



Expediente Nº: E/00776/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A., en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.**, y teniendo como base los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 19/12/2016, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante), en el que formula denuncia contra la entidad DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. (en lo sucesivo DIA) por el envío, en fecha 15/12/2016, de un SMS publicitario a su línea de telefonía móvil, a pesar de que este número figura inscrito en Lista Robinson desde septiembre de 2009.

Aporta copia del SMS recibido, cuyo texto es el siguiente:

“¡DIA SIN IVA! Solo el viernes 16/12 en tiendas DiaMaxi, DiaMarket, CadaDia y DiaFresh. Consulta condiciones en tienda. Compatible con otros descuentos”.

Asimismo, con su denuncia acompaña copia del correo electrónico recibido por el denunciante en fecha 09/09/2009, por el que se confirma la inclusión de sus datos personales en Lista Robinson. Entre tales datos figura su número de telefonía móvil.

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:

La entidad DIA aporta copia de la solicitud de alta en “Club DIA” firmada por el denunciante, de fecha 23/11/2009, en la que se aporta el número de teléfono utilizado para el envío del SMS objeto de la denuncia.

En las “Bases Generales de Club Día” consta expresamente que *“El titular acepta recibir información comercial del programa Club Día por cualquier medio de comunicación que la empresa estime oportuno ej. SMS a móviles...”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora 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).



El artículo 126.1, apartado segundo, del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, establece:

“Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.”

II

Con fecha 19/12/2016, tuvo entrada en esta Agencia su escrito en el que formula denuncia contra la entidad DIA por el envío de una comunicación publicitaria mediante SMS dirigido a su número de telefonía móvil, a pesar de que sus datos personales figuran registrados en el fichero de exclusión “Lista Robinson” desde el año 2009 para no recibir publicidad por ese medio. En respuesta al requerimiento de información que le fue realizado por la Subdirección General de Inspección de Datos, la entidad DIA acreditó que el denunciante solicitó una tarjeta de “Club Día”, facilitando su número de línea de móvil y aceptando la utilización de sus datos personales para que le fueran comunicadas ofertas adaptadas a sus necesidades e información del programa “Club Día” por cualquier medio de comunicación que la empresa estimase oportuno (ej. sms a móviles, correo electrónico, correo ordinario, cupones, etc.), e informó que el denunciante no ha ejercitado el derecho de oposición ante la entidad.

El envío de publicidad a través de medios electrónicos requiere que haya sido previamente autorizado o consentido, salvo que existe una relación contractual previa, en los términos fijados 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), 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”.

Añade el artículo 22.1 que *“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 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”.

Por tanto, el envío de mensajes publicitarios o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica, incluido el envío de SMS a terminales de telefonía móviles, debe haberse solicitado o autorizado expresamente por los destinatarios de los mismos, salvo que exista una relación contractual previa.

En este caso, de la documentación aportada por la entidad DIA, se constata que el denunciante es cliente de la misma y que consintió la utilización de sus datos personales, incluido el relativo a su número de línea móvil, para el envío de comunicaciones de contenido comercial, sin que conste acreditado que haya hecho uso de la posibilidad que le ofrece la normativa de aplicación de revocar este consentimiento.

En el presente caso, no consta que el denunciante, después de haber facilitado sus datos personales para obtener la tarjeta “Club Día” se haya dirigido a la entidad denunciada, como titular de la línea destinataria de las comunicaciones comerciales, solicitando que no le remitiera mensajes con fines comerciales.

Por otra parte, en el denunciante ha señalado que figura registrado en el fichero común de exclusión publicitaria, creado al amparo del artículo 49.1 del RLPOD, denominado “*Servicio de Listas Robinson*”, que gestiona la Asociación Española de Economía Digital.

El artículo 49 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, prevé la creación de ficheros comunes de exclusión publicitaria en los que se podrán registrar las personas que no deseen recibir comunicaciones comerciales, precepto que dispone: “*Será posible la creación de ficheros comunes, de carácter general o sectorial, en los que sean objeto de tratamiento los datos de carácter personal que resulten necesarios para evitar el envío de comunicaciones comerciales a los interesados que manifiesten su negativa u oposición a recibir publicidad.* A tal efecto, los citados ficheros podrán contener los mínimos datos imprescindibles para identificar al afectado”.

La consecuencia que deriva de la inscripción en un fichero de exclusión publicitaria se establece en el apartado 4 del aludido artículo 49, conforme al cual “*Quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento*”.

Ha de precisarse que a día de hoy solo existe un fichero común de exclusión publicitaria,



creado al amparo del artículo 49.1 del RLPOD: el Fichero “*Servicio de Listas Robinson*”, que gestiona la Asociación Española de Economía Digital.

Sin embargo, el Reglamento interno de funcionamiento de este fichero, cuyas reglas son aceptadas por el interesado al solicitar la inclusión de sus datos en el mismo, precisa que el registro de tales datos personales en la “Lista Robinson” evita la publicidad de entidades con las que el afectado no mantenga o haya mantenido ningún tipo de relación. Por tanto, en este caso, la inscripción de los datos del denunciante en este fichero no opera respecto de la entidad “DIA”, de la que el denunciante es cliente y a la que autorizó el envío de comunicaciones comerciales por cualquier medio.

Por todo ello, a tenor de lo indicado, la conducta que se somete a la consideración de la Agencia no vulnera las normas aplicables.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. y a D. **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 Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 del referido texto legal.

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