



Expediente Nº: E/00757/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **DREAM RING, S.L., VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., JET MULTIMEDIA ESPAÑA, S.A., y ORANGE ESPAGNE, S.A.U.**, en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 08/12/2013 ha tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que manifiesta que está recibiendo en su teléfono móvil continuos mensajes de texto vinculados al número **800*******. Añade que no ha sido cliente de la entidad remitente ni ha mantenido contacto previo con ella y que los sms que recibe no facilitan información sobre cómo darse de baja.

Adjunta con su denuncia una impresión de pantalla obtenida desde un terminal móvil con la siguiente información: "*Mensajes +34 ***TEL.1 Contacto. Mensaje de texto hoy 17:19. Soy Cynthia. Te diré cosas de tu FUTURO, pero además hay cosas de tu PASADO que seguro que NO SABES y también te las contaré. SI NO TE DA MIEDO, LLAMAME. 800***** (...)*". En el documento se hace constar que la línea receptora del sms es el *****TEL.2**, de la compañía telefónica ORANGE.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a realizar Actuaciones Previas de Investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos que constan en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproduce:

<<HECHOS CONSTATADOS

1. *ORANGE ESPAGNE, S.L., operador con el que el denunciante tiene contratada la línea *****TEL.2**, en respuesta al requerimiento de información de la Inspección de Datos, ha confirmado que el día 8 de diciembre de 2013 a las 17:19 horas la línea *****TEL.2** recibió un mensaje procedente de la línea *****TEL.1**.*
2. *Según consta en los registros públicos de números de teléfono de la CMT, el número *****TEL.1** está asignado al operador VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., el cual ha informado, a requerimiento de la Inspección de Datos que dicho número está contratado en modalidad de prepago por D. **B.B.B.**, con NIF****, siendo esta la única información de que disponen. También manifiesta que la línea continua activa en la actualidad.*
3. *Se ha realizado por el Subinspector actuante numerosas llamadas al número *****TEL.1** no encontrándose disponible.*
4. *Por otra parte, el número de tarificación especial que anuncia el mensaje enviado*

800*****, según consta en los registros públicos de números de teléfono de la CMT, en la fecha del envío del mensaje estaba asignado al operador JET MULTIMEDIA ESPAÑA, S.A. Dicho operador, a requerimiento de la Inspección de Datos, manifiesta que el número había sido contratado por la empresa DREAM RING, S.L. y que en la actualidad el mismo número ha sido portado al operador PREMIUMS NUMBERS, S.L., siendo esta información contrastada por la Inspección de Datos en el registro público de números de teléfono de la CMT.

5. El Subinspector actuante ha realizado una llamada telefónica al número **800*******, siendo reproducida una locución automática en la que informan, entre otras cosas, que el responsable del servicio que se presta es la sociedad DREAM RINGS, S.L. y a continuación ha mantenido una conversación con una persona a la que se le ha solicitado hablar con *****NOMBRE.1**, a los que ha manifestado desconocer ninguna persona con dicho nombre. También se ha solicitado hablar con D. **B.B.B.** e igualmente ha manifestado que no conoce a ninguna persona con ese nombre.>>

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

Actualmente se denomina “spam” a todo tipo de comunicación no solicitada realizada por vía electrónica y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. El bajo coste de los envíos de correos electrónicos vía Internet o mediante telefonía móvil (SMS y MMS), su posible anonimato, la velocidad con que llega a los destinatarios y las posibilidades que ofrece en cuanto al volumen de las transmisiones han permitido que esta práctica se realice de forma abusiva e indiscriminada.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (LSSI), en su artículo 21, prohíbe el envío de comunicaciones sin el consentimiento previo del destinatario y exige que en cada comunicación comercial se ofrezca al destinatario un medio sencillo y gratuito para oponerse a ese tratamiento.

El artículo 21 de la LSSI dispone:

“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. (El subrayado es de la Agencia)

El envío de *comunicaciones comerciales* que no hayan sido autorizadas o solicitadas –con la excepción del primer párrafo del artículo 21.2 de la LSSI- podría ser constitutivo de una infracción grave o leve, tipificada, respectivamente, en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de la citada norma, según redacción introducida por la Disposición Final segunda de la Ley 9/2014 de Telecomunicaciones.

El artículo 38 de la LSSI establece:

“3. Son infracciones graves: (...) c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21.

38.4. 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.

El artículo 37 de la LSSI sujeta a su régimen sancionador a *“los prestadores de servicios de la sociedad de la información”* “cuando la presente Ley les sea de aplicación”. A su vez, el apartado c) del Anexo de la Ley 34/2002 ofrece un concepto de lo que deba entenderse por “prestador del servicio”: la “persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”.

Paralelamente, el apartado a) del Anexo indica que, a los efectos de la LSSI, se entenderá por *“Servicios de la sociedad de la información o servicios”* “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”. Y añade: “El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también a los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros, y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

(...)

4. El envío de comunicaciones comerciales” (El subrayado es de la Agencia)

A su vez el apartado f) del Anexo define “Comunicación comercial” como “toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.”

III

La documentación aportada por el denunciante versa sobre el envío de un único mensaje de texto de contenido comercial recibido el 08/12/2013 (en la impresión de pantalla figura: “*hoy 17:19*”) a su número de móvil *****TEL.2-** desde el número *****TEL.1.**

Las investigaciones llevadas a cabo por los inspectores de la AEPD ante ORANGE ESPAGNE, S.A.U., (operador con el que el denunciante tenía contratada la prestación del servicio de telefonía) han confirmado que, efectivamente, el día 08/12/2013 a las 17:19 horas se recibió en el terminal del denunciante un sms desde el número *****TEL.1**, que estaba asignado al operador VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., y cuyo titular, en la modalidad de prepago, era don **B.B.B.** Los intentos de la Inspección de Datos de continuar por esa línea de investigación no han dado frutos, pues VODAFONE no ha podido facilitar más información relativa al titular de la línea desde la que se emitió el sms de contenido comercial y las llamadas que la Inspección de la Agencia ha realizado a este número han sido fallidas.

Respecto al número de tarificación adicional que se incluye en el sms enviado al denunciante se ha podido conocer que su titular era la empresa DREAM RING, S.L. Ahora bien, de esta circunstancia únicamente puede inferirse que esa empresa pudiera ser la “*beneficiaria*” del servicio de la sociedad de la información, pero no arroja luz sobre la identidad del “*prestador del servicio*”. Lo que debe determinarse en el presente caso, pues es lo relevante a los efectos que nos ocupan, es quién tiene la condición de “*prestador del servicio*”, pues solo él, a tenor del artículo 37 de la LSSI, está sujeto al régimen sancionador de la Ley 34/2002. Todo ello sin perjuicio de las relaciones que pudieran haber existido entre el prestador del servicio y el beneficiario.

Como se infiere del Informe de Actuaciones Inspectoras la investigación llevada a cabo por la AEPD no ha podido avanzar en la identificación de la persona que envió la comunicación comercial que ha dado origen a esta denuncia, ni obtener evidencias o indicios que constituyan una prueba de cargo de su responsabilidad en los hechos que nos ocupan.

En este orden de ideas debe tenerse en cuenta que en el ámbito administrativo sancionador son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, teniendo plena virtualidad el principio de presunción de inocencia, que debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones. Esto, porque el ejercicio del *ius puniendi*, en sus diversas manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones.

En tal sentido el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990, considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta “*que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga*

de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”.

De acuerdo con este planteamiento el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC), establece que “1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”

Como ha precisado el Tribunal Supremo en STS de 26 de octubre de 1998 la vigencia del principio de presunción de inocencia *“no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados – no puede tratarse de meras sospechas – y tiene que explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria pueda entenderse de cargo.”*

Por su parte el Tribunal Constitucional en STC 24/1997 ha manifestado que *“los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:*

- a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.*
- b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras).”*

A la luz de las consideraciones precedentes, habida cuenta de que las investigaciones llevadas a cabo no han permitido obtener información sobre quién tiene la condición de *“prestador del servicio”* en relación con los hechos denunciados, al amparo del principio de presunción de inocencia, que impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo que acredite los hechos que motivan la imputación o la intervención en los mismos del presunto infractor, se debe acordar el archivo de las actuaciones practicadas.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

- 1. PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
- 2. NOTIFICAR** la presente Resolución a D. **A.A.A.**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de

medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos