



Resolución de 18 de enero de 2018, de la Sección Primera del Jurado de AUTOCONTROL, por la que se estima la reclamación presentada por un particular frente a una publicidad de la que es responsable la mercantil Pepe Mobile, S.L. La Sección concluyó que la publicidad analizada infringía la norma 2 (Principio de legalidad) del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL en relación con lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico.

Resumen de la Resolución:
Particular vs. Pepemobile, S.L.
“Pepephone Baja Comunicaciones Email”

Resolución de 18 de enero de 2018, de la Sección Primera del Jurado de AUTOCONTROL, por la que se estima la reclamación presentada por un particular frente a una publicidad de la que es responsable la mercantil Pepe Mobile, S.L.

La reclamación se formuló frente a la recepción de comunicaciones comerciales enviadas por la mencionada mercantil a la dirección de correo electrónico personal del reclamante, en las cuales no constaba un medio a través del cual poder notificar su deseo de no recibir ofertas posteriores.

El Jurado entendió que la publicidad reclamada infringía la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria de AUTOCONTROL en relación con lo establecido en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico, en la medida en que en las comunicaciones comerciales no se incluía una dirección electrónica válida a través de la cual el particular se pudiese oponer al tratamiento de sus datos con fines promocionales.



Texto completo de la Resolución del Jurado:
Particular vs. Pepemobile, S.L.
"Pepephone Baja Comunicaciones Email"

En Madrid, a 18 de enero de 2018, reunida la Sección Primera del Jurado de Autocontrol, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, presidida por D^a. M^a Teresa de Gispert Pastor, para el estudio y resolución de la reclamación presentada por un particular contra una publicidad de la que es responsable la empresa Pepe Mobile, S.L., emite la siguiente,

RESOLUCIÓN

I.- Antecedentes de hecho.

1.- El pasado 15 de diciembre de 2017, un particular presentó una reclamación contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Pepemobile, S.L. (en adelante "**Pepemobile**").

2.- La reclamación se formula frente a la recepción de comunicaciones comerciales enviadas por la mencionada mercantil a la dirección de correo electrónico personal del reclamante, en las cuales no consta un medio a través del cual poder notificar su deseo de no recibir ofertas posteriores. En particular, adjunta dos comunicaciones comerciales.

En la primera de ellas se puede leer: "Pepephone. Estimado/a amigo/a, (...) 2017 está a punto de concluir. A lo largo del año hemos podido mejorar en varias ocasiones nuestras tarifas #anuestrosclientesprimero, hemos lanzado nuestro nuevo servicio de fibra y migrado de red a los clientes de ADSL y, por supuesto, dimos a conocer nuestra tarifa Inimitable. 2018 aguarda. Habrá cambios, mejoras, novedades que te iremos contado próximamente (...)"

En la segunda comunicación comercial, recibida el 20 de noviembre de 2017 bajo el título: "Ampliamos nuestra cobertura de fibra 100 Mbps", se puede leer: "Estimado cliente, nos ponemos en contacto contigo porque ¡hemos ampliado nuestra cobertura de fibra! (...) Por ser cliente antiguo de Pepephone te ofrecemos el servicio de fibra 100Mbps (...) Si tienes cualquier duda puedes ponerte en contacto con nuestro centro de atención al cliente mediante email fibra@pepephone.com (...)".

3.- El particular alega la imposibilidad de darse de baja de la recepción de comunicaciones comerciales debido a que en las mismas no consta un mecanismo adecuado para ejercitar ese derecho. Asimismo, indica que con fecha de 22 de noviembre de 2017 se puso en contacto con la mercantil a través de sus redes sociales sin que hasta el momento haya obtenido respuesta al respecto.

4.- Trasladada la reclamación a Pepemobile, esta mercantil ha presentado escrito de contestación.



En primer lugar expone que, a su juicio, el Jurado debería declararse no competente para conocer de la presente causa toda vez que las pretensiones del reclamante no tienen relación directa con la publicidad.

En segundo lugar, y para el caso de que el Jurado no comparta lo anterior, Pepemobile alega que:

- (i) Existe una relación contractual previa entre el reclamante y Pepemobile, a raíz de la cual se han obtenido sus datos de forma lícita los cuales son empleados, entre otras cosas, para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios similares a los que fueron objeto de contratación.
- (ii) Uno de los dos mensajes objeto de la reclamación no puede ser calificado como publicidad en tanto adolece de cualquier finalidad comercial, limitándose a informar sobre los hitos más relevantes ocurridos en los servicios de la mercantil en el año 2017 y a felicitar el año.
- (iii) El segundo mensaje objeto de reclamación, y que sí puede considerarse publicidad, sí ofrece al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito. En concreto, señala que se proporciona una dirección de correo electrónico (fibra@pepephone.com) para que el destinatario pueda ponerse en contacto con Pepemobile para cualquier duda o gestión, entre las que se encuentra la oposición al tratamiento de sus datos. Si bien reconoce que no se emplea el término “oposición” en el texto informativo en el que se inserta la dirección de correo electrónico, lo entiende suficiente para considerarlo como oferta de posibilidad de oponerse al tratamiento de datos.
- (iv) En la página web de Pepemobile todos los clientes disponen de un “Área Cliente” donde pueden realizar sus gestiones, entre ellas, oponerse a la recepción de comunicaciones comerciales.

Por todo lo anterior, Pepemobile solicita que el Jurado rechace íntegramente la reclamación y proceda al archivo de la causa.

II.- Fundamentos deontológicos.

1.- Con carácter previo al análisis del fondo del asunto, esta Sección debe realizar una aclaración en relación con lo esgrimido por Pepemobile respecto a la ausencia de carácter publicitario de una de las dos comunicaciones comerciales objeto de reclamación, por cuanto se limita a informar sobre los hitos de la compañía a lo largo del último año y a felicitar el año 2018.

En este sentido, esta Sección debe señalar que el Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (en adelante, “**Código de Autocontrol**”) extiende su



aplicación a *“toda actividad de comunicación publicitaria tendente a fomentar, de manera directa o indirecta y sean cuales fueran los medios empleados, la contratación de bienes o servicios, o el potenciamiento de marcas y nombres comerciales”*.

En idéntico sentido, el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad define la publicidad como *“toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*. Por su parte, y partiendo del hecho de que se trata de comunicaciones realizadas a través de correo electrónico, el anexo f) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico define la comunicación comercial como *“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”*.

Así pues, tomando como base los mencionados preceptos, y pese a las alegaciones realizadas por Pepemobile, resulta evidente para esta Sección que nos encontramos ante un mensaje publicitario. Esto es así, tanto desde el punto de vista de su origen como de su contenido. En efecto, y en lo que respecta al origen, debe destacarse que el mensaje ha sido enviado desde la dirección de correo electrónico de “Pepephone”. Asimismo, y por lo que se refiere a su contenido, puede afirmarse que éste se encuentra centrado en promover la imagen de la empresa y la contratación de las tarifas y servicios de fibra y ADSL de Pepephone. Así se desprende del propio tenor literal de la comunicación comercial, en el que se encuentran frases de marcado e inequívoco carácter publicitario, tales como *“hemos podido mejorar en varias ocasiones nuestras tarifas #anuestrosclientesprimero, hemos lanzado nuestro nuevo servicio de fibra y migrado de red a los clientes de ADSL y, por supuesto, dimos a conocer nuestra tarifa Inimitable. 2018 aguarda. Habrá cambios, mejoras, novedades que te iremos contado próximamente (...)”*.

2.- Un vez aclarado lo anterior, y en atención a los antecedentes de hecho expuestos, esta Sección debe analizar la publicidad objeto de la presente resolución a la luz de la norma 2 del Código de Autocontrol, la cual recoge el principio de legalidad en los siguientes términos: *“La publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución”*.

Dado que el objeto de la reclamación es una publicidad que se ha difundido por vía electrónica, el citado principio debe ser puesto en relación con el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico, el cual establece que: *“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 electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.

3.- El citado precepto es claro en cuanto a la obligación que tiene el prestador de ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales a través de un procedimiento sencillo y gratuito en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija, especificando, para el caso de que las comunicaciones se remitan por correo electrónico, que el mismo consistirá en la inclusión de una dirección electrónica válida.

Pues bien, el particular, con la documentación aportada en su escrito de reclamación, ha acreditado la recepción de comunicaciones comerciales por correo electrónico por parte de la mercantil Pepemobile, en las cuales no se ofrece al destinatario la posibilidad de oponerse a la recepción de mensajes publicitarios mediante una dirección electrónica válida.

A la vista de todo lo expuesto, el Jurado debe concluir que la publicidad reclamada infringe lo dispuesto en la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol en relación con la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico.

4.- Frente a lo anterior no cabe oponer, tal y como pretende la reclamada, que en una de las comunicaciones se incluye una dirección de correo electrónico para resolver las posibles dudas del cliente y que, a través de la misma, entre otras gestiones, es posible oponerse a la recepción de comunicaciones comerciales. Aun cuando a efectos meramente dialécticos ignoráramos que aquella dirección de correo electrónico se incluye sólo en uno de los dos mensajes objeto del presente procedimiento, la norma es clara en cuanto a la obligatoriedad de incluir, en cada una de las comunicaciones comerciales enviadas, una dirección de correo electrónica válida a través de la cual los clientes puedan ejercer su derecho de oposición. De ello se desprende que, además de incluir la dirección, debe indicarse de una manera clara e intuitiva que, a través de la misma, es posible oponerse a la recepción de futuras comunicaciones comerciales.

5.- Con más razón aún debe rechazarse el argumento de la reclamada conforme al cual, en la página web de la mercantil, todos los clientes disponen de un “Área Cliente” donde pueden realizar sus gestiones, entre ellas, la oposición al tratamiento de sus datos. Como es evidente, la disponibilidad de esta área cliente no permite considerar cumplida la obligación impuesta por la Ley 34/2002, consistente en



incluir en todos los mensajes publicitarios que se envíen a un destinatario por vía electrónica una dirección electrónica válida donde aquél pueda oponerse al envío de ulteriores mensajes publicitarios.

Por las razones expuestas, la Sección Primera del Jurado de Autocontrol.

ACUERDA

1º.- Estimar la reclamación presentada por un particular contra la publicidad de la que es responsable la empresa Pepemobile, S.L.

2º.- Declarar que la publicidad reclamada infringe la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol

3º.- Instar al anunciante la rectificación de la publicidad objeto del presente procedimiento.