



Expediente N°: E/06545/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante D. **A.A.A.** en virtud de denuncia presentada ante la misma por D. **B.B.B.** y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 23 de septiembre de 2013 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por D. **B.B.B.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta haber recibido un correo electrónico con contenido comercial no solicitado ni consentido, del que aporta copia.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. El denunciante aporta copia de un correo electrónico de fecha 20 de septiembre de 2013 remitido aparentemente desde la cuenta@ofertasparaviajar.es con destino a la cuenta@publiweb.es y con el asunto "Re: La oferta de las vacaciones".

El correo contiene una imagen con información comercial relativa a ofertas vacacionales, careciendo de información por medio de la cual poder ejercer el derecho de oposición. La imagen hace referencia a la web www.hotelbook.es. Dentro del contenido figura un link a la URL http://www.hotebook.es.

Del análisis de las cabeceras de internet aportadas por el denunciante, se desprende que el correo ha sido emitido desde el servidor server6.swao.mobi con dirección IP ***IP.1 y desde la cuenta@server6.swao.mobi.

2. Se ha podido comprobar que:

- 2.1. El dominio ofertasparaviajar.es consta registrado a nombre de D. **A.A.A.**.

Visitada la web www.ofertasparaviajar.es se comprueba que no aparecen en ella ofertas comerciales, sino comentarios sobre lugares turísticos de interés.

- 2.2. El dominio hotelbook.es consta registrado a nombre de D. **B.B.B.**.

Tras el acceso a la página principal del sitio web www.hotelbook.es se comprueba que no tiene contenido real propio sino enlaces a terceros, con los que informa no tener relación, tratándose de un dominio en situación de parking (el dominio está reservado, aunque no en uso).

- 2.3. El servidor de correo electrónico asociado al dominio ofertasparaviajar.es es mail.ofertasparaviajar.es con dirección IP ***IP.2.

- 2.4. El dominio hotebook.es no consta registrado y no existe web alguna que

responda a las peticiones realizadas a ese dominio.

2.5. El dominio swao.mobi consta registrado a nombre de D. **C.C.C.** y con domicilio en **(C/.....1)(Ciudad Real)**, dirección inexistente.

2.6. El servidor server6.swao.mobi aparece alojado en Holanda.

3. Solicitada información a D. **A.A.A.**, este manifiesta:

<<- No tengo ninguna relación con hotelbook.es, es más, no entiendo dicha oferta ya que no está en precios de mercado.

- En el remitente aparece una dirección@ofertasparaviajar.es, pero NUNCA se ha utilizado esa dirección de correo electrónico, así que deber ser una cabecera falsificada, sino no tendría sentido.

- Por favor compruebe quien ha enviado ese correo realmente o si la cabecera es falsificada ya que no existe esa dirección de correo electrónico. Que le digan las ips que han enviado o recibido ese correo que le han entregado o no se me ocurre otra cosa para comprobar eso. O si el correo que le han enviado es una captura de pantalla, no está modificado con el paint o algo.

- Por supuesto no puedo aportar la documentación que me piden respecto a publiweb, pues no tengo ninguna relación entre la empresa publiweb y yo.>>

4. Solicitada información a OVH HISPANO S.L., entidad que dispone del centro de proceso de datos en el que se aloja el servidor server6.swao.mobi. la entidad informa:

*<<El dominio www.ofertasparaviaiar.es apunta a la IP ***IP.3alojada en el servidor dedicado XXXXXXXX.net*

.... La IP fija corresponde también a todos los sitios Web alojados en su máquina. No corresponde a un usuario específico sino solamente a un servidor privado virtual.

1.- Datos identificativos del propietario del servidor XXXXXXXX.net:

*Nombre: ***NOMBRE.1*

*Apellidos: ***APELLIDOS.1*

Dirección: (C/.....1)

****POBLACIÓN.1*

*Tlf: +34.***TEL.1*

Mail: info@.....

*NIF: ***NIF.1>>*

5. Mediante diligencia de fecha 12/2/2014 se solicita aclaraciones a OVH HISPANO S.L., manifestando un representante de la entidad que:

<<El servidor XXXXXXXX.net no es un servidor privado virtual, como indicé en el escrito, sino que se trata de un servidor dedicado, en el cual el cliente tiene pleno control sobre el mismo y los contenidos que se alojan en él (servicios y logs que se

mantiene en el equipo).

*D. *****NOMBRE.1 ***APELLIDOS.1** no es el propietario de dicho servidor, el propietario es OVH HISPANO, S.L. que lo ha alquilado al Sr. **C.C.C.**, quien administra el equipo, limitándose la entidad a prestar servicios de infraestructura, no de administración.*

El equipo puede estar instalado en cualquiera de los Data Center de que dispone la entidad en Europa.>>

6. Solicitada información a SOLUCIONES CORPORATIVAS IP SLU, la entidad informa:

<<Adjuntamos información solicitada sobre el dominio swao.mobi y el cliente que registró el dominio con nosotros. El nombre de usuario del cliente es "webdreams", los datos que nos ha indicado al registrarse como cliente en nuestro sistema:

Los datos de contactos:

Nombre: Web Dreams, LLC Web Dreams, LLC

Otra: *****

Organización/Empresa: Web Dreams, LLC

Email:@gmail.com

Teléfono: +***TEL.3

Dirección: (C/.....4)

***POBLACIÓN.2

Florida

Estados Unidos

Los datos de los contactos Titular, Administrativo, Técnico y de Facturación del dominio son:

Nombre: **C.C.C.**

NIF: *****NIF.3**

Correo electrónico:@gmail.com

Teléfono: +34. *****TEL.4**

Dirección: (C/.....1)

***POBLACIÓN.1

Ciudad Real

España>>

7. Solicitada a D. *****NOMBRE.1 ***APELLIDOS.1** información acerca del titular del dominio swao.mobi a fecha del presente informe no ha sido recibida contestación alguna.

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 presente caso el denunciante manifiesta haber recibido un correo comercial no solicitado remitido desde la cuenta@ofertasparaviajar.es, sin haber facilitado previamente su consentimiento.

De las actuaciones de inspección practicadas por esta Agencia se comprueba que, aunque la dirección de origen aparente del correo electrónico fue la cuenta@ofertasparaviajar.es, ha sido emitido desde el servidor server6.swao.mobi, cuyo titular no se ha podido identificar, al figurar datos ficticios en el registro de dominios, con dirección IP ***IP.1 y desde la cuenta@server6.swao.mobi, distintos, por tanto, del servidor de correos del dominio de D. **A.A.A.**, mail.ofertasparaviajar.es con dirección IP ***IP.2.

A este respecto ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional viene manteniendo que los principios y garantías del procedimiento judicial penal son, en principio y con las oportunas modulaciones, aplicables al procedimiento administrativo sancionador, dado que también este es manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, resultando clara la plena virtualidad del principio de presunción de inocencia. 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 aun a título de simple inobservancia.”*

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 hayan comprobado la existencia de los hechos que motivan esta imputación.

Por ello cabe concluir que, en el presente caso, por un lado, no se ha aportado ninguna evidencia de la que pueda deducirse que **D. A.A.A.** (titular de dominio ofertasparaviajar.es) procediera al envío del correo comercial no solicitado, y por otro, no se ha podido identificar al titular del dominio desde donde efectivamente se envió el correo objeto de denuncia.

V

Por lo tanto no se puede advertir conducta alguna que encaje en el catalogo de infracciones que la LSSI establece en su Título VII, procediendo el archivo de las presentes actuaciones.

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 **D. A.A.A.** y a D. **B.B.B.**.

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.