



Procedimiento Nº PS/00011/2010

RESOLUCIÓN: R/01003/2010

En el procedimiento sancionador PS/00011/2010, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a **D. A.A.A.**, vista la denuncia presentada por **D. B.B.B.** y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 17 de agosto de 2009 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **D. B.B.B.**, (en adelante el denunciante), exponiendo la recepción, con fecha 11 de agosto de 2009, de un correo comercial no autorizado después de haber solicitado por correo electrónico una información de un presupuesto en la cuenta de correo de la tienda on-line que aparece en la página Web www.fullconsols.com. Asimismo, el denunciante indica que en la comunicación comercial recibida, cuya copia aporta junto con su correo de solicitud de presupuesto y la respuesta al mismo, no hay ninguna opción para darse de baja y que tanto su dirección de correo electrónico, la cual fue añadida a una lista de distribución sin su consentimiento, como la del resto de destinatarios aparece sin ocultar, siendo claramente identificables sus datos como los del resto de destinatarios.

Con fecha 21 de septiembre tiene entrada escrito del denunciante, en contestación a la solicitud de subsanación y mejora efectuada por esta Agencia, adjuntado las cabeceras de Internet de los correos a los que se refería en su anterior escrito y de otro boletín recibido con fecha 11 de agosto de 2009.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, durante las actuaciones previas de investigación realizadas por la Subdirección General de Inspección de Datos de la AEPD para el esclarecimiento de los mismos, se ha tenido conocimiento de los siguientes extremos:

1) De la documentación aportada por el denunciante se observa que éste remitió, con fecha 7 de agosto de 2009, un correo solicitando presupuesto sobre determinados artículos comercializados por la tienda on-line Fullconsols.com, el fue contestado en esa misma fecha a la dirección de correo electrónico@2....

2) Con posterioridad a dichos correos el denunciante recibió en su cuenta de correo@2.... las siguientes comunicaciones comerciales:

- Con fecha 11 de agosto de 2009 el denunciante recibió un correo electrónico comercial cuya dirección IP de origen era ...IP1..., el cual consta como remitido el mismo día a las 12:30 (GMT-7) horas, 21:30 hora española, desde la dirección boletín@fullconsols.com.

En la cabecera del correo figuraba: *“Boletín Agosto 2009: No sabes lo que te estas perdiendo...”*, ofreciéndose en el cuerpo del mensaje información publicitaria sobre ofertas de videojuegos comercializados en la web www.fullconsols.com.

El envío no contenía ninguna cláusula informativa indicando al receptor del mensaje la posibilidad de ejercer su derecho de oposición y la forma en la que podía hacerlo efectivo.

- Con fecha 17 de agosto de 2009 el denunciante recibió un correo electrónico comercial cuya dirección IP de origen era *...IP2...*, el cual consta como remitido el mismo día a las 10:12 (GMT-7) horas, 19:12 hora española, desde la dirección boletín@fullconsols.com.

En la cabecera del correo consta: *“Boletín Especial: ¡Sorteamos 5 Betas de SuperCar Challenge para PS3, aparte de vivir toda la GamesCom2009!”*, publicitando el cuerpo del mensaje la posibilidad de acceder a la “GamesCom2009” a través de FullConsols.info y un sorteo de varios juegos a través del mismo canal, de tal forma que la firma “FullConsols” se promocionaba mediante la remisión del correo.

El envío contenía una cláusula informativa en la que se indicaba al receptor del mismo que: *“Para darse de baja en el servicio de boletines, avisos, descuentos y ofertas especiales procedentes de los servidores de www.fullconsols.com, mande un email a baja@fullconsols.com. Automáticamente, su email enviado queda registrado para no mandarle más correos informativos procedentes de los servidores de FullConsols.com.”*

3) En ambos boletines promocionales en el campo de destinatario aparecían las direcciones de correo electrónico de otros receptores de los mismos mensajes, gran parte de éstas conteniendo el nombre y los apellidos de sus titulares o asociadas a dichos datos. En el mensaje de fecha 11 de agosto de 2009 la lista de distribución supera al folio de destinatarios, mientras que en el mensaje de fecha 17 de agosto de 2009 dicha lista supera el folio y medio de destinatarios.

Entre otras muchas de las direcciones que aparecen en la comunicación de fecha 11 de agosto de 2009 se encuentran: *....@3....,@4....,@5....,....@6....,@7....,@8....*

Entre otras muchas de las direcciones que aparecen en la comunicación de fecha 17 de agosto de 2009 se encuentran, además de las citadas en el anterior mensaje, las correspondientes a: *....@9....,@10....*

4) Las direcciones IP *...IP1...* y *...IP2...* son dos de las direcciones que el operador Telefónica de España SAU asigna de forma dinámica entre sus clientes.

Dicha operadora ha comunicado que la dirección IP *...IP1...* estuvo asignada el día 11 de agosto de 2009, entre las 18:00 y las 23:55 horas de dicha fecha, a la línea ****TELF1****, la cual figura contratada por D^a. **C.C.C.**. También ha informado que la dirección IP *...IP2...* estuvo asignada el día 17 de agosto de 2009, entre las 18:58 y las 20:22 horas de dicha fecha, a la misma línea telefónica, con domicilio de instalación en la (...C1...).

5) Se ha verificado que el dominio **fullconsols.com** está registrado a nombre de D. **A.A.A.**, con dirección de contacto en la (...C1...).

6) El sitio web asociado al dominio www.fullconsols.com dispone de un formulario de contacto para enviar mensajes de petición o preguntas por los usuarios, en el que éstos deben facilitar los datos de nombre, email, asunto/pedido, mensaje y código de seguridad superior para poder realizar el envío de los mensajes.



7) En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, D^a. **C.C.C.** remitió con fecha 21 de enero de 2010 un correo electrónico, en representación de su hijo D. **A.A.A.**, en el que manifestaba que:

- "Fullconsols" es el nombre comercial utilizado por su hijo **menor de edad (**AÑOS1**)**, D. **A.A.A.** "*para esporádicas acciones comerciales*". Dicho nombre comercial no está asociado a ningún modelo de empresa.

- El dominio "fullconsols.com" está registrado a nombre de su hijo.

- A su hijo no le consta el envío de correos electrónicos de naturaleza promocional a la cuenta@1...., desconociendo el origen del dato de dicha dirección de correo.

- No dispone de acreditación del consentimiento prestado por el denunciante para la remisión de correos comerciales.

- No se cuenta con documentación que acredite la oposición del titular de la cuenta@1...., a la recepción de promociones desde el mencionado dominio.

TERCERO: Con fecha 2 de febrero de 2010, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a D. **A.A.A.** (en adelante, el denunciado) por la presunta comisión de las siguientes infracciones:

- Infracción al artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI), tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma, pudiendo ser sancionada con multa de hasta 30.000, de acuerdo con el artículo 39.1.c) de la LSSI.

- Infracción del artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), tipificada como leve en el artículo 44.2.e) de dicha norma, pudiendo ser sancionada con multa de 601,01 € a 60.101,21 €, de acuerdo con el artículo 45.1 de la citada Ley Orgánica .

En el apartado 2) de los Hechos contenidos en él reseñado acuerdo se consignó por un error material que los correos relacionados en dicho apartado fueron recibidos en la cuenta de correo del denunciante@1.... en lugar de en la dirección de correo electrónico@2....

CUARTO: Con fecha 11 de febrero se registra de entrada en esta Agencia escrito del denunciante en el que solicita que se subsane el dato relativo al correo electrónico receptor de los envíos denunciados, toda vez que éstos se remitieron a su cuenta personal@2.... y no a la dirección@1.... que consta en el punto 2 del hecho Segundo, utilizándose esta última dirección como plataforma telemática desde la que gestiona sus direcciones de correo electrónico.

Asimismo, solicita su personación como interesado en el procedimiento sancionador y la fijación de una indemnización a discreción del Director de la AEPD ya que **www.fullconsols.com** ha vulnerado el deber de mantener sus datos en secreto, que han sido publicados junto a 475 direcciones de correo electrónico en el campo destinatario de las comunicaciones promocionales enviadas el 11 y 17 de agosto de 2009.

QUINTO: Notificado el citado Acuerdo de inicio al denunciado con fecha 4 de febrero de 2010, éste presentó escrito de alegaciones mediante correo electrónico de fecha 17 de

febrero de 2010, manifestando que la dirección@2.... figura en la lista de correo que utiliza para anunciar sus productos porque había mantenido relaciones comerciales con el usuario de la misma, conforme prueba la captura de pantalla que adjunta mostrando que el titular de la cuenta@2.... remitió un correo a las 10:42 horas del día 7 de agosto de 2009, el cual fue respondido por su parte desde la cuenta contacto@fullconsols.com ese mismo día.

Con posterioridad, y en base a la relación comercial anteriormente reseñada, procedió a remitir desde la dirección boletín@fullconsols.com dos correos comerciales con fechas 11 y 17 de agosto de 2009, uno por cada fecha, a la dirección de correo electrónico@2...., motivo por el que no se hace responsable de que el titular de esa dirección pueda tener redirigida dicha cuenta a la dirección de correo@1....

SEXTO: Con fecha 19 de febrero de 2010 se acuerda la apertura de un período de práctica de pruebas, en el que se dan por reproducidas, a efectos probatorios, la denuncia interpuesta y su documentación anexa a la misma, los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección, el Informe de actuaciones previas de Inspección que forman parte del expediente E/02932/2009, el escrito de alegaciones presentado por el imputado junto con la documentación adjuntada al mismo y la impresión del resultado de la búsqueda efectuada en la página web <http://www.fullconsols.com> respecto de la información que obra en su página principal, condiciones y contactos. Asimismo, se acordó solicitar al imputado que informara a esta AEPD sobre los siguientes extremos:

- Acreditación de que contaba con autorización previa y expresa del denunciante para la remisión de comunicaciones comerciales a la cuenta de correo electrónico@2.... o, en su caso, justificación de que los mensajes remitidos a dicha cuenta con fechas 11 y 17 de agosto de 2009 desde la dirección de correo boletín@fullconsols.com fueron solicitados por el receptor de los mismos.

- Especificación de los productos o servicios concretos que fueron objeto de contratación con el denunciante con anterioridad al envío de dichas comunicaciones.

- Aclaración del origen de las direcciones de correo electrónico que aparecen como destinatarias de los dos boletines publicitarios objeto de denuncia.

- Tipo de datos asociados a cada una de las direcciones de correo electrónico que constituyen el fichero en que se encuentran registradas las cuentas de correo que figuran en el encabezamiento de los dos mensajes denunciados.

- Causa por la que en ambos mensajes aparece la lista de direcciones de correo electrónico correspondiente a todos los destinatarios a los que se remitieron los mensajes del 11 y 17 de agosto de 2009.

SÉPTIMO: Con fecha 2 de marzo de 2010 tiene entrada en esta Agencia escrito de la representante legal del denunciado reiterándose en que su hijo únicamente había enviado dos correos a la cuenta@2.... en base a las relaciones mantenidas en su día por el titular de dicha cuenta y su hijo “por el hobby que comparten”, adjuntando la captura de las pantallas correspondientes a dichos envíos.

Igualmente, se alega que la actividad de su hijo no se centra en enviar correos masivos a cualquier particular, sino a las personas con las que ha mantenido vínculos



por la afición que les une a los videojuegos, señalando que dicha actividad no puede considerarse como comercial ya que no existe ánimo de lucro y la práctica muy esporádicamente valiéndose de entidades legales como eBay.

OCTAVO: Con fecha 9 de marzo de 2010 se comunicó al denunciante que, de conformidad con lo previsto en el artículo 31.1c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en lo sucesivo LRJAP), se le tenía por interesado en el expediente sancionador ya que los datos de su correo electrónico@2.... aparecían asociados a **B.B.B.** en la lista de destinatarios de los dos correos objeto de análisis. Por lo tanto, en el mismo escrito se le dio traslado del acuerdo de apertura de período de práctica de pruebas adoptado con fecha 19 de febrero de 2010 y de la naturaleza de las pruebas acordadas.

Respecto de la solicitud de indemnización se le indicó que si consideraba que había sufrido daños o lesiones podría acudir a la vía judicial ordinaria una vez que la AEPD hubiera declarado, si así procediera, la responsabilidad del imputado en la infracción del artículo 10 de la LOPD, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la LOPD que establece que:

“1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados.

2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.”

NOVENO: Con fecha 23 de marzo de 2010 se formuló propuesta de resolución en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se procediera a sancionar a D. **A.A.A.** con multa de 1.800 € (Mil ochocientos euros) por la infracción del artículo 21.1 y 2 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma, y con multa con multa de 1.200 € (Mil doscientos euros) por la infracción del artículo 10 de la LOPD, tipificada como leve en el artículo 44.2.e) de dicha norma, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1 y 4 de la citada Ley Orgánica.

Dicha propuesta de resolución consta como notificada al imputado con fecha 25 de marzo de 2010 y al denunciante, en su calidad de interesado en el procedimiento, con fecha 6 de abril de 2010

DÉCIMO: Con fecha 12 de abril de 2010 se registra de entrada en esta Agencia escrito del denunciado solicitando el sobreseimiento del expediente en base, sustancialmente, a las siguientes alegaciones:

- Primero: Vulneración del principio de responsabilidad de la potestad sancionadora recogido en el artículo 130.1 de la LRJAP, argumento que justifica partiendo de la premisa de que un menor de edad, tal y como lo es la persona a la que se ha incoado el procedimiento sancionador, carece de capacidad para comerciar de conformidad con lo previsto en el artículo 1 y 4 del Código de Comercio, motivo por el

que los hechos acontecidos se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la LSSI y de la LOPD, dado que la primera norma de las citadas se circunscribe a *“Las personas que realicen actividades económicas (...)”*, por lo que no cabe apreciar que se haya llevado a cabo actividad económica, y atendido que en base al mismo motivo su conducta únicamente puede incluirse en el ámbito doméstico, al cual no resulta de aplicación la LOPD según lo dispuesto en el artículo 2.2 de la LOPD.

Añade que la LSSI y la LOPD le son inaplicables en base a que el artículo 30 de la LRJAP establece que un menor sólo tiene capacidad de obrar frente a la Administración para la defensa de sus derechos, lo que implica que carecerá de tal capacidad en los casos no expresamente previstos. También se alega que en la reseñada normativa no se hace mención alguna respecto de la responsabilidad del menor, lo que le excluye de su ámbito de aplicación. De todo lo cual se desprende la falta de responsabilidad del mismo y la nulidad de la sanción.

También invoca que, aunque la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor postula la extensión del ámbito participativo del menor, el artículo 11, de dicha Ley también introduce ciertos límites, entre los cuales figura el de que *“se excluirán de la presunción de capacidad del menor, en virtud del principio tuitivo y favorable que inspira la interpretación, la realización de aquellos actos que impliquen consecuencias patrimoniales, tributarias o de gravamen.”*

- Segundo: Se manifiesta la disconformidad con la calificación jurídica de los hechos imputados y con la determinación de la gravedad de las infracciones supuestamente cometidas.

En cuanto a la infracción al artículo 21 de la LSSI se insiste en el alegato de que el mensaje de correo enviado partía de una relación contractual previa al haber sido el propio denunciante el que solicitó el envío de información, ofreciéndose en el segundo mensaje enviado la posibilidad de darse de baja del servicio, subsanándose de esta forma el error del primero y dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 21.2 de la LSSI.

En lo concerniente a la infracción al artículo 10 de la LOPD se afirma que no se ha infringido tal precepto por encontramos en el ámbito doméstico del menor y ser un envío efectuado a contactos particulares, por lo que tal conducta está fuera de la esfera de la LOPD.

- Tercero: De forma subsidiaria, se solicita la reducción de las sanciones propuestas en su grado mínimo, esto es 200 € para la infracción del artículo 21.1 y 2 de la LSSI y 601,01 € para la infracción del artículo 10 de la LOPD, en consonancia con la circunstancia de la minoría de edad del imputado, y de conformidad con el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 131 de la LRJAP, norma que busca la protección del menor, dándole un tratamiento favorable en todo caso.

Dicha solicitud también se apoya en los criterios establecidos en el artículo 45.4 de la LOPD, ya que respecto de la naturaleza de los derechos personales afectados se trata de direcciones de correo electrónico puntualmente asociadas a los nombres de las personas a que pertenecen, el volumen de tratamiento efectuado se limitó a dos envíos vinculados a productos de los que se solicitó presupuesto, no se obtuvieron beneficios por la acción objeto de la denuncia, ausencia de intencionalidad y de reincidencia, inexistencia de daños y perjuicios a terceros y minoría de edad del imputado.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 7 de agosto de 2009 el denunciante remitió un correo electrónico a la dirección contacto@fullconsols.com solicitando presupuesto sobre determinados artículos comercializados por la tienda on-line Fullconsols.com, el cual fue contestado a la dirección de correo electrónico@2.... con esa misma fecha desde la cuenta de correo contacto@fullconsols.com. (Folios 4 y 157)

SEGUNDO: Con posterioridad, el denunciante recibió en su dirección de correo electrónico@2.... las siguientes comunicaciones comerciales desde la dirección boletin@fullconsols.com:

- Un correo electrónico remitido con fecha 11 de agosto de 2009, con dirección IP de origen *...IP1...*, en cuya cabecera figuraba: *"Boletín Agosto 2009: No sabes lo que te estas perdiendo..."*. El cuerpo del mensaje ofrecía información publicitaria sobre ofertas de videojuegos comercializados en la web www.fullconsols.com. (Folios 5, 6 y 163)

El envío no contenía ninguna cláusula informativa indicando al receptor del mensaje la posibilidad de ejercer su derecho de oposición y la forma en la que podía hacerlo efectivo.

- Un correo electrónico remitido con fecha 17 de agosto de 2009, con dirección IP de origen *...IP2...*, en cuya cabecera constaba: *"Boletín Especial: ¡Sorteamos 5 Betas de SuperCar Challenge para PS3, aparte de vivir toda la GamesCom2009!"*. El cuerpo del mensaje publicitaba la posibilidad de acceder a la "GamesCom2009" a través de FullConsols.info y un sorteo de varios juegos a través del mismo canal, de tal forma que la firma "FullConsols" se promocionaba mediante la remisión del correo.

El envío contenía una cláusula informativa en la que se indicaba al receptor del mismo que: *"Para darse de baja en el servicio de boletines, avisos, descuentos y ofertas especiales procedentes de los servidores de www.fullconsols.com, mande un email a baja@fullconsols.com. Automáticamente, su email enviado queda registrado para no mandarle más correos informativos procedentes de los servidores de FullConsols.com."* (Folios 33 al 35 y 164)

TERCERO: Telefónica de España SAU ha informado que la dirección IP *...IP1...* estuvo asignada el día 11 de agosto de 2009, entre las 18:00 y las 23:55 horas de dicha fecha, a la línea ****TELF1****, la cual figura contratada por D^a. **C.C.C.**, y que la dirección IP *...IP2...* estuvo asignada el día 17 de agosto de 2009, entre las 18:58 y las 20:22 horas de dicha fecha, a la misma línea telefónica. (Folios 52 y 53)

CUARTO: El dominio fullconsols.com está registrado a nombre de D. **A.A.A.**, quien contaba en la fecha de los hechos con ****AÑOS1**** de edad y es hijo de la titular de la línea ****TELF1****. (Folios 51, 113 y 116)

QUINTO: El sitio web www.fullconsols.com está vinculado al sector de la venta de videojuegos por Internet (comercio virtual), figurando junto al dominio **FullConsols.com** la leyenda "Tu experto en Videojuegos". (Folios 40 al 46, 139 al 154)

SEXTO: Con fecha 15 de octubre de 2009 se comprobó que el formulario de contacto que se ponía a disposición de los usuarios del sitio Web www.fullconsols.com para enviar mensajes por correo electrónico, a fin de realizar peticiones o preguntas, se componía de los siguientes campos: Nombre, Email, Asunto/Pedido, Mensaje, Código de seguridad superior y Enviar mensaje. (Folio 44)

No consta que en esa fecha la página web www.fullconsols.com incluyera información referente a la Política de Privacidad o Protección de Datos. (Folio 40)

SÉPTIMO: Con fecha 18 de febrero de 2010 se comprobó que dicho formulario de contacto para dudas o preguntas relacionadas con dicho portal se componía de los siguientes campos: Nombre, Email, Asunto, Duda, Código de Verificación, Enviar Mensaje, conteniendo también la siguiente observación: “Al enviar este mensaje, estas conforme con el punto 4 de las condiciones del sitio web.” (Folio 151)

En el punto 4 de las condiciones del sitio Web, relativo a “Política de protección de datos”, se señalaba: “En cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, se informa a los usuarios de la página, así como a los respectivos clientes, que sus datos pasarán a formar parte de un fichero automatizado responsabilidad de www.fullconsols.com, cuya gestión es enviarle su pedido, contestarle a sus cuestiones e información comercial vía correo electrónico (respuestas a consultas en correos cuyo dominio sea @fullconsols.com, pedidos recibidos y formularios de contacto web) en conformidad con el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Asimismo, el titular de los datos podrá ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación así como revocar su consentimiento para el envío de comunicaciones comerciales enviando un correo electrónico a baja@fullconsols.com.” (Folios 146 al 148)

OCTAVO: Con fecha 21 de enero de 2010 la madre del denunciado, en representación de su hijo, manifestó, entre otros extremos, que: (Folio 113)

- “Fullconsols” es el nombre comercial utilizado por su hijo **menor de edad (**AÑOS1**)**, “para esporádicas acciones comerciales”. Dicho nombre comercial no está asociado a ningún modelo de empresa.

- El dominio “fullconsols.com” está registrado a nombre de su hijo.

NOVENO: En el campo de destinatario de los boletines comerciales remitidos con fechas 11 y 17 de agosto de 2009 al denunciante desde la cuenta de correo boletín@fullconsols.com aparecen reseñadas las direcciones de correo electrónico de todos los destinatarios a los que se dirigieron dichos mensajes publicitarios. (Folios 2 al 35)

En el boletín comercial de fecha 11 de agosto de 2009 la lista de distribución a la que tuvo acceso el denunciante contenía un total de 470 cuentas destinatarias de dicho correo electrónico, mientras que el mensaje de fecha 17 de agosto de 2009 mostraba una lista de distribución compuesta por un total de 472 destinatarios, incluyéndose en dichos cómputos la dirección de correo electrónico **B.B.B.** <....@2....>, correspondiente al denunciante. (Folios 23 al 25 y 33 al 35)

DÉCIMO: Gran parte de las direcciones de correo electrónico que se detallan en ambas comunicaciones llevan asociados a las mismas los datos del nombre y apellidos del titular o usuario de dichas cuentas de correo. Entre otras muchas de las direcciones que aparecen en la comunicación de fecha 11 de agosto de 2009 se encuentran:@3....,@4....,@5....,@6....,@7....,@8.... (Folios 23 al 25)

En la comunicación comercial de fecha 17 de agosto de 2009 aparecen, entre otras muchas direcciones de correo electrónico destinatarias de tal envío, además de las citadas en el anterior mensaje, las correspondientes a:@9....,@10.... (Folios 33 al 35)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

El artículo 43.2, segundo párrafo, de la LSSI, otorga a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer sanciones por la comisión de la infracción del artículo 21 de la citada Ley.

Asimismo, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD, es competente para resolver este procedimiento en lo que respecta a la infracción del artículo 10 de la LOPD.

II

A los efectos de examinar si las comunicaciones comerciales denunciadas constituyen infracción al artículo 21 de la LSSI, apartados primero y segundo párrafo del mismo, conviene realizar una breve exposición sobre el concepto de “spam” y el marco jurídico que resulta de aplicación al presente supuesto.

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 en la LSSI (a consecuencia de la transposición de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio).

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.

El artículo 21 de la citada LSSI, establece:

“Artículo 21. Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

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.

Así, 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 artículo 21.2 de la LSSI, puede constituir una infracción leve o grave de la LSSI.

La Directiva sobre Privacidad en las Telecomunicaciones, de 12/07/02, (Directiva 2002/58/CE) actualmente 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 artículo 21.1 de la LSSI, norma que tiene por objeto, entre otras materias, la regulación del envío de las comunicaciones comerciales por vía electrónica, resulta necesario que el remitente del envío cumpla con la exigencia de contar con consentimiento previo y expresamente manifestado por el destinatario del mensaje para que pueda admitirse el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico.

III

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 f) 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, y que son, 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.

En resumen, el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico debe haberse solicitado o autorizado expresamente por los destinatarios de las mismas, salvo que se trate de comunicaciones comerciales referentes a productos o



servicios de la propia empresa que sean similares a los que inicialmente hubiesen sido objeto de contratación con el cliente.

IV

Vista la importancia de la existencia de consentimiento previo de los destinatarios de las comunicaciones comerciales, excepción hecha de los supuestos en que exista una relación contractual previa, en el párrafo segundo del artículo 21.2 de la LSSI, se establece que *“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.”*

Es decir, en todo caso, el prestador deberá ofrecer a los destinatarios la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales en cada una de las comunicaciones comerciales que les dirijan.

Dicha obligación se encuentra relacionada con lo establecido en la mencionada Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, que, tal y como se ha indicado con anterioridad, se transpuso en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, originando, tal y como ya se ha indicado, la modificación de varios artículos de la LSSI para su adecuación a lo dispuesto en el ámbito comunitario sobre el tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Dentro de este mismo ámbito comunitario, los Considerandos 40 y 41 de la reseñada Directiva 2002/58/CE establecen, en relación con dichas comunicaciones electrónicas, que:

“(40) Deben ofrecerse garantías a los abonados contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, especialmente a través de llamadores automáticos, faxes y mensajes de correo electrónico, incluidos los de SMS. Por una parte, el envío de estas formas de comunicaciones comerciales no solicitadas puede resultar relativamente sencillo y económico, y por otra, puede conllevar una molestia e incluso un coste para el receptor. Además, en algunos casos su volumen puede dar lugar a dificultades en las redes de comunicaciones electrónicas y en los equipos terminales.

Se justifica, para este tipo de comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, la exigencia de obtener el consentimiento expreso previo de los receptores antes de que puedan dirigírseles comunicaciones de esta índole. El mercado único requiere un planteamiento armonizado que garantice la existencia de normas sencillas aplicadas a escala comunitaria, tanto para las empresas como para los usuarios.

(41) En el contexto de una relación preexistente con el cliente, es razonable admitir el uso de las señas electrónicas del cliente con objeto de ofrecer productos o servicios similares, pero exclusivamente por parte de la misma empresa que haya obtenido las señas electrónicas de conformidad con la Directiva 95/46/CE. En el momento de recabarse las señas electrónicas, debe informarse al cliente de manera clara e inequívoca sobre su uso ulterior con fines de venta directa, y debe dársele la



posibilidad de negarse a dicho uso. Debe seguir ofreciéndose al cliente esta posibilidad cada vez que reciba un mensaje ulterior de venta directa, sin cargo alguno salvo los posibles costes de transmisión de esta negativa.”

De acuerdo con ello, los apartados 1 al 3 del artículo 13 de la misma Directiva 2002/58/CE disponen respecto de las “Comunicaciones no solicitadas” que:

“1. Sólo se podrá autorizar la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando una persona física o jurídica obtenga de sus clientes la dirección de correo electrónico, en el contexto de la venta de un producto o de un servicio de conformidad con la Directiva 95/46/CE, esa misma persona física o jurídica podrá utilizar dichas señas electrónicas para la venta directa de sus propios productos o servicios de características similares, a condición de que se ofrezca con absoluta claridad a los clientes, sin cargo alguno y de manera sencilla, la posibilidad de oponerse a dicha utilización de las señas electrónicas en el momento en que se recojan las mismas y, en caso de que el cliente no haya rechazado inicialmente su utilización, cada vez que reciban un mensaje ulterior.

3. Los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para garantizar, que, sin cargo alguno, no se permitan las comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa en casos que no sean los mencionados en los apartados 1 y 2, bien sin el consentimiento del abonado, bien respecto de los abonados que no deseen recibir dichas comunicaciones. La elección entre estas dos posibilidades será determinada por la legislación nacional.”

Al amparo de la reseñada normativa comunitaria, el artículo 21.2 de la LSSI obliga al prestador de servicios a ofrecer al destinatario de los mensajes publicitarios, tanto en el momento de recogida de datos como en cada una de las comunicaciones comerciales remitidas, un procedimiento sencillo y gratuito para que los destinatarios de los servicios puedan hacer efectivo su derecho de oposición al tratamiento de sus datos con fines promocionales.

V

En el presente supuesto ha quedado demostrado a través de las actuaciones practicadas que con fechas 11 y 17 de agosto de 2009 el denunciado remitió desde la cuenta de correo electrónico boletín@fullconsols.com dos comunicaciones comerciales a la dirección de correo electrónico@2...., titularidad del denunciante.

Respecto de la imputación realizada en el acuerdo de inicio de procedimiento sancionador al señalar como cuenta destinataria de los correos denunciados la dirección@1.... en lugar de@2.... se señala que se trata de un error que resulta subsanable en cualquier momento, de conformidad con lo previsto en el artículo 105.2 de la LRJAP, que dispone que “Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.”

A la vista de lo expuesto en los anteriores Fundamentos de Derecho y del contenido de ambos mensajes se constata que el prestador de servicios, en este caso



el denunciado, quien es el titular del dominio **"Fullconsols.com"**, remitió los dos correos comerciales anteriormente citados promocionando la visita al sitio Web www.fullconsols.com y las ofertas y novedades del sector de videojuegos que se comercializaban a través de dicha página Web, intentando despertar, en todo caso, el interés del destinatario de los mensajes sobre dichos productos. En consecuencia, en virtud de los términos definidos en el Anexo f) de la LSSI, anteriormente citado, cabe afirmar que se trata del envío de dos comunicaciones de naturaleza comercial realizadas por vía electrónica por el imputado.

Por lo tanto, teniendo en cuenta el contenido de ambos correos y la vinculación de la página Web que se promociona en los mismos con la venta de videojuegos por Internet se pone de manifiesto que se trata de una información comercial destinada a propiciar la venta de dichos productos, existiendo, por ello, una vinculación entre la remisión de dichos correos con una actividad comercial desarrollada por los responsables del mencionado Portal. Estos hechos, unidos a las manifestaciones efectuadas por la madre del denunciado con fecha 21 de enero de 2010 al relacionar la titularidad del dominio **"Fullconsols.com"** con *"esporádicas acciones comerciales"* desarrolladas por su hijo y con las alegaciones del propio denunciado, quien manifestó con fecha 17 de febrero de 2010 no sólo que había enviado publicidad a dicha cuenta a causa de la relación comercial existente con el titular de la misma, sino que afirmó también que la dirección de correo electrónico del denunciante estaba en la lista de correo que utilizaba para anunciar sus productos, reafirman que se trata de dos comunicaciones de naturaleza comercial que caen bajo la orbita de la LSSI, lo que obliga a desestimar las manifestaciones de la representante legal del denunciado realizadas con posterioridad a las anteriormente citadas, en concreto, con fecha 26 de febrero de 2010, en el sentido de que tal práctica no podía considerarse como comercial ya que no existía ánimo de lucro y se realizaba muy esporádicamente.

Asimismo, independientemente de la cuestión de si el denunciado puede ser considerado, o no, comerciante de conformidad con lo previsto en el artículo 1 del Código de Comercio que considera como tales *"Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente"* y no obstante que el artículo 4 del citado Código disponga que *"Tendrá capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes"*, las circunstancias anteriormente invocadas permiten afirmar que el denunciado ha desarrollado actos de comercio de conformidad con lo estipulado en el artículo 2 del mismo Código de Comercio, cuyo tenor literal es el siguiente: *"Los actos de comercio, sean o no, comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común. Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga."*

Asimismo, respecto de dicha cuestión ha de valorarse que el denunciado ha sido el autor de las comunicaciones comerciales objeto de análisis, las cuales se consideran en el Anexo a) de la LSSI como *"Servicios de la sociedad de la información"* siempre que representen una actividad económica, tal y como ocurre en este caso en el que los citados correos promocionan la compra de videojuegos por parte del receptor de los mismos, estando, por lo tanto bajo la órbita de dicha norma, cuyo objeto es según el artículo 1.1 de la LSSI *"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 actúan 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.”

Tampoco exonera de responsabilidad al denunciado el que los envíos efectuados no puedan calificarse como de masivos, puesto que la infracción al artículo 21 de la LSSI puede cometerse con el envío de un único correo comercial que incumpla las prohibiciones impuestas en dicho precepto.

VI

Una vez acreditada la naturaleza comercial de los mensajes recibidos por el denunciante, y atendiendo al enunciado del citado artículo 21 de la LSSI, resulta esencial delimitar dos cuestiones respecto del denunciado, por un lado, si estaba amparado por la cobertura del consentimiento expreso en el sentido aplicado por el apartado primero del citado precepto, cuando exige la existencia de una autorización expresa o solicitud previa manifestadas por el destinatario del mensaje para que pueda admitirse el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico, y, por otro, si cumplió con la obligación establecida en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 21 relativa a que el prestador deberá ofrecer al destinatario, en todo caso, la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

En lo que respecta a la primera cuestión planteada, aunque se ha alegado que el envío de ambas comunicaciones se sustenta en la relación comercial mantenida entre el imputado y el denunciante a partir del momento en que éste último envía con fecha 7 de agosto de 2009 un correo a una cuenta del dominio **Fullconsols.com** que es contestado con esa misma fecha por el imputado, lo cierto es que del análisis del contenido de esos mensajes no puede llegarse a tal conclusión.

Así, el correo remitido por el denunciante con fecha 7 de agosto de 2010 consistía en una solicitud de presupuesto de unos determinados videojuegos, y la respuesta que el denunciado efectuó al correo del denunciante se limitaba a dar contestación a la información requerida y a remitir a un enlace de contacto para obtener mayor información.

En conclusión, dichos mensajes no prueban la existencia de una relación contractual previa entre el remitente y el receptor de las comunicaciones comerciales denunciadas que exima al primero de la obtención de consentimiento expreso y previo del denunciante para el envío de comunicaciones comerciales, ya que no se ha acreditado que el denunciante adquiriera dichos productos ni ningún otro artículo al imputado, por lo que el denunciante no puede considerarse como cliente del Portal.

La mera solicitud y obtención de información sobre un producto a través del medio habilitado por el Sitio Web www.fullconsols.com para realizar este tipo de consultas no conlleva la existencia de una relación contractual entre ambas partes, ni supone ningún tipo de dispensa del solicitante de la información para que sus datos se utilicen para el envío de publicidad por medios de comunicación electrónica sin que medie solicitud o autorización previa y expresa del mismo para ello.

Por consiguiente, al no mediar una relación contractual previa entre el remitente y el destinatario de los correos comerciales, circunstancia que legitimaría el envío por



parte del imputado de los dos mensajes analizados al denunciante en calidad de cliente,- y ello siempre que el imputado hubiera obtenido los datos de la misma de forma legítima, se tratara de productos o servicios de la empresa similares a los que fueron objeto de contratación por la destinataria del correo con anterioridad, y que el destinatario no se hubiera opuesto al envío de tales comunicaciones publicitarias o promocionales-, no cabe exonerar al imputado, de conformidad con la excepción recogida en el primer párrafo del apartado 2 del artículo 21, de la necesidad de contar con el consentimiento previo y expreso del destinatario de los mensajes fijada en el apartado 1 del mismo precepto.

En apoyo de lo anteriormente señalado, la Sentencia de la Audiencia Nacional, acordada con fecha 17 de septiembre de 2008, Recurso nº 189/2007, señalaba:

“La dicción literal del artículo 21.1 de la Ley 34 / 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, no deja lugar a dudas sobre la prohibición de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico, que no hayan sido previamente solicitadas o expresamente autorizadas por sus destinatarios.

Es decir, para la remisión de los correos electrónicos comerciales o promocionales (en ningún momento se ha puesto en duda que el ahora analizado pertenezca a dicha categoría), se requiere la previa solicitud o expresa autorización de sus destinatarios. En definitiva, la existencia de un consentimiento que el denunciante no ha otorgado a la Sra. XXX remitente de dicha comunicación.”

En conclusión, el denunciado ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI.

En lo que respecta a la segunda cuestión planteada, la simple lectura del texto de la comunicación comercial de fecha 11 de agosto de 2009 lleva a constatar que el remitente de dicho envío no ofreció al destinatario del mencionado correo comercial la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales que recoge el segundo párrafo del artículo 21.2 de la LSSI, obligación que, sin embargo, si que se respetó en el mensaje remitido con fecha 17 de agosto de 2009.

Es decir, si la LSSI ha querido imponer una formalidad específica que permita a los destinatarios de los envíos oponerse al tratamiento de sus datos para el envío de mensajes publicitarios por correo electrónico, a fin de garantizar su derecho a no recibir comunicaciones de naturaleza comercial, el hecho de que por parte del prestador de servicios no se ofrezca un procedimiento sencillo y gratuito para ello conculca la obligación establecida en el mencionado precepto de la LSSI.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 14 de noviembre de 2007, Recurso nº 78/2006, señalaba en un caso en que también se imputaba una infracción al artículo 21 de la LSSI, aunque referida a una conducta calificada como grave, lo siguiente:

“Olvida sin embargo tal demandante que el artículo 21 de la LSSI, además de exigir en su apartado 1 la previa solicitud o expresa autorización de los destinatarios para la recepción de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico, determinado su apartado 2 las circunstancias que deben concurrir para excepcionar dicho requisito, añade también el párrafo final del mismo precepto (introducido por la disposición final 1.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre) que " 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".

Requisito que además se halla en consonancia con lo dispuesto en de la Directiva 2002\58\CE de 12 de julio, sobre Tratamiento de los Datos Personales y Protección de la Intimidad en el Sector de las Comunicaciones Electrónicas, cuyo artículo 13 establece en su apartado 1 que "Solo se podrá autorizarla utilización de llamadas automáticas sin intervención humana, fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo".

Y añade en su ordinal 2 que "No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando la persona física o jurídica obtenga de sus clientes la dirección de correo electrónico en el contexto de la venta de un producto o de un servicio de conformidad con la Directiva 95/46/CE, esa misma persona podrá utilizar dichas señas electrónicas para la venta directa de sus productos o servicios de características similares, a condición de que se ofrezca con absoluta claridad a los clientes, sin cargo alguno y de manera sencilla, la posibilidad de oponerse a dicha utilización de las señas electrónicas en el momento en que se recojan las mismas y, en caso de que el cliente no haya rechazado inicialmente su utilización, cada vez que reciba un mensaje ulterior".

Es por ello que en el presente caso, si bien la demanda centra su alegato defensivo en que existía consentimiento de los destinatarios a los que fueron dirigidos los correos electrónicos que daban publicidad del Master que iba a organizar (entre otros) XXX & XXX, sin embargo no es ese el requisito claramente incumplido y ahora controvertido.

Sino que, aun de concurrir tal circunstancia alegada por tal demandante y de considerar existente una eventual autorización previa de los destinatarios, que legitimaría el envío de los repetidos correos electrónicos, ello no impediría que se imputase a tal firma de abogados la infracción del repetido artículo 21 LSSI,

Lo anterior puesto que lo que sí ha quedado plenamente probado a través de las actuaciones prácticas (basta para ello leer el contenido de los repetidos e-mail, cuya muestra se adjunta en folios 5,6 y 9 y 10 del expediente), es que XXX & XXX no ofreció a los destinatarios de tales comunicaciones electrónicas la posibilidad de oponerse, al tratamiento de sus datos con fines promocionales.

En definitiva la conducta del denunciado se ajusta al tipo infractor previsto en el Art. 38.3.c) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, al tratarse de un envío masivo por correo electrónico de comunicaciones promocionales sin cumplir los requisitos previstos en el artículo 21 de l LSSI, concretamente sin ofrecer la posibilidad de oposición, por lo que la pretensión de la demanda ha de decaer, con confirmación de la sanción impuesta en la resolución administrativa impugnada"

En consecuencia, de lo expuesto con anterioridad, se prueba que el denunciado ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 21.1 de la LSSI al remitir dos comunicaciones



comerciales sin el consentimiento previo y expreso del destinatario de las mismas y ha incumplido el requisito previsto en el párrafo segundo del artículo 21.2 de dicha norma cuando no ofreció al remitente del correo comercial de fecha 11 de agosto de 2009 un mecanismo de oposición sencillo y gratuito que le permitiera negarse al uso de sus datos con fines comerciales, sin que el hecho de que el correo de fecha 17 de agosto de 2009 ofreciera un mecanismo de oposición de tales características al destinatario del envío suponga la subsanación del incumplimiento anterior, toda vez que la LSSI establece dicha obligación para cada una de las comunicaciones comerciales enviadas.

VI

De conformidad con lo establecido en el artículo 38, en sus apartados 3 y 4 de la LSSI, según su redacción aprobada por la por la disposición adicional octava de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre normas reguladoras de la firma electrónica, en vigor desde el 21/03/2004, se consideran infracciones graves y leves las siguientes:

“3. Son infracciones graves:

c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21”.

“4. Son infracciones leves:

d) El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave”.

En consecuencia, la vulneración del artículo 21 de la LSSI, según se recoge en el citado artículo 38.4.d), se califica en términos generales como infracción leve, aunque si se produce un envío masivo de comunicaciones comerciales no solicitadas a diferentes destinatarios o más de tres a un mismo destinatario, en los términos que se indican en el también citado artículo 38.3.c), se producirá una infracción tipificable como grave a los efectos de la LSSI.

Del conjunto de hechos y circunstancias constatadas, el presente supuesto se ajusta al tipo de infracción establecido en el artículo 38.4.d), calificado como infracción leve, al tratarse del envío de dos comunicaciones comerciales efectuadas por correo electrónico sin contar con el consentimiento previo del destinatario de los envíos y sin mediar relación contractual anterior entre las partes, a lo que hay que sumar que tampoco se ofreció al destinatario del mensaje remitido con fecha 11 de agosto de 2009 un procedimiento sencillo y gratuito para oponerse al tratamiento de sus datos de contacto con fines comerciales.

VIII

El presente procedimiento también tiene por objeto determinar las responsabilidades que se derivan para el denunciado por la posible comisión de una infracción a lo dispuesto en el artículo 10 de la LOPD, que resulta de la revelación de datos efectuada por éste al facilitar el acceso de una serie de datos de carácter personal al denunciante y al resto de los destinatarios a los que dirigió, y abrieron, los



dos correos comerciales denunciados, lo que permitió al denunciante y resto de destinatarios incluidos en la lista de distribución acceder a una información en la que aparecían datos personales de muchos de los destinatarios, bien porque se encontraban contenidos en las propias direcciones de correo electrónico o bien porque el nombre y los apellidos de los titulares o usuarios de las cuentas estaban detallados junto a éstas.

La LOPD tiene por objeto, conforme a su artículo 1, *“garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.”*

En cuanto al ámbito de aplicación de la citada norma, el artículo 2.1 de la misma señala que *“La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”;*

La LOPD, viene a regular el derecho fundamental a la protección de datos de las personas físicas, esto es, el derecho a disponer de sus propios datos sin que puedan ser utilizados, tratados o cedidos sin su consentimiento y a salvo las excepciones legalmente previstas.

El concepto de dato de carácter personal se define en el artículo 3.a) de la citada LOPD como *“Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*. Por su parte el artículo 5.1 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, (en adelante, RDLOPD) recoge en sus apartados f) y o) las definiciones de *“datos de carácter personal”* y *“persona identificable”*. Así, se considera *“datos de carácter personal”*: *“Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, concerniente a personas físicas identificadas o identificables”* y *“persona identificable”*: *“toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionadas”*.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 2.a) de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento y del Consejo, de 24/10/1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, según el cual se entiende por dato personal *“toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”*. Asimismo, el Considerando 26 de la citada Directiva se refiere a esta cuestión señalando que, para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona para identificar a aquélla.

En segundo lugar, debe analizarse el concepto de tratamiento de datos, este concepto se recoge en el artículo 3.c) de la LOPD, que define tratamiento de datos como aquellas *“operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y*



cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”, recogido en el artículo 5.1.t) del reseñado Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, como tal “cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.”

La garantía del derecho a la protección de datos, conferida por la normativa de referencia, requiere que exista una actuación que constituya un tratamiento de datos personales en el sentido expresado. En otro caso las mencionadas disposiciones no serán de aplicación.

Sentado lo anterior, procede concretar si la dirección de correo electrónico puede ser considerada como un dato de carácter personal en los términos previstos en el artículo 3.a) de la LOPD.

La dirección electrónica se forma por un conjunto de signos o letras que la diferencian de las demás, siendo el titular de la misma quien generalmente decide y elige la dirección correspondiente, con el único límite de que no exista otra dirección idéntica correspondiente a otro titular. En la selección de la dirección electrónica se pueden elegir combinaciones que no contengan significado alguno o, incluso, utilizar como combinación el nombre de la persona o algún otro dato identificativo.

El concepto de dato personal, según la definición de la LOPD, requiere la concurrencia de un doble elemento: por una parte, la existencia de una información o dato y, por otra, que dicho dato pueda vincularse a una persona física identificada o identificable. En el supuesto de direcciones electrónicas la información está constituida, como ya se ha señalado, por un conjunto de signos o letras que cuando permiten la vinculación directa o indirecta con una persona física la convierte, al hacerla identificable, por tanto, en un dato de carácter personal.

Este criterio, ha sido, asimismo, recogido por la Audiencia Nacional en su sentencia de fecha 25 de mayo de 2006 , al indicar que *“Este Tribunal, a la vista del literal del mencionado precepto legal y del todavía vigente artículo 1.4 del mencionado Real Decreto 1332/1994, considera que la dirección del correo electrónico del que es titular una persona física, como ocurre en el caso de autos y no ha sido negado por la recurrente, constituye un dato personal, porque, con independencia de que la denominación de la dirección corresponda o no con el nombre y apellido de su titular, país o empresa en la que trabaja, lo cierto es que se puede, mediante una operación nada difícil, identificar perfectamente a una persona física, ya que esa dirección del correo electrónico aparecerá vinculada a un dominio dicho servicio.”*

En este caso, las comunicaciones comerciales denunciadas estaban dirigidas a una multitud de destinatarios, cuyos correos electrónicos aparecían detallados de forma visible en el campo destinado a tal fin que se situaba en el encabezamiento de los correos.

Independientemente de los supuestos en que las cuentas de correo detalladas en ambos mensajes comerciales no muestran datos relacionados con las personas titulares de los mismos ni contienen información que permita la identificación de estos destinatarios sin esfuerzo desproporcionado por parte de quien procede a la misma, hay



que indicar que aplicando los criterios y definiciones reseñados anteriormente al presente caso resulta, por un lado, que gran número de las direcciones de correo electrónico que figuran en las dos listas de distribución incluyen datos de carácter personal en su composición, como son el nombre y apellidos de sus titulares, de tal forma que se trata de una información concerniente a personas físicas identificadas, y, por otro lado, se aprecia que gran número de direcciones de correo electrónico que no proporcionan información de datos personales o no lo hacen en grado suficiente para identificar a sus titulares están asociadas al nombre y apellido de los mismos, lo que permite determinar las personas físicas vinculadas a esas direcciones de correo mediante un mecanismo sencillo.

A la vista de lo anterior, se deduce que dichas direcciones de correo electrónico al contener información acerca de sus titulares y usuarios, o en la medida en que permiten proceder a la identificación de los mismos sin un esfuerzo desproporcionado, han de ser consideradas como datos de carácter personal y su tratamiento sometido a la citada LOPD, por lo que al estar amparadas por el régimen establecido por dicha Ley, con carácter general, no será posible su utilización o cesión si el interesado no ha dado su consentimiento para ello.

IX

El artículo 10 de la LOPD dispone que: *“El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.”*

El deber de confidencialidad obliga no sólo al responsable del fichero sino a todo aquel que intervenga en cualquier fase del tratamiento. Este deber de secreto comporta que el responsable de los datos almacenados no pueda revelar ni dar a conocer su contenido teniendo el *“deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”*. Es una exigencia elemental y anterior al propio reconocimiento del derecho fundamental a la libertad informática a que se refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30/11, y por lo que ahora interesa, comporta que los datos tratados no pueden ser conocidos por ninguna persona o entidad ajena fuera de los casos autorizados por la Ley, pues en eso consiste precisamente el secreto.

Así, el deber de secreto tiene como finalidad evitar que, por parte de quienes están en contacto con los datos personales almacenados en ficheros, se realicen filtraciones de los datos no consentidas por los titulares de los mismos. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declaró en su sentencia de 19 de julio de 2001: *“El deber de guardar secreto del artículo 10 queda definido por el carácter personal del dato integrado en el fichero, de cuyo secreto sólo tiene facultad de disposición el sujeto afectado, pues no en vano el derecho a la intimidad es un derecho individual y no colectivo. Por ello es igualmente ilícita la comunicación a cualquier tercero, con independencia de la relación que mantenga con él la persona a que se refiera la información (...)”*.

En este sentido, la Audiencia Nacional también ha señalado, entre otras, en sentencias de fechas 14 de septiembre de 2001 y 29 de septiembre de 2004 lo siguiente: *“Este deber de sigilo resulta esencial en las sociedades actuales cada vez mas complejas, en las que los avances de la técnica sitúan a la persona en zonas de*



riesgo para la protección de derechos fundamentales, como la intimidad o el derecho a la protección de los datos que recoge el artículo 18.4 de la CE.

En efecto, este precepto contiene un <<instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos>> (STC 292/2000). Derecho fundamental a la protección de los datos que <<persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino>> (STC 292/2000) que impida que se produzcan situaciones atentatorias con la dignidad de la persona, <<es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida>>.

En el supuesto analizado ha quedado acreditado que el denunciante recibió dos comunicaciones comerciales en su cuenta de correo *....@2....* procedentes de la dirección de correo boletín@fullconsols.com que le permitieron conocer datos de carácter personal de terceras personas contenidos en una serie de direcciones de correo electrónico compuestas o asociadas a datos que permitían la identificación de las mismas, por lo que ha de entenderse que el imputado, como responsable del fichero utilizado para la remisión de los mensajes denunciados, no actuó con la diligencia debida al haber realizado un tratamiento de datos de carácter personal que ha permitido que el denunciante conociera datos personales que incumbían a terceras personas, por lo que ha vulnerado el deber de secreto que impone el artículo 10 de la LOPD .

El denunciado aduce en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución que atendido que no posee la capacidad suficiente para llevar a cabo actividad comercial alguna su conducta únicamente puede verse incluida en el ámbito doméstico, el cual está excluido del ámbito de aplicación de la LOPD en el artículo 2.2 de dicha norma al establecer que *“El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación: a) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.”*

En relación con dicha cuestión el apartado a) del artículo 4 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, establece que *“Sólo se considerarán relacionados con actividades personales o domésticas los tratamientos relativos a las actividades que se inscriben en el marco de la vida privada o familiar de los particulares.”* .

A la vista de los hechos que han resultado probados y de los anteriores Fundamentos de Derecho, el tratamiento de datos de carácter personal realizado por el denunciado no se inscribe en el marco de su vida privada o familiar, ya que dicho tratamiento se asocia al envío por su parte de unos correos electrónicos a terceros ajenos a su círculo privado o familiar conteniendo información comercial referente a videojuegos comercializados a través de una página de Internet gestionada por el denunciado, por lo que dicha actividad y tratamiento trascienden del ámbito privado o familiar de los particulares invocado por el denunciado, a cuyo nombre figura registrado el dominio **Fullconsoll.com**.



El artículo 44.2.e) de la LOPD califica como infracción leve: *“Incumplir el deber de secreto establecido en el artículo 10 de esta ley, salvo que constituya infracción grave”*

En el presente caso el denunciado incumplió el deber de secreto previsto en el artículo 10 de la LOPD al haber quedado acreditado que el denunciante conoció los datos personales contenidos en las direcciones de correo electrónico de las listas de destinatarios de los mensajes que le fueron remitidos con fechas 11 y 17 de agosto de 2009. Asimismo, el denunciado ha permitido que la información de carácter personal tratada por su parte para la remisión de tales correos pudiera ser conocida por todos los receptores de los mensajes que accedieron al contenido de los referidos correos.

Dicha conducta encuadra en la infracción leve descrita en el artículo 44.2.e), dado que la información facilitada (direcciones de correo electrónico) no puede servir para obtener una evaluación de la personalidad de los individuos titulares de dichos datos, pues el incumplimiento del deber de secreto sólo constituye el tipo agravado en los casos específicamente enunciados en el artículo 44.3.g) de la LOPD, es decir, cuando la vulneración del secreto afecte a *“... los datos de carácter personal incorporados a ficheros que contengan datos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales, Hacienda Pública, servicios financieros, prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito, así como aquellos otros ficheros que contengan un conjunto de datos de carácter personal suficientes para obtener una evaluación de la personalidad del individuo”*.

En este sentido, la Audiencia Nacional ha sentado la doctrina contenida, entre otras, en su sentencia de 18 de enero de 2002, referente a que *“la diferencia entre los dos tipos señalados se encuentra, además de la circunstancia de que el dato proceda de uno de los ficheros que relaciona el artículo 44.4.g) que el contenido del dato tenga esa naturaleza a que alude el inciso final del expresado precepto legal”*.

En este caso la información proporcionada del denunciante en ambos correos no permite hacer ninguna valoración sobre el perfil o personalidad del mismo, por lo que la conducta sería subsumible en la infracción leve del artículo 44.2.e) de la LOPD, habida cuenta que ha quedado probado que el denunciado reveló a terceros datos de carácter personal a pesar de la obligación de guardarlos que tenía como responsable del fichero utilizado y del tratamiento efectuado, incumpliendo de este modo el deber de confidencialidad que exige el artículo 10 de la LOPD.

XI

En el presente caso no puede olvidarse que estamos ante un menor de edad que ha cometido los hechos susceptibles de sanción, habiendo quedado acreditados los supuestos que tipifican los preceptos que se han vulnerado. Pero se hace necesario distinguir responsabilidad de culpabilidad. La primera acontece cuando materialmente el sujeto realiza los actos necesarios para la consumación del ilícito, que en el presente caso es la del envío de correos electrónicos sin la observancia de lo dispuesto tanto en la LSSI como en la LOPD, sin embargo la culpabilidad consiste en la capacidad de entendimiento y la posibilidad de actuar de otro modo, así las cosas, se puede ser

responsable de una infracción y a su vez no ser culpable, atendiendo al elemento volitivo del dolo o la culpa.

El artículo 12 de la Constitución Española establece que “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”, a su vez, en cuanto a la comisión de infracciones por menores, a los que se les supone mermada su capacidad volitiva, la doctrina y la jurisprudencia han optado por acudir a la legislación sectorial, y en el presente caso, tanto la LOPD como la LSSI, guardan silencio al respecto, lo que lleva a analizar la capacidad volitiva del sujeto.

En este orden de cosas, según jurisprudencia que por reiterada excusa cita, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con matices, al derecho administrativo sancionador, y que uno de los principios fundamentales del orden penal es el de la Culpabilidad.

Así la STS de 22 de febrero de 1992 señala que *“en todo acto sancionador se requiere, para ser conforme a Derecho, que en la conducta del sujeto pasivo se den los elementos esenciales par que sea sancionable, siendo uno de estos elementos, en aplicación de la teoría del delito, la culpabilidad dolosa o culposa desplegada por el sujeto que sea contraria a la norma y antijurídica, para efectuar correctamente le reproche administrativo”* (en igual sentido, STS 4ª de 5 de diciembre de 1987).

Principio, el de culpabilidad, que tiene su reflejo legal en el ámbito administrativo en el art. 130 LRJPAC, incompatible con un régimen de responsabilidad objetiva. La culpabilidad requiere la existencia de dolo o culpa en el sancionado, lo que da lugar a la imputabilidad que exige que la acción del inculpado sea querida por este conociendo la trascendencia y alcance de la misma y, cuando falta el dolo o la culpa, cuando se excluye la imputabilidad, entonces “el principio de buena fe impide sancionar una conducta aun no siendo ajustada a la normativa vigente (STS de 17 de enero de 1986). En otras sentencias, así la STS de 12 de febrero de 1986, la culpabilidad queda excluida o atenuada, ante la existencia de un error de prohibición.

En el presente caso no puede dejar de valorarse que la evolución de las nuevas tecnologías y su utilización no es proporcional a la evolución del conocimiento de normas sectoriales *“ratione materiae”* como las que aquí se aplican (LSSI y LOPD), por lo que en el presente caso, por mucho que el menor de edad este habituado a la utilización de las nuevas tecnologías no parece estar plenamente acreditado su conocimiento de la normativa específica que las regula y las consecuencias de su incumplimiento, y que si bien el desconocimiento de la norma no exime de su cumplimiento, esa “extra cognitio” exigible al menor de edad, instaura un régimen de responsabilidad objetiva, que como se ha expuesto ut supra esta proscrito en nuestro ordenamiento.

Por lo que cabe concluir que si bien están acreditados los hechos que tipifican el precepto, falta el elemento volitivo de la culpabilidad para que se den los supuestos que permiten desplegar la potestad sancionadora al caso concreto, procediendo al archivo de las presentes actuaciones.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: ARCHIVAR el procedimiento sancionador a **A.A.A.** por inexistencia de culpabilidad en la comisión de las infracciones de los artículos 10 de la LOPD y 21 de la LSSI.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **C.C.C. (A/A A.A.A.)** y a **B.B.B.**



TERCERO: 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, 25 de mayo de 2010

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte