



Expediente N°: E/01883/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad BONANZA DIGITAL SERVICES, S.L., MASVOZ TELECOMUNICACIONES INTERACTIVAS S.L., en virtud de denuncia presentada por Don **A.A.A.**, y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 11 de febrero de 2014, tuvo entrada en esta Agencia una denuncia interpuesta por Don **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta lo siguiente:

Periódicamente recibe SMS en su teléfono con número de línea **G.G.G.** instando llamar al número **E.E.E.**. Ha solicitado la baja contestando al mensaje pero han hecho caso omiso.

El denunciante aporta imágenes del terminal con los siguientes mensajes recibidos:

Mensaje recibido el 18/1/2014 desde la línea **I.I.I.** con el contenido "LOS PROXIMOS DIAS VAN A SER DECISIVOS EN TU VIDA. ALGUIEN CONSPIRA EN TU CONTRA. Y ALGUIEN DESEA PROTEGERTE. DEBES SABERLO. ***NOMBRE.1. LLAMAME AL **E.E.E.**".

Mensaje recibido el 23/1/2014 desde la línea **H.H.H.** con el contenido "ESTAS REPRIMIENDO CIERTOS SENTIMIENTOS Y ESO TE PROVOCA FRUSTRACIÓN. DEJATE LLEVAR POR TUS INSTINTOS. ***NOMBRE.1. LLAMAME AL **E.E.E.**".

Mensaje recibido el 1/2/2014 desde la línea **F.F.F.** con el contenido "TE FIASTE MUCHO DE UNA PERSONA QUE AHORA TE HACE MAL DESDE LA DISTANCIA. PERO YO TE DIGO QUIEN ES Y COMO PROTEGERTE. ***NOMBRE.1. LLAMAME AL **E.E.E.**".

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. En los sistemas de **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.** consta la recepción de los siguientes mensajes en la línea **G.G.G.**:
 - 1.1. Mensaje recibido el 18/1/2014 18:06 desde la línea **I.I.I.**
 - 1.2. Mensaje recibido el 23/1/2014 17:58 desde la línea **H.H.H.**
 - 1.3. Mensaje recibido el 1/2/2014 18:08 desde la línea **F.F.F.**
2. En la fecha de envío de los mensajes, la entidad titular de las líneas **I.I.I.**, **H.H.H.** y **F.F.F.** era VODAFONE ESPAÑA, SAU (en adelante VODAFONE)

3. VODAFONE informa que el titular de la línea **I.I.I.** es Don **J.J.J.**, no constando domicilio del mismo. El titular de la línea **H.H.H.** es **D.D.D.**, no constando domicilio del mismo; y el titular de la línea **F.F.F.** es Don **B.B.B.**, no constando domicilio del mismo.
4. La entidad titular del número **E.E.E.** es MASVOZ COMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L., el cual informa que dicha línea ha sido contratada por la empresa BONANZA DIGITAL SERVICES, S.L.
5. Se ha requerido mediante escrito de fecha de salida 24/6/2014 remitido al domicilio social de BONANZA DIGITAL SERVICES, S.L. información sobre la titularidad de las líneas remitentes de los mensajes, siendo devuelto por el servicio de correos anotando como motivo de la devolución “DESCONOCIDO”.
6. Se ha requerido mediante escrito remitido el día 24/6/2014 a la dirección de correo electrónico@gmail.com, titularidad de BONANZA DIGITAL SERVICES, S.L. información sobre la titularidad de las líneas remitentes de los mensajes, no habiendo obtenido respuesta al mismo. Esta dirección fue facilitada por la propia entidad, en fecha 12 de mayo de 2014, informando, asimismo, que se habían trasladado a Suecia.
7. Se ha requerido, mediante escrito remitido el día 24/6/2014, a la Comisaria de Extranjería y Documentación información sobre los datos de los titulares de los DNI y número de pasaporte, facilitados por VODAFONE ESPAÑA al comunicar a esta Agencia los datos de los abonados de las líneas remisoras de los SMS. La Dirección General de la Policía ha contestado que uno de los DNI no ha sido asignado a ninguna persona y que el otro corresponde a una persona fallecida en el año 2009, y, en cuanto al pasaporte facilitado, ha manifestado que en la base de datos de pasaportes no constan datos del mismo.

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

La LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo como: “f) *Comunicación comercial*»: toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

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

III

La LSSI dedica su Título III a la regulación de las citadas “Comunicaciones comerciales por vía electrónica”, disponiéndose en el artículo 21 de la citada norma, en la redacción vigente en el momento en que se produjeron los hechos denunciados, lo siguiente:

“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.

Por tanto, el envío de mensajes publicitarios o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica, incluido el envío de mensajes SMS a terminales de telefonía móvil, debe haberse solicitado o autorizado expresamente por los destinatarios de los mismos, salvo que exista una relación contractual previa en los términos recogidos en dicho precepto.

IV

En el presente caso, el denunciante manifiesta haber recibido tres SMS en el que le instan a que llame a un teléfono 806 para solventar diferentes problemas, en su teléfono móvil y sin haber consentido previamente.

De las actuaciones de inspección practicadas por esta Agencia, se comprueba, por un lado, que el prestador del servicio de la línea **E.E.E.** se ha trasladado a Suecia, que los escritos que se han remitido a la dirección de correo postal en España han sido devueltos por ser desconocido el destinatario y que la empresa no contesta a los requerimientos que le han sido remitidos a su dirección de correo electrónico; por otro, que los titulares de los números emisores de los mensajes, conforme a la información facilitada por VODAFONE ESPAÑA y la Dirección General de la Policía, son tres abonados, cuyos domicilios se desconocen al constar números de DNI erróneos y un número de pasaporte del que no constan datos.

Así las cosas, procede a señalar que no ha sido posible determinar la identidad los responsables de los envíos de los SMS objeto de denuncia.

A este respecto ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional viene manteniendo que los principios y garantías del procedimiento judicial penal son, en principio y con las oportunas modulaciones, aplicables al procedimiento administrativo sancionador, dado que también este es manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, resultando clara la plena virtualidad del principio de presunción de inocencia. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990 considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”*. De acuerdo con este planteamiento, el artículo 130.1 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 *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

Asimismo, se debe tener en cuenta, en relación con el principio de presunción de inocencia lo que establece el artículo 137 de LRJPAC:

“1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”

En definitiva, la aplicación del principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se hayan comprobado la existencia de los hechos que motivan esta imputación.

V

Mediante Resolución de 15/09/2004 la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) publicó el Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional.

Este Código tiene por objeto velar por la protección de los derechos de los consumidores y usuarios de los servicios de tarificación adicional y evitar que se quebranten derechos básicos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Con tal propósito el Código de Conducta fija reglas de obligado cumplimiento para los prestadores de servicios de tarificación adicional. Tiene carácter vinculante tanto para los prestadores de servicios de tarificación adicional como para los operadores de red de servicios de tarificación adicional que tengan asignados recursos públicos de numeración pertenecientes a rangos atribuidos a los servicios de tarificación adicional.

Sobre la publicidad de este tipo de servicios el Código de Conducta impone al prestador de servicios de tarificación adicional la obligación de estar identificado a través, al menos, de los siguientes datos: nombre y apellidos completos o denominación social y domicilio a efectos de notificaciones, (artículo 3.1.1.) Y precisa que se considera incumplido el Código cuando *“se produzca el envío, por cualquier medio, de*

comunicaciones publicitarias o promociones masivas no solicitadas expresamente por el usuario, que inciten a realizar llamadas a números de tarificación adicional, por parte del prestador del servicio"(artículo 3.1.3)

La Resolución de 15/09/2004 atribuyó el control y seguimiento del cumplimiento del Código de Conducta a la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (CSSTA), por lo que en atención a las circunstancias que concurren en el asunto que nos ocupa se acuerda dar traslado a esta Comisión de la Resolución que se dicte y del escrito de denuncia a fin de que pueda adoptar las medidas oportunas en el ámbito de la competencia que tiene atribuida.

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 **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