

Expediente N°: E/01938/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 12/03/2014 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de **B.B.B.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que manifiesta que ha recibido, sin su consentimiento y sin que le hayan ofrecido la posibilidad de oponerse a la recepción de este tipo de comunicaciones promocionales o comerciales, un sms del “*dueño de la empresa*” de comida rápida en la que unos días antes había hecho un pedido y a la que había facilitado su número de móvil con la finalidad exclusiva de que el repartidor pudiera contactar con él si surgía alguna incidencia.

Aporta la captura de pantalla de un móvil con un mensaje recibido el 20/01/2014: “+*****TEL.1** SUSHI IN ahora somos GO SUSHI. Abrimos el 30 de enero. Nuevo teléfono. *****TEL.2**.www..... www.facebook.com.....”

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a practicar actuaciones de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos que se recogen en el Informe de Actuaciones Previas de Investigación que se reproduce:

<< ANTECEDENTES

*Con fecha de 12 de marzo de 2014 tiene entrada, a través de su sede electrónica, en esta Agencia una denuncia interpuesta por **B.B.B.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta lo siguiente:*

- 1. Hace tiempo llamó a un servicio de comida a domicilio y proporcionó su número de teléfono móvil para que el repartidor contactase con él en caso de incidencia. En ese momento no se le indica, ni expresa su consentimiento, para que se le envíe ningún tipo de comunicación comercial.*
- 2. Pocas semanas después recibió un SMS del dueño de dicha empresa en el que me informa de que ha abierto otra empresa distinta, denominada GO SUSHI, y le invita a conocerla.*

El mensaje no proporciona un medio de oponerse a los envíos.

*El denunciante aporta imágenes del terminal con el mensaje recibido el 20 de enero de 2014, en el que se identifica como origen la línea *****TEL.3** y el texto es “SUSHI IN ahora somos GO SUSHI. Abrimos el 30 de enero. Nuevo teléfono *****TEL.4**. www..... www.facebook.com/gosushioviedo “*

HECHOS CONSTATADOS

1. En la página web www.sushiin.es puede leerse que
"Desde Sushi In nos vemos obligados a informar a nuestros clientes acerca de la situación actual en la que se encuentra la empresa."

Sushi In no ha cambiado de nombre, ha cerrado sus puertas por decisión unilateral de uno de sus socios que, sin previo aviso a los otros 2, se ha apoderado sin nuestro consentimiento todo el material de la empresa para usarlo en su nuevo negocio.

Tenemos constancia de que, en la actualidad, se está dando a entender que Sushi In continúa con su actividad bajo otro nombre.

Queremos dejar claro que esto no es cierto, y que no nos responsabilizamos en ningún caso de temas sanitarios o de la calidad del producto que se está comercializando bajo la etiqueta "Sushi In".

2. El dominio sushiin.es está registrado a nombre del denunciante y el dominio gosushi.es está registrado a nombre de **A.A.A.**, en adelante el denunciado.
3. No consta ningún fichero registrado en el Registro General de Protección de datos a nombre del denunciante, el denunciado, GO SUSHI o SUSHI IN.
4. En los sistemas del operador que presta servicio a la línea del denunciante que recibió el SMS consta la recepción de un mensaje el 20 de enero a las 12:05 con origen en la línea *****TEL.3**.
5. La línea *****TEL.3** es la que consta como medio de contacto en el encabezado del escrito remitido por el denunciado

*En la fecha de envío de los mensajes, el titular de *****TEL.3** era la madre del denunciado pero este manifestó, en conversación mantenida el 23 de mayo de 2014, que el usuario de la línea y el responsable del envío de los mensajes era él mismo.*

6. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, el denunciado remitió un correo electrónico y un escrito. El Subinspector actuante mantuvo una conversación telefónica con el denunciado en el número *****TEL.3** el 23 de mayo de 2014 para aclarar algunas cuestiones. De lo manifestado en los escritos y en la conversación se desprende que:

- 6.1. SUSHI IN era un negocio que el denunciado, como trabajador autónomo, gestionaba.

A pesar de que el negocio se organizó entre varios socios, su gestión era realizada el mismo y no existe sociedad formal alguna entre el denunciado y los otros socios.

- 6.2. El denunciante es uno de sus ex socios, que está buscando hacerle daño de cualquier manera posible.

El denunciado aporta copia del registro de la marca SUSHI IN, que consta a nombre del denunciante y en la que figura como teléfono la línea que recibió el SMS, y de una factura de productos de menaje a nombre del denunciado y de CATERING SUSHI IN.

6.3. *La línea de teléfono del denunciante, al igual que la del resto de socios, figuraba en la lista de clientes fidelizados de SUSHI IN y lo que pretendía el SMS era alertar a los clientes de la nueva situación y si se le envió a sus ex socios fue por error.>>*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos conforme a lo establecido en el artículo 43.2 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 infracciones leves y graves de los artículos 38.4.d) y 38.3.c) de la LSSI respectivamente.

II

Actualmente se denomina “spam” a todo tipo de comunicación no solicitada realizada 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 haya sido previamente autorizado o consentido. Así lo dispone el artículo 21 de la LSSI que obliga también 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 la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, 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” (El subrayado es de la AEPD)

A su vez, 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.”

Por tanto, el envío de comunicaciones comerciales que no reúnan los requisitos del artículo 21 –esto es, por una parte, que no 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 no ofrezcan al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento en cada comunicación que le dirijan- podría ser constitutivo de una infracción grave o leve, tipificadas, respectivamente, en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de la LSSI.

El artículo 38 de la LSSI, en su redacción actual tipifica como infracción grave *“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 subrayado es de la Agencia)

El artículo 38.4, considera 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”* (El subrayado es de la AEPD)

III

Centrándonos en los hechos sobre los que versa la denuncia, como se expone a continuación, **no se aprecia en ellos infracción de las disposiciones de la LSSI anteriormente citadas.**

El envío de una comunicación comercial al número de teléfono del denunciante -dato que él reconoce haber facilitado a la empresa SUSHI IN, con la que también reconoce haber contratado la entrega domiciliaria de comida rápida- es acorde con las exigencias previstas en la Ley 34/2002 sobre el envío de comunicaciones comerciales o promocionales a través de sms.

El envío de la comunicación comercial al denunciante se encuadra, en el presente caso, en la dispensa que el apartado 2 del artículo 21 de la LSSI establece frente a la obligación prevista en el apartado 1 del mismo precepto de contar con el consentimiento expreso del destinatario para el envío de sms de naturaleza comercial.

Dispensa prevista para aquel supuesto - como el que nos ocupa- en el que ha existido una relación contractual previa entre el destinatario de la comunicación y el prestador del servicio relativa a la “*propia*” empresa de éste y a productos de naturaleza similar a aquellos que fueron objeto de contratación inicial.

En este sentido, hasta tal punto la empresa SUSHI GO, a la que alude la comunicación comercial recibida por el denunciante, pertenece también al prestador del servicio (el artículo 21.2 dice literalmente “*productos o servicios de su propia empresa*”) que la comunicación comercial se limita a informar de un cambio de nombre comercial, pasando a denominarse “*Sushi go*” la que antes era “*Sushi in*”, y del cambio igualmente del número de teléfono. El mensaje dice: “*SUSHI IN ahora somos SUSHI GO (..) Nuevo teléfono. ***TEL.5*”

Así las cosas, nada puede objetarse desde el punto de vista de las disposiciones de la LSSI al tratamiento del dato relativo al número de teléfono del denunciante para el envío de una comunicación comercial por parte de la empresa con la que reconoce haber contratado un pedido de comida rápida unos días antes y facilitado su número de móvil para el desenvolvimiento efectivo y sin incidencias del citado contrato.

No obstante, el artículo 21.2, párrafo segundo, de la LSSI requiere también que el prestador del servicio ofrezca al destinatario de la comunicación la posibilidad de oponerse al tratamiento y advierte que ese ofrecimiento debe tener lugar tanto en el momento en que se recogen los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija. Es más, tratándose de comunicaciones por correo electrónico, el citado precepto exige que el medio ofrecido consista en la inclusión de una dirección electrónica válida.

Llegados a este punto es preciso traer a colación la doctrina seguida por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, en la aplicación de la norma del párrafo segundo del artículo 21.2 de la LSSI.

La Audiencia Nacional viene manteniendo una interpretación de la disposición señalada contraria al criterio que la AEPD siguió inicialmente en sus Resoluciones sancionadoras. Doctrina que esta Agencia tiene la obligación de aplicar y de la que son exponente, entre otras, las SSAN de 15/06/2011 (Rec. 520/2010), 23/05/2012 (Rec. 885/2010) y de 25/10/2012 (Rec. 898/2010)

La SAN de 25/10/2012, en su Fundamento de Derecho Sexto, *in fine*, dice: “*Obsérvese que precisamente la exposición de motivos de dicha Ley 56/2007, de 28 de diciembre, indica que las modificaciones necesarias en el vigente texto de la Ley 34/2002, de 11 de julio, LSSI, tienen como finalidad, en primer lugar, revisar o eliminar obligaciones excesivas o innecesarias y, en segundo lugar, flexibilizar las obligaciones referidas a las comunicaciones comerciales y a la contratación electrónica a fin de, entre otras razones, adecuar su aplicación al uso de dispositivos móviles.*

Conforme a dicho nuevo precepto, por tanto, tal y como esta Sala ya ha declarado en supuestos en que se ha planteado idéntica cuestión (SAN de 25-5-2010, Rec 885/2010, por todas) a pesar del criterio mantenido por la AEPD, consideramos que ninguna irregularidad supone el hecho de que el modo de cancelación de los datos y la revocación del consentimiento aparezca no en cada mensaje, sino en la página Web de la entidad prestadora del servicio. E igualmente también es correcto y acomodado a la Ley el hecho de que las base de la contratación y las cláusulas de la misma se encuentren disponibles en la mencionada página Web de la entidad” (El subrayado es de la AEPD)

Paralelamente, y como se ha puesto de relieve en el Antecedente primero de esta resolución, hemos de destacar que la comunicación comercial enviada al denunciante incluía un número de teléfono (el nuevo número), incluía la página web www..... y un enlace a la página en facebook, www.facebook.com/gosushioviedo.

De lo que se infiere que, de conformidad con la doctrina que la Audiencia Nacional viene manteniendo, en la comunicación comercial que el denunciante recibió el 20/01/2014 vía sms a su teléfono móvil no existió incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 21.2, párrafo segundo, de la LSSI al prestador del servicio, relativa a la posibilidad que debe ofrecerse al destinatario de oponerse al envío de comunicaciones comerciales, pues como dice la Audiencia Nacional no supone ninguna irregularidad que esta información aparezca en la página web.

A tenor de las consideraciones precedentes, no se aprecia en los hechos que se denuncian vulneración de la LSSI debiendo acordar el archivo de las presentes actuaciones.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director 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.** y a **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 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 el Director 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.

José Luis Rodríguez Álvarez

Director de la Agencia Española de Protección de Datos