

Expediente N°: E/01817/2015

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 9 de enero de 2015, tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante) en el que expone que es cliente de Grandes Almacenes FNAC ESPAÑA, S.A., (en lo sucesivo, FNAC o la denunciada) y que no puede utilizar el medio que ofrece su página web (www.fnac.es, Mi cuenta, datos personales) para oponerse al envío de comunicaciones electrónicas con fines publicitarios al estar caducado su número de socio.

A requerimiento de la Inspección de Datos facilitó a la AEPD su número de socio de FNAC y copia de un correo publicitario enviado a su dirección electrónica (.....@outlook.com) desde@fnac.es el 25/04/2015.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos realizó actuaciones encaminadas al esclarecimiento de los hechos teniendo conocimiento de los siguientes extremos que constan en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproduce:

<<ANTECEDENTES

*Con fecha de 9 de enero de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara lo siguiente:*

Que es cliente de la empresa FNAC y ha decidido oponerse a la recepción de comunicaciones comerciales de dicha entidad.

Añade que el procedimiento establecido por la entidad pasa por dirigirle desde el correo electrónico a la página web www.fnac.es donde en Mi Cuenta -> Datos personales puede optarse por dicha opción. Sin embargo dicha opción en su caso no resulta operativa ya que requiere facilitar el número de socio de la tarjeta FNAC que en su caso está caducado.

Junto a la denuncia aporta la siguiente documentación:

Copia del correo comercial recibido en fecha de 25/4/2015 en la dirección@outlook.com desde la dirección@fnac.es y que lleva por objeto "¡No te olvides! Tu madre se merece la mejor experiencia con Fnac.es" adjuntando

publicidad comercial de FNAC. En el pie del correo figura lo siguiente “Si no desea recibir más información, entra en www.fnac.es y accede a Mi cuenta > Mis datos personales; ahí podrás seleccionar la opción de no recibir más información”.

ACTUACIONES PREVIAS

1. Con fecha de 14/5/2015 se solicita información a GRANDES ALMACENES FNAC ESPAÑA S.A. quien remite escrito de respuesta recibido en fecha de 12/6/2015 del que se desprende lo siguiente:

- 1.1. Respecto del procedimiento general para el ejercicio del derecho de oposición al envío de comunicaciones comerciales FNAC describe los siguientes procedimientos:

- 1.1.1. En el momento del alta como cliente se les informa y se les recaba su aceptación o no a la recepción de comunicaciones comerciales.

- 1.1.2. Con posterioridad al alta, señala FNAC que el usuario puede ejercer su derecho de oposición mediante diferentes mecanismos: desde el área de clientes dentro de la propia página web, por correo electrónico y por teléfono, así como tras cada comunicación comercial utilizando el procedimiento incluido en la propia comunicación comercial

- 1.1.3. <http://www.fnac.es/Help.....>:

- 1.1.3.1. *“7. Privacidad y protección de datos personales.: ...En cumplimiento de lo establecido en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999 de 13 de diciembre, aprobado por Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico y demás disposiciones dictadas en su desarrollo, los clientes y usuarios de www.fnac.es pueden, en todo momento, ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición sobre sus datos personales comunicándolo por escrito a: Comité LOPD Fnac.es ESPAÑA., Grandes Almacenes Fnac España, S.A.U (C/.....1)(Madrid) , donde se indicará el nombre y apellidos, usuario e email con el que se dio de alta, y adjuntando fotocopia del DNI del usuario. En el caso que los datos suministrados estén asociados a una compra, la legislación española nos obliga a mantenerlos al menos durante seis años por lo que no se podrán borrar ni rectificar aunque el cliente así lo solicite...”*

- 1.1.3.2. <http://www.fnac.es/Help.....>:



1.2. Respecto a **A.A.A.**, la entidad manifiesta que, tras haber tenido conocimiento, a través del requerimiento de la Agencia, de su oposición al envío de comunicaciones comerciales, ha procedido a darle de baja de la recepción de cualquier comunicación comercial por parte de la entidad.>>

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).

II

La Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), según redacción introducida por la Disposición Final segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (L.G.T.), establece:

Artículo 21: “*Prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalente*”.

“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”.

Artículo 22 : “Derechos de los destinatarios de servicios”

“1.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 de correo electrónico u otra 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. (...)”

El apartado f) del Anexo de la LSSI, define la “Comunicación comercial” como “toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.”

La vulneración de la obligación impuesta en el artículo 22 de la LSSI se tipifica como infracción grave o leve, respectivamente, en los artículos 38.3.d) y 38.4. h).

III

El denunciante era cliente de FNAC por lo que si deseaba que la entidad no le enviará más publicidad lo procedente era oponerse al envío de comunicaciones comerciales al que se refiere el artículo 21.2, párrafos segundo y tercero de la LSSI que disponen:

“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”.

A petición de la Inspección de Datos FNAC informó a la AEPD de los diferentes medios que ofrece al usuario para solicitar la baja de las comunicaciones comerciales de la entidad. Explica que tiene dos protocolos de actuación diferentes en consideración a quién sea el remitente de las comunicaciones:

a. Comunicaciones comerciales remitidas por el “Club Fnac Ocio y Cultura”, club en el que pueden darse de alta todos los que lo deseen pagando una cuota anual

En este caso se identifica al remitente de la comunicación, el citado Club Fnac Ocio y Cultura, y tras la información publicitaria consta la siguiente leyenda: *“Recuerda que puedes contactar con el Club Fnac en ...clubfnac@fnac.es. Si quieres dejar de recibir las newsletters del Club Fnac entra en websociosfnac.fnac.es y desmarca la opción de “Deseo recibir información por mail” Tienes mucha más información en la Zona de Socios de www.fnac.es/socios”.*

b. Comunicaciones comerciales remitidas por fnac.es. Estas comunicaciones las reciben aquellos usuarios que habiéndose dado de alta en www.fnac.es optaron expresamente por recibir publicidad, siendo indiferente que sean o no socios del Club Fnac Ocio y Cultura. Estas comunicaciones incluyen la siguiente leyenda informativa:

“Si no deseas recibir más información, entra en www.fnac.es y accede a “Mi cuenta/Mis datos personales”, ahí podrá seleccionar la opción de no recibir más información”

c. La página www.fnac.es ofrece varios canales para que el cliente contacte con la compañía, entre ellos una dirección de correo electrónico.

Un examen de la página www.fnac.es revela lo siguiente: En primer término aparece un recuadro en el que bajo la rúbrica “Servicio de Atención al Cliente” se indica: *“Por teléfono al 902***** Lunes a viernes de 9h a 20h. Por correo electrónico pinchando aquí”*. A continuación tres apartados distintos: *“Modifica tus datos personales”*; *“La FNAC y tú”* y *“Tus Newsletters”*.

En el apartado “La FNAC y tú” existen dos campos a cumplimentar. Ninguno de ellos lleva asterisco, indicativo de que el campo es de cumplimentación obligatoria. Uno de los campos dice *“Si eres socio de FNAC, indica por favor tu número de socio”*. El segundo campo interroga sobre la tienda favorita.

En el apartado “Tus Newsletters” -independiente por tanto del anterior- únicamente se incluye una pregunta, *“¿Deseo recibir ofertas e información por parte de la fnac?”*, con dos opciones “Sí” y “No” y una llamada que dice *“Marca al menos una casilla”*.

IV

De la documentación aportada a la AEPD a petición de la Inspección de Datos

-en particular las cabeceras del correo publicitario recibido por el denunciante el 25/04/2015 en su dirección (.....@outlook.es)- se verifica que fue enviado desde fnac.es@fnac.es.

La impresión de pantalla de esa comunicación publicitaria -que también obra en el expediente- revela que al final de ésta consta: *"Si no deseas recibir más información entra en www.fnac.es y accede a Mi cuenta> Mis datos personales; ahí podrá seleccionar la opción de no recibir más información"*

Así pues, resulta acreditado que cuando la publicidad se envía desde fnac.es , como sucede en el presente caso, se facilita al usuario una dirección electrónica válida para que manifieste su deseo de darse de baja.

Se ha verificado, así mismo, a través de la información facilitada por la entidad denunciada, que desde esa página (*Mi cuenta> Mis datos personales*) se accede al apartado relativo a los envíos publicitarios - *"Tus Newletters"*- en el que se puede marcar la opción "No" a la pregunta sobre si desea recibir publicidad. Tanto esa pregunta como sus posibles respuestas son independientes de que el usuario tenga o no la condición de socio de FNAC. Es más, el campo con la indicación *"si eres socio de FNAC, indica por favor tu número de socio"* no es de cumplimentación obligatoria. Se añade a lo anterior que la página web fnac.es incluye una dirección electrónica a la que puede dirigirse el cliente a fin de contactar con la compañía.

En definitiva, las actuaciones practicadas por la AEPD permiten **concluir** que **FNAC sí ofrece al destinatario de las comunicaciones comerciales enviadas desde fnac.es una dirección electrónica válida a través de la cual puede revocar el consentimiento prestado** al envío de publicidad, por lo que **no se aprecian** en la conducta de esta entidad **indicios razonables de una posible infracción del artículo 22.1 de la LSSI**.

Debe señalarse en este orden de ideas que en el ámbito administrativo sancionador son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, entre ellos el de **presunción de inocencia** que debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones. Esto, porque el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en sus diversas manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990, considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta *"que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio"*.

De acuerdo con este planteamiento el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC), establece que *"1. Los procedimientos*

sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”

Como ha precisado el Tribunal Supremo en STS de 26 de octubre de 1998 la vigencia del principio de presunción de inocencia *“no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados – no puede tratarse de meras sospechas – y tiene que explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria pueda entenderse de cargo.”*

Por su parte el Tribunal Constitucional en STC 24/1997 ha manifestado que *“los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:*

- a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.*
- b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras).”*

Por tanto, al amparo del principio de presunción de inocencia que impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo que acredite los hechos que motivan la imputación o la intervención en los mismos del presunto infractor, no existen razones que justifiquen la apertura de un expediente sancionador en relación a los hechos relatados en la denuncia debiendo acordar el archivo de las actuaciones de investigación practicadas.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

2. NOTIFICAR la presente Resolución a **GRANDES ALMACENES FNAC ESPAÑA, 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 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 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