



Expediente Nº: E/03742/2011

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **Alico (METLIFE)**, **Médicos sin Fronteras**, **Organización de Consumidores y Usuarios**, **Publimail.com**, **Sanitas, S.L. de Diversificación**, **T20 Admedia Services, S.L.**, e **Yves Rocher España, S.A.U.**, en virtud de denuncia presentada ante la misma por D. **A.A.A.** y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 13 de septiembre de 2011, tuvo entrada en esta Agencia un escrito remitido por D. **A.A.A.**, (en lo sucesivo el denunciante), en el que manifiesta que ha recibido en la cuenta **C.C.C.** seis correos electrónicos publicitarios de **B.B.B.**, con las siguientes fechas y contenidos:

- 13 de agosto de 2011, publicidad de YVES ROCHER.
- 13 de agosto de 2011, publicidad de MEDICOS SIN FRONTERAS.
- 23 de agosto de 2011, publicidad de SANITAS sobre cirugía laser ocular.
- 27 de agosto de 2011, publicidad de seguros dentales METLIFE.
- 2 de septiembre de 2011, publicidad de eDarling.
- 2 de septiembre de 2011, publicidad de OCU.

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. El reclamante aporta seis correos electrónicos comerciales cuya dirección IP de origen era ***IP.1. Consta en todos ellos como destinatario **C.C.C.** y como remitente **B.B.B.**.

En los correos constan las siguientes fechas y contenidos:

- 13 de agosto de 2011, publicidad de YVES ROCHER.
- 13 de agosto de 2011, publicidad de MEDICOS SIN FRONTERAS.
- 23 de agosto de 2011, publicidad de SANITAS sobre cirugía laser ocular.
- 27 de agosto de 2011, publicidad de seguros dentales METLIFE.
- 2 de septiembre de 2011, publicidad de EDARLING.



- 2 de septiembre de 2011, publicidad de OCU.
2. La dirección IP ***IP.1, según consta en los registros públicos de Internet está asignada a una empresa ubicada en Dinamarca.
 3. El dominio “ B.B.B.” está registrado a nombre de “PUBLIMAIL”.
 4. Se ha comprobado, por la Inspección de Datos, a través de la página web “www.mailmarketing.com” que la empresa PUBLIMAIL tiene la sede en **Chile** y ofrece, entre otros, servicios de marketing a través de correo electrónico. Dispone de una plataforma web, en la que los usuarios pueden realizar sus propias campañas de marketing. La página web no dispone de información legal que identifique la denominación social de la empresa, ni el correspondiente al número de identificación fiscal.
 5. La Inspección de Datos ha solicitado información en relación con los hechos denunciados las empresas que se anuncian. De los escritos de respuesta de cada una de las empresas se desprende lo siguiente:
 1. El representante de YVES ROCHER manifiesta que esta compañía no dispone en sus ficheros de datos del afectado ni su dirección de correo electrónico. La comunicación comercial enviada a **C.C.C.** no ha sido enviada por YVES ROCHER ni mantienen ninguna relación comercial con PUBLIWEB. Es posible que la campaña haya sido realizada por algún proveedor o Agencia externa de YVES ROCHER.
 2. El representante de MEDICOS SIN FRONTERAS, en adelante MSF, manifiesta que desconocen la existencia del envío de la comunicación comercial, ni es responsable de su envío. No disponen de datos del afectado ni tienen ninguna relación con la entidad PUBLIWEB. Manifiesta que cabe la posibilidad de que se esté cometiendo un ilícito penal.
 3. El representante de SANITAS, S.L. DE DIVERSIFICACIÓN, en adelante SANITAS, manifiesta que no disponen en sus ficheros de datos del afectado ni de su dirección de correo electrónico. En fecha 1 de febrero de 2010, SANITAS suscribió con la empresa T20 AMEDIA SERVICES, S.L., en adelante T20, un contrato que tenía por objeto la prestación de servicios de realización de campañas de marketing. En dicho contrato se especifica en el expositivo III que T20, a través de sí misma o de terceras empresas, dispone de ficheros que contienen datos personales que cumplen con los requisitos necesarios para ser utilizados en campañas de marketing.

El representante de T20 manifiesta que no disponen en sus ficheros de datos relativos al afectado ni de su dirección de correo electrónico, y desconocen quien es la compañía PUBLIMAIL.

4. El representante de AMERICAN LIFE INSURANCE COMPANY, en adelante METLIFE, manifiesta que no disponen en sus ficheros datos relativos al afectado ni a su dirección de correo electrónico. Así mismo manifiesta que no tienen ni nunca han tenido relación con PUBLIMAIL. Cabe la posibilidad de que el envío haya sido contratado por alguna de las empresas contratadas por las entidades aseguradoras.
5. El representante de la Organización de Consumidores y Usuarios, en adelante OCU, manifiesta que no disponen en sus ficheros de datos relativos al afectado,



ni su dirección de correo electrónico. OCU no tiene ninguna relación con la empresa PUBLIMAIL.

6. En cuanto a la publicidad de EDARLING, la inspección de datos ha comprobado, a través de internet que se trata de una página de contactos personales de la que es responsable una empresa de nacionalidad Alemana denominada AFFINITAS GMBH, ubicada en Berlín.
7. Se ha verificado por la inspección de datos que la marca comercial PUBLIMAIL está registrada a nombre de la sociedad EMFASIS, BILLING & MARKETING SERVICES, S.L. El subinspector actuante ha efectuado una llamada telefónica a dicha empresa, donde le han informado que la mismo no tiene ninguna relación con el dominio " B.B.B." siendo su dominio de internet "éfnasis.es."

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 Ley 34/2002 de la Sociedad de la información y de comercio electrónico, que traspone 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 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.

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 serán de aplicación lo previsto en el artículo 7.2, relativo a la libre prestación de servicios, y 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 presente caso se remitieron varias comunicaciones mediante correo electrónico desde el correo **B.B.B.**. A la luz de la documentación obrante en las presentes actuaciones de inspección no existe prueba de cargo para imputar la comisión de una infracción del artículo 21 de la LSSI ni a las entidades citadas en los correos electrónicos publicitarios recibidos por el denunciante, entidades que se relacionan en el Hecho primero –toda vez que se ha comprobado que éstas no disponían en sus ficheros de datos relativos al afectado y desconocían quien era PUBLIMAIL-, ni a la empresa PUBLIMAIL, **habida cuenta de que el dominio “ B.B.B.” se encuentra registrado a nombre de la citada empresa, cuya sede radica en Chile, fuera del Espacio Económico Europeo.**

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 **ALICO (METLIFE), MÉDICOS SIN FRONTERAS, ORGANIZACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS (OCU),**



PLUBLIMAIL.COM, SANITAS S.L. DE DIVERSIFICACIÓN, T20 ADMEDIA SERVICES S.L., YVES ROCHER ESPAÑA, S.A.U, 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.