



Expediente Nº: E/04461/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **CLARIMARKET S.L.** y **PROARS INTERNET SLU** en virtud de denuncia presentada ante la misma por D **A.A.A.**, en representación de la ASOCIACIÓN ANDALUZA DE COMERCIO ELECTRÓNICO, y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 11 de julio de 2013 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por **A.A.A.**, en representación de la ASOCIACIÓN ANDALUZA DE COMERCIO ELECTRÓNICO, en adelante la denunciante, en la que manifiesta lo siguiente:

1. A pesar de que no ha autorizado o solicitado el envío de correos electrónicos comerciales por parte de GLOBAL FUSION MARKETING SLU y de que no existe relación comercial con dicha entidad, están recibiendo en su cuenta@andce.es.
2. El 23 de octubre de 2012 se solicitó la baja de la lista de distribución debido a la recepción de unos envíos no solicitados que no fueron previamente denunciados.
3. A pesar de todo ello han recibido correos electrónicos desde la cuenta boletín@..... los días 21 de mayo, 10 (2 correos) y 19 de junio y 11 de julio 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:

1. Junto con el escrito de denuncia se aporta impresión de pantalla en la que como fecha del sistema figura el 25 de octubre de 2012 y en el navegador, en una URL asociada al dominio psmailer.com y en la que se puede observar como la dirección de la que se ha solicitado la baja es@andce.es se muestra un mensaje de confirmación y baja de "CLARIMARKET MARKETING Y COMUNICACIÓN".
2. El denunciante recibió en su cuenta de correo@andce.es los correos electrónicos remitidos desde la cuenta boletín@..... y cuyas características se listan a continuación.

Num.	IP origen	Fecha	Hora
1	***IP.1	21/05/2013	17:20
2	***IP.2	10/06/2013	15:19

3	***IP.3	10/06/2013	22:59
4	***IP.4	19/06/2013	15:46
5	***IP.5	11/07/2013	19:36

Los correos electrónicos contenían información comercial referente a servicios y productos de “Email Marketing” e indican que los datos que los destinatarios faciliten serán incluidos en un fichero del que es responsable CLARIMARKET SL.

Todos los correos electrónicos disponen de un enlace para darse de baja de la lista de destinatarios.

3. Las direcciones IP citadas en el punto anterior son parte de las direcciones que el proveedor de servicios de Internet OVH SAS, con sede en Francia, utiliza para prestar servicio a sus clientes.

La filial española de OVH SAS identifica las direcciones de origen de los correos electrónicos identificados con los números 1,4 y 5 como asociadas a la sociedad PROARS INTERNET SLU.

Sobre las direcciones de origen de los mensajes 1 y 2 manifiesta que dichas direcciones no les constan como activas.

4. El Subinspector actuante remitió a CLARIMARKET SL una solicitud de información en relación a los hechos denunciados dirigiéndose para ello a la que consta, tanto en el Registro Mercantil Central como en su sitio web www.clarimarket.com, como domicilio social de la entidad.

El escrito fue devuelto por el servicio de correos indicando que el destinatario era desconocido.

El 30 de octubre el Subinspector actuante trató de remitir un mensaje a los responsables de CLARIMARKET SL a través del formulario de contacto ubicado en la URL www.clarimarket.com pero al tratar de enviar dicho mensaje el formulario devolvía un mensaje de error.

Consultada la versión electrónica del directorio páginas amarillas únicamente se encuentra la dirección que consta como domicilio social de la entidad.

5. El dominio clarimarket.com está registrado a nombre de CLARIMARKET SL y en el registro del Sistema de nombre de Dominio (DNS por sus siglas en inglés) consta como dirección de contacto la del domicilio social de la entidad.
6. No se ha conseguido contactar telefónicamente con la entidad en ninguno de los teléfonos hallados en Internet, tanto en su página web www.clarimarket.com como en otras páginas.
7. En respuesta a la solicitud de información realizada por el Subinspector actuante, el representante de PROARS INTERNET SLU, en adelante PROARS, mantuvo una conversación telefónica y remitió varios correos electrónicos en los que manifiesta, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que:

7.1. PROARS comercializa un servicio de marketing a través de correo electrónico.

- 7.2. Los envíos de correo electrónico remitidos desde las direcciones IP asociadas a la entidad fueron remitidas por su cliente CLARIMARKET.
- 7.3. No existe un contrato en formato papel ya que los servicios de PROARS se contratan a través del alta en un formulario web en el que se deben de aceptar los términos y condiciones de uso del servicio en cuyo punto 1.2.3 se indica que el cliente de PROARS garantiza *“Que los datos se han obtenido con el consentimiento del afectado, y que dicho consentimiento comprende el uso de los mismos con finalidades de marketing.”*.
- 7.4. PROARS aportan copia de dos facturas fechadas el 23 de abril y el 21 de septiembre de 2012.

En los términos y condiciones citados no queda claro cuál es la vigencia inicial del contrato pero sí que éste se renovará tácitamente.

El representante de PROARS manifiesta que hasta que cambiaron el sistema en 2014, no existía un fin de licencia como tal sino que el cliente seguía de alta mientras dispusiera de créditos para poder remitir correos electrónicos.

El representante de PROARS manifiesta que *“En 2012 emitíamos las facturas a mano, por lo que no hay devoluciones. Tampoco hay email de solicitud de baja, dado que no lo han mandado nunca. La licencia se eliminó el 1 de enero de 2014, cuando hacemos las revisiones anuales, dado que no habría créditos disponibles, ni ninguna intención de volver a contratar por parte del cliente.”*.

- 7.5. Dado que CLARIMARKET SL no es cliente de la entidad los datos correspondientes a su actividad fueron borrados por lo que no pueden proporcionar datos sobre envíos específicos.

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 presente caso el denunciante manifiesta haber recibido correos electrónicos con contenido comercial sin haberlo autorizado y habiendo solicitado su oposición a no recibir este tipo de correos.

De las actuaciones previas de investigación practicadas por esta Agencia se ha podido comprobar que los correos a los que se hace referencia el denunciante fueron enviados desde diversas direcciones IP que forman parte de las direcciones que el proveedor de servicios de internet OVH SAS utiliza para prestar servicio a sus clientes, quien identifica las direcciones de origen de los correos como asociadas a la entidad PROAS INTERNET S.L.U. Ésta, a su vez, comercializa un servicio de marketing a través de correo electrónico. Los envíos de correo electrónico remitidos desde las direcciones IP asociadas a esta entidad fueron remitidos por su cliente CLARIMARKET S.L.

Sobre esta última empresa responsable de los envíos objeto de denuncia cabe señalar, por un lado, que PROAS INTERNET, como sociedad de la que era cliente CLARIMARKET S.L., no posee datos correspondientes a su actividad ya que fueron borrados, ni puede proporcionar datos sobre envíos específicos; y, por otro, que se solicitó información a CLARIMARKET desde la Agencia en relación a los hechos denunciados, en concreto, en su sitio web www.clarimarket.com....., así como en la dirección que consta como domicilio social en el Registro Mercantil Central, siendo este último escrito devuelto por el servicio de correos, indicando que el destinatario era “desconocido”. Asimismo, se trató de remitir un mensaje a los responsables de CLARIMARKET S.L. a través del formulario de contacto ubicado en la URL www.clarimarket.com..... pero al tratar de enviar dicho mensaje el formulario devolvía un mensaje de error.

Así las cosas, procede a señalar que no ha sido posible determinar la identidad del presunto responsable del envío de los correos objeto de denuncia.

A este respecto ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional viene manteniendo que los principios y garantías del procedimiento judicial penal son, en principio y con las oportunas modulaciones, aplicables al procedimiento administrativo sancionador, dado que también este es manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, resultando clara la plena virtualidad del principio 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 aun a título de simple inobservancia.”*

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 hayan comprobado la existencia de los hechos que motivan esta imputación.

V

Por lo tanto no se puede advertir conducta alguna que encaje en el catalogo de infracciones que la LSSI establece en su Titulo VII, procediendo 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 a **CLARIMARKET S.L.**, a **PROARS INTERNET SLU** y a D **A.A.A.**, en representación de la ASOCIACIÓN ANDALUZA DE COMERCIO ELECTRÓNICO.

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.

