

Expediente Nº: E/02986/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 19 de abril de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D.**A.A.A.** (en adelante el denunciante) en el que declara:

“Hemos solicitado en muchas ocasiones que nos den de baja del boletín de correo electrónico, y no lo han realizado.

Y envió un correo electrónico a donde ponen para darse de baja y me devuelve el correo un error indicando que no se puede entregar porque me han bloqueado mi correo electrónico entrante.

Yo entiendo que me han bloqueado que le envíe correos para que no pueda demostrar que me quiero dar de baja, llevo más de un año solicitándolo.”

1. Aporta el denunciante copia de los siguientes correos electrónicos:
 - a. De fecha 27/2/2013 remitido desde la dirección de correo@pistacero.es con destino a@..... y con el asunto “¡Somos la pieza que te falta!”. Al pie del correo electrónico figura el siguiente texto:

<<... vd. tiene el derecho a oponerse a que sus datos personales se utilicen para fines publicitarios y de marketing. Si es así, le rogamos notifique su intención haciendo click Aquí: [clic] ...>>

Donde el literal [clic] aparenta ser un enlace. Igualmente, ofrece un número de teléfono y la dirección de correo electrónico de contacto@pistacero.es.

- b. De fecha 19/4/2013 remitido desde la dirección de correo@pistacero.es con destino a@..... y con el asunto “Asóciate a Pista Cero y Ganarás vendiendo Apple”. Al pie del correo electrónico figura el mismo texto que en el correo anterior, así como los mismos teléfonos y correo electrónico de contacto.
 - c. Tres correos electrónicos de fecha 19/4/2013, por el que el

servidor de correo de Google informa al denunciante que ha intentado la entrega de un correo electrónico enviado pero ha sido rechazado por el servidor de correo del destinatario mail.pistacero.es. [***IP.1]. Estos mensajes son respuesta a uno del mismo día enviado desde la cuenta de correo@..... con destino a las cuentas1pistacero.es, info@pistacero.es y lopd@pistacero.es por el que se reitera la solicitud de dejar de dar de baja del boletín. Según dichos correos, la recepción del mensaje fue rehusada en las tres direcciones de correo electrónico de destino con el mensaje de que el servidor de destino no acepta mensajes enviados de la dirección de correo@.....

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:

De la información y documentación aportada por PISTA CERO se desprende:

d. Manifiesta la entidad que la empresa Red González fue dada de alta como cliente de PISTA CERO en marzo de 2012. Aporta la entidad correos electrónicos intercambiados entre ambas empresas, entre ellos:

- De fecha 15/4/2012, mediante el que solicita las facturas de varios meses.
- De fecha 16/4/2012, mediante el que reitera la solicitud de las facturas.
- De fecha 9/5/2012 mediante el que solicita una persona de contacto en una empresa.

Todos ellos aparecen remitidos desde la cuenta@.....

e. Manifiesta igualmente que durante varios meses en esta misma dirección de correo se enviaron y recibieron correos comerciales y publicitarios en ambas direcciones. Se adjunta como muestras correos:

- De fecha 21/4/2012, mediante el que informa de que ha estrenado página web.
- De fecha 23/7/2012, mediante el que se oferta ser distribuidor de una empresa de telecomunicaciones.

Ambos aparecen remitidos desde la cuenta@.....

f. Termina la entidad diciendo que “en ningún momento tenemos acreditado por parte de Red González que se haya opuesto a la recepción de comunicaciones comerciales”.

Mediante diligencia de fecha 10/7/2013 se comprueba que en sitio web www.pistacero.es existe una página de contacto mediante la cual se pueden enviar mensajes a la entidad. Existe igualmente una ventana informativa de derechos ARCO, en el que figura que se pueden ejercitar los derechos mediante el envío de un correo electrónico a la dirección pistacero@pistacero.es.

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 pone de manifiesto que ha solicitado en varias ocasiones no recibir comunicaciones comerciales de la empresa denunciada, y que le ha resultado imposible ya que envía un correo electrónico a la dirección donde ponen darse de baja pero el correo es devuelto con un error.

Tras las actuaciones previas de investigación practicadas por esta Agencia se ha podido comprobar que el denunciante solicitó la baja mediante el envío de un correo a tres direcciones diferentes:1pistacero.es, info@pistacero.es, lopd@pistacero.es.

No obstante, ninguna de estas tres direcciones es la correspondiente para ejercer el derecho de cancelación, y, además, según señala la entidad denunciada, las dos últimas no existen, siendo la dirección correcta la que se señala en la ventana informativa de la web www.pistacero.es : *“De acuerdo con lo establecido por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, se le informa que sus datos personales estarán incluidos en el fichero automatizado FICHERO DE CLIENTES POTENCIALES (Con la finalidad de gestionar presupuestos y ofertas, envío de promoción comercial y promocional), que el responsable de su tratamiento es PISTA CERO S.L., y que Vd. Tiene derecho a acceder a sus datos, a rectificarlos, a cancelarlos y a oponerse a su tratamiento, mediante solicitud por escrito dirigida a PISTA CERO S.L., (C/.....1) BARCELONA o bien, enviando un correo electrónico a la dirección pistacero@pistacero.es”.*

Por otro lado, en los correos que recibe el denunciante aportados en su escrito de denuncia existe un link para darse de baja, sin que existan indicios de los que se infieran que no funciona.

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 del principio *"in dubio pro reo"*, 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.

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 **PISTA CERO 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.