

Expediente N°: E/04156/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 2 de julio de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **A.A.A.** (en adelante el denunciante) en el que declara:

Con fecha 27 de junio de 2013, ha recibido en sus direcciones de correo electrónico: **A.A.A.**, **C.C.C.** y **D.D.D.**, sendos correos con contenido comercial remitidos desde la dirección@learningxpert.com, de los que aporta copia.

El denunciante manifiesta que no tiene ninguna relación con la empresa remitente de los correos y que nunca les ha facilitado sus direcciones de correo electrónico ni autorizado al envío de publicidad.

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:

En la inspección realizada en la empresa LEARNING XPERT S.L., en relación con los hechos denunciados se ha puesto de manifiesto que:

- 1 El único fichero utilizado por la entidad para el envío de comunicaciones comerciales es el fichero de Clientes que incluye las direcciones de correo electrónico, entre otros datos, de aquellas personas que han realizado cursos de formación en la empresa o que han solicitado información a través del formulario disponible en la página web www.learningxpert.com.
- 2 Cuando los cursos se contratan por empresas, los datos de los alumnos asistentes se recaban a través del formulario de Control de Asistencia, en el que los alumnos pueden facilitar su dirección de correo electrónico.
- 3 Tanto en el formulario disponible en Internet como en el de Control de Asistencia se incluye una leyenda informativa sobre el tratamiento de los datos que se facilitan de conformidad con lo establecido en el art. 5 de la LOPD. En la inspección se han recabado copias de los mismos.

- 4 También se registran en el fichero los datos de las personas que contactan con la empresa por teléfono y facilitan su dirección de correo electrónico con objeto de recibir información. Se anota en el fichero la fecha de la llamada y, en su caso, el número de teléfono
- 5 Los correos publicitarios incluyen una opción que permite a los receptores de un correo darse de BAJA para no recibir de nuevo comunicaciones comerciales.
- 6 El envío de los correos publicitarios se realiza a través de la empresa GRAPHIC MAIL con quien han suscrito un contrato al efecto.
- 7 Las solicitudes de baja se reciben normalmente en la empresa GRAPHIC MAIL, la cual borra automáticamente la dirección de correo del solicitante de la base de datos de LEARNINGXPERT. En el caso de que se reciban solicitudes de Baja u Oposición en la propia empresa se realiza el mismo proceso.
- 8 Se ha comprobado que en el fichero de Clientes, constan los siguientes datos asociados a las direcciones de correo electrónico A.A.A.. C.C.C. y D.D.D.: nombre y apellidos, dirección de correo electrónico, número de teléfono y fechas de los contactos (16 y 17 de mayo de 2013).
- 9 A la vista de la comprobación realizada, el representante de la empresa ha manifestado que de los datos que constan en el fichero se desprende que el denunciante contactó con la empresa con fechas 16 y 17 de mayo de 2013 y facilitó en cada una de las llamadas una dirección de correo electrónico distinta y en una de ellas facilitó también su número de teléfono.
- 10 Por otra parte, no les consta que el denunciante haya solicitado la baja en la recepción de comunicaciones comerciales.
- 11 En el transcurso de la Inspección el representante de LEARNINGXPERT, al tener conocimiento de que el denunciante no desea recibir comunicaciones comerciales de la empresa, procede, en presencia de los Inspectores, al borrado de los datos del denunciante en el fichero de Clientes.

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 manifiesta haber recibido en sus direcciones de correo **A.A.A.**, **C.C.C.** y **D.D.D.**, un correo electrónico con contenido publicitario de la empresa Learning Xpert S.L, sin haber facilitado estas direcciones ni autorizado al envío de publicidad.

No obstante, tras las actuaciones de investigación practicadas por esta Agencia en las dependencias de la entidad denunciada se pudo observar que, de los datos que

constan en el fichero de clientes, el denunciante se puso en contacto vía telefónica con la entidad denunciada en dos ocasiones, en fecha 16 y 17 de mayo de 2013 (fecha anterior a los correos recibidos), aportando su nombre, apellidos, direcciones de correo electrónico y el número de móvil. Existe, por tanto, consentimiento previo del denunciante al envío de este tipo de correos.

Por otro lado, en los correos que recibe el denunciante aportados en su escrito de denuncia se observa que existe un link para darse de baja, sin que existan indicios de los que se infieran que el denunciado haya hecho uso de esta posibilidad.

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 de dicho principio, 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 el transcurso de la inspección el representante de LEARNINGXPRT, al tener conocimiento de que el denunciante no desea recibir comunicaciones comerciales de la empresa, procede, en presencia de los Inspectores, al borrado de los datos del denunciante en el fichero de Clientes.

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.

NOTIFICAR la presente Resolución a **LEARNINGXPRT S.L.** 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 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.