



RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos en virtud de denuncia presentada por DÑA. **A.A.A.**, y teniendo como base los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fechas de 11/07, 21/07, 08/10 y 04/11/2014, tuvieron entrada en esta Agencia escritos de la entidad Facua, en representación de DÑA. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante), en los que declara estar recibiendo SMS de tarot en su línea de telefonía móvil **B.B.B.**, contratada con la entidad JAZZ TELECOM, SAU, y formula denuncia contra la entidad PEPPER GROUP 21, S.A. (en lo sucesivo PEPPER). En su denuncia señala que dichos mensajes indican las líneas ***TEL.1, ***TEL.2, ***TEL.3, ***TEL.4 desde las que ofrecen sus servicios tarotistas.

En los SMS aportados no consta el número de origen, sólo figura texto como "tarot" más un nombre. En los SMS se incita a llamar a un determinado número, mediante textos como:

*<<momentos difíciles por los que pasas mi videncia me habla de cambios importantes que estabas esperando no lo dudes te ayudare para conseguir tu meta ***TEL.5>>*

Aporta fichero en formato CSV conteniendo el registro de mensajes recibidos en su móvil, un total de 80 mensajes, aproximadamente, todos ellos de similar contenido, recibidos durante los meses de septiembre de 2014 a febrero de 2015. Las líneas telefónicas que se indican en los mensajes, a las que la receptora de los mismos puede llamar para acceder a los servicios que publicitan, además de las mencionadas, corresponde a los números ***TEL.6, ***TEL.7, ***TEL.8, ***TEL.5, ***TEL.9, ***TEL.10 y ***TEL.11.

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:

1. Solicitada información a ORANGE ESPAGNE S.A. la entidad informa:
 - a. Que las líneas ***TEL.6, ***TEL.7, ***TEL.8 y ***TEL.1 pertenece a la operadora ORANGE ESPAGNE S.A. y está asignada al cliente PREMIUM NUMBERS SL.
 - b. Las líneas ***TEL.2, ***TEL.3, ***TEL.4, ***TEL.5 y ***TEL.9 pertenecen a Premium Numbers como operador y por lo tanto Orange Espagne no dispone de información sobre titulares a los que pudieran estar asignados.
2. Solicitada información a JAZZ TELECOM SAU a fin de confirmar los mensajes recibidos por la denunciante, la entidad no los ha confirmado. Según esta entidad, desde el mes de septiembre de 2014 hasta febrero de 2015, la línea de la denunciante ha recibido cuatro mensajes, ninguno de los cuales corresponde a los denunciados.
3. Solicitada información a PREMIUM NUMBERS S.L., la entidad aporta datos respecto de

PEPPER, dando una dirección coincidente con el domicilio obrante en el Registro Mercantil Central. Aporta igualmente un fichero Excel conteniendo los números que han estado asignados a la entidad en los últimos dos años.

Cruzados los datos aportados por la entidad con los datos aportados por el denunciante, se encuentra que 51 mensajes emitidos entre 08/09/2014 y 11/02/2015 se corresponden con números de teléfono de PEPPER.

4. Remitida solicitud de información a PEPPER la carta ha sido devuelta por el servicio de Correos en fecha 3/6/2015, tras dos intentos de entrega en fecha 25 y 26/5/2015 señalados como "Ausente Reparto".
5. En fecha 16/6/2015 se personaron inspectores de la Agencia en la sede de PEPPER a fin de realizar una inspección, levantando diligencia según la cual:
 - Tras llamar al portero automático varias veces, no ha sido atendida la llamada.
 - Llamado al 3º C de dicho portal, no atiende nadie la llamada.
 - Llamado al 2º B de dicho portal, la persona que atiende la llamada indica que en el 3º B no hay ninguna empresa.
 - Entrevistado una vecina, indica que la única empresa que había, y que fue cerrada hace tiempo, era una empresa de escayolas.
 - Llamado al presidente de la Comunidad del edificio, no atiende nadie la llamada.
 - Entrevistado un vecino que entra en el portal, informa que en el 3ºD vive una mujer mayor, que tiene un hijo que no vive con ella, si bien figura en el buzón, y que tiene varias empresas,
 - Se accede al portal de la finca y se realiza una fotografía del buzón del 3ºD.
 - No se observa ninguna rotulación en la calle, en el portal o en los buzones, en donde aparezca referencia a PEPPER.
6. Mediante escrito de fecha 09/06/2015 se solicitó a PREMIUM NUMBERS S.L. información acerca de los SMS cursados al denunciante, de la que consta entrega en fecha 11/06/2015. A fecha del presente informe no ha sido recibida contestación a dicha solicitud.

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 redacción introducida por la Ley 9/2014, 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”

El envío de *comunicaciones comerciales* que no hayan sido autorizadas o solicitadas –con la excepción del primer párrafo del artículo 21.2 de la LSSI- podría ser constitutivo de una infracción grave o leve, tipificada, respectivamente, en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de la citada norma, según redacción introducida por la Disposición Final segunda de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones.

El artículo 38 de la LSSI establece:

“3. Son infracciones graves: (..) c) 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.

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 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 Ley 34/2002 ofrece un concepto de lo que deba entenderse por “prestador del servicio”: 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:*

(...)

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

A su vez el apartado f) del Anexo define “Comunicación comercial” como *“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 denuncia que nos ocupa versa sobre las numerosas comunicaciones comerciales que la denunciante declara haber recibido en su número de teléfono móvil **B.B.B.** -comunicaciones que se detallan en el Hecho Primero de esta resolución y en el Informe de Actuaciones de Investigación que se reproduce- pese a que niega haber facilitado sus datos de contacto o consentido su tratamiento con fines promocionales.

El conjunto de sms que la denunciante declara haber recibido y sobre los que ha facilitado a la AEPD información son 80 sms, aproximadamente, que guardan relación con la videncia y el tarot que habrían sido enviados durante los meses de septiembre de 2014 a febrero de 2015. El denunciante ha aportado el texto de los sms; la fecha y hora de envío; pero no la identificación del remitente, constando únicamente un nombre propio seguido de la palabra “tarot”; y los números a los que se insta a llamar al receptor del sms.

El texto de los sms citados evidencia que estamos ante comunicaciones comerciales en el sentido que atribuye a esa expresión el apartado f) del Anexo de la LSSI, pues en todos ellos se invita al receptor a llamar a un número.

Las actuaciones de investigación llevadas a cabo ante JAZZ TELECOM, SAU, que es el operador con quien la denunciante tiene contratado el servicio telefónico para la línea destinataria de los sms, no confirmaron la recepción de ninguno de los sms denunciados.

Al no disponer de datos correspondientes a las líneas emisoras de los sms, las actuaciones de investigación se centraron entonces en la entidad PEPPER, a quien la denunciante identifica como responsable de los sms recibidos en su línea de móvil, y la que corresponde la titularidad de algunas de las líneas a las que se instaba a llamar a la denunciante receptora de los mensajes.

Los inspectores de la AEPD intentaron sin éxito localizar la sociedad indicada o a su

Administrador único en el domicilio social que consta publicado en el Registro Mercantil, ubicado en la localidad de Leganés (Madrid).

Así, con la información disponible los esfuerzos de la Inspección de Datos por avanzar en la investigación no han dado frutos. En definitiva, pese a la investigación realizada por la Inspección de Datos de la AEPD, **no se ha confirmado la recepción de los mensajes por la denunciante por el operador con quien tiene contratado el servicio telefónico para la línea destinataria de los sms y no se ha logrado avanzar en la identificación de la persona física o jurídica responsable de los hechos que se denuncian y que tiene la condición de prestador del servicio** en relación a las comunicaciones comerciales recibidas por el denunciante.

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 lo expuesto 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. Traslado los razonamientos precedentes al supuesto que nos ocupa, habida cuenta de que **no se ha confirmado la recepción de los mensajes por la denunciante y no se ha podido identificar al responsable de los hechos denunciados, conducta que pudiera ser constitutiva de una infracción de la LSSI**, corresponde acordar el archivo de las actuaciones de investigación practicadas.

Ahora bien, teniendo en cuenta las implicaciones que los hechos pudieran tener en el orden jurisdiccional penal, se acuerda dar traslado a la Dirección General de la Guardia Civil, Unidad Técnica de la Policía Judicial a fin de que pueda llevar a cabo las investigaciones que estime pertinentes.

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 DÑA. **A.A.A.**, a través de su representante FACUA
3. **DAR TRASLADO** a la Unidad Técnica de la Policía Judicial.

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