



Procedimiento Nº : E /00064/2008

## RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos sobre **CLICMATIC S.C.P.**, en virtud de denuncia presentada por **D. S.S.S.**, y en base a los siguientes,

### HECHOS

**PRIMERO:** Con fecha 3 de diciembre de 2007, tuvo entrada en esta Agencia, un escrito de D. S.S.S. (en lo sucesivo el denunciante) , en el que declara haber recibido con fecha 21 de Noviembre de 2007 un correo electrónico comercial no solicitado procedente de la dirección [.....B..@.....](mailto:.....B..@.....) de Clicmatic SCP (en lo sucesivo el denunciado), en el que se le incluye un catálogo de productos ofertados para su compra.

El denunciante niega haber solicitado, ni consentido expresamente el envío de comunicaciones comerciales, haber autorizado a un tercero a ceder sus datos personales al denunciado, ni haber mantenido relaciones comerciales con la entidad denunciada. En su escrito de denuncia incluye copia del correo y cabecera del mismo.

**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.- Del correo electrónico aportado por el denunciante se desprende, que el asunto del mensaje es una oferta comercial, ya que en este se nos dice “[Clicmatic] Fes un regal sostenible i te’n regalem un altre”, siendo remitido el día 21 de noviembre de 2007 a las 10:41 a.m..
- 2.- Según consta en la copia del correo facilitado por el denunciante, del análisis de las cabeceras de dicho correo se desprende que fue remitido por la cuenta [.....B..@.....](mailto:.....B..@.....) , desde un ordenador cuya dirección de acceso a Internet era la IP #####, siendo la cuenta de correo electrónico destinataria del mensaje, la del denunciante, [.....A..@.....](mailto:.....A..@.....) .
- 3.- En el pie del mensaje aparece un texto según el cual el receptor puede oponerse a la recepción de mensajes desde la cuenta de Clicmatic SCP, respondiendo al correo electrónico recibido con un mensaje en blanco.
- 4.- Mediante diligencia de fecha 6 de febrero de 2008, esta Agencia ha realizado las siguientes comprobaciones:



- a) el dominio ...B1... está registrado a nombre de “...B1...; name: X.X.X., (C/.....)”.
- b) el dominio ...B2... está registrado a nombre de “...B2...; name: X.X.X., (C/.....)”.
- c) el servidor web [www....B1..](#) resulta encontrarse, a fecha de las actuaciones, activo, estando dedicado a la venta por Internet de productos para la prevención del cambio climático, apareciendo como titular del mismo, a pie de la propia página CLICMATIC S.C.P.

5.- Puesta esta Agencia en contacto con Telefónica de España S.A.U. como proveedora de servicio telefónico y conexión a Internet a la IP #####, ésta informa, mediante escrito con entrada en fecha 4 de febrero de 2008, que dicha dirección IP figura como asignada el día 21 de Noviembre de 2007, a las 10:41 a.m., a la línea telefónica número \*\*\*\*\*, cuyo titular es el Ayuntamiento de (.....), tratándose de una línea ADSL que utiliza una IP dinámica.

6.- Por su parte, el Ayuntamiento de (.....), informa mediante escrito de fecha de entrada 18 de marzo de 2008, que la línea \*\*\*\*\*2 de la que es titular, pertenece al servicio de Internet público de la biblioteca municipal. El servicio se presta mediante una red wifi, no pudiéndose por tanto determinar qué usuarios se conectaron en un día y hora determinados, al poder contar con acceso libre cualquier ordenador portátil provisto de wifi que se encuentre dentro del área de influencia de la red inalámbrica. Ha de hacerse incapie en que el radio de cobertura típico de una red wifi es de unos 100 metros alrededor del router, pudiendo verse dicho radio ampliado de acuerdo a las condiciones particulares de instalación (estructuras metálicas circundantes), así como por la utilización de antenas tanto en el router como en el ordenador que se conecte a él.

7.- Puestos en contacto con D. X.X.X., como Administrador de CLICMATIC S.C.P., mediante escrito de entrada 14 de marzo de 2008, informa que no dispone del consentimiento del denunciante para la remisión de correos publicitarios y niega haber realizado el envío publicitario origen de la denuncia o disponer de dato alguno relacionado con la dirección [.....A..@.....](#), interpretando que dicho envío pueda haber sido realizado por un tercero al que su empresa remitiera dicho mensaje, como opción de reenvío. Asimismo manifiesta no haber realizado nunca spam.

## **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 38.4.d en relación con el segundo párrafo del artículo 43.2, ambos de la ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI).



## II

Actualmente se denomina Spam o “correo basura” 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 mediante el correo electrónico.

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

El artículo 1 de la LSSI, por su parte, nos dice:

*“1. Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúen como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.”*

El artículo 21 de la LSSI, establece 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”.*

#### IV

No puede obviarse que al Derecho Administrativo Sancionador le son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad de los principios 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, 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.”*

Hemos de partir, por tanto, de estos principios para poder evaluar si los hechos que dan lugar a la reclamación realizada por el denunciante cuentan con una entidad suficiente como para imputar al denunciado la comisión de la correspondiente infracción.

Así, de acuerdo a lo relatado, el denunciante recibió en su correo personal una comunicación comercial no solicitada, no basándose tampoco dicha comunicación en ninguna relación comercial previa. Si bien dicha comunicación incluía un catálogo de



productos del denunciado, y la dirección de correo electrónico es identificable con el dominio del que éste es titular, existen elementos que dificultan el establecer de forma indubitada la existencia de responsabilidad por parte del denunciado en la remisión de dicha comunicación al denunciante, como es el hecho de que de la IP que se utilizó como medio de conexión a la red, pertenece a un servicio público de acceso libre a la red de Internet, prestándose ésta mediante una red wifi, y estando, por tanto, sujeta a la posibilidad de que pudiera acceder libremente cualquier ordenador portátil provisto de wifi que se encontrara dentro del área de influencia de la red inalámbrica.

Lo anteriormente expuesto impide llevar a cabo una identificación efectiva de aquel que accediera al servicio para enviar dicha comunicación, por lo que, y en aplicación de los principios vistos sobre la presunción de inocencia, no existen los elementos necesarios para iniciar un procedimiento sancionador con respecto al denunciado, en la medida en que el comportamiento infractor no puede ser atribuido de forma indubitada a éste, por lo que se procede a acordar el archivo del presente expediente.

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 **CLICMATIC** con domicilio en (C/.....) y a **S.S.S.** con domicilio en (C/.....).

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 el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

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, 19 de mayo de 2008

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA  
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte