



Expediente N°: E/05125/2012

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas [*de oficio*] por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **CABLEUROPA, S.A.U.** en virtud de denuncia presentada por Don **A.A.A.** y basándose en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 14 de diciembre de 2011 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.**, (en lo sucesivo el denunciante), en el que denuncia la recepción con fecha 27 de noviembre de 2011 de un correo electrónico con contenido publicitario procedente de ONO en la dirección de correo **B.B.B.**, a pesar de que registró de alta en la Lista Robinson de FECEMD el día 01/07/2009 las direcciones de correo electrónico **B.B.B.**, **D.D.D.** y **C.C.C.**.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniéndose conocimiento con fecha 17 de octubre de 2012 de los siguientes extremos a través del escrito remitido por CABLEUROPA, S.A.U. (en adelante ONO):

Según indican los representantes de ONO, la campaña comercial a la que hace referencia el denunciante no ha sido preparada ni ejecutada por la entidad. Los datos del denunciante no se encuentran recogidos en los sistemas informáticos de ONO ni como cliente, ni como ex o potencial cliente.

Los representantes de la entidad manifiestan que por la dirección de correo remitente del mensaje publicitario denunciado podría tratarse de una campaña realizada por un afiliado (empresa totalmente independiente de ONO), a través de un sistema de publicidad digital. Este tipo de campañas de publicidad digital implican que la persona interesada (como podría ser el denunciante) se registra en la página web de un afiliado y permite que sus datos sean tratados con fines publicitarios a fin de enviarle publicidad de los sectores identificados en la cláusula o incluso sobre aquellos que el propio interesado haya manifestado su conformidad o interés.

En esos casos la base de datos utilizada es del afiliado y ONO nunca tiene acceso a ella, limitándose a facilitar una oferta de servicios que el afiliado remite a personas de su base de datos que puedan estar interesadas en la misma. Este mecanismo publicitario también es empleado con publicidad de otras empresas pertenecientes a otros sectores de actividad.

Con el fin de poder identificar al afiliado responsable de esta campaña, es necesario tener acceso y analizar el correo electrónico enviado al denunciante con el fin de localizar el código identificativo que se introduce en el mismo, siendo éste específico para cada afiliado con el que tiene acuerdos firmados. Dicho código no es posible visualizarlo con un mero pantallazo del correo electrónico publicitario.

A pesar de lo anterior, ONO se ha dirigido a sus afiliados con el fin de conocer qué afiliado había realizado dicha campaña en el mes de noviembre de 2011 y había tenido como uno de sus destinatarios la dirección de correo electrónico: **B.B.B.**.

Ninguno de ellos ha reconocido ser el remitente de dicha campaña.

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 LSSI en la redacción vigente en la fecha del envío del correo comercial denunciado lo siguiente:

“Artículo 21. Prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

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 (...)”

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 se pone de manifiesto el envío de una comunicación comercial no autorizada por parte de ONO con fecha 27 de noviembre de 2011 a una cuenta de correo electrónico titularidad del denunciante que estaba registrada en la Lista Robinson de FECEMD.

Aunque el contenido publicitario del mensaje denunciado y la dirección de correo origen del mismo, ONO@saludfuerte.es parecen vincular a ONO con la remisión del mensaje denunciado, dicho operador de telefonía ha negado tanto que fuese responsable de dichos envíos como que los datos del denunciante figurasen registrados en sus ficheros. Sobre este particular ha barajado, a la vista de la dirección de correo de origen del mensaje, la posibilidad de que el remitente del envío se correspondiera con un afiliado al que ONO únicamente facilita la oferta publicitaria a promocionar. Es decir, el afiliado sería el responsable de la campaña publicitaria dado que la base de datos utilizada es de su titularidad, los datos han sido recabados por el afiliado de conformidad con sus cláusulas, los parámetros de la campaña se han definido exclusivamente por el afiliado, quien, por lo tanto, es el único responsable de asegurarse con anterioridad a la realización de la campaña que cuenta con el consentimiento de los destinatarios de la misma, debiendo con tal fin habilitar los mecanismos necesarios para evitar el envío de comunicaciones comerciales a los titulares de los datos personales registrados en los propios ficheros de exclusión de envíos o en los ficheros comunes de exclusión regulados en los artículos 48 y 49 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal .

De hecho, en el pie del correo objeto de análisis aparece una leyenda que indica: *“Usted recibe este correo electrónico porque está inscrito (a) en la página web de uno de nuestros socios”*

Si a lo anterior añadimos que ONO ha indicado que han resultado infructuosas las acciones llevadas a cabo por su parte para localizar al afiliado con el que tiene acuerdos firmados que pudo haber remitido el envío denunciado hay que concluir que, a la vista de la información obrante en el expediente de actuaciones previas de investigación, no ha quedado justificado de forma fehaciente que ONO sea la remitente del mensaje comercial denunciado.

Abundando en lo anterior, el hecho de que la oferta publicitaria se refiera a servicios de telefonía comercializados por ONO no constituye indicio de prueba que justifique que dicha entidad fuera, efectivamente, la responsable del mencionado envío. Es por ello que no puede vincularse a esa entidad con la remisión del mismo de forma fehaciente y probada, ya que no puede concluirse, siquiera indiciariamente, ante la falta de elementos de cargo con entidad suficiente la autoría por su parte del referido mensaje comercial.

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. La presunción de inocencia debe regir sin



excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. 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.”*

Conforme señala el Tribunal Supremo (STS 26/10/98) el derecho a la presunción de inocencia *“no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados – no puede tratarse de meras sospechas – y tiene que explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria pueda entenderse de cargo.”*

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.”*

A su vez, 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, aquellos principios impiden imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan dicha imputación o la intervención en los mismos del presunto infractor, aplicando el principio “*in dubio pro reo*” en caso de duda respecto de un hecho concreto y determinante, y que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

Por ello, dada la ausencia de elementos de cargo que permitan imputar a una persona física o jurídica concreta la presunta infracción a lo previsto en el artículo 21.1 de la LSSI procede acordar el archivo de las actuaciones practicadas.

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 **CABLEEUROPA, S.A.U.** y a Don **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.