

Expediente Nº: E/06762/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 24 de octubre de 2013 tiene entrada en esta Agencia una denuncia interpuesta por D. **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta lo siguiente:

1. El 6 de octubre de 2013 remitió a ORANGE ESPAGNE, S.A.U (anteriormente FRANCE TELECOM ESPAÑA SAU), en adelante ORANGE, una reclamación en la que ponía en conocimiento de la operadora que a pesar de que anteriormente había solicitado que sus datos únicamente fuesen utilizados para facturar los servicios prestados, ese mismo día había recibido un SMS publicitario de la entidad.
2. El 10 de octubre, en respuesta a la reclamación a la que se asignó el identificador **C.C.C.**, se le remitió un mensaje disculpándose por las molestias e informando de que habían bloqueado su número de forma que no recibiese más publicidad.
3. A pesar de ello, el 16 de octubre de 2013 volvió a recibir un nuevo mensaje publicitario.

Junto con el escrito se aporta copia de un correo electrónico remitido el 16 de octubre de 2013 desde la cuenta orange@..... y dirigido a la cuenta **B.B.B.**

En respuesta al requerimiento de esta agencia se recibe un escrito de subsanación de denuncia en el que se aportan copia de las cabeceras del correo de 16 de octubre de 2013 y copia de un correo remitido por ORANGE en relación con la reclamación previamente descrita.

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, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. El 10 de octubre de 2013 el denunciante recibió un correo electrónico del departamento de atención al cliente de ORANGE en el que se resumía la solución dada a la reclamación planteada por el denunciante el 7 de octubre de 2013 y descrita en los antecedentes.

En dicho correo se observa como el 10 de octubre de 2013 se le indica que no volverá a recibir mensajes publicitarios.

2. El denunciante recibió el 16 de octubre de 2013 en su cuenta de correo **B.B.B.** un

correo electrónico desde la cuenta orange@.....

El correo electrónico contenía información comercial referente al servicio de ORANGE denominado "Tranquilidad".

El correo electrónico dispone de información sobre el cómo solicitar la baja de la lista de destinatarios en forma de enlace.

3. El dominio orange.es está registrado a nombre de Orange Brand Services Limited, con sede en el Reino Unido.
4. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, los representantes de ORANGE remitieron un escrito en el que manifestaron, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que:
 - 4.1. La solicitud de oposición, recibida el 7 de octubre de 2013, fue tramitada en los 10 días siguientes.
 - 4.2. La comunicación citada en el punto 1 fue remitida dentro del plazo de 10 días previsto en la normativa para el ejercicio del derecho de oposición.
 - 4.3. Los datos del denunciante han sido marcados de forma que no puedan ser utilizados para el envío de comunicaciones comerciales.

La entidad aporta impresiones de pantalla de sus sistemas de información en los que, para cada uno de los cinco contratos que el denunciante mantiene con la entidad, constan marcadas las casillas que indican el derecho de oposición ejercido y la exclusión de los datos para usos publicitarios.

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) y el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

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 la recepción con fecha 16 de octubre de 2013 de una comunicación comercial en su cuenta de correo electrónico **B.B.B.** tras su solicitud de oposición.

Tras las actuaciones previas de inspección practicadas por la Agencia se ha podido constar que el denunciante solicitó la no recepción de publicidad a través de solicitud de oposición, recibida por Orange en fecha 7 de octubre de 2013 y siendo contestada por esta entidad en fecha 10 de octubre de 2013. No obstante, en fecha 16 de octubre de 2013 recibe un correo publicitario.

En este sentido, es preciso destacar que la LOPD en el artículo 16, otorga al responsable del tratamiento de un plazo de diez días para hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación, plazo que se computa como días hábiles, sin que en este

supuesto el plazo previsto se haya excedido, ya que la comunicación de la cancelación fue del día 10 de octubre, y el correo de fecha 16 de octubre.

Asimismo, no queda acreditado que el denunciante recibiera correos posteriores al plazo de finalización de la realización efectiva de la cancelación por la entidad denunciada. 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."

En definitiva, aquellos principios impiden imputar una infracción administrativa cuando no se hayan obtenido indicios razonables que motiven esta imputación, aplicando este principio en caso de duda respecto de un hecho concreto y determinante, que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

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 **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** 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.