

Expediente N°: E/03287/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos en virtud de la denuncia presentada por **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 13/05/2014 ha tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante), en el que expone que desde que portó su línea de móvil de ORANGE a YOIGO ha estado recibiendo, desde diferentes números de teléfono, sms publicitarios de contenido comercial en los que se le insta a contactar con los números de tarificación adicional ***TEL.1 y ***TEL.2.

El denunciante ha facilitado a la AEPD con su denuncia y, posteriormente, en respuesta al requerimiento informativo de la Inspección de Datos, impresiones de pantalla de los sms recibidos: un total de doce mensajes, enviados entre el 10/04/2014 y el 19/05/2014, cada uno desde un número de teléfono distinto, cuyo contenido, en la mayoría de los casos, versa sobre un supuesto crédito pre concedido al denunciante.

El denunciante afirma que recibió los sms en el número *****TEL.3** pero no aporta ninguna prueba que lo acredite.

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 teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

<< ANTECEDENTES

*Con fecha de 13 de mayo de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara:*

*Desde que ha cambiado de compañía telefónica (de Orange a Yoigo), no deja de recibir SMS publicitarios en los que le invitan a que llame al *****TEL.1**, para acceder a un crédito preconcedido.*

*En los datos que facilita en su denuncia consta como número de teléfono *****TEL.3**.*

*Con fecha 3 de junio de 2014, el denunciante remite, mediante correo electrónico, copia impresa de 12 mensajes recibidos desde el 10 de abril hasta el 19 de mayo de 2014 desde diferentes números (*****TEL.4**, *****TEL.5**, *****TEL.6**, *****TEL.7**, *****TEL.8**, *****TEL.9**, *****TEL.10**, *****TEL.11**, *****TEL.12**, *****TEL.13** y *****TEL.14**).*

*El texto de casi todos los mensajes hace referencia a un crédito preconcedido y en ellos se indica que llame a alguno de los siguientes números: *****TEL.15**, *****TEL.1** y *****TEL.15** con objeto de terminar/conceder su solicitud, y en dos de ellos, en los que no figura la fecha, consta la contestación del denunciante solicitando la BAJA y su oposición a*

recibir más mensajes.

*En uno de los mensajes recibidos por el denunciante, con fecha 26 de abril de 2014, desde el número ***TEL.16, se indica que llame al ***TEL.2, para conseguir un teléfono móvil.*

ACTUACIONES PREVIAS

Con fecha 18 de julio de 2014, se solicita al denunciante, con objeto de completar su denuncia, que remita a esta Agencia la siguiente información:

- 1. Acreditación de la titularidad del número de teléfono ***TEL.3 mediante copia del contrato o de la última factura.*
- 2. Información sobre si su número de teléfono se encuentra inscrito en el Servicio de Lista Robinson.*
- 3. Especificación de si ha realizado alguna llamada o enviado algún mensaje a números publicitados en medios de comunicación o a alguno de los números que se publicitan en los propios SMS que recibe. En ese caso, se le solicitaba que nos indicara el número con el que contactó, la fecha, la denominación de la entidad con la que contactó o el nombre del interlocutor, la información que le facilitaron y cualquier otra información de que pudiera disponer.*

A la fecha de este informe, el denunciante no ha remitido a esta Agencia ninguna información.

No obstante, con fecha 18 de julio de 2014, se solicita información a XFERA MOVILES S.A. (YOIGO), y de la respuesta recibida con fecha 14 de agosto de 2014, se desprende que:

- 1. El denunciante es titular del número ***TEL.3.*
- 2. Los números emisores de los mensajes no constan como abonados de la compañía.*
- 3. No pueden confirmar la recepción en la citada línea de los mensajes SMS que el denunciante indica en su denuncia, dado que no conservan ningún dato que revele el contenido de los mensajes, según lo establecido en el art. 3.2 de la Ley 35/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.>>*

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 43.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI) que atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos la competencia para sancionar por la comisión de infracciones leves y graves de los artículos 38.4.d) y 38.3.c) de la LSSI respectivamente.

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.

El envío de publicidad a través de medios electrónicos exige que haya sido previamente autorizado o consentido. Así lo dispone el artículo 21 de la LSSI que obliga también al prestador del servicio a ofrecer al destinatario los mecanismos para oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales, exigiendo, si la comunicación comercial se efectúa por correo electrónico, que se ofrezca la posibilidad de oponerse a estos envíos a través de una dirección electrónica válida.

El artículo 21 de la LSSI, según la reforma operada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, dispone:

“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 de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”

A su vez, el apartado f) del Anexo de la LSSI, “Definiciones”, considera “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 tanto, podría ser constitutivo de una infracción grave o leve de la LSSI -tipificadas, respectivamente, en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de la Ley 34/2002- el envío de comunicaciones comerciales que no reúnan alguno de los requisitos que exige el artículo 21: Por una parte que hayan sido expresamente autorizadas, salvo que los datos de contacto del destinatario de la comunicación se hubieran obtenido por el prestador del servicio de forma lícita con ocasión de una relación contractual y los empleara para comunicaciones promocionales de productos de su propia empresa similares a los que fueron objeto de contratación inicial y, por otra, que ofrezcan al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento en cada comunicación que le dirijan.

El artículo 38 de la LSSI, en su redacción actual tipifica como infracción grave *“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”*.

El artículo 38.4 considera 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”*.

III

La denuncia que nos ocupa versa sobre los sms que el denunciante afirma haber recibido entre el 10/04/2014 y el 19/05/2014 en el número de teléfono *****TEL.3**. Obra en el expediente una copia de los citados mensajes lo que permite comprobar que son *comunicaciones comerciales* en el sentido que atribuye a esta expresión el apartado f) del Anexo de la LSSI anteriormente transcrito, por lo que la conducta que se denuncia está sometida a las disposiciones de la Ley 34/2002.

Así, de los doce mensajes recibidos once aluden a la pre concesión de un crédito al denunciante y le instan a que llame al número de tarificación adicional *****TEL.17**. Otro, enviado el 26/04/2014, le comunica que ha ganado un Samsung Galaxy s5 y le insta a llamar al número de tarificación adicional *****TEL.2**.

No existe duda respecto a que la línea de teléfono móvil *****TEL.3** es titularidad del denunciante pues lo ha confirmado la empresa XFERA MÓVILES, S.A., (YOIGO) a la AEPD. Sin embargo, **no se ha podido acreditar que**, tal y como el denunciante afirma, **los sms que menciona en su denuncia se hubieran enviado a este número de línea**. Ni el denunciante acredita esta circunstancia ni las investigaciones llevadas a cabo por la Inspección de la AEPD han esclarecido esta cuestión.

En respuesta al requerimiento informativo de la AEPD **YOIGO** ha declarado que **no puede confirmar la recepción en el número de móvil titularidad del denunciante de los mensajes sms que éste dice haber recibido**. Añade también que ni los números de móvil desde los que se han enviado los sms ni los números de tarificación adicional *****TEL.17** y *****TEL.2** son o han sido abonados suyos, por lo que no puede facilitar ningún dato asociado a dichos números.

Así las cosas, las investigaciones llevadas a cabo por la Agencia no han permitido obtener elementos probatorios de los que se infiera que los mensajes sms se

enviaron al número de móvil *****TEL.3** del que el denunciante es titular.

En tanto no existen pruebas de que ese número de línea telefónica fue el receptor de las comunicaciones comerciales a las que alude la presente denuncia no procede entrar a analizar otras cuestiones, como las relativas a si las comunicaciones cumplían las obligaciones que la LSSI impone al prestador del servicio: el consentimiento del destinatario de la comunicación cuyos datos de contacto han sido tratados (artículo 21.1 de la LSSI) y el ofrecimiento al destinatario de un medio sencillo y gratuito para oponerse a ese tratamiento (párrafo segundo del artículo 2.1.2 de la LSSI), cuestión ésta que el denunciante ha planteado en su denuncia.

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)."

En consecuencia, habida cuenta de que **el principio de presunción de inocencia** impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya **obtenido una prueba de cargo** que acredite los hechos que motivan la imputación o la intervención en los mismos del presunto infractor, debe acordarse el archivo de la denuncia.

IV

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 ese 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.

En materia de publicidad el Código de Conducta impone al prestador de servicios 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 trasladar a esta Comisión la presente Resolución y el escrito de denuncia a fin de que pueda adoptar las medidas que procedan en el ámbito de su competencia.

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. **Dar traslado a la CESSTA** de la presente Resolución y del escrito de denuncia.

3. **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