

Expediente N°: E/02092/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **FÚTBOL CLUB BARCELONA** en virtud de denuncia presentada por Dña. **B.B.B.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 25 de marzo de 2014, tiene entrada en esta Agencia un escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que expone que se suscribió a la newsletter de la tienda oficial de FC Barcelona a través de la página: <http://www.nike.....> por cuestiones profesionales.

A primeros del año 2013, dejó de interesarle y en uno de sus correos se dio de baja en el enlace destinado para ello, según consta en el correo que remite de fecha 18 de julio de 2013 se envió a la dirección@.....fcbarcelona....., aunque no se acredita que esa fuera la dirección de contacto, ya que en uno de los e-mail remitidos en su cabecera figura como remitente:@1....fcbarcelona..... y al lado Anular Suscripción. No obstante ha seguido recibiendo correos.

Aporta correos remitidos con fechas 24 y 31 de marzo de 2014 y 2 y 14 de abril, de 2014, cuyo remitente es "FC Barcelona Fans" <.....@1....fcbarcelona.....>.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección se tiene conocimiento de los siguientes extremos:

a) Con fecha 29 de julio de 2014 desde esta Agencia se obtienen impresiones de pantalla de la información recogida en la dirección de correo: <http://www.nike.....1> Core, donde la denunciante se dio de alta, comprobando que existe un cuestionario y la opción de RECEIVE FANS NEWLETTERS".

Una vez cumplimentado el cuestionario, el sistema te ofrece una pantalla, donde te da la bienvenida a BARCA FANS. En el pie de dicha pantalla consta entre otros, un apartado dedicado Aviso Legal, donde hace referencia a la LOPD, indicando que la dirección para ejercer los derechos ARCO es lpd@......

b) Con fecha 22 de julio de 2014, se recibe a través de correo electrónico un escrito del **FÚTBOL CLUB BARCELONA** (en lo sucesivo el denunciado), en el que pone de manifiesto que:

La dirección de correo a la que la denunciante remitió su solicitud de baja@fcbarcelona..... no era la idónea para gestionar su petición, ya que dicha página no se monitoriza. En la web del Club, figuraba para el ejercicio de derechos ARCO la dirección oab@....., sustituida en la actualidad por lpd@..... o bien al domicilio del titular del fichero.

El Club no tiene constancia que la Sra. **B.B.B.** accediera al "link" que permite gestionar la baja, incluido en todas las comunicaciones dirigidas al colectivo "Barça Fans", efectuándose la misma con fecha 05/05/2014, cuando el Club tiene constancia.

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 43.2 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 establece el artículo 21 de la LSSI. Este precepto, además, obliga 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"

Antes de la reforma introducida en la LSSI por la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, la redacción del artículo 38.3.c de la LSSI, que tipifica como infracción

grave la vulneración del artículo 21 de la LSSI, 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, General de Telecomunicaciones, a través de su Disposición Final Segunda, ha dado 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".*

III

Los hechos denunciados versan, exclusivamente, sobre la supuesta falta de efectividad del mecanismo que la página web del denunciado ofrece al usuario para oponerse al tratamiento de sus datos personales con fines promocionales.

El examen de las impresiones de pantalla que aporta nos permite verificar tal como alega el denunciado que la dirección de correo a la que la denunciante remitió su solicitud de baja era reply.....@fcbarcelona....., respecto de la cual ha manifestado el denunciado que no era la idónea para gestionar su petición, ya que dicha página no se monitoriza por el mismo. Manifiesta asimismo el denunciado que no le consta que la denunciante utilizara el enlace contenido en sus correos. En la web del citado Club, figuraba para el ejercicio de derechos ARCO la dirección oab@....., sustituida en la actualidad por lopd@..... o bien al domicilio del titular del fichero.

Por otro lado el citado Club ha comunicado que los datos de la denunciada han sido dados de baja en fecha 05/05/2014.

Por una parte ofrece al destinatario de las comunicaciones comerciales recibidas por correo electrónico la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales a través de una dirección electrónica válida. Por otra, no existe prueba alguna que ratifique la versión de la denunciante sobre el incorrecto funcionamiento del mecanismo para oponerse al envío de publicidad, ni que el mismo haya sido utilizado por la denunciante para solicitar la anulación de la suscripción.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que en el ámbito administrativo sancionador son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad de los principios de presunción de inocencia.

En tal sentido, 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 130.1 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 *"Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia."*

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 24/1997, ha establecido 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)."

Asimismo, se debe tener en cuenta en relación con el principio de presunción de inocencia lo que establece el artículo 137 de LRJPAC: *"1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario."*

En definitiva, la aplicación del principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y comprobado la existencia de una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación.

Por ello, habida cuenta de que no ha quedado probado el incorrecto funcionamiento del mecanismo que el denunciado pone a disposición de los usuarios para oponerse al envío de publicidad, no procede incoar actuaciones previas de inspección en aplicación de los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador

A la luz de las consideraciones precedentes y de la documentación que obra en poder de la AEPD no cabe apreciar en los hechos denunciados vulneración de la normativa de la LSSI, 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 al **FÚTBOL CLUB BARCELONA** y a Dña. **C.C.C..**

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