



Expediente N°: E/02390/2018

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (JAZZTEL)** en virtud de denuncia presentada por D. **B.B.B.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 14 de marzo de 2018, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **B.B.B.** (en lo sucesivo el denunciante) contra **ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (JAZZTEL)** (en lo sucesivo el denunciado) comunicando que:

Recibe SMS y correos publicitarios de JAZZTEL, empresa de la que no es cliente. Su número de teléfono es **D.D.D.** y menciona que es cliente de la empresa ONO desde hace 18 meses.

Ha intentado darse de baja de varias formas:

- o Llamando a la compañía intentando ejercer su derecho de acceso y cancelación.
- o Enviando SMS al teléfono que sigue a la palabra “no+publi” que aparece en algunos SMS, a saber: 900809400.
- o Accediendo al link **bit.ly/baja—sms** que aparece en otros SMS.

No se ha podido dar de baja con éxito de ninguna de las formas:

- o Por vía telefónica el personal de la compañía no ha atendido su petición de acceso y cancelación.
- o Al enviar un SMS al teléfono 900809400 ha obtenido el siguiente mensaje: “*El mensaje no se ha enviado. Pulsa reintentar para enviar el mensaje*”. Aporta impresión de pantalla del mismo.
- o Al acceder al link **bit.ly/baja—sms** aparece un error interno de conexión. Aporta impresión de pantalla del mismo.

En el aviso del correo electrónico publicitario de JAZZTEL recibido en su dirección de correo electrónico, **A.A.A.**, se proporciona un correo electrónico, **bajaemail@jazztel.com**, para ejercer el derecho de oposición, pero en él se pide un “*número de Servicio*”, que el denunciante desconoce a qué se puede referir, ya que él no es cliente y no tiene ningún tipo de identificador. También adjunta impresión del correo.

El reclamante se pregunta de dónde han obtenido sus datos personales.

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, solicitando información a la entidad denuncia, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

El denunciante contrató su línea móvil **D.D.D.** con ORANGE en fecha 24/12/2013. Aportan contrato incluyendo la página con los datos personales del cliente, donde además de la mencionada línea también aparece la dirección de correo **A.A.A.**.

Declaran que con anterioridad el denunciante había portado su línea fija **C.C.C.** a JAZZTEL con fecha 25/09/2008. Aportan la grabación y el texto de las condiciones del contrato en papel generado tras la contratación telefónica (no se incluye la página con los datos personales del cliente).

Defienden que en ambas contrataciones se informó convenientemente al cliente del tratamiento con fines publicitarios, el cual puede continuar incluso después de terminar el contrato.

No les consta solicitud realizada por parte del cliente en ejercicio de su derecho de oposición al uso de sus datos personales.

Su protocolo, según declaran, consiste en enviar un correo a Calidad Ventas para incluir el número telefónico en lista Robinson, si reciben solicitud de cancelación y/o oposición sin ser cliente.

TERCERO: Desde esta Agencia se ha comprobado que el enlace [bit.ly/baja—sms](http://bit.ly/baja-sms) conduce a una dirección URL <http://1001planes.es/bajaSMS>, en la que se existe un formulario para dar de baja un número telefónico del servicio de envíos de mensajes publicitarios o comerciales de 1001 PLANES, titularidad de la empresa INVERSIONES 2012 INTELIGENCIA DE NEGOCIO S.L. con CIF B34260604. No se ha conseguido reproducir el error interno que reporta el denunciante.

Por otro lado, se ha comprobado que llamando al número que sigue al texto “No+publi” de los mensajes SMS publicitarios, el 900809400, se obtiene una primera respuesta de tipo automático indicando dos opciones: marcar 1 en caso de no ser cliente de JAZZTEL y marcar 2 en caso de serlo. Si se marca 1, se oye la locución automática “bienvenido al servicio de lista Robinson de JAZZTEL”, dando paso a una operadora. Con fecha 19/06/2018, el inspector prueba a dar de baja del servicio de envío de SMS comerciales al número titularidad del denunciante, **D.D.D.**. Acto seguido, la operadora dice que lo pasan al departamento correspondiente, indicando un plazo de 8 días para la ejecución del trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



I

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI).

II

El artículo 37 de la LSSI establece como sujetos sobre los que impone su régimen sancionador a *“los prestadores de servicios de la sociedad de la información”*.

Para determinar qué sujetos se ajustan a dicha definición, ha de acudirse a lo dispuesto en el Anexo de la citada ley, que define al *“Prestador de servicios”* (apartado,) *“como la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”*. Lo que se completa con la definición que sobre *“Servicios de la sociedad de la información o servicios”* ofrece el apartado a), del Anexo:

“Todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también 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:

- 1. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.*
- 2. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.*
- 3. La gestión de compras en la red por grupos de personas.*
- 4. El envío de comunicaciones comerciales.*
- 5. El suministro de información por vía telemática.”*

III

Por su parte, el artículo 21 de la LSSI, señala 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 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 subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

IV

Manifiesta el denunciante en este caso que recibe comunicaciones comerciales de Orange sin que funcionen los procedimientos habilitados por la entidad en dichas comunicaciones para solicitar el cese en el envío de las mismas.

Sin embargo, se ha comprobado que el enlace [bit.ly/baja—sms](https://bit.ly/baja-sms), contenido en los SMS que recibe el denunciante, dirige a un formulario para dar de baja un número telefónico del servicio de envíos de mensajes publicitarios o comerciales, sin que se haya conseguido reproducir el error interno que reporta el denunciante. Asimismo en cuanto a la imposibilidad de darse de baja en la recepción de las mismas, a través del número de teléfono indicado, desde esta Agencia se realizó una llamada al número 900809400, dando de baja el número telefónico del 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, resultando clara la plena virtualidad de los principios 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 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que *"Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa."*



El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 24/1997, ha establecido que *“los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:*

La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.

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).”

Asimismo, se debe tener en cuenta en relación con el principio de presunción de inocencia lo que establece el artículo 53.2.b) de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: *“Además de los derechos previstos en el apartado anterior, en el caso de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables tendrán los siguientes derechos: (...)*

b) A 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 haya obtenido y comprobado la existencia de una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación.

A la luz de las consideraciones precedentes y de la documentación que obra en poder de esta Agencia no cabe apreciar en los hechos denunciados vulneración de la normativa de la LSSI, debiendo acordar 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,

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a **ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (JAZZTEL)** y a D. **B.B.B.**.

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 Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley



39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora 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.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos