

Expediente N°: E/04145/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 14/05/2013 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que manifiesta que ha recibido comunicaciones comerciales sin su consentimiento, y sin haberlas solicitado, a su dirección electrónica (....@.....) desde la dirección www..... - dominio que es propiedad de la sociedad **NEINVER, S.A.**, en lo sucesivo NEINVER o la denunciada-, y añade que después de haber contactado telefónicamente con la denunciada y haberle expresado su deseo de no recibir más comunicaciones, en fecha 13/05/2013, le han enviado de nuevo publicidad.

Aporta con el escrito de denuncia copia de trece correos electrónicos recibidos desde la dirección no_reply@..... entre el 19/10/2012 y el 13/05/2013.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, por la Subdirección General de Inspección de Datos se efectuaron actuaciones de investigación para el esclarecimiento de los hechos teniendo conocimiento de los siguientes extremos que se reflejan en el Informe de de Actuaciones Previas de Investigación que se reproduce:

<< ANTECEDENTES

*Con fecha de 14 de mayo de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara estar recibiendo correos electrónicos comerciales no solicitados ni consentidos de NEINVER. Pese a haber solicitado el cese de los envíos, ha vuelto a recibir correos electrónicos.*

Aporta el denunciante copia de los siguientes correos electrónicos:

1. *De fecha 19 de octubre de 2012 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "TALLER DE PERSONALIZACION DE CAMISETAS EN SEVILLA THE STYLE OUTLETS".*

El correo contiene un link que no está disponible en el momento de las presentes actuaciones.

- *De fecha 19 de octubre de 2012 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "Contacto". El correo contiene el siguiente mensaje:*

<<Estimad@ usuario anónimo, Gracias por contactar con nosotros. Su consulta será estudiada y pronto recibirá una respuesta personal vía email. También puede contactar con los servicios de Atención al cliente de cada uno de nuestros centros en los teléfonos que aparecen en la sección "información del centro" de la web. Ante cualquier duda le rogamos visite la sección "F.A.Q" de la web. Atentamente, El equipo de The Style Outlets >>

- De fecha 17 de noviembre de 2012 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "Contacto". El correo contiene el siguiente mensaje:

<<Estimad@ no daré este dato, Si el motivo del email que nos acaba de enviar es plantear una queja o reclamación relativa a The Style Outlets o cualquiera de sus tiendas, su caso será estudiado y recibirá respuesta personal vía email. Para cualquier otra consulta le rogamos visite la sección "FAQ". También puede contactar con los servicios de Atención al cliente de cada uno de nuestros centros en los teléfonos que aparecen en la web. Atentamente, El equipo de The Style Outlets>>

2. De fecha 25 de noviembre de 2012 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "Acción solidaria de donación de ropa".

El correo contiene un link que no está disponible en el momento de las presentes actuaciones.

- De fecha 25 de noviembre de 2012 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "Contacto". El correo contiene el siguiente mensaje:

<<Estimad@ NO DOY ESTE DATO. Si el motivo del email que nos acaba de enviar es plantear una queja o reclamación relativa a The Style Outlets o cualquiera de sus tiendas, su caso será estudiado y recibirá respuesta personal vía email. Para cualquier otra consulta le rogamos visite la sección "FAQ". También puede contactar con los servicios de Atención al cliente de cada uno de nuestros centros en los teléfonos que aparecen en la web. Atentamente, El equipo de The Style Outlets>>

3. De fecha 30 de noviembre de 2012 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "Participa en nuestra Subasta Benéfica".

El correo contiene un link que no está disponible en el momento de las presentes actuaciones.

4. De fecha 10 de diciembre de 2012 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "Participa con tu look en el concurso Chictoochic.es".

El correo contiene un link que no está disponible en el momento de las presentes actuaciones.

5. De fecha 15 de diciembre de 2012 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "Descuentos Adicionales hasta el 80%".

El correo contiene un link que no está disponible en el momento de las presentes actuaciones.

6. De fecha 24 de diciembre de 2012 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "ESTA NAVIDAD, TUS COMPRAS CON STYLE".

El correo contiene un link que no está disponible en el momento de las presentes actuaciones.

7. De fecha 09 de enero de 2013 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "STYLE CARD: tus compras ahora tienen premio".

El correo contiene un link que no está disponible en el momento de las presentes actuaciones.

El correo contiene un link que no está disponible en el momento de las presentes actuaciones.

8. De fecha 13 de febrero de 2013 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "San Valentín en Sevilla The Style Outlets".

El correo contiene un link que no está disponible en el momento de las presentes actuaciones.

9. De fecha 13 de febrero de 2013 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "Desfile We love Flamenco".

El correo contiene un link que no está disponible en el momento de las presentes actuaciones.

10. De fecha 12 de marzo de 2013 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "Abonamos 25 euros por cada 125 euros de compra".

El correo contiene un link que no está disponible en el momento de las presentes actuaciones.

11. De fecha 21 de marzo de 2013 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "Un equipo de Personal Shopper te asesorará para FERIA".

El correo contiene un link que no está disponible en el momento de las presentes actuaciones.

12. De fecha 29 de abril de 2013 procedente de la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "NUEVAS APERTURAS".

El correo contiene un link que no está disponible en el momento de las presentes actuaciones.

13. De fecha 13 de mayo de 2013 desde la cuenta de The Style Outlets (no_reply@.....) con destino a la cuenta@..... y con el asunto "NUEVAS APERTURAS".

El correo contiene un link que no está disponible en el momento de las presentes actuaciones.

Con fecha 10 de mayo de 2014 se publicó la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, por la que las presuntas infracciones han pasado a ser consideradas leves, con lo que estarían prescritas todas ellas en fecha 13 de noviembre de 2013.>>

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

El envío de publicidad a través de medios electrónicos requiere que haya sido previamente autorizado o consentido. Así lo establece el artículo 21 de la LSSI. Este precepto, además, obliga 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 en todo caso 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 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”

Antes de la reforma introducida en la LSSI por la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, la redacción del artículo 38.3.c de la LSSI, que tipifica como infracción grave la vulneración del artículo 21 de la LSSI, era la siguiente:

“Son infracciones graves:(..) c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21” (El subrayado es de la AEPD)

La reforma operada en la LSSI por la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, a través de su Disposición Final Segunda, ha dado una nueva redacción al artículo 38.

En su actual redacción, el artículo **38.3.c)** de la LSSI 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 AEPD)

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)

La Disposición derogatoria única de la Ley 9/2014 señala que sin perjuicio de las disposiciones transitorias de la Ley quedan derogadas cuantas otras normas de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en ella.

Llegados a este punto, es preciso advertir que la Constitución Española, en su artículo 9.3., *“(…) garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.* (El subrayado es de la AEPD)

En consonancia con la norma constitucional la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo RJPAC) –que al decir de su Exposición de

Motivos (punto 17) recoge “los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia”- acoge el principio de **aplicación retroactiva de la norma más favorable** y establece en el artículo 128.2 que “las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.

III

En virtud del principio de retroactividad *in bonam partem* o retroactividad de la disposición sancionadora más favorable **debemos optar por aplicar el artículo 38 de la LSSI en su redacción actual** (introducida como se ha dicho por la Ley 9/2014) y prescindir de la disposición que estaba vigente cuando acontecieron los hechos denunciados, al ser **la nueva redacción más beneficiosa para la entidad denunciada que la normas de la Ley 34/2002 vigentes cuando el denunciante recibió las comunicaciones electrónicas de NEINVER.**

Según la documentación remitida el denunciante recibió trece correos electrónicos de la empresa NEINVER (se enviaron desde la dirección www.ineinver.es) y como informa el Aviso Legal de la página web este dominio es propiedad de la sociedad NEINVER, S.A.), en un periodo de tiempo que se extiende del 19/10/2012 al 13/05/2013.

El denunciante ha manifestado que recibió el spam en su dirección electrónica sin haberlo solicitado y sin que hubiera proporcionado su dirección de correo para ese fin ni para ningún otro y que, pese a haberse opuesto al envío de publicidad telefónicamente, han seguido llegando los mensajes publicitarios de la denunciada.

Tal y como se ha señalado, el artículo 21 de la LSSI requiere para que el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos sea ajustado a Derecho que hubiera sido autorizado o consentido previamente por el destinatario, o bien, hubiera existido entre el destinatario y el prestador del servicio una relación contractual y éste hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario.

Pues bien, a tenor de la información y documentación remitida a la AEPD la conducta denunciada podría ser constitutiva de una **infracción leve del artículo 38.4.d) de la LSSI.**

La conducta que se denuncia no podría calificarse como infracción grave del artículo 38.3.c) de la Ley 34/2002, porque la conducta típica descrita exige que exista un *envío masivo* de comunicaciones comerciales o bien un *envío insistente o sistemático a un mismo destinatario*.

En el presente caso no concurren los elementos que integran el tipo del artículo 38.3.c) de la LSSI. Aquí, el destinatario de los envíos es una única persona, el denunciante. Además, no es acorde con el espíritu de la norma calificar como “*insistente o sistemático*” la recepción en un periodo de casi siete meses de trece mails de la denunciada.

Dicho esto, hay que destacar que el artículo 45 de la LSSI fija para las infracciones leves un plazo de prescripción de seis meses.

Por tanto, incluso en la hipótesis de que hubiera podido confirmarse que, como el

denunciante sostiene, no solicitó información a la denunciada y no le facilitó su dirección de correo, **habría que concluir que la infracción de la que NEINVER pudiera ser responsable habría prescrito.**

Así, el último de los correos electrónicos que consta recibido por el denunciante es de 13/05/2013 y siendo el **plazo de prescripción de la infracción de seis meses la infracción habría prescrito en fecha 13/11/2013.**

Por lo que respecta al supuesto incumplimiento por la denunciada de la obligación que le atañe de atender la solicitud de oposición del denunciante al tratamiento de sus datos personales, debe señalarse que no se ha remitido a la AEPD documento alguno del que se infiera que ejercitó este derecho. El denunciante se ha limitado a manifestar que se puso en contacto telefónico con la entidad denunciada pero no ha facilitado ninguna prueba sobre esta cuestión.

En este sentido debemos indicar que el Reglamento de Desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007 (RLOPD) considera el derecho de oposición como un derecho personalísimo (artículo 23) y detalla (artículo 25) el procedimiento al que debe ajustarse su ejercicio:

“1. Salvo en el supuesto referido en el párrafo 4 del artículo anterior, el ejercicio de los derechos deberá llevarse a cabo mediante comunicación dirigida al responsable del fichero, que contendrá:

- a) Nombre y apellidos del interesado; fotocopia de su documento nacional de identidad, o de su pasaporte u otro documento válido que lo identifique y, en su caso, de la persona que lo represente, o instrumentos electrónicos equivalentes; así como el documento o instrumento electrónico acreditativo de tal representación. La utilización de firma electrónica identificativa del afectado eximirá de la presentación de las fotocopias del DNI o documento equivalente. (..)*
- b) Petición en la que se concreta la solicitud.*
- c) Dirección a efectos de notificaciones, fecha y firma del solicitante.*
- d) Documentos acreditativos de la petición que formula, en su caso.*

2. El responsable del tratamiento deberá contestar a la solicitud que se le dirija en todo caso, con independencia de que figuren o no datos personales del afectado en sus ficheros.

3. En el caso de que la solicitud no reúna los requisitos especificados en el apartado primero, el responsable del fichero deberá solicitar la subsanación de los mismos.” (El subrayado es de la AEPD)

Por su parte, el artículo 24.5 del RLOPD establece que *“El responsable del fichero o tratamiento deberá atender la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición ejercida por el afectado aún cuando el mismo no hubiese utilizado el procedimiento establecido específicamente al efecto por aquél, siempre que el interesado haya utilizado un medio que permita acreditar el envío y la recepción de la solicitud y que ésta contenga los elementos referidos en el párrafo 1 del artículo siguiente”.*

A la luz de las consideraciones precedentes y de la documentación que obra en poder de la AEPD no cabe apreciar en los hechos denunciados vulneración de la normativa de protección de datos, debiendo acordar el archivo de las presentes

actuaciones toda vez que la presunta infracción habría prescrito.

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 **NEINVER, S.A.**, y 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 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