



Expediente N°: E/03060/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **MAXCOLCHON S.L.** en virtud de denuncia presentada por D. **B.B.B.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 3 de abril de 2017, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **B.B.B.** (en lo sucesivo el denunciante), relativa a la recepción de comunicaciones comerciales en su dirección de correo electrónico **A.A.A.**, remitidas desde la dirección ***EMAIL.1, después de la visita de su web y después de haber solicitado la baja en la lista de distribución, a través del enlace contenido en los mensajes y del correo electrónico que también se indica como canal para solicitar la baja.

El denunciante aporta copia de los correos electrónicos recibidos, los días 17 y 18 de febrero desde la dirección ***EMAIL.1 en los que se le informa de la caducidad de su reserva, junto con sus cabeceras. Asimismo aporta copia de los correos recibidos los días 18 de marzo y 3 de abril de 2017, en los que se publicitan productos de la entidad, junto con sus cabeceras.

El denunciante también aporta solicitudes de baja, remitidas a la dirección ***EMAIL.1 los días 13 de febrero y 18 de marzo de 2017, desde la dirección **A.A.A.**. Las cabeceras de los mensajes enviados únicamente cuentan con la identificación del servidor de correo desde el que se remite el mensaje por lo que no acreditan su recepción.

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, solicitando información a **MAXCOLCHON S.L.** (en lo sucesivo el denunciado) y teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. El denunciante recibe, en su cuenta de correo **A.A.A.**, correos electrónicos, los días 17 y 18 de febrero, desde la dirección ***EMAIL.1 en los que se le informa de la caducidad de su reserva.
2. El denunciante recibe, los días 18 de marzo y 3 de abril de 2017, en la misma dirección electrónica, correos comerciales en los que se publicitan productos de descanso, procedentes de la dirección ***EMAIL.1.
3. En los citados correos electrónicos se indica que *“Si no deseas seguir recibiendo comunicaciones a través de esta vía o si deseas ejercitar tus derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición, puedes hacerlo pulsando (aquí) o bien a través de correo electrónico a ***EMAIL.1 indicando en el asunto “protección*

Datos" o enviando una solicitud por escrito a: (C/...1) Valencia junto con prueba válida en derecho, como fotocopia del DNI".

4 El dominio ***DOMINIO.1 se encuentra registrado a nombre del denunciado.

5 El denunciado ha comunicado a esta Agencia:

*"(...) Maxcolchon ha enviado comunicaciones a **B.B.B.** en el marco de una relación contractual previa.*

Las comunicaciones que se indican en esta carta son de dos tipos, una en el marco de una relación contractual en la que el cliente efectúa una reserva de productos en nuestra página web, y otra en las comunicaciones comerciales basadas en una relación previa contractual (...).

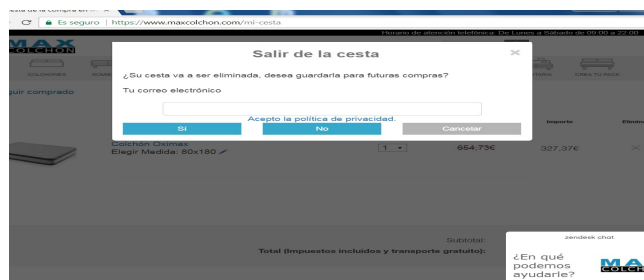
Igualmente indicarles que nunca hemos recibido comunicación alguna de baja de la recepción de comunicaciones comerciales de este correo electrónico. El cliente es informado de cómo puede darse de baja en cada una de las comunicaciones y no ha ejercido este derecho nunca.

Maxcolchon ha dado de baja el mail en cuanto hemos recepcionado esta carta (...)"

Así mismo la entidad indica que los usuarios pueden darse de baja de las comunicaciones de Maxcolchon a través de los canales habilitados en el pie de página de cada comunicación y a través del formulario de anulación de la suscripción alojado en la dirección de internet: ***EMAIL.2.

6. En documento de política de privacidad, alojado en el sitio web ***WEB.1, se informa al usuario de la existencia del fichero denominado "Promoción comercial, recursos humanos y clientes", cuyas finalidades principales son *"la presentación y el envío de información acerca de los servicios de la empresa, participar en los distintos procesos de selección realizados por MAXCOLCHON y el control, gestión, mantenimiento y facturación de los clientes respectivamente."*

7. Cuando se abandona la cesta en el citado sitio web, aparece la siguiente ventana emergente



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 artículo 37 de la LSSI establece como sujetos sobre los que impone su régimen sancionador a *“los prestadores de servicios de la sociedad de la información”*.

Para determinar qué sujetos se ajustan a dicha definición, ha de acudirse a lo dispuesto en el Anexo de la citada ley, que define al *“Prestador de servicios”* (apartado,) *“como la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”*. Lo que se completa con la definición que sobre *“Servicios de la sociedad de la información o servicios”* ofrece el apartado a), del Anexo: *“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”*.

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

- 1. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.*
- 2. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.*
- 3. La gestión de compras en la red por grupos de personas.*
- 4. El envío de comunicaciones comerciales.*
- 5. El suministro de información por vía telemática.”*

III

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, 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"

El artículo 38.4 de la LSSI, 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".

IV

Los hechos denunciados versan sobre la falta de consentimiento a la recepción de los correos recibidos el 18 de marzo y 3 de abril de 2017, tras haber remitido, de acuerdo con las manifestaciones del denunciante el 13 de febrero y 18 de marzo de 2017 solicitudes de baja.

No obstante en el presente caso el denunciado ha negado haber recibido las solicitudes de baja y la documentación aportada por el denunciante, en las cabeceras de los mensajes enviados, únicamente cuentan con la identificación del servidor de correo desde el que se remite el mensaje, que no acreditan su recepción.

Por otro lado el denunciado ha comunicado que los datos del denunciante han sido dados de baja tras conocer la denuncia presentada en esta Agencia.

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 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que *"Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa."*

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:*

La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.

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 53.2.b) de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: *"Además de los derechos previstos en el apartado anterior, en el caso de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables tendrán los siguientes derechos: (...)*

b) A 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.

A la luz de las consideraciones precedentes y de la documentación que obra en poder de esta Agencia 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 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 **MAXCOLCHON S.L.** y a D. **B.B.B..**

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