

- Expediente N.º: EXP202105629

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Don **A.A.A.** (en adelante, la parte reclamante), con fecha 25 de noviembre de 2021, interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra INFINITON WORLD ELECTRONIC, S.L., con NIF B19668383 (en adelante, la parte reclamada).

Los motivos en que basa la reclamación son los siguientes:

- El reclamante ha adquirido sendos terminales móviles del proveedor INFINITON comercializados por la compañía BERMELLO, S.A., en los que se muestran constantemente anuncios publicitarios no solicitados. No solo no se le ha pedido autorización para ello, sino que, además, los mensajes obstaculizan la utilización normal de los terminales, y acarrear un elevado consumo de batería y uso de datos.
- El origen de los mensajes parecen ser dos componentes que vienen instalados de fábrica en los terminales y no se pueden eliminar o restringir. Según ha podido averiguar el afectado, muchos sitios web los equiparan con virus informáticos.
- El reclamante se ha puesto en contacto con ambas entidades con motivo de este incidente, y ha conseguido que se los retiren, aunque únicamente de forma temporal. Tras llevar a reparar uno de ellos al servicio técnico oficial de la marca, ha vuelto a observarse el problema. Se cuestiona si estos elementos tienen otras finalidades además de la publicitaria, toda vez que no se informa en ningún momento de su función, los datos que recaban, y en nombre de quién.
- El afectado acompaña la reclamación con la siguiente documentación: justificante de compra de los terminales, conversaciones mantenidas por e-mail con el servicio técnico de INFINITON y con el vendedor; primer parte de reparación, donde se diagnostica la existencia de un virus preinstalado en los terminales; fotografías de la pantalla de los terminales, mostrando los componentes controvertidos, y un segundo parte de reparación.

SEGUNDO: De conformidad con el artículo 65.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD), se dio traslado de dicha reclamación a la parte reclamada, para que procediese a su análisis e informase a esta Agencia en el plazo de un mes, de las acciones llevadas a cabo para adecuarse a los requisitos previstos en la normativa de protección de datos.

El traslado, que se practicó conforme a las normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), fue recogido en fecha 11 de enero de 2022 como consta en el acuse de recibo que obra en el expediente.

No se ha recibido respuesta a este escrito de traslado.

TERCERO: Con fecha 25 de febrero de 2022, de conformidad con el artículo 65 de la LOPDGDD, se admitió a trámite la reclamación presentada por la parte reclamante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Competencia

De acuerdo con las funciones que el artículo 57.1 a), f) y h) del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento general de protección de datos, en adelante RGPD) confiere a cada autoridad de control, lo establecido en el artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI) y según lo dispuesto en los artículos 47 y 48.1 de la LOPDGDD, es competente para resolver estas actuaciones de investigación la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

Asimismo, el artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que: "Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos."

Por último, la Disposición adicional cuarta *"Procedimiento en relación con las competencias atribuidas a la Agencia Española de Protección de Datos por otras leyes"* establece que: *"Lo dispuesto en el Título VIII y en sus normas de desarrollo será de aplicación a los procedimientos que la Agencia Española de Protección de Datos hubiera de tramitar en ejercicio de las competencias que le fueran atribuidas por otras leyes."*

II

Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes

De conformidad con lo establecido en el artículo 21.1 de la LSSI, *"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."*

III

Transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos del interesado

El artículo 12 del RGPD estipula:

"1. El responsable del tratamiento tomará las medidas oportunas para facilitar al interesado toda información indicada en los artículos 13 y 14, así como cualquier comunicación con arreglo a los artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño. La información será facilitada por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, por medios electrónicos. Cuando lo solicite el interesado, la información podrá facilitarse verbalmente siempre que se demuestre la identidad del interesado por otros medios.

2. El responsable del tratamiento facilitará al interesado el ejercicio de sus derechos en virtud de los artículos 15 a 22. En los casos a que se refiere el artículo 11, apartado 2, el responsable no se negará a actuar a petición del interesado con el fin de ejercer sus derechos en virtud de los artículos 15 a 22, salvo que pueda demostrar que no está en condiciones de identificar al interesado.

3. El responsable del tratamiento facilitará al interesado información relativa a sus actuaciones sobre la base de una solicitud con arreglo a los artículos 15 a 22, sin dilación indebida y, en cualquier caso, en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud. Dicho plazo podrá prorrogarse otros dos meses en caso necesario, teniendo en cuenta la complejidad y el número de solicitudes. El responsable informará al interesado de cualquiera de dichas prórrogas en el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud, indicando los motivos de la dilación. Cuando el interesado presente la solicitud por medios electrónicos, la información se facilitará por medios electrónicos cuando sea posible, a menos que el interesado solicite que se facilite de otro modo.

4. Si el responsable del tratamiento no da curso a la solicitud del interesado, le informará sin dilación, y a más tardar transcurrido un mes de la recepción de la solicitud, de las razones de su no actuación y de la posibilidad de presentar una reclamación ante una autoridad de control y de ejercitar acciones judiciales.

5. La información facilitada en virtud de los artículos 13 y 14 así como toda comunicación y cualquier actuación realizada en virtud de los artículos 15 a 22 y 34 serán a título gratuito. Cuando las solicitudes sean manifiestamente infundadas o excesivas, especialmente debido a su carácter repetitivo, el responsable del tratamiento podrá:

- a) cobrar un canon razonable en función de los costes administrativos afrontados para facilitar la información o la comunicación o realizar la actuación solicitada, o*
- b) negarse a actuar respecto de la solicitud.*

El responsable del tratamiento soportará la carga de demostrar el carácter manifiestamente infundado o excesivo de la solicitud.

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11, cuando el responsable del tratamiento tenga dudas razonables en relación con la identidad de la persona física que cursa la

solicitud a que se refieren los artículos 15 a 21, podrá solicitar que se facilite la información adicional necesaria para confirmar la identidad del interesado.

7. La información que deberá facilitarse a los interesados en virtud de los artículos 13 y 14 podrá transmitirse en combinación con iconos normalizados que permitan proporcionar de forma fácilmente visible, inteligible y claramente legible una adecuada visión de conjunto del tratamiento previsto. Los iconos que se presenten en formato electrónico serán legibles mecánicamente.

8. La Comisión estará facultada para adoptar actos delegados de conformidad con el artículo 92 a fin de especificar la información que se ha de presentar a través de iconos y los procedimientos para proporcionar iconos normalizados."

IV

El artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, consagra el principio de tipicidad en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración, pues prescribe que sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución en su artículo 25, lo que impone la necesidad de la predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción, debiendo haber una precisa correlación entre el ilícito y la acción imputada, mediante una correcta y adecuada subsunción de los hechos probados en el tipo sancionador aplicado.

La aplicación de los principios del derecho administrativo sancionador requiere la concurrencia de una serie de elementos para poder entender que se ha producido una infracción administrativa. En primer lugar, para que exista responsabilidad administrativa es necesario que la persona a la que se le imputa haya realizado una acción u omisión. Si esta conducta, activa u omisiva, está regulada en las normas administrativas como infracción, entonces se le otorgará tal naturaleza. Asimismo, el principio de responsabilidad requiere que el presunto responsable haya realizado la conducta de modo culpable o doloso, siendo el primer caso aquel en el que las actuaciones son conscientes y voluntarias, y por culpables aquellas involuntarias pero que derivan en el quebranto de la norma. Otro elemento esencial de las infracciones administrativas es el efecto del tiempo ya que solo se pueden castigar aquellas conductas que aparezcan tipificadas como infracciones al tiempo de cometerse.

En el presente caso analizado aun cuando se ha producido la identidad del hecho supuestamente antijurídico, no se ha podido determinar con la necesaria precisión que la acción objeto de la reclamación haya sido consecuencia de la acción o inacción del reclamado faltando, por tanto, uno de los presupuestos fácticos imprescindibles para poder entender que se ha producido un ilícito administrativo.

V Conclusión

Por lo tanto, en base a lo indicado en los párrafos anteriores, no se han encontrado evidencias que acrediten la existencia de infracción en el ámbito competencial de la Agencia Española de Protección de Datos al no contar con las preceptivas pruebas de la comisión de una infracción por parte de la reclamada.

Así pues, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,
SE ACUERDA:

PRIMERO: PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **A.A.A.** y a INFINITON WORLD ELECTRONIC, S.L.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa según lo preceptuado por el art. 114.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de conformidad con lo establecido en los arts. 112 y 123 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora 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 de la referida Ley.

940-110422

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos