



Expediente N°: E/06529/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 19/07/2013 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que manifiesta que desde finales del año 2011 recibe publicidad de perfumerías DOUGLAS SPAIN, S.L. (en lo sucesivo la denunciada o perfumerías DOUGLAS) y que, pese a haber contactado telefónicamente con la denunciada en varias ocasiones y haberle enviado una carta en mayo de 2013 para que pusieran fin a las comunicaciones comerciales, ha seguido recibiendo mensajes, el último de ellos de junio de 2013.

Aporta con su denuncia copia de una carta dirigida a la denunciada -en la que no consta ni firma ni fecha- en la que se opone al envío de sms publicitarios y que, según declaraciones del denunciante, se envió a perfumerías Douglas en junio de 2013; impresión de pantalla de 7 sms publicitarios de fechas 29/11/2012, 26/12/2012, 15/03/2013, 10/04/2013 (tres sms) y de 07/06/2013. En todos ellos se hace publicidad de perfumerías DOUGLAS.

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 43.1 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 exige el artículo 21 de la LSSI. El citado precepto 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 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”

En el momento en el que se produjeron los hechos que nos ocupan la infracción del artículo 21 de la LSSI se encontraba tipificada -como infracción grave- en el artículo 38.3.c), cuya redacción 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, de Telecomunicaciones, a través de su Disposición Final Segunda, da 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)

III

La Disposición derogatoria única de la Ley 9/2014 de Telecomunicaciones (L.T.) indica 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**, estableciendo en el artículo 128.2 que “las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.

Por esta razón, 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**, prescindiendo de la disposición que estaba vigente cuando acontecieron los hechos denunciados, toda vez que **la nueva redacción es más beneficiosa para la entidad denunciada que la normas de la Ley 34/2002 que estaban vigentes cuando el denunciante recibe los correos electrónicos de perfumerías Douglas**.

IV

En el presente caso, el denunciante ha remitido a la AEPD en prueba de los hechos que denuncia impresiones de pantalla de los sms enviados a su terminal móvil - de fechas 29/11/2012, 26/12/2012, 15/03/2013, 10/04/2013, y 07/06/2013- en los que la denunciada, perfumerías Douglas, le hace llegar información publicitaria de sus productos.

Expone en su escrito que en ningún caso ha sido cliente de esa empresa ni le ha facilitado sus datos personales. Por otra parte, como se ha indicado en los Fundamentos precedentes, el artículo 21 de la LSSI requiere, para que el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos sea ajustado a Derecho, que éste 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.

Así pues, tomando en consideración la información que obra en poder de esta Agencia, cabría considerar que la conducta que se denuncia es constitutiva de una infracción leve de la LSSI tipificada en el artículo 38.4.d), pues a tenor de las circunstancias que concurren en el presente caso la conducta denunciada no sería subsumible en el tipo sancionador del artículo 38.3.c) –infracción grave- toda vez que ni estamos ante un envío masivo de comunicaciones comerciales (el destinatario de los

envíos es una única persona, el denunciante) ni es acorde con el espíritu de la norma calificar los sms que el denunciante recibió de la denunciada (7 en un periodo de tiempo de siete meses) como un “envío” “insistente o sistemático”

Dicho esto, hay que advertir 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, tal y como el denunciante sostiene, no había sido cliente de esta sociedad y no le había facilitado sus datos personales, **habría que concluir que la infracción** de la que la denunciada pudiera ser responsable **habría prescrito**.

Esto, porque el último de los sms de perfumerías Douglas que consta recibido por el denunciante tiene fecha de 07/06/2013 y, siendo el plazo de prescripción de la infracción de **seis meses, la infracción habría prescrito en fecha 07/12/2013.**

Por otra parte, sobre el 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 la documentación que se ha aportado a la AEPD no acredita que el denunciante hubiera ejercitado este derecho.

El denunciante se ha limitado a manifestar que hizo varias llamadas telefónicas a la denunciada y a aportar copia del escrito que, supuestamente, envió en mayo de 2013 a perfumerías Douglas. Sin embargo ni ha acreditado el envío del documento a la entidad denunciada ni menos aún su recepción por ésta. Tampoco consta en el escrito en el que supuestamente ejercita la oposición ni fecha ni firma. De tal manera que a la luz de la documentación remitida a la AEPD no es posible concluir que el denunciante hubiera ejercido ante la denunciada el derecho de oposición.

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”*.

En consecuencia, a la luz de las consideraciones precedentes y de la documentación que obra en poder de esta Agencia, no se aprecia en los hechos denunciados vulneración de la normativa de protección de datos, 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 **DOUGLAS SPAIN 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