

Expediente Nº: E/07423/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos en virtud de varias denuncias presentadas ante la misma y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 13 de noviembre de 2013 tiene entrada, a través de su sede electrónica, en esta Agencia una denuncia interpuesta por el denunciante 1, en la que manifiesta lo siguiente:

1. Ha recibido un mensaje no deseado en su número particular **E.E.E.** que tiene registrado en la Lista Robinson.
2. El mensaje fue enviado y recibido el 10 de noviembre a las 21:05 horas y publicita los productos comercializados a través del sitio web Maniacosperfumes.com.

El DENUNCIANTE 1 aporta imágenes del terminal con el mensaje recibido.

Con fecha de 17 de diciembre de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de FACUA SEVILLA CONSUMIDORES EN ACCION, en adelante FACUA, en el que, en nombre y representación del DENUNCIANTE 2, trasladan los siguientes hechos:

3. Recibe mensajes de texto publicitarios con origen en la línea **F.F.F.** sin haber tenido ninguna relación comercial con el anunciante, el sitio web Maniacosperfumes.com, por lo que desconoce la forma en la que han obtenido sus datos.
4. El mensaje no incluye información sobre el procedimiento que permita dejar constancia de la oposición al envío de mensajes publicitarios.

La DENUNCIANTE 2 aporta imágenes del terminal con el mensaje recibido en el que se observa que este fue recibido el 18 de noviembre de 2013 a las 01:53 horas.

El escrito remitido por FACUA no aportaba documentación acreditativa de la representatividad que la entidad manifiesta poseer en relación con la DENUNCIANTE 2.

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 que se recogen en el Informe de Actuaciones Previas de Investigación que pasamos a reproducir:

1. Al tratar de acceder al sitio web maniacosperfumes.com se obtiene en el navegador la página de resultados del buscador Google cuando el criterio de búsqueda es "perfumesmaniacos.com" y cuyo primer enlace lleva al sitio web www.perfumaniacos.com.

El sitio web www.perfumaniacos.com informa de que la entidad responsable del mismo es INTERNATIONAL PERFUMES MANAGEMENT Limited, entidad con sede en Hong Kong.

El dominio maniacosperfumes.com está registrado a nombre de PRIVACY

PROTECTION SERVICE Inc., una entidad cuyo principal servicio es registrar dominios en nombre de sus clientes para ocultar la identidad éstos.

A pesar de que la página web está en español, el teléfono de contacto de la misma corresponde a una línea española y que parece que el sitio web está orientado a las ventas en territorio español INTERNATIONAL PERFUMES MANAGEMENT Limited ha manifestado en el transcurso de investigaciones precedentes que no dispone de sede alguna en España.

2. El operador que presta servicio a la línea del DENUNCIANTE 1 confirma que el mensaje recibido por éste tiene como origen la línea **G.G.G.**

La línea **G.G.G.** tiene asociado un contrato de prepago por lo que los únicos datos de que dispone la entidad son los exigidos por la normativa vigente: nombre, apellidos, tipo y número de documento identificativo y nacionalidad. El titular de la línea es **K.K.K.**, de nacionalidad Pakistaní, con número de pasaporte **I.I.I.**

3. El 9 de abril de 2014 se recibe un escrito en respuesta a la solicitud de información remitida a FACUA el 24 de marzo de 2014. En dicho escrito la entidad aporta documentación acreditativa de la representación que ostenta en relación con la DENUNCIANTE 2 e informa de que la línea en la que se recibió el mensaje denunciado en su escrito era **D.D.D.** operado en el momento de los hechos por YOIGO, nombre comercial de XFERA MOVILES SA.

4. VODAFONE, operador que presta servicio a la línea del DENUNCIANTE 2, confirma que el mensaje recibido por éste tiene como origen la línea **F.F.F.**

La línea **F.F.F.** tiene asociado un contrato de prepago por lo que los únicos datos de que dispone la entidad son los exigidos por la normativa vigente: nombre, apellidos, tipo y número de documento identificativo y nacionalidad. **C. R. R.**, con NIF **H.H.H.**, con domicilio en la **A.A.A.** consta como titular de la línea.

La normativa vigente no exige y VODAFONE no conserva copia de los documentos que quien compró la línea prepago debió de presentar para acreditar su identidad.

La línea prepago consta como vendida por TELENET CENTRAL LOGISTICA SA pero dicha entidad es un mayorista que a su vez la distribuye entre sus tiendas minoristas que son quienes las comercializan.

Se desconoce la identidad de la tienda minorista que finalmente comercializó la tarjeta prepago en cuestión.

5. El Subinspector actuante mantuvo dos conversaciones telefónicas los días 9 y 10 de abril de 2014 con quien se identificó como Dña. **C. R. R.**, la cual, antes las cuestiones planteadas ha manifestado que:

- 5.1. No es titular de la línea **F.F.F.**

- 5.2. Es titular de otra línea de la compañía Vodafone, pero no de esa.

- 5.3. No tiene conocimiento ninguno del envío publicitario que cita el Subinspector.

- 5.4. El piso y la letra que no constan en la información proporcionada por Vodafone es 4º C.

- 5.5. En fecha próxima a la que consta como de alta de la línea **F.F.F.** dejó su terminal móvil en un distribuidor autorizado de VODAFONE en la localidad de Humanes para lo cual hubo de proporcionar una fotocopia de su DNI y puede

que ese sea el origen de sus datos.

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.

El artículo 21 de la LSSI establece: “*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.”

Por tanto, el envío de comunicaciones comerciales que no hayan sido autorizadas o solicitadas – con la excepción ya mencionada del primer párrafo del artículo 21.2 de la LSSI- podría ser constitutivo de una infracción grave o leve, tipificadas, respectivamente, en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de la citada norma según redacción introducida por la Disposición Adicional octava de la Ley 59/2003. El artículo

38 de la LSSI dispone:

“3. Son infracciones graves:

c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21”.

“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 al citado régimen sancionador a “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”. 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

Centrándonos en los hechos que se denuncian deben ponerse de manifiesto las siguientes cuestiones.

En primer término, los denunciantes han declarado que no autorizaron el envío de las comunicaciones que han recibido en su teléfono móvil desde los números **G.G.G.** y **F.F.F.**.

La investigación llevada a cabo por el Servicio de Inspección de Datos de la Agencia ha permitido conocer el nombre y nacionalidad de las personas que adquirieron las tarjetas correspondientes a las líneas de móvil **G.G.G.** y **F.F.F.** desde las que se enviaron los sms: se trata **Z. K** de nacionalidad Pakistaní y Dña. **C. R. R.** .

Las dos líneas de teléfono móvil indicadas son líneas prepago. De conformidad con la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, 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, que, en el caso de **K.K.K.** se desconoce, y, en el de **J.J.J.**, ante la negativa al no requerir la normativa vigente documentación adicional acreditativa -como copia de DNI- la mera inclusión por la operadora no es prueba suficiente de imputación, sin que quepa requerir por esta Agencia requisitos adicionales a los previstos en la legislación especial.

A lo anterior se añade una circunstancia de gran relevancia como es que los datos que las operadoras están obligadas a solicitar del cliente en cumplimiento de la Ley 25/2007 permiten identificar únicamente al “adquirente” de la tarjeta, pero no nos permitirán conocer quién es el “usuario”, condición que puede concurrir en cualquier persona distinta del adquirente.

Por otro lado, esta Agencia no ha logrado obtener la información imprescindible encaminada a constatar si fueron estas personas las remitentes de los sms –y, en tal caso, determinar la relación que mantenían con perfumaniacos, esto es, si actuaron en calidad de encargados de tratamiento de www.perfumaniacos.com-.

En definitiva, la Agencia carece de indicios razonables para afirmar que existió una relación entre **Z. K** y **C. R. R.** y las actividades de marketing llevadas a cabo en nombre de perfumaniacos a través los sms enviados desde las líneas prepago que ellos habían adquirido en consideración a la cual pudiera derivarse para estas dos personas responsabilidad sancionadora por una infracción del artículo 21 de la LSSI tipificada en el artículo 38.4.d). Estimamos por ello, en virtud del principio de presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de la Constitución Española, que debe acordarse el archivo de las presentes actuaciones frente a los mencionados

IV

Por lo que respecta al anunciante, INTERNATIONAL PERFUMES MANAGEMENT Limited, titular de la web www.perfumaniacos.com, es una tienda virtual que comercializa perfumes cuyo domicilio radica en Hong Kong y que no dispone de un establecimiento en territorio español.

De las actuaciones previas de investigación llevadas a cabo por esta Agencia no se ha podido acreditar que los SMS recibidos por los denunciantes fueran remitidos por indicación de la entidad anunciante, ya que no consta que las líneas de teléfono de los respectivos envíos pertenezcan ni hayan pertenecido a INTERNATIONAL PERFUMES MANAGEMENT Limited, y tampoco se ha podido constatar la relación existente entre los remitentes de los SMS y dicha entidad.

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.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución y el Anexo 1 al denunciante 1 y la presente Resolución y el Anexo 2 a FACUA SEVILLA CONSUMIDORES EN ACCION.

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.