



Expediente N°: E/04215/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **CORPORACION DE LINEAS PREMIUM Y SISTEMAS DE MENSAJERIA, S.L.** en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 06/06/2017, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante), en el que denuncia a **CORPORACION DE LINEAS PREMIUM Y SISTEMAS DE MENSAJERIA, S.L.** (en lo sucesivo CORPORACION Y SISTEMAS) por los siguientes hechos: el envío de comunicaciones publicitarias a través de mensajes SMS no solicitados ni autorizados que además no cuentan con posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales.

Que según el denunciante tuvieron lugar a fecha de: 23/5/2017

Y, entre otra, anexa la siguiente documentación:

Captura de pantalla de tres mensajes publicitarios SMS.

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:

1. En el contenido de los mensajes SMS aportados por el denunciante aparecen los siguientes números de teléfono como parte de la publicidad:

*****TEL.1** identificado el OPERADOR por la CNMC como CORPORACIÓN Y SISTEMAS.

*****TEL.2** identificado el OPERADOR por la CNMC como ORANGE ESPAGNE, S.A.U. A la solicitud de información del titular de la línea esta lo identifica como CORPORACIÓN Y SISTEMAS.

De las capturas de pantalla de los SMS sólo aparece fechado uno de ellos, mostrándose: "23 de mayo".

2. Vodafone España S.A.U. como operador telefónico del denunciante en doc. N° Reg. ***REG.1 fechado 01/08/2017 manifiesta que no tiene constancia de SMS recibidos en la línea móvil del denunciante.

En doc. N° Reg. ***REG.2 fechado 08/08/2017 se recogen los SMS recibidos en esa línea durante todo el mes de Mayo de 2017. En la siguiente tabla se reflejan los recibidos antes de la denuncia:



Fecha/Hora Local	Fecha/Hora Peninsular	Teléfono Origen
06/05/2017 20:33:33 +02.00	06/05/2017 20:33:33	***TLF.1
06/05/2017 20:33:33 +02.00	06/05/2017 20:33:33	***TLF.1
06/05/2017 20:33:34 +02.00	06/05/2017 20:33:34	***TLF.1
06/05/2017 20:33:34 +02.00	06/05/2017 20:33:34	***TLF.1
14/05/2017 17:14:21 +02.00	14/05/2017 17:14:21	***TLF.2
14/05/2017 17:14:21 +02.00	14/05/2017 17:14:21	***TLF.2

3. Con fecha 19/07/2017, según consulta RMIC consta la empresa CORPORACIÓN Y SISTEMAS, con ***CIF.1.
4. Con fecha 14/08/2017 N° Reg. ***REG.3 se solicita a CORPORACIÓN Y SISTEMAS, entre otras, el origen de los datos y las campañas publicitarias realizadas a esta línea telefónica. Esta solicitud de información ha sido devuelta por la empresa de mensajería por AUSENTE tras intentar entregarlo el 22/08/2017 y 24/08/2017.
5. Por todo lo anterior no se puede constatar la recepción de los SMS publicitarios denunciados. Tampoco identificar al emisor de las campañas publicitarias ni el origen del dato ni tratamiento que se ha realizado.

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 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.

III

La denuncia que nos ocupa versa sobre las comunicaciones publicitarias que el denunciante declara haber recibido mediante sms en su número de teléfono móvil *****TEL.3**, no solicitados ni autorizados y sin que se ofreciera al destinatario, como exige el artículo 21.2 de la LSSI, un procedimiento para oponerse a dicho tratamiento.

En las actuaciones de investigación llevadas a cabo ante VODAFONE, el operador con quien el denunciante tiene contratado el servicio telefónico para la línea destinataria de los sms, manifestaba que no tenía constancia de los sms recibidos en la línea móvil del denunciante en la fecha señalada por el denunciante el 23/05/2017.

Los números de línea desde los que se enviaron los sms pertenecen a VODAFONE por lo que la Inspección requirió a la operadora para que facilitara los datos completos de los titulares de ambos números. VODAFONE señaló que los números de línea pertenecían a la empresa CORPORACION Y SISTEMAS.

En fecha 14/08/2017 se solicitó a CORPORACION Y SISTEMAS el origen de los datos y las campañas publicitarias realizadas a la línea telefónica así como la acreditación del consentimiento; solicitud que fue devuelta por la empresa de mensajería por ausente tras intentar entregarlos en días diferentes.

Con la información disponible los esfuerzos de la Inspección de Datos por avanzar en la investigación no han dado frutos, no pudiendo constatar la recepción de los sms publicitarios denunciados, ni identificar al emisor de la campaña publicitaria, ni el origen del dato, ni el tratamiento realizado.

En definitiva, pese a la investigación realizada por la Inspección de Datos de la AEPD no ha logrado desvelar la identificación de la persona responsable de los hechos que se denuncian 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”*.

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. Trasladando los razonamientos precedentes al supuesto que nos ocupa, habida cuenta de que 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.



Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a **CORPORACION DE LINEAS PREMIUM Y SISTEMAS DE MENSAJERIA y 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 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