



Expediente N°: E/01876/2012

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **ACTIVA 2000, S.L.** en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 22 de febrero de 2012 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara:

Que el día 16/7/2011 recibió dos correos electrónicos de ACTIVA.

Solicitada la baja de correo electrónico de su cuenta info@upimanresa.com, ésta resultó infructuosa y continua recibiendo correos electrónicos comerciales no solicitados.

Aporta el denunciante como pruebas una serie de impresiones de pantalla de ficheros ubicados en el disco duro de su ordenador. Solicitada ampliación de información aporta el denunciante copia de una serie de correos electrónicos, así como de sus cabeceras de Internet.

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. De la información aportada por el denunciante se desprende que el denunciante ha recibido los siguientes correos electrónicos:
 - a. De fecha 18 de octubre de 2011 (14:33) enviado a la cuenta de correo electrónico info@upimanresa.com con origen en la cuenta de correo1@activa2mil.es con el asunto "Aprovéchate de las promociones vigentes!". En el cuerpo del mensaje se remite un enlace a las promociones de la entidad.
 - b. De fecha 12 de diciembre de 2011 (17:27) enviado a la cuenta de correo electrónico info@upimanresa.com con origen en la cuenta de correo1@activa2mil.es con el asunto "ACTIVA2MIL ORDENADORES (NB, Netbook y PCs) 13.12.11". En el cuerpo del mensaje se informa de tarifas vigentes a partir de la semana siguiente.
 - c. De fecha 30 de enero de 2012 (10:30) enviado a la cuenta de correo electrónico info@upimanresa.com con origen en la cuenta de correo1@activa2mil.es con el asunto "ACTIVA2MIL ORDENADORES (NB, Netbook y PCs) 30.01.2012". En el cuerpo del mensaje se informa de tarifas vigentes a partir del lunes 30 de enero.
 - d. De fecha 2 de abril de 2012 (10:02) enviado a la cuenta de correo electrónico



info@upimanresa.com con origen en la cuenta de correo1@activa2mil.es con el asunto "ACTIVA2MIL ORDENADORES (NB, Netbook y PCs) 02.04.2012". En el cuerpo del mensaje se comunican tarifas de venta de ordenadores.

- e. De fecha 29 de marzo de 2012 (10:27) enviado a la cuenta de correo electrónico info@upimanresa.com con origen en la cuenta de correo1@activa2mil.es con el asunto "CATALOGO KRAUN". En el cuerpo del mensaje se remite un fichero con los productos de la marca KRAUN.

Todos los correos electrónicos aparecen como remitidos por D. **C.C.C.**, gestor comercial, del que se presentan su número de teléfono y fax de contacto. Del examen del contenido de los correos, da la impresión de que se trata de correos enviados de un mayorista a sus clientes minoristas.

2. De la información aportada por ACTIVA2MIL se desprende:

- a. Informa la entidad respecto de los datos disponibles :

*<<En el verano del 2011 realizamos una campaña de recuperación de clientes en la que contactamos telefónicamente con la empresa Main Bages, S.L.L., cuyo responsable nos constaba como **B.B.B.**. Al ser cliente de ACTIVA 2mil desde el 16 de agosto de 2008 poseíamos los datos de esta empresa así como la dirección de correo electrónico (.....2@telefonica.net) que nos facilitaron para poder enviarles su tarifa de precios y ofertas que podamos ofrecerle.>>*

Acompaña la entidad impresión de los datos que constan en el fichero de clientes, figurando el denunciante como persona de contacto, constando tanto la empresa informada, como el CIF y cuenta bancaria asociada a la misma.

Continúa la entidad:

*<<Concretamente el 5 de julio de 2011 pudimos hablar con Main Bages y nos facilitaron datos adicionales, como un nuevo correo electrónico (upimanresa@gmail.com) y dos personas más de contacto, **F.F.F.** y **E.E.E.** como encargada de compras.*

Posteriormente, y manteniendo el contacto comercial, siempre telefónicamente ya que es nuestro medio principal de contacto con nuestros clientes, hablamos con Main Bages y nos indicaron un nuevo correo electrónico (info@upimanresa.com). Es por esto por lo que tenemos esta dirección de correo electrónico para mandarle información comercial.>>

- b. Informa la entidad respecto del origen de los datos:

<<El alta de cliente de Main Bages, S.L.L. se produjo en agosto del 2008. Comercialmente esta empresa formaba parte de la cadena de tiendas UPI y con el comienzo de relaciones comerciales de nuestra empresa con la citada UPI la misma central de esta cadena nos facilitó los datos de sus tiendas para poder enviarles el material que solicitasen.

Debido a la infructuosa relación comercial con Main Bages, recibiendo



continuas devoluciones de facturas por su parte, decidimos cancelar la cuenta a finales del 2008.

Al no haber petición expresa de borrado de datos, mantuvimos la ficha de cliente (Imagen 1 y2) para una posible posterior relación comercial.

Es por esto por lo que en el verano del 2011 y a sabida cuenta del cierre definitivo de la cadena de tiendas UPI, volvimos a contactar con Main Bages para poder establecer una satisfactoria relación comercial para ambas empresas, tal y como expresamos en el punto anterior.>>

- c. Respecto de la existencia de la relación comercial, aporta la entidad copia del extracto de movimientos de la cuenta asociada a MAIN BAGES.
- d. Manifiesta ACTIVA no haber recibido en ningún momento comunicación del denunciante solicitando la cancelación de sus datos en las bases de datos de la entidad.

3. Mediante diligencia de fecha 9/10/2011 se ha podido comprobar:

- a. Que en el sitio web <http://upimanresa.com> aparece una tienda virtual de productos informáticos cuyo responsable es la entidad MAIN BAGES S.L., figurando info@upimanresa.com como correo electrónico de contacto.
- b. Que en el Registro Mercantil Central figura el denunciante como administrador único de la entidad MAIN BAGES S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en 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 en su artículo 21.1 señala 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”.

Dicho artículo prohíbe, en consecuencia, el envío de publicidad por correo electrónico que previamente no hubiera sido solicitado o expresamente autorizado. Exceptuando aquellos casos en los que exista una relación contractual previa y el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos, y los emplee para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa o que sean similares a los contratados por el cliente.

De acuerdo con la información que consta en el informe de actuaciones previas de inspección, con anterioridad al envío de esos mensajes publicitarios existió una relación comercial previa entre las partes .

III

Añade el artículo 22.1 de la referida LSSI que *“El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente*

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado”.

La Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, en su artículo 2.h), define el correo electrónico en los siguientes términos:

“Todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo”.

Por su parte, la LSSI define *“comunicación comercial”* como *“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.*

En el presente caso manifiesta el denunciante que **ACTIVA2MIL** le ha remitido comunicaciones comerciales electrónicas después de haber solicitado la baja a su dirección de correo.

Sobre este punto, debe señalarse que se desprende de la documentación que se aporta en el expediente los siguientes hechos:

Señalar que la baja no está plenamente acreditada por dos cuestiones:

La primera, porque se desconoce desde que cuenta de correo se ejercita la baja y para que cuenta de correo se solicita la baja. Es decir, del pantallazo aportado al expediente como documento nº 2, no se deduce sin asomo de duda si la imagen mostrada se genera después de solicitarla o con anterioridad. Pues no se deduce el espacio temporal en que los campos que se muestran pueden ser rellenados. En



definitiva el pantallazo no ofrece suficientes garantías de integridad y autenticidad. A mayor abundamiento, y ésta es la segunda razón, aunque se entendiera, a efectos dialecticos, como válida la cuenta que muestra la pantalla aportada, se desconoce la fecha en que se realiza, pues la información que consta en el documento nº 1 es la captura de pantalla obtenida después de haber guardado la página web en formato html, es decir, la fecha que aparece hace referencia al momento en que se guardó dicha versión de la página web, o la fecha en que se realizó la última modificación, ya sea guardado ya sea otra posibilidad que ofrezca el explorador de que se trate. Circunstancias que impiden enervar la presunción de inocencia que ostenta todo imputado.

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 haya obtenido y constatado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación o de 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, 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 **ACTIVA 2000, S.L.** y a **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.