

Expediente Nº: E/06121/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **LEROY MERLIN ESPAÑA S.L.U.** en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 20 de septiembre de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de **A.A.A.** en el que declara haber recibido una serie de mensajes comerciales en su teléfono móvil, publicitando productos de **LEROY MERLIN ESPAÑA S.L.U.**, sin su consentimiento, y pese a su solicitud de cancelación remitida a la dirección web@leroymerlin.es el 24 de junio de 2013.

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:

En los sistemas del operador de telefonía que prestaba servicio a la línea *****TEL.1** entre el 24 de junio de 2013 y el 12 de octubre de 2013, consta que la línea origen de los mensajes recibidos por el denunciante el 24 de junio, el 12 de septiembre, el 29 de septiembre y el 15 de octubre de 2013, es el número corto *****NÚMERO.1**.

El titular del número corto *****NÚMERO.1** es **LEROY MERLIN**.

En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, los representantes de **LEROY MERLIN** remitieron un escrito en el que manifestaron en referencia al envío del correo electrónico en cuestión manifestaron que:

El dato de la línea *****TEL.1** está incluido en los ficheros de la entidad asociada a un socio del "**Club LEROY MERLÍN**" en cuyo registro de inscripción se incluyó dicho número de línea.

La entidad aporta copia del formulario en formato papel cumplimentado con los datos de D. **B.B.B.**, y en el que consta la línea *****TEL.1**, firmado el 8 de noviembre de 2012.

Las condiciones de inscripción en el "**Club LEROY MERLÍN**", de las que aportan copia, indican entre las finalidades previstas para los datos recabados es la de enviar comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

En esas mismas condiciones se indica que los derechos de acceso, rectificación cancelación y oposición podrán ejercitarse en la dirección club@leroymerlin.es, además de en el domicilio social de la entidad.

El 24 de junio de 2013 recibieron correo electrónico remitido a la dirección

web@leroymerlin.es.

A pesar de haber recibido la solicitud de baja por un canal no previsto se atendió conforme prevé el artículo 24.5 del Reglamento de desarrollo de la LOPD. Al verificarse que el nombre y apellidos del solicitante no coincidían con los del titular se cerró la incidencia sin informar al interesado.

Al recibir la solicitud de información remitida por esta Agencia analizaron el caso llegando a las siguientes conclusiones:

En algún momento posterior al alta de del cliente incluido en el **club LEROY MERLIN** se produjo un cambio de titularidad de la línea de la que la entidad no fue informada.

Por motivos de seguridad, los criterios por los que se pueden realizar búsquedas en la base de datos del **club LEROY MERLIN** son nombre, apellidos y NIF, excepto los administradores de la base de datos que pueden acceder a otros campos como el número de teléfono.

Es por ello por lo que al no localizar con los datos del denunciante a ningún afiliado al club, no pudo resolverse su solicitud.

Para solventar la incidencia van a proceder a contactar tanto con el denunciante como con el cliente para verificar la titularidad de la línea y actualizar o cancelar los datos convenientemente.

Además, se va a proceder a la adaptación de los procedimientos operativos de la entidad para evitar cualquier error humano en la gestión de los derechos ARCO.

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 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

El envío de publicidad a través de medios electrónicos requiere que haya sido previamente autorizado o consentido, así se recoge en el artículo 21 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), modificado por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que señala 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”.

En este caso, se denuncia que ha recibido sin su consentimiento cuatro SMS con contenido publicitario, aportando como indicios razonables de los hechos denunciados, imágenes de los cuatro mensajes recibidos en su línea *****TEL.1** desde la línea *****NÚMERO.1** titularidad de **LEROY MERLIN**, las fechas 24/06/2013, 12/09/2013, 29/09/2013 y 15/10/2013

Sobre este particular debe señalarse que el artículo 38.3.b) de la LSSI, en su anterior regulación establecía que *“El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a destinatarios que no hayan autorizado o solicitado expresamente su remisión, o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando éste no hubiera solicitado o autorizado su remisión”.*

Sin embargo la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones modificó el mencionado párrafo de la LSSI, de la siguiente manera *“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.”*

Por su parte el apartado 4.d) del artículo 38 de la LSSI, considera 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.”*

Así las cosas, tras la reforma de la LSSI, los hechos denunciados podrían ser constitutivos de una infracción leve únicamente, ya que no se considera en la actualidad, a diferencia de lo establecido en la anterior regulación, que cuatro mensajes remitidos por **LEROY MERLIN** a un mismo destinatario, sea un envío masivo e insistente o sistemático.

En este contexto, ha de tenerse en cuenta además que el artículo 45 de la LSSI establece, en cuanto a la prescripción de las infracciones, que *“las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses”.*

Así las cosas, ha de considerarse prescrita la infracción denunciada, habida cuenta que los hechos denunciados se produjeron en fecha 24/06/2013 y 12/09/2013.

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 **LEROY MERLIN ESPAÑA S.L.U.** 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