

940-0419
Procedimiento Nº: E/03752/2018

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: D.^a **A.A.A.** (en adelante, la reclamante) presentó en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) una reclamación frente a YOUZZ.NET -WOM INTERNATIONAL S.A.- (en lo sucesivo, la reclamada) en la que manifiesta que, pese a haberle solicitado en numerosas ocasiones que ponga fin al envío de comunicaciones comerciales, continúa recibiendo correos electrónicos de la entidad de modo reiterado.

Anexa a su denuncia los siguientes documentos:

-Captura de pantalla de un mensaje electrónico remitido por la reclamada en respuesta a su solicitud de baja. El texto es el siguiente:

<<“Para: [nombre y apellidos de la denunciante]

RE: Baja mailing, mié., 28 feb. 2018 10:22

Hola [nombre de la denunciante]

Sentimos que quieras darte de baja de nuestra comunidad, porque nos encantaría seguir contando contigo en próximas campañas. ... Para darte de baja debes hacerlo tú desde tu perfil. Cuando inicies sesión con tu usuario y contraseña, en la parte inferior derecha de la página principal encontrarás el botón “Cerrar cuenta”>>

El mensaje aparece firmado por **B.B.B.**, “Community and Project Executive”.

-Captura de pantalla de un mensaje electrónico remitido por la reclamada, de fecha 13/03/2018, a las 14:58, relativo a la “Nueva campaña: Protege a tu bebé”.

-Captura de pantalla de un mensaje que la reclamante envía el 13/03/2018 a las 15:08 horas con el asunto “BAJA”. El texto del mensaje es el siguiente: “Quiero darme de baja, ya lo he hecho vía web y sigo recibiendo vuestros correos”

-Captura de pantalla de un mensaje remitido por la reclamada, de fecha 16/03/2018 a las 11,56, con el asunto “BAJA”. El texto es este: “Hola [nombre de la denunciante] En nuestra base de datos no aparece ninguna cuenta con tu email. Si vuelves a recibir correos avísanos, pero ya no estás registrada en YOUZZ..”

Los documentos aportados no permiten conocer los datos de las direcciones electrónicas desde las que se envían y se reciben los correos electrónicos.

SEGUNDO: Tras la recepción de la reclamación, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a realizar actuaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.

La Política de Privacidad de la página web de la reclamada informa de que la propietaria de la página tiene su sede en Portugal. Por tal razón, en fecha 19/07/2018

la Inspección de Datos de la AEPD solicita la colaboración de la *Comissão Nacional de Protecção de Dados* informándole de que la titular de la dirección electrónica *****EMAIL.1** recibe comunicaciones electrónicas, remitidas desde youzz.net, en las que se promocionan los productos o servicios de WOM INTERNATIONAL, S.A.

Las actuaciones de investigación practicadas fueron las siguientes:

<<Se ha solicitado que remita a la citada entidad la siguiente información:

1. La Ley 34/2002 resulta de aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten a la licitud de las comunicaciones comerciales remitidas por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitadas.

2. De acuerdo con la citada norma no se pueden remitir comunicaciones comerciales a través de medios electrónicos, tales como: un correo electrónico o un SMS, dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, que previamente no hayan sido solicitadas o autorizadas expresamente por el destinatario.

Por tanto no se puede enviar publicidad por medios electrónicos a personas o empresas que no hayan consentido previa y expresamente el envío, aunque sus datos figuren en fuentes de acceso público o se encuentren publicados en Internet.

3. Para que el consentimiento prestado por el destinatario sea válido es necesario que, cuando se solicite su consentimiento, se le informe de los sectores de actividad de los que puede recibir publicidad y que aquél manifieste su aceptación a la recepción de comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

4. Se deben habilitar procedimientos sencillos y gratuitos que permitan a los destinatarios revocar en cualquier momento el consentimiento prestado para la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente. Además, se deberá facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.

Cuando la publicidad se remita por correo electrónico se deberá incluir obligatoriamente en éste una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde el destinatario pueda ejercitar el derecho descrito en el párrafo anterior.

5. No obstante, está permitido enviar comunicaciones comerciales a los destinatarios con los que exista una relación contractual previa, en cuyo caso se puede enviar publicidad sobre productos o servicios de la propia empresa similares a los contratados por el cliente, siempre que la comunicación cuente con los siguientes elementos:

- Los datos de contacto del destinatario se hayan obtenido de forma lícita.

- La publicidad se refiera a productos o servicios de la propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

- Se ofrezca 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 la publicidad se remita por correo electrónico este incluya obligatoriamente una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde el destinatario pueda ejercitar el derecho descrito en el párrafo anterior.

6. El envío de comunicaciones comerciales que no reúnan los requisitos indicados puede ser constitutivo de una infracción de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

*Finalmente, se ha solicitado su colaboración para que inste a la entidad denunciada a que cese la remisión de correos publicitarios a la dirección electrónica *****EMAIL.1** y que facilite cuanta información pueda aportar en relación con lo alegado por el denunciante.*

Hasta la fecha no se ha recibido respuesta por parte de Comissão Nacional de Protecção de Dados>>

Por la Inspección se e accede a la página web de la reclamada y se comprueba que incorpora en su Política de Privacidad la siguiente información: El usuario autoriza expresamente el uso de sus datos personales para recibir comunicaciones electrónicas con fines de marketing y publicidad. El usuario tiene derecho a acceder a la información sobre sus datos personales y puede actualizarlos, corregirlos si son inexactos y cancelarlos. A tal fin puede acceder al área reservada a los usuarios o enviar un email a la dirección miembros.espana@youz.net solicitando la acción deseada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De acuerdo con los poderes de investigación y correctivos que el artículo 58 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento general de protección de datos, en adelante RGPD) otorga a cada autoridad de control, y según lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), es competente para resolver estas actuaciones de investigación la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

II

El artículo 6 del RGPD establece en el punto 1 que *“El consentimiento sólo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:*

- a) *el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos (...).”*

El artículo 7.3 del RGPD, bajo la rúbrica *“Condiciones para el consentimiento”*, indica: *“3. El interesado tendrá derecho a revocar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo”*.

La Ley 34/2002, de 11/07/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) regula -entre otras materias- el régimen jurídico de las *“comunicaciones comerciales”*. El Anexo de la citada Ley, apartado f), define las comunicaciones comerciales en los siguientes términos:

“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

El Título III de la LSSI lleva por rúbrica *“Comunicaciones comerciales por vía electrónica”* (artículos 19 a 22). El artículo 21, *“Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes”*, indica:

“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 artículo 22 de la LSSI, “*Derechos de los destinatarios de los servicios*”, dispone:

“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 artículo 38.4 de la LSSI tipifica como infracciones leves (apartados d y h, respectivamente) la vulneración de los artículos 21 y 22. El plazo de prescripción de las infracciones leves (artículo 45 de la LSSI) es de seis meses.

III

La denunciada tiene su sede en Portugal, Estado miembro de la U.E.

El RGPD prevé que cada autoridad de control será competente para desempeñar en el territorio de su Estado miembro las funciones que se le asignen y ejercer los poderes que se le confieran, de conformidad con el presente Reglamento (artículo 55)

El artículo 56 del RGPD se ocupa, en particular, de la “*Competencia de la autoridad de control principal*” y dispone:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 55, la autoridad de control del establecimiento principal o del único establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento será competente para actuar como autoridad de control principal para el tratamiento transfronterizo realizado por parte de dicho responsable o encargado con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 60.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cada autoridad de control será competente para tratar una reclamación que le sea presentada o una posible infracción del presente Reglamento, en caso de que se refiera únicamente a un establecimiento situado en su Estado miembro o únicamente afecte de manera sustancial a interesados en su Estado miembro.

3. En los casos a que se refiere el apartado 2 del presente artículo, la autoridad de control informará sin dilación al respecto a la autoridad de control principal. En el plazo de tres semanas después de haber sido informada, la autoridad de control principal decidirá si tratará o no el caso de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 60, teniendo presente si existe un establecimiento del responsable o encargado del tratamiento en el Estado miembro de la autoridad de

control que le haya informado.

4. En caso de que la autoridad de control principal decida tratar el caso, se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 60. La autoridad de control que haya informado a la autoridad de control principal podrá presentarle un proyecto de decisión. La autoridad de control principal tendrá en cuenta en la mayor medida posible dicho proyecto al preparar el proyecto de decisión a que se refiere el artículo 60, apartado 3.

5. En caso de que la autoridad de control principal decida no tratar el caso, la autoridad de control que le haya informado lo tratará con arreglo a los artículos 61 y 62.

6. La autoridad de control principal será el único interlocutor del responsable o del encargado en relación con el tratamiento transfronterizo realizado por dicho responsable o encargado.”

El artículo 61 del RGPD regula la “Asistencia mutua” y señala:

“1. Las autoridades de control se facilitarán información útil y se prestarán asistencia mutua a fin de aplicar el presente Reglamento de manera coherente, y tomarán medidas para asegurar una efectiva cooperación entre ellas. La asistencia mutua abarcará, en particular, las solicitudes de información y las medidas de control, como las solicitudes para llevar a cabo autorizaciones y consultas previas, inspecciones e investigaciones.

2. Cada autoridad de control adoptará todas las medidas oportunas requeridas para responder a una solicitud de otra autoridad de control sin dilación indebida y a más tardar en el plazo de un mes a partir de la solicitud. Dichas medidas podrán incluir, en particular, la transmisión de información pertinente sobre el desarrollo de una investigación.

3. Las solicitudes de asistencia deberán contener toda la información necesaria, entre otras cosas respecto de la finalidad y los motivos de la solicitud. La información que se intercambie se utilizará únicamente para el fin para el que haya sido solicitada.

4. La autoridad de control requerida no podrá negarse a responder a una solicitud, salvo si:

a) no es competente en relación con el objeto de la solicitud o con las medidas cuya ejecución se solicita, o

b) el hecho de responder a la solicitud infringiría el presente Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique a la autoridad de control a la que se dirigió la solicitud.

5. La autoridad de control requerida informará a la autoridad de control requirente de los resultados obtenidos o, en su caso, de los progresos registrados o de las medidas adoptadas para responder a su solicitud. La autoridad de control requerida explicará los motivos de su negativa a responder a una solicitud al amparo del apartado 4.

6. Como norma general, las autoridades de control requeridas facilitarán la información solicitada por otras autoridades de control por medios electrónicos,

utilizando un formato normalizado.

7. Las autoridades de control requeridas no cobrarán tasa alguna por las medidas adoptadas a raíz de una solicitud de asistencia mutua. Las autoridades de control podrán convenir normas de indemnización recíproca por gastos específicos derivados de la prestación de asistencia mutua en circunstancias excepcionales.

8. Cuando una autoridad de control no facilite la información mencionada en el apartado 5 del presente artículo en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud de otra autoridad de control, la autoridad de control requirente podrá adoptar una medida provisional en el territorio de su Estado miembro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55, apartado 1. En ese caso, se supondrá que existe la necesidad urgente contemplada en el artículo 66, apartado 1, que exige una decisión urgente y vinculante del Comité en virtud del artículo 66, apartado 2.

9. La Comisión podrá, mediante actos de ejecución, especificar el formato y los procedimientos de asistencia mutua contemplados en el presente artículo, así como las modalidades del intercambio de información por medios electrónicos entre las autoridades de control y entre las autoridades de control y el Comité, en especial el formato normalizado mencionado en el apartado 6 del presente artículo. Dichos actos de ejecución se adoptarán con arreglo al procedimiento de examen a que se refiere el artículo 93, apartado 2." (El subrayado es de la AEPD)

IV

En relación con la reclamación que nos ocupa esta Agencia se dirigió a la autoridad de control portuguesa -toda vez que es en Portugal donde la reclamada tiene su establecimiento- y le solicitó determinada información.

En fecha 19/07/2018 se firma por la Inspección de Datos de la AEPD el escrito remitido a la autoridad portuguesa (*Comissão Nacional de Protecção de Dados*). A día de hoy no se ha recibido respuesta.

Paralelamente se ha de indicar que, conforme a lo prevenido en la normativa española -en particular, por lo que se refiere al presente asunto, la LSSI-, en la hipótesis de que la conducta sobre la que versa la reclamación entrañara una infracción de esa norma ésta sería constitutiva de una infracción leve (artículo 38.4) cuyo plazo de prescripción es de seis meses (artículo 45).

Recordemos que la única comunicación comercial que la reclamante acredita haber recibido de la reclamada con posterioridad a la fecha en la que, supuestamente, había revocado el consentimiento para el tratamiento de sus datos por la reclamada, es de fecha 13/03/2018, de modo que en el supuesto de que los hechos hubieran sido constitutivos de una infracción de la LSSI (necesariamente de carácter leve, a tenor de las circunstancias que concurren) tal infracción estaría prescrita desde el 13/10/2018

Así pues, habida cuenta del tiempo transcurrido desde que esta Agencia se dirigió a la autoridad portuguesa de protección de datos (más de diez meses) sin que se haya obtenido respuesta, la infracción en la que pudiera haber incurrido la reclamada habría prescrito por el transcurso del plazo de seis meses que fija el artículo 45 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 D.^a **A.A.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, y de conformidad con lo establecido en los arts. 112 y 123 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, 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 de la referida Ley.

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