Expediente Nº: E/00900/2011

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades ***CROWNSTONE LLC*** y ***BUONGIORNO MY ALERT S.A.,*** en virtud de denuncia presentada ante la misma por D. ***A.A.A.*** y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 3 de enero de 2011 tiene entrada en esta Agencia un escrito de ***A.A.A.*** (en lo sucesivo el denunciante), en el que manifiesta lo siguiente:

1. Recibió el día 26 de noviembre de 2010 en la dirección de correo ***...@1...*** correo comercial no solicitado de klub@1klubinvitation.com.

   En dicho mensaje se le instaba a participar en un concurso en el que podría ganar 3.000 euros en una tarjeta regalo de El Corte Inglés.

2. Para poder participar se le solicitó su número de teléfono móvil y al proporcionarlo se le remitió un mensaje con un código de participación e informándole de que éste era un servicio de suscripción.

3. El 27 de noviembre de 2010 escribió un correo para quejarse del precio de los mensajes a El Corte Inglés. Dicha entidad le informó de que es totalmente ajena a la promoción en la que había participado.

4. Solicita que no le remitan más mensajes publicitarios y que se determine la responsabilidad del envío de los mensajes que ya ha recibido.

Con fecha de 14 de abril de 2011 tiene entrada en esta Agencia un escrito del denunciante en el que aporta copia de las cabeceras completas del correo electrónico recibido

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. En el cuerpo del correo electrónico recibido por el denunciante se indica que "*Has recibido este e-mail por estar registrado a uno de los portales de Crownstone, tus datos no han sido transmitidos al anunciante.*".

   El correo electrónico incluye un enlace en el que poder dar de baja la suscripción al boletín

en cuestión.

2. La página a la que dirigía el contenido del correo electrónico, incluida en el escrito de denuncia, muestra un texto en el pie de la misma que informe de lo siguiente: "*Servicio de Suscripción prestado por Buongiorno Myalert S.A. o cualquiera de las empresas de su Grupo Empresarial […] Para cancelar envía BAJA al 795559 Nº at. Clte. 902010150. Buongiorno Myalert S.A. Calle Javier Ferrero 13-15 28002 Madrid www.blinkogold.es*. Introduciendo el PIN enviado a tu móvil aceptas las Condiciones Generales del Servicio y la Pl´çitica de Protección de datos.".

3. La dirección IP de origen del correo recibido por el denunciante es ******IPE.1.***

   Dicha dirección IP está asignada a CONTACTLAB SERVICE NETWORK, un proveedor de acceso a Internet con sede en Milán, Italia.

4. El dominio *****DOMINIO.1** está registrado a nombre de CROWNSTONE LLC, con sede en Lugano, Suiza.

5. Con fecha 17 de mayo de 2011 se ha solicitado colaboración a la Autoridad de Protección de Datos de Suiza con el fin de que, puesta en contacto con CRONSTONE LLC:

   5.1. Obtenga información sobre el origen de la dirección de correo electrónico del denunciante

   5.2. Obtenga acreditación del consentimiento prestado por el denunciante para la remisión de correos electrónicos comerciales.

   5.3. Solicite la cancelación de los datos del denunciante de los ficheros de CROWNSTONE LLC y de cualesquiera otros ficheros de las empresas de su grupo en los que consten.

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

Actualmente se denomina *"spam"* a todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica. De este modo se entiende por *"spam"* cualquier mensaje no solicitado y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada entre el público en general es el correo electrónico.

Esta conducta es particularmente grave cuando se realiza en forma masiva. El envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española, tanto por la LSSI (a consecuencia de la transposición de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio) como por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

El bajo coste de los envíos de correos electrónicos vía Internet o mediante telefonía móvil (SMS y MMS), su posible anonimato, la velocidad con que llega a los destinatarios y las posibilidades que ofrece en cuanto al volumen de las transmisiones, han permitido que esta práctica se realice de forma abusiva e indiscriminada.

La LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa "*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*". Es decir, se desautorizan las comunicaciones comerciales dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes y servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, si bien esta prohibición encuentra la excepción en el segundo párrafo del citado artículo, que autoriza el envío cuando "*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 fueron objeto de contratación*". De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, fuera del supuesto excepcional del art. 21,2 de la LSSI, puede constituir una infracción leve o grave de la LSSI.

Como ya se ha señalado en cuanto a la posible obtención ilícita de los datos del destinatario, la práctica del "*spam*" además de suponer una infracción a la LSSI, puede significar una vulneración de la legislación sobre protección de datos, ya que hay que tener en cuenta que la dirección de correo electrónico puede ser considerada como dato de carácter personal.

La Directiva sobre Privacidad en las Telecomunicaciones, de 12/07/02, (Directiva 2002/58/CE) transpuesta en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que modifica varios artículos de la LSSI, introdujo en el conjunto de la Unión Europea el principio de "*opt in*", es decir, la necesidad de contar con el consentimiento previo del destinatario para el envío de correo electrónico con fines comerciales. De este modo, cualquier envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente queda supeditado a la prestación previa del consentimiento, salvo que exista una relación contractual anterior y el sujeto no manifieste su voluntad en contra.

Por lo tanto, atendiendo al enunciado del art. 21.1 de la LSSI, resulta esencial delimitar el sentido aplicado por la citada normativa a la exigencia de consentimiento, previo y expresamente manifestado por el destinatario del mensaje, para que pueda admitirse el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico.

La repetida LSSI, que tiene por objeto, entre otras materias, la regulación del envío de

las comunicaciones comerciales por vía electrónica, establece expresamente en su artículo 1.2 que las disposiciones contenidas en la misma se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en las normas que tengan como finalidad la protección de datos personales.

Al referirse en el Título III de la LSSI a las "*comunicaciones comerciales por vía electrónica*", el artículo 19 de la LSSI declara igualmente aplicable la LOPD y su normativa de desarrollo, "*en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales*". Esta rotunda previsión legal permite afirmar que, además de lo establecido en la LSSI, serán exigibles en el tratamiento de datos personales para la realización de comunicaciones comerciales por medios electrónicos el conjunto de principios, garantías y derechos contemplados en la normativa de protección de datos de carácter personal.

Por tanto, en relación al concepto de consentimiento del destinatario para el tratamiento de sus datos con la finalidad de enviarle comunicaciones comerciales por vía electrónica, es preciso considerar lo dispuesto en la normativa de protección de datos y, en concreto, el artículo 3.h) de la LOPD que establece:

"Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen".

Por tanto, de acuerdo con dicha definición, el consentimiento, además de previo, específico e inequívoco, deberá ser informado. Y esta información deberá ser plena y exacta acerca del tipo de tratamiento y su finalidad, con advertencia sobre el derecho a denegar o retirar el consentimiento. Esta información así configurada debe tomarse como un presupuesto necesario para otorgar validez a la manifestación de voluntad del afectado.

III

En el caso que nos ocupa queda acreditado que la entidad CROWNSTONE LLC es la titular del dominio al que pertenece la cuenta de correo de origen de la comunicación comercial (klub@1klubinvitation.com) . La sede de dicha entidad se encuentra en Lugano, Suiza, por lo que se solicita la colaboración de la autoridad competente en materia de protección de datos de Suiza con el fin de que se obtenga acreditación del consentimiento prestado por el denunciante para el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos así como para que se cancelen lo datos que consten del denunciante en sus ficheros.

IV

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 ***CROWNSTONE LLC*** y ***BUONGIORNO MY ALERT S.A.,*** y 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.

Madrid, 23 de mayo de 2011

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte