



Expediente N°: E/02724/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **ALAIN AFFLELOU ESPAÑA SAU** en virtud de denuncia presentada por D. **D.D.D.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 21 de marzo de 2017, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **D.D.D.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que denuncia la recepción de un SMS con contenido publicitario no autorizado por **ALAIN AFFLELOU ESPAÑA SAU** (en adelante entidad la denunciada) estando suscrito en la Lista Robinson.

El denunciante anexa la siguiente documentación:

Captura de pantalla que acredita la recepción del SMS en su terminal móvil con origen "AFFLELOU" y el siguiente texto: *"Publi: Tu 2º par de gafas progresivas por 1€ más. No elijas entre ver de lejos o de cerca! Localiza tu óptica bit.ly/2m2WusH Cond en óptica. Baja aabajas.es"*.

Contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones que acredita la titularidad de la línea **F.F.F.**.

Última factura de dicha línea telefónica.

Alta en el servicio de exclusión publicitaria Listas Robinson.

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:

1. Pepemobile S.L, operador telefónico del denunciante, confirma el envío de tres mensajes SMS el día 20/3/2017 por parte de la entidad denunciada.
2. Como respuesta a la solicitud de información requerida, la entidad denunciada manifiesta que el número de teléfono al que se le ha realizado dicha campaña publicitaria no lo tienen registrado a nombre del denunciante sino a **B.B.B.**. Aporta la siguiente documentación relevante:

Tabla Excel en que se reflejan los siguientes campos relevantes y sus datos asociados:

Código cliente: **H.H.H.**

Nacimiento: **I.I.I.**

Móvil: **F.F.F.**



Ult. Graduación Gafa: 7/1/2009

Enviar SMS: SI.

Enviar email: SI.

Firmada LOPD: SI.

Copia de "Ficha de refracción con el E.E.E. informado" fechado y firmado el 7/1/2009 con los datos de **B.B.B.** con dirección **A.A.A.**. Y como teléfonos de contacto el **G.G.G.** y **F.F.F.**.

Dicha ficha establece a pie de página: *"De conformidad con lo establecido en la Ley 15/1999, sobre protección de datos personales y Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de correo electrónico el abajo (o arriba) firmante otorga su E.E.E. para que los datos indicados en el presente formulario, incluidos los relativos a su salud visual, así como aquellos sobre el teléfono móvil y correo electrónico, sean tratados de forma automatizada, con la finalidad de remitirles información comercial de productos y servicios. Dicha información podrá ser cedida, total o parcialmente a entidades que formen parte de la enseña ALAIN AFFLELOU OPTICO o presten servicio para ésta, así como a sus franquiciados. Ud. podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación comunicándolo por escrito, junto con una fotocopia de su DNI a ALAIN AFFLELOU OPTICO – Dpmtó de Comunicación – Avda. Matapiñoneras s/n 9º PL -28700 – S.Sebastian de los Reyes (Madrid).*

La dirección reflejada en dicha ficha, coincide con la facilitada por el denunciante a esta Agencia. En la factura telefónica de la línea **F.F.F.** en la que aparece el denunciante como titular se evidencia el envío de un mensaje SMS al número **G.G.G.**.

En el anverso del DNI del denunciante se refleja HIJO DE: "***NOMBRE.1". Siendo coincidente el segundo apellido del denunciante con **B.B.B.**.

Acompaña el listado de envíos comerciales por SMS al número de teléfono **F.F.F.**, estos son:

- 24/10/2016 SMS Local Aniversario de óptica.
- 25/01/2017 SMS Nacional campaña contactología.
- 21/3/2017 SMS Nacional Campaña Progresivos.
- 25/5/2017 SMS Nacional Campaña Verano.



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 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI).

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 LSSI, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, vigente en el momento en que se produjeron los hechos denunciados, 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 electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.

Añade el artículo 22.1, en la redacción dada por el citado Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, que *“El destinatario podrá revocar en cualquier momento el E.E.E. 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 E.E.E. 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”.

A su vez procede señalar que la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) prevé la posibilidad de que los destinatarios de la publicidad se opongan al tratamiento de sus datos con fines publicitarios de dos formas distintas: dirigiendo una solicitud a la persona física o jurídica que utiliza los datos con fines publicitarios, o registrando los datos que no se desea que sean utilizados con dicha finalidad en un fichero de exclusión de publicidad.

La primera de las modalidades se encuentra recogida en el transcrito artículo 21.2 de la LSSI y en el artículo 30.4 de la LOPD que dispone que *“los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud”*.

En cuanto a la segunda modalidad, el artículo 49 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, prevé la creación de ficheros comunes de exclusión publicitaria, de carácter general o sectorial, en los que se podrán registrar las personas que no deseen recibir comunicaciones comerciales.

A fin de evitar el envío de comunicaciones comerciales a quienes se hayan registrado en los citados ficheros, el apartado 4 del aludido artículo 49 dispone que *“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”*

Sobre este punto ha de precisarse que a día de hoy sólo existe un fichero común de exclusión publicitaria, creado al amparo del citado artículo 49 denominado Servicio de Lista Robinson, gestionado por la Asociación Española de Economía Digital, que evita la publicidad de entidades con las que el afectado no mantenga o haya mantenido ningún tipo de relación y por tanto no haya prestado su E.E.E. para el tratamiento de sus datos con fines publicitarios.

De lo anteriormente expuesto se infiere que los interesados que no deseen recibir publicidad pueden manifestar a una concreta entidad su negativa u oposición al tratamiento de sus datos con fines publicitarios o de prospección comercial, para que les excluya de los tratamientos que vaya a realizar con dicha finalidad, o pueden solicitar la inclusión de sus datos en un fichero común de exclusión publicitaria, a fin de que las entidades que van a realizar actividades de publicidad les excluyan de las mismas.

El Reglamento interno del Servicio Lista Robinson, en su artículo 3.2 dispone que: *“Los interesados solicitarán su inclusión a través de la página web www.listarobinson.es en el fichero de Lista Robinson con la finalidad de evitar la recepción de comunicaciones comerciales no deseadas con carácter publicitario en interés del anunciante, cuando para el desarrollo de las campañas publicitarias se traten datos que figuren en fuentes accesibles al público o en ficheros de los que éste no sea responsable.”*

Así, la inclusión en el fichero de exclusión publicitaria Listarobinson, no opera



para las entidades con las que el afectado haya mantenido una relación contractual, bien porque dicho E.E.E. no resulta necesario a tenor de lo dispuesto en el artículo 21.2 de la LSSI, o bien porque prestó su E.E.E. para el tratamiento de sus datos con fines publicitarios, como ocurre en el presente caso, ya que la entidad denunciada aporta una ficha de gafas/refracción en la que consta el teléfono móvil **F.F.F.**, número en el que el denunciante ha recibido el SMS objeto de denuncia. En esta ficha se incluye a pie de página información relativa a la finalidad publicitaria a la que se destinarán los datos y el ejercicio del derecho de oposición.

Hechas las anteriores consideraciones procede resaltar, asimismo que, no consta que el denunciante haya solicitado a la entidad denunciada, con carácter general que sus datos no sean tratados con fines publicitarios o que haya solicitado, en particular, el cese en el envío de comunicaciones comerciales a través de medios electrónicos, así como tampoco que de ese número de teléfono se haya solicitado la baja o modificación de los datos del titular.

Por último, indicar que la información remitida al denunciante se refiere a los productos y servicios propios de Alain Afflelou, por lo que no se aprecia infracción de la LSSI.

III

El artículo 126.1, apartado segundo, del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, 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.”

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 **ALAIN AFFLELOU ESPAÑA SAU y D.D.D..**

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