos relativos al afectado que ejercite su derecho de oposición o denegar motivadamente la solicitud del interesado en el plazo previsto en el apartado 2 de este artículo. “

VI

En el supuesto que se examina se denuncia el envío de correos electrónicos comerciales por parte de RUMBO sin mediar solicitud previa del denunciante para ello, quien, además, también afirma continuar recibiendo este tipo de envíos a pesar de haber utilizado en varias ocasiones el enlace de baja incluido en los mensajes recibidos.

Sin embargo, de la valoración conjunta de los elementos de prueba resultantes de la documentación aportada tanto por el denunciante como por la entidad denunciada durante las actuaciones previas de investigación practicadas, se constata que la remisión de las comunicaciones comerciales denunciadas estaba amparada por lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 21.2 de la LSSI, que establece una excepción al consentimiento previo y expreso del destinatario de los envíos exigido en el artículo 21.1 de dicha norma si existe una relación contractual previa entre remitente y destinatario de las comunicaciones comerciales, siempre y cuando el prestador haya *obtenido lícitamente los datos de contacto del destinatario y los utilice para remitirle envíos referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que fueron objeto de contratación en su día con el cliente.*

De este modo, RUMBO ha acreditado documentalmente que mantuvo una relación contractual con el denunciante derivada de la compra por éste de un billete de avión de ida y vuelta de Iberia, en concreto Barcelona-Madrid y viceversa, cuya reserva fue realizada, vía on-line, por el denunciante con fecha 13 de septiembre de 2016. Para ello debió cumplimentar un formulario en la página web www.viajar.com de esa empresa facilitando sus datos personales, -entre ellos su correo electrónico-, a los efectos de la prestación del servicio solicitado, cuya tramitación requería la aceptación previa de las condiciones contractuales y la política de privacidad de la empresa, autorizando de esta forma al prestador de servicios el envío de correos electrónicos comerciales referentes a productos o servicios análogos o afines a los ofrecidos en el sitio web (condición 8.7).

Por lo tanto, el envío de las comunicaciones comerciales denunciadas estaba amparado en la relación contractual previa existente entre remitente y destinatario de los envíos, amén del consentimiento otorgado por el denunciante al aceptar el mencionado documento de privacidad al cumplimentar el formulario de reserva.

Por otra parte, los correos electrónicos comerciales denunciados, los cuales ofertaban productos y servicios similares al que fue objeto de contratación por su cliente, en este caso el denunciante, fueron remitidos por RUMBO con fechas 14 y 29 de septiembre de 2016, señalándose por esa empresa que en sus sistemas únicamente aparece registrada una solicitud de baja realizada por el cliente el día 30 de septiembre de 2016 desde el enlace ofrecido a tal fin por RUMBO en sus correos electrónicos comerciales. En apoyo de sus manifestaciones RUMBO aporta impresión de pantalla de tales sistemas con los registros de baja de usuarios correspondientes a esa fecha, entre los que figura el del denunciante.

En relación con esta cuestión, se considera que las impresiones de pantalla

aportadas por el denunciante para justificar que utilizó el mecanismo de baja con anterioridad a la recepción de los dos correos denunciados no justifican, en forma fehacientemente, que dicha solicitud se realizase el día 14 de septiembre de 2016, ya que esa es la fecha mostrada por el ordenador al obtener el pantallazo, que no consta acreditado que estuviese actualizada, sin que la misma aparezca en el enlace de solicitud de baja ni en la respuesta que emite el sistema.

En todo caso, consta que desde el 30 de septiembre de 2016 el correo electrónico del denunciante figura registrado de baja para su uso con fines publicitarios en los sistemas de RUMBO, no habiendo constancia de que con posterioridad a esa fecha se hayan remitido nuevas comunicaciones comerciales al correo electrónico del denunciante.

En conclusión, de la concurrencia de las circunstancias anteriormente señaladas, se considera que no hay pruebas de cargo acreditativas de una vulneración por RUMBO de la prohibición de remitir correos electrónicos comerciales por medios de comunicación electrónicos o similares prevista en el artículo 21.1 de la LSSI, procediendo acordar el archivo de las actuaciones practicadas.

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 **RED UNIVERSAL DE MARKETING Y BOOKINGS ONLINE S.A.U.** y a Don **B.B.B..**

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 los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de 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