



Expediente Nº: E/03365/2014

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 19/05/2014 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 el 10/05/2014 recibió un sms publicitario desde el número *****TEL.1** sin su consentimiento, pues su número de teléfono, destinatario de esa comunicación comercial, figuraba inscrito en el Servicio Lista Robinson con más de tres meses de antelación a la fecha en la que el envío se hizo y añade que el mensaje no ofrecía la posibilidad de darse de baja.

Aporta con la denuncia dos fotografías de la pantalla de un terminal móvil relativas al sms recibido informándole de que podría ser uno de los ganadores del “Nuevo Samsung Galaxy s5” y en el que le instan a llamar al 806***** para comprobarlo.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos realizó actuaciones encaminadas al esclarecimiento de los hechos teniendo conocimiento de los siguientes extremos que constan en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproduce:

<< ANTECEDENTES

*Con fecha de 19 de mayo de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara:*

HECHOS DENUNCIADOS:

*La recepción en su teléfono móvil con número *****TEL.2**, de un mensaje SMS con fecha 10 de mayo de 2014, desde el número *****TEL.1**, en el que se le indica que llame al 806***** para conseguir un terminal GALAXY S5.*

El denunciante manifiesta que su número de teléfono está inscrito en la Lista Robinson.

ACTUACIONES PREVIAS

Con fecha 6 de octubre de 2014, ADIGITAL ha remitido a esta Agencia la siguiente información:

1. Que el número de teléfono *****TEL.2** figura inscrito en la Lista Robinson junto con el nombre y apellidos del denunciante y su D.N.I., con fecha de alta 27 de julio de 2012.

Con fecha 6 de octubre de 2014, VODAFONE ESPAÑA S.A., ha remitido a esta Agencia la siguiente información:

1. Confirman la recepción en el número de teléfono *****TEL.2**, de un SMS, con fecha 10 de mayo desde el número *****TEL.1**.
2. El número remitente corresponde a una tarjeta prepago asociada a **B.B.B.** con número de pasaporte *****NÚM.1**, de nacionalidad española, con fecha de alta 7 de mayo de 2014.

Con fecha 21 de octubre de 2014, APLICACIONES DE SERVEI MONSAN S.L., ha remitido a esta Agencia la siguiente información en relación con el número de teléfono que se publicita en el mensaje recibido por el denunciante, 806*****:

1. La entidad es un operador de comunicaciones electrónicas debidamente habilitado por la CMT, para la prestación y asignación de numeración, entre otras, del tipo 80X, a terceros que son los titulares y prestadores del servicio.
2. El prestador de servicios de la línea 806***** desde el 22 de abril de 2014 hasta el 6 de junio de 2014, ha sido la sociedad TEKOA CANAL TV S.L., con domicilio en la (C/.....1).
3. No disponen de ningún dato asociado al número de teléfono del denunciante.
4. El número de teléfono remitente del mensaje no pertenece a esa compañía.

Respecto a TEKOA CANAL TV S.L., se adjunta a las presentes actuaciones, copia de la DILIGENCIA relativa a la visita de inspección realizada en el ámbito de otras ocho actuaciones de inspección, con fecha 16 de octubre de 2014, al domicilio que consta en el Registro Mercantil como domicilio social de TEKOA CANAL TV, S.L., situado en: (C/.....2) de GETAFE (Madrid), poniéndose de manifiesto que:

1. Se comprueba que se trata de un edificio de viviendas y que ni en el portero automático ni en los buzones existentes en el portal, consta ninguna referencia a la sociedad TEKOA CANAL TV S.L.
2. No obstante, se accede al piso 3º, letra B, en cuya puerta son atendidos por una persona que se identifica como el propietario de la vivienda y que realiza las siguientes manifestaciones ante las preguntas de los inspectores de la Agencia:

Es propietario de esa vivienda desde hace unos 30 años y se trata de su domicilio particular.

No tiene ninguna referencia de la empresa TEKOA CANAL TV S.L., y desconocía que su domicilio figurara como domicilio social de esa empresa.

No conoce a C.C.C., persona que según le informan los inspectores de la Agencia, consta en el Registro Mercantil como Administrador Único de la citada empresa.

No obstante, muestra a los inspectores un "Aviso de Correos" que recibió en su domicilio a finales de septiembre donde figura como destinatario TEKOA CANAL TV S.L., según manifiesta se personó en la Oficina de Correos, donde le informaron de que él no era el destinatario, no haciéndole entrega de ningún escrito.

Con esa misma fecha, se realiza una visita a la (C/.....1) – 4º Izqda. de Madrid, domicilio de TEKOA CANAL TV S.L. facilitado a la Agencia por la empresa APLICACIONES DE SERVEI MONSAN S.L., comprobando que tampoco consta ninguna referencia a la empresa TEKOA CANAL TV S.L., ni en los buzones ni en el portero automático.

1. No obstante, se mantiene una conversación, en el portal del inmueble, con una persona que se identifica como el Presidente de la Comunidad de Propietarios, el cual realiza las siguientes manifestaciones:

Desconoce la existencia en el edificio de ninguna empresa denominada TEKOA CANAL TV S.L. y tampoco conoce a C.C.C..

En el piso 4º Izquierda no hay ninguna empresa, se trata de un domicilio particular.

No obstante, en el piso 4º Derecha se desarrolla alguna actividad empresarial, en particular tiene conocimiento de la existencia de una emisora de radio en dicho piso.

Así mismo, tiene conocimiento de que en el 4º Dcha. se han instalado varias líneas de ADSL.

2. Se verifica que en el buzón correspondiente al 4º Derecha consta el nombre de varias empresas, pero ninguna de ellas coincide con TEKOA CANAL TV S.L., no obstante, en el piso 4º derecha no se obtiene ninguna respuesta, y en el piso 4º izquierda, responde una persona que manifiesta desconocer la empresa TEKOA CANAL TV S.L.

Con fechas 26 de noviembre y 4 de diciembre de 2014(en las actuaciones de inspección con referencia E/6004/2014), la Policía Nacional remite la siguiente información sobre el titular del número de pasaporte *****NÚM.1**.

1. En el fichero ADEXTTRA que contiene los datos del Registro Central de Extranjeros no constan datos sobre el mismo.
2. Respecto a la posibilidad de que se trate de un pasaporte Español, según la información que consta en VODAFONE, manifiestan que en el pasaporte español figuran dos números:
 - a. El número de D.N.I. del interesado que está constituido por ocho cifras, salvo en los pasaportes emitidos a menores de 14 años sin D.N.I.; en los que se consigna el D.N.I. del padre o la madre seguido de dos cifras que indica el número de orden del hijo, en estos casos si puede haber una numeración de diez cifras, pero difícilmente será un 13 y nunca un 67, como consta en los números sobre los que se solicita información.
 - b. El número de libreta constituido por un número de seis cifras precedido por una, dos o tres letras según la fecha de expedición>>

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 establece el artículo 21 de la LSSI, precepto 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 redacción introducida por la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, señala:

“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”.

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, el envío de comunicaciones comerciales que no reúnan alguno de los requisitos previstos en el artículo 21 –esto es, 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- podría ser constitutivo de una infracción grave o leve, tipificadas, respectivamente, en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de la LSSI.

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”.*

Quedan sujetos al régimen sancionador de la LSSI según su artículo 37 “los prestadores de servicios de la sociedad de la información” *“cuando la presente Ley les sea de aplicación”*. La Ley 34/2002, en el apartado c) del Anexo, ofrece un concepto de lo que debe entenderse por “prestador del servicio” y considera como tal la “persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”.

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”

III

La denuncia que examinamos versa sobre el envío al móvil del denunciante, *****TEL.2**, de una comunicación comercial vía sms sin su consentimiento y sin que en ella se le ofrezca un medio para oponerse al tratamiento de sus datos de contacto.

El denunciante ha aportado a la AEPD con su denuncia dos capturas de pantalla de un terminal móvil relativas al sms. En una de ellas consta la fecha -10/05/2014-, la hora de la recepción -11:09:22- y el número emisor -**34 ***TEL.1**-. En la segunda, además de este último, el siguiente texto:

*“Publi: ENHORABUENA! Estamos intentando localiza a todos los posibles ganadores del NUEVO SAMSUNG GALAXY s5. LLAMA ahora 806***** y estrena el tuyo! +18”*

Texto que evidencia que estamos ante una comunicación comercial en el sentido en el que la define el apartado f) del Anexo de la LSSI.

Tal y como se expuso en el Fundamento precedente el artículo 21 de la LSSI exige para que el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos sea ajustado a Derecho que haya sido autorizado o consentido previamente por el destinatario, o bien que haya existido entre el destinatario y el prestador del servicio una relación contractual y éste último hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario.

En el presente caso el denunciante ha manifestado que su número de móvil, destinatario de la comunicación comercial, se hallaba inscrito en el fichero Lista Robinson con más de tres meses de antelación a la fecha en la que recibió el sms publicitario, el 10/05/2014.

Las actuaciones llevadas a cabo por la Inspección de la AEPD ante la Asociación Española de Economía Digital (ADIGITAL), responsable del fichero Servicio Lista Robinson, confirmaron que el denunciante tenía registrado en el fichero el número de móvil *****TEL.2** con la finalidad de no recibir publicidad de terceros, conforme al Reglamento por el que se rige el citado fichero, desde el 27/07/2012.

El fichero de ADIGITAL es el único en nuestro país creado al amparo de la previsión del artículo 49 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD (RLOPD), que regula los ficheros comunes de exclusión de envío de comunicaciones comerciales, precepto que establece:

“Quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento.”

Así pues, de lo expuesto resulta que quien envió al móvil del denunciante el sms promocional no contaba con su consentimiento –salvo que hubiera existido entre ambos un contrato que hubiera versado sobre un producto análogo al publicitado que fuera de fecha posterior a la que figura dado de alta en la Lista Robinson, extremo sobre el que no existe ningún indicio -.

Se añade a lo anterior que la LSSI exige que “*en todo caso*” y en “*cada comunicación que le dirija*” se ofrezca al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con dicha finalidad. Obligación que tampoco se ha respetado

en supuesto que nos ocupa en el que la comunicación comercial recibida por el denunciante no incluía información sobre cómo oponerse al tratamiento de sus datos de contacto con esa finalidad.

Por ello, habida cuenta de que el denunciante niega haber consentido el tratamiento de su número de teléfono con fines comerciales y que no figura en el texto del sms recibido indicación sobre el medio para oponerse a este tratamiento, la conducta objeto de la presente denuncia podría ser constitutiva de una infracción leve de la LSSI tipificada en el artículo 38.4.d) de la citada norma.

IV

Las investigaciones llevadas a cabo por la Inspección de Datos ante VODAFONE ESPAÑA, S.A., (en lo sucesivo, VODAFONE), han confirmado que en sus registros hay constancia del envío de un mensaje de texto desde el número *****TEL.1** al *****TEL.2** (del que es titular el denunciante) en torno a las 12 horas del día 10/05/2014.

Sobre el número emisor del sms VODAFONE ha informado que se trata de una línea prepago que desde el 07/05/2014 está asociada a **B.B.B.**, de nacionalidad española, con número de pasaporte *****NÚM.1**, e indica que al tratarse de un servicio prepago no le constan datos adicionales.

Debe recordarse que la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, establece que las operadoras de telefonía que comercialicen “servicios con sistema de activación mediante la modalidad de tarjetas de prepago” quedan obligadas a identificar al adquirente mediante el nombre, apellidos, nacionalidad y número del documento utilizado para acreditar su identidad y a incorporar estos datos a un libro-registro a cuya llevanza vienen igualmente obligadas. Ahora bien, la Ley 25/2007 no incluye entre los datos que la operadora deberá recabar del adquirente de una tarjeta prepago el relativo al domicilio.

La LSSI, en su artículo 37, 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 citada Ley define al “prestador del servicio” como 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:

(...)

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

Pues bien, **los esfuerzos de la Inspección de la AEPD por avanzar en la identificación del sujeto responsable de la presunta infracción de la LSSI sobre la**

que versa la denuncia no han dado frutos.

La información que VODAFONE facilitó sobre la identidad del titular de la línea móvil emisora del sms publicitario consistió, exclusivamente -conforme a las previsiones de la Ley 25/2007- en el nombre, apellidos, nacionalidad y número de documento identificativo y que, por lo que concierne al presente caso, se trata de un pasaporte español número *****NÚM.1**.

Sobre este particular deben hacerse algunas observaciones:

La primera, que el número de pasaporte que VODAFONE proporcionó a la AEPD como identificador del titular de la línea prepago está formado por diez dígitos por lo que no puede ser de un nacional español salvo que éste sea menor de 14 años. Así se desprende del informe que la Dirección General de la Policía hizo llegar a la AEPD en el marco de las actuaciones de investigación E/6004/2014.

<<(..) en el pasaporte español figuran dos números:

- a. El número de D.N.I. del interesado que está constituido por ocho cifras, salvo en los pasaportes emitidos a menores de 14 años sin D.N.I. en los que se consigna el D.N.I. del padre o la madre seguido de dos cifras que indica el número de orden del hijo, en estos casos si puede haber una numeración de diez cifras, pero difícilmente (..).*
- b. El número de libreta constituido por un número de seis cifras precedido por una, dos o tres letras según la fecha de expedición.>>*

En segundo lugar, el número de pasaporte que según VODAFONE está asociado al titular de la línea de móvil *****TEL.1** tampoco corresponde a un extranjero que haya sido identificado por las autoridades españolas. La Comisaría General de Extranjería y Fronteras, responsable del fichero ADEXTTRA que contiene los datos del Registro Central de Extranjeros, ha informado que, efectuadas las consultas oportunas, no figuraban a fecha 21/11/2014 datos sobre ese número de pasaporte en el fichero indicado.

La Inspección de la AEPD dirigió entonces su investigación hacia la entidad titular del número de tarificación adicional al que se insta a llamar al receptor de la comunicación comercial, el 806*****

En respuesta al requerimiento informativo APLICACIONES DE SERVEI MONSAN, S.L., operador de comunicaciones electrónicas habilitado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) para la asignación y prestación a terceros de numeración, entre otras las de tipo 80Y, manifestó que no era ella la prestadora de los servicios, por lo que no tenía relación con los usuarios finales ni con el contenido de las comunicaciones que los prestadores de servicio ofrecen a través de la numeración que ella explota.

Sobre el número 806***** añadió que entre el 22/04/2014 y el 06/6/2014 el prestador del servicio vinculado a ese número era la sociedad **TEKOA CANAL TV, S.L.**, con domicilio social en **Madrid**, calle **(C/.....1) 6, 4º izquierda**, y que desde el 13/08/2014 no existía entre ambas relación comercial.

Por lo que atañe a **TEKOA CANAL TV, S.L.** -la sociedad que explotaba el número de tarificación adicional 806***** en la fecha en la que el denunciante recibió el sms publicitario-, nos remitimos a las actuaciones de investigación llevadas a cabo por la AEPD con el fin de localizar a esta sociedad o a su Administrador único, **C.C.C.**,

tanto en el domicilio social que consta publicado en el Registro Mercantil, ubicado en la localidad de Getafe (Madrid), como en el domicilio que la empresa APLICACIONES DE SERVEI MONSAN, S.L., nos ha facilitado, ubicado en **Madrid**, calle **(Cl/.....1)** número **6, 4º izquierda**. Actuaciones que fueron infructuosas y de las que se incorpora un resumen en el Informe de Actuaciones Previas de Investigación.

Así pues, de cuanto antecede se evidencia que no ha sido posible identificar a la persona **física o jurídica que tiene la condición de prestador del servicio en relación a la comunicación comercial objeto de la 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)."

A la luz de las consideraciones precedentes se concluye que el principio de presunción de inocencia 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 por lo **corresponde acordar el archivo de las actuaciones de investigación practicadas.**

V

Al margen de las consideraciones precedentes de la información obtenida por la Inspección de Datos de la AEPD se desprenden circunstancias que podrían evidenciar una infracción de la Disposición Adicional Única de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, en relación a la obligación que incumbe a la operadora VODAFONE relativa al Libro Registro al que se alude en esa norma, por lo que, a los efectos oportunos, se da traslado a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (SETSI) de la presente Resolución, de las alegaciones de la entidad VODAFONE al requerimiento informativo de este organismo y de la denuncia.

VI

Mediante Resolución de 15/09/2004 la SETSI publicó el Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional cuyo objeto es 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 este propósito el citado Código de Conducta fija reglas de obligado cumplimiento que tienen 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.

Por lo que hace referencia a la publicidad de este tipo de servicios 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).

En atención a las circunstancias que concurren en el presente asunto se acuerda dar traslado a la citada Comisión de la Resolución y del escrito de denuncia a fin de que pueda adoptar las medidas que estime 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..**
- 3. Dar traslado a la SETSI y a la CSSTA de la presente Resolución y del escrito de denuncia.**

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