

Expediente Nº: E/03356/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fechas de 25 de abril, 7 de mayo y 3 de junio de 2013, tienen entrada en esta Agencia tres escritos de D. **C.C.C.** (en adelante el denunciante) en los que declara:

Recibe publicidad por correo electrónico de la empresa SAGE SP sin haber dado su autorización para recibirla.

Con fecha 14 de junio de 2013, el denunciante remite la siguiente documentación relativa a los hechos denunciados:

1. Copia del correo electrónico remitido desde su dirección **A.A.A.** a G.G.G. con el ASUNTO: NO MAS PUBLICIDAD.
2. Copia del correo electrónico remitido desde su dirección **E.E.E.** a **F.F.F.**, **I.I.I.** , con fecha 5 de junio de 2013 en el que solicita la baja en el envío de publicidad en esa dirección ni en cualquier otra que les haya facilitado en el pasado.
3. Contestación al correo anterior, de esa misma fecha, en el que **F.F.F.** como Coordinador de Protección de Datos de SAGE le informa de que el denunciante figura registrado como usuario de Contaplus Profesional desde el año 2009 y que no han tenido constancia de recibir ninguna solicitud de no envío de publicidad, no obstante han desactivado los envíos.
4. Copia del correo recibido en su dirección **E.E.E.** desde la dirección **G.G.G.** , con fecha 7 de junio de 2013 en el que le informan de que han solicitado el bloqueo de sus direcciones **A.A.A.** y **D.D.D.**, indicándole que si desea bloquear alguna otra cuenta se lo haga llegar.
5. Copia de nueve correos electrónicos con contenido comercial recibidos en su dirección de correo electrónico **H.H.H.**, remitidos desde la dirección@sage.es, el primero con fecha 4 de febrero de 2013 y el último con fecha 3 de junio de 2013.

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:

Se ha verificado que los correos electrónicos con contenido comercial aportados por el denunciante contienen una opción para oponerse a recibir comunicaciones comerciales por vía electrónica facilitando para ello la dirección lopd@sagesp.com.

Respecto a los hechos denunciados, se ha realizado una Inspección en SAGE SP, S.L. (EN ADELANTE SAGE) en la que se ha obtenido la siguiente información y documentación:

- 1 El denunciante es cliente de la compañía, como usuario registrado del producto “Contaplus Profesional” que distribuye SAGE.
- 2 Según el procedimiento establecido por la empresa, cuando reciben una solicitud de oposición de envío de publicidad, no solo se eliminan las direcciones de correo de la base de datos de usuarios sino que se procede a marcar la opción de no recibir publicidad.
- 3 Asimismo, la compañía dispone de una “Lista Robinson” en la que va incluyendo las direcciones de correo que han sido eliminadas con objeto de que no se produzca ningún error y antes de lanzar una campaña publicitaria se cruzan las direcciones de correo obtenidas del fichero de usuarios con ésta Lista.
- 4 Solo se remite publicidad a través de correo electrónico a los usuarios registrados y únicamente a las direcciones de correo que han sido facilitadas por ellos.
- 5 En todos los correos publicitarios remitidos por la empresa, se incluye una leyenda en la que se indica que para oponerse a envíos de comunicaciones comerciales por vía electrónica debe indicarlo a la dirección de correo electrónico lopd@sagesp.com.
- 6 Todos los correos que se reciben en lopd@sagesp.com son atendidos directamente por el coordinador de protección de datos para su gestión.
- 7 En relación con las solicitudes de cancelación del denunciante:
 - a. La empresa recibió en el buzón lopd@sagesp.com, con fecha 5 de junio de 2013, un correo electrónico desde la dirección **B.B.B.**, en el que se solicita que no se envíe más publicidad a esa dirección de correo electrónico.
 - b. Asimismo, con esa misma fecha se recibió en la misma dirección un correo desde la dirección **A.A.A.** en el que también se solicita el cese en el envío de publicidad.
 - c. Dado que en la base de datos de usuarios registrados no disponían de las direcciones **E.E.E.** ni **A.A.A.**, se realizó una búsqueda de las direcciones del dominio icagr.es verificando la existencia en la base de datos de usuarios de la dirección **H.H.H.** asociada al usuario **C.C.C.**
 - d. Desde la empresa se procedió a eliminar la dirección **H.H.H.** de la citada base de datos.
- 8 En la Base de Datos de usuarios registrados se han efectuado las siguientes

comprobaciones:

- a. Se realiza una búsqueda de los datos asociados a **C.C.C.**, verificando que figura registrado en el producto PRICONPRHB09R01, que corresponde con "CONTAPLUS PROFESIONAL". Así mismo, se verifica que no figura ninguna dirección de correo electrónico y que todas las opciones de envío de publicidad se encuentran desactivadas.
 - b. Se realiza una búsqueda de las direcciones de correo electrónico **B.B.B.**, **H.H.H.** y **A.A.A.**, no obteniendo constancia de la existencia de ninguna de ellas en la Base de Datos.
- 9 En la citada "Lista Robinson" de la compañía, se ha verificado que figuran las direcciones de correo electrónico **B.B.B.**, **H.H.H.** y **A.A.A.**.
 - 10 Los representantes de SAGE han facilitado en la Inspección el acceso a un fichero en el que se conservan los registros realizados por los usuarios a través de su página web, ubicada en la dirección <http://www.sagesp.com>., comprobándose la existencia en el mismo de los datos correspondientes al usuario **C.C.C.** y que entre los datos facilitados en el registro consta la dirección **H.H.H.**, también se verifica que en el registro el usuario marcó las opciones de recibir publicidad por diferentes vías, entre las que se encuentra el correo electrónico.
 - 11 En la Inspección se realiza el registro de un usuario a través de la página web de la empresa en la dirección <http://www.sagesp.com>, comprobando que al registrarse un usuario tiene acceso a una leyenda informativa sobre el tratamiento de los datos personales que facilita.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del 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).

II

La LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo como: "*f) Comunicación comercial*»: 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”.

III

La LSSI dedica su Título III a la regulación de las citadas “Comunicaciones comerciales por vía electrónica”, disponiéndose en el artículo 21 de la citada norma, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, 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”.

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

IV

En el supuesto que se examina el denunciante pone de manifiesto que la entidad **SAGE SP, S.L.**, tras haber procedido a la cancelación de sus datos, continúa remitiéndole comunicaciones comerciales a su dirección de correo electrónico.

No obstante, tras las actuaciones previas de investigación practicadas por esta Agencia, se ha podido comprobar que el denunciante solicitó no recibir correos electrónicos comerciales en dos fechas: el 25 de abril de 2013, desde la dirección **A.A.A.** y el 5 de junio de 2013, desde la dirección de correo **B.B.B.**. En el primer correo expresaba su oposición a seguir recibiendo correos publicitarios de la entidad denunciada a esa dirección, y en el segundo correo la oposición se extendía a todas las direcciones que sobre él tenía la entidad.



Los nueve correos que aporta en denunciante, de fechas que van desde el 4 de febrero de 2013 al 3 de junio de 2013, son correos que se remitieron por SAGE a la dirección de correo **H.H.H.**, dirección facilitada por él al registrarse en dicha entidad. El ejercicio del derecho de cancelación para esta dirección no se practicó hasta el 5 de junio de 2013, por tanto, posterior a los correos recibidos, y no se ha constatado que el denunciante recibiera correos posteriores de esta entidad.

En este sentido, se ha de tener en cuenta que, al Derecho Administrativo Sancionador, por su especialidad, le son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad del principio de presunción de inocencia.

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 aun a título de simple inobservancia.”*

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20/02/1989 indica que *“Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurre aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate.”*

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 y en aplicación del principio *“in dubio pro reo”*, que obliga en caso de duda, respecto de un hecho concreto y determinante, a resolver del modo más favorable para el denunciado, en especial cuando no puede determinarse la responsabilidad subjetiva, es decir, el causante de la conducta supuestamente infractora.

Por ello, dada la ausencia de elementos de cargo que permitan imputar a la entidad denunciada el posible incumplimiento de la prohibición recogida en el artículo

21.1 de la LSSI procede acordar el archivo de las actuaciones practicadas.

V

Junto a ello, cabe señalar que en la inspección practicada por esta Agencia en las dependencias de la entidad denunciada, se pudo comprobar, tras una búsqueda en la base de datos de esta entidad, que las direcciones de correo electrónico del denunciante, en concreto, **B.B.B.**, **H.H.H.** y **A.A.A.** no existían.

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 a **SAGE SP, S.L.** y a D. **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.