



Expediente Nº: E/02817/2012

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 27 de marzo de 2012, tuvo entrada en esta Agencia un escrito remitido por Doña **A.A.A.**, (en lo sucesivo la denunciante) en el que declara:

<<El motivo de mi denuncia es que vengo recibiendo desde hace algún tiempo e-mails de una empresa desconocida para mí, de la que en ningún momento me he puesto en contacto con ellos y de la que no me interesa en absoluto por tratarse de juegos de casino. Esta empresa envía los e-mail desde distintas direcciones, aunque siempre aparece reflejado el mismo nombre cuando los recibo.

Les he solicitado por 3ª vez que den de baja mi dirección de e-mail, pero no sólo no me dan ninguna respuesta si no que si me dirijo a su página web e intento localizar algún número de teléfono o alguna dirección de correo electrónico, no existe nada de esto. En su web dicen que tienen "Atención al cliente durante 24 horas" pero no aparece reflejo de nada a lo que pueda uno dirigirse.

Desde las opciones del servidor de correo, lo único que he podido hacer es bloquear algunas de las direcciones que recibo, pero como van variando resulta imposible.

Ayer mismo comuniqué que si en un plazo de 24 horas no daban de baja mi dirección de e-mail, lo denunciaría ante la Agencia Española de Protección de datos. Dado que no he recibido respuesta alguna, salvo el mismo tipo de e-mail, decido denunciarlo a vuestro organismo.>>

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. Aporta el denunciante los siguientes correos electrónicos:

- 1) De fecha 7 de marzo de 2012 (8:18), remitido a la dirección de correo electrónico **E.E.E.**, enviado aparentemente desde la cuenta Betday Support (**D.D.D.**) con el asunto "Primer casino online en el que podrán jugar españoles". Sin embargo, examinadas las cabeceras de internet aportadas por la denunciante se aprecia que el correo fue enviado desde la cuenta de la denunciante **K.K.K.** siendo, por



tanto, fruto de un reenvío de la denunciante, por lo que las cabeceras resultan inservibles para identificar al emisor original del correo electrónico objeto de la denuncia.

- 2) De fecha 13 de marzo de 2012 (11:59), con destino a la cuenta de correo [I.I.I.](#) con origen aparente en la cuenta de correo electrónico Betday Support <[F.F.F.](#)> con el asunto "Primer casino online en el que podrán jugar españoles". Sin embargo, examinadas las cabeceras de internet aportadas por la denunciante se aprecia que el correo fue enviado desde la cuenta de la denunciante [K.K.K.](#) siendo, por tanto, fruto de un reenvío de la denunciante, por lo que las cabeceras resultan inservibles para identificar al emisor original del correo electrónico objeto de la denuncia.

- 3) De fecha 13 de mayo de 2012 (21:07), con destino a la cuenta de correo [G.G.G.](#) y con copia a otras nueve personas más, con origen aparente en la cuenta de correo electrónico Bet2day-Support <[J.J.J.](#)> con asunto ilegible.

Intentado el acceso al sitio web *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.* se ha comprobado que existe servidor web que aparece en mantenimiento y no aporta funcionalidad alguna.

El correo electrónico promociona un casino virtual ofreciendo un enlace al mismo en la URL [B.B.B.](#). Intentado el acceso a dicho enlace ha sido imposible acceder a servidor web alguno.

Consultado en el DNS el dominio *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.* se comprueba que está registrado a nombre de **M.M.M.**, con domicilio en Finlandia.

Examinadas las cabeceras de Internet del correo se encuentra que ha sido enviado desde la dirección IP *****IP.1**, dirección asignada a la entidad Vodafone Telekomunikasyon A.S., de Turquía y que el servidor con dicha dirección IP ha sido **¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.**o en Turquía.

Dado que Turquía no cuenta con autoridad de protección de datos a la que pueda dirigirse la Agencia, no se prosigue la investigación respecto de este correo electrónico.

- 4) De fecha 14 de mayo de 2012 (12:37), con destino, entre otras, a la cuenta de correo [K.K.K.](#) con origen aparente en la cuenta de correo electrónico Bet2day Support <[H.H.H.](#)> con asunto ilegible.

Intentado el acceso al sitio web *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.* se ha comprobado que dicha dirección redirige automáticamente al sitio web *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.*. Este dominio se encuentra ubicado en Polonia.



El correo electrónico promueve las apuestas del casino virtual, ofreciendo un enlace al mismo en la URL [C.C.C.](#). Intentado el acceso a dicho enlace ha sido imposible acceder a servidor web alguno.

Consultado en el DNS el dominio *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.* se comprueba que está registrado a nombre de **O.O.O.**, con domicilio en Hungría.

Examinadas las cabeceras de Internet del correo se encuentra que ha sido enviado desde la dirección IP *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.*, dirección asignada a la entidad Netia SA y que se encuentra ubicado en Polonia.

El identificador del mensaje indica que procede de los servidores de Netia.

2. Mediante escrito de fecha 24/7/2012 se solicita la colaboración del la Autoridad de Protección de Datos de Polonia para que investigue el correo electrónico proveniente de su territorio y, en su caso, inste al emisor a cancelar los datos de que disponga referentes al denunciante, cesando en el envío de correos electrónicos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

La competencia para sancionar por la comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 38.4.d) de la LSSI, corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos según dispone el artículo 43.1 de dicha Ley.

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 (que traspuso 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.

La Directiva sobre Privacidad en las Telecomunicaciones, de 12 de julio de 2002, (Directiva 2002/58/CE) actualmente incorporada 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 quedan supeditadas 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 citada 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.

III

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”.

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.

IV

Como ya se ha señalado, 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 de la siguiente manera:

“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”.

Por su parte el Anexo a) de la citada LSSI reconoce como Servicios de la Sociedad de la Información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los envíos de comunicaciones comerciales.

De acuerdo con lo señalado, es preciso analizar el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información para, a continuación, determinar los supuestos, recogidos en el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI, que no se consideran, a los efectos de esta Ley, como comunicaciones comerciales.

La LSSI en su Anexo a) define como Servicio de la Sociedad de la Información, *“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”.* A través de dicha definición el Legislador español transpuso el concepto recogido en las Directivas 98/34/CEE, de 22 de junio, del Parlamento y del Consejo, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la Sociedad de la Información, modificada por la Directiva 98/84/CE, de 20 de noviembre, del Parlamento y del Consejo, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso. Dicha definición se refiere, tal y como se expresa en el Considerando 17 de la citada Directiva 2000/31/CE, a *“cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la comprensión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio”*, añadiendo que estos

servicios cuando *“no implica tratamiento y almacenamiento de datos no están incluidos en la presente definición”*.

De acuerdo con lo señalado, el concepto de comunicaciones comercial engloba la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, es decir, ha de tratarse de todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, y, además, ha de realizarse dicha comunicación en los términos que señala el Considerando 17 de la Directiva 2000/31/CE que recoge lo previsto en las citadas Directivas 98/34/CE y 98/84/CE.

De lo anterior se deduce que, cuando la comunicación comercial no reúne los requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, pierde el carácter de comunicación comercial. En este sentido el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI señala dos supuestos, que no tendrán, a los efectos de esta Ley, la consideración de comunicación comercial: Por un lado, 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, y, por otro, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

V

En el Título VII de la LSSI bajo la rúbrica *“Infracciones y sanciones”* contiene el régimen sancionador aplicable en caso de que se produzca alguna de las infracciones contenidas en el cuadro de infracciones que en el mismo se recoge.

El artículo 37 especifica que *“los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos al régimen sancionador establecido en este Título cuando la presente Ley les sea de aplicación”*.

La definición de prestador del servicio se contiene en el apartado c) del Anexo de la citada norma que considera como tal la *“persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”*.

Con arreglo a lo dispuesto en los citados preceptos sólo se encuentra sujeta al régimen sancionador de la LSSI la persona que proporciona el servicio de la sociedad de la información. Es decir, en este caso, la persona física o jurídica que remitió el mensaje de correo electrónico.

VI

La LSSI se aplica, con carácter general, a los prestadores de servicios establecidos en España, de acuerdo con el principio de aplicación de la ley del país de origen que inspira la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información.



La LSSI, señala en su artículo 2 apartados 1 y 2, en cuanto a su ámbito de aplicación, lo siguiente:

“1. Esta Ley será de aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos (...)”

“2. Asimismo, esta ley será de aplicación a los servicios de la sociedad de la información que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España (...)”

No obstante añade el artículo 3 de la LSSI que la misma resulta de aplicación a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten, entre otras materias, a la licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitadas, siempre que resulten aplicables las normas reguladoras de esta materia.

En cuanto a los prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, el artículo 4.1 de la LSSI dispone que le será de aplicación lo previsto en el artículo 7.2, relativo a la libre prestación de servicios, y en el artículo 11.2, relativo al deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación. Si el prestador dirige sus servicios específicamente al territorio español quedará sujeto, además, a las obligaciones previstas en la LSSI, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales. En consecuencia, a los prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo que no dirijan sus servicios específicamente al territorio español no les resulta de aplicación el régimen sancionador recogido en el Título VII de la citada norma.

VII

En el asunto que examinamos se enviaron a la denunciante mediante correo electrónico cuatro comunicaciones relativas a publicidad de casinos online desde distintas direcciones de correo electrónico.

No se ha podido continuar con las investigaciones de los dos primeros correos recibidos ya que las cabeceras eran inservibles al haberse enviado éstos como un reenvío de la propia cuenta de la denunciante.

El tercer correo se envió desde la dirección < **J.J.J.** >. Ahora bien, a la luz de los datos y documentación obtenida en las actuaciones de inspección **no es posible imputar la comisión de la infracción del artículo 21 de la LSSI** a la entidad responsable, al **no estar incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 34/2002 de la Sociedad de la información y del comercio electrónico**. Como consta en los antecedentes de hecho, **la dirección IP desde la que se hizo el envío radica en Turquía**, donde también se encuentra el servidor, y por tanto **fuera del espacio económico europeo**.

Respecto al último correo investigado, al haberse enviado desde una dirección IP asignada a una entidad ubicada en **Polonia, se dirigió una solicitud de colaboración**



a la **Autoridad de Protección de Datos de Polonia** para que investigase el correo electrónico proveniente de su territorio y, en su caso, instase al emisor a cancelar los datos de que disponga referentes a la denunciante y a cesar en el envío de nuevos correos electrónicos.

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 Dña. **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.