



Expediente N°: E/07396/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante **M.M.M.** en virtud de denuncia presentada ante la misma por D^a **A.A.A.** y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 13 de noviembre de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D^a **A.A.A.** (en adelante la denunciante) en el que declara:

Que con fecha 4 de noviembre de 2013 ha recibido en su teléfono **D.D.D.** un mensaje SMS desde el número **B.B.B.** con el texto:

“Esta es la web que te dije www.perfumes.....ofertas tienen de todo CALVIN KLEIN-DOLCEGABBANA-HUGO BOSS-DIOR-LOEWE de todo a mitad de precio, dale un vistazo”.

La denunciante manifiesta que no conoce el número emisor ni ha solicitado ninguna información por lo que considera que se trata de un mensaje de SPAM.

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:

Con fecha 27 de noviembre de 2013, se comprueba que el dominio de internet www.perfumes....., consta registrado con fecha 4 de enero de 2008, por “***NOMBRE.1” y como datos de contacto figura la dirección de correo electrónico ***NOMBRE.1perfumes....@gmail.com y el número de teléfono **C.C.C.** (que está incompleto).

Con fecha 27 de noviembre de 2013, se accede a la página web www.perfumes....., comprobando que incluye un “Aviso Legal” en el que se facilita como dirección de contacto el correo electrónico info@perfumes.....com, y la dirección de la empresa NICE AND BEAUTY LTD, con domicilio en HONG KONG.

Con fecha 27 de enero de 2013, se comprueba, en la página web de la CMT, que el número de teléfono **B.B.B.** corresponde al operador VODAFONE ESPAÑA S.A.

Con esa misma fecha se solicita a VODAFONE ESPAÑA S.A. información sobre el titular del número **B.B.B.**.

Con fecha 10 de febrero de 2014, VODAFONE ESPAÑA S.A., remite a la Agencia la siguiente información:

1. El titular del número **B.B.B.** es M.M.M. con domicilio en (C/.....1) DE BARCELONA, así mismo según consta en sus ficheros, se trata de una línea de “prepagado” con fecha de alta 21 de agosto de 2013.
2. Con fecha 4 de noviembre de 2013, a las 1:22, se remitió desde el citado número un mensaje SMS al número de teléfono de la denunciante

Con fecha 21 de febrero de 2014 se remite un requerimiento de información a M.M.M., al domicilio que consta en los ficheros de VODAFONE ESPAÑA S.A., el escrito ha sido devuelto por el Servicio de Correos por “Domicilio incorrecto”.

Con fecha 10 de marzo de 2014, se comprueba que el número de teléfono ***TEL.1, que es el que resulta de añadir un 1 al principio del que consta en el registro del dominio www.perfumes....., pertenece al operador VERIZON SPAIN S.L.

Con fecha 24 de marzo de 2014, VERIZON SPAIN S.L. informa a esta Agencia de que el titular del número ***TEL.1, es la empresa MEDITERRANEAN SHIPPING CRUISES CRUCEROS S.A.U., cuyo objeto social, según consta en el Registro Mercantil es mediar en la venta de billetes o reservas de plaza en toda clase de medios de transporte, así como en la reserva de habitaciones y servicios en las empresas.

Con fecha 28 de marzo de 2014, se remite el requerimiento de información por correo electrónico a la dirección info@perfumes.....com, con las opciones de “Aviso de Lectura” y “Aviso de Entrega”. Con esa misma fecha se ha recibido un mensaje del Programa de Correo con el texto “Se completó la entrega a este destinatario, pero el servidor de destino no envió información de notificación de entrega”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del 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).

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 dada por el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, 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 la denunciante manifiesta haber recibido un SMS con contenido publicitario, concretamente publicidad de la web www.perfumes.....ofertas, 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 dominio de internet de esta dirección está registrado a nombre de “

***NOMBRE.1", con una dirección de correo y un teléfono incompleto; por otro, que la web anunciada dispone de un aviso legal en el que se facilita como dirección de contacto un correo electrónico y una dirección postal correspondiente a Hong Kong; y, por último, que el titular del número emisor del mensaje, conforme a la información remita por VODAFONE ESPAÑA tras requerimiento de esta Agencia, es M.M.M., cuyo único dato es una dirección de correo que, tras requerimiento de información de la Agencia, se constata que se trata de un "domicilio incorrecto", al ser devuelto dicho escrito de requerimiento por el Servicio de Correos.

Así las cosas, procede a señalar que no ha sido posible determinar la identidad del presunto responsable del envío del correo 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

Por lo tanto no se puede advertir conducta alguna que encaje en el catalogo de infracciones que la LSSI establece en su Titulo VII, procediendo el archivo de las presentes actuaciones.

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 **M.M.M.** y a D^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.