



Expediente N°: E/04608/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos en virtud de la denuncia presentada por **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 05/05/2014 ha tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que expone que el 28/04/2014, a las 10:31 horas, recibió un sms desde el número *****TEL.1** en el que se publicitaba un préstamo dinerario para cuya concesión se instaba a llamar al número 902*****, sin ofrecerle la posibilidad de darse de baja y sin que hubiera solicitado dicho servicio.

Aporta con la denuncia dos capturas de la pantalla de un terminal móvil relativas al sms recibido. En respuesta al requerimiento informativo de la AEPD el denunciante ha informado que el número de teléfono de su titularidad en el que recibió el sms objeto de la denuncia es el *****TEL.2** y que se encuentra inscrito en la Lista Robinson.

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:

<<ANTECEDENTES

*Con fecha de 5 de mayo de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara haber recibido dos SMS en el número *****TEL.1** estando incluido en la lista Robinson.*

*Aporta copia de un SMS que informa haber recibido el día 28/04/2014 a las 10:31 desde el número *****TEL.1**, con publicidad del número 902*****, sin posibilidad de baja, e informa no haber solicitado dicho servicio.*

ACTUACIONES PREVIAS

1. *De la copia de los mensajes aportados por el denunciante se desprende que el contenido del mensaje recibido fue:*

*<<DINERO??? Sin avales. En 24 horas. No importa RAI/ASNEF. Seriedad y discreción. 902*****>>*

Según el detalle del SMS fue recibido a las 10:31 del 28/4/2014.

2. *Solicitada información a ADIGITAL, la entidad informa:*



<<SEGUNDO: Que actualmente figuran inscritas en el Servicio de Lista Robinson a nombre de D. **A.A.A.** la dirección de correo electrónico ...@andaluciajunta.es y la línea de teléfono *****TEL.2** desde el día 27 de julio de 2012 con la finalidad de no recibir correos electrónicos ni llamadas de terceros conforme a lo dispuesto en el reglamento de servicio de Lista Robinson.>>

3. Solicitada información a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. la acreditación de la emisión de dicho mensaje, la entidad informa haber cursado un mensaje en fecha 28/04/2014 a las 11:31:59 h. con origen en la línea *****TEL.1** con destino a la línea *****TEL.2**.
4. En fecha 2/10/2014 se realizan las siguientes llamadas:
 - a. Al número 902*****, verificándose que la línea está fuera de servicio.
 - b. Al número *****TEL.1** verificándose que responde el contestador automático de VODAFONE.
5. Solicitado a VODAFONE ESPAÑA S.A.U. el origen y titular de la línea del mensaje origen de la denuncia, la entidad informa que dicho mensaje ha sido enviado desde la línea de prepago *****TEL.1**, siendo titular de la misma D. **B.B.B.**, si bien la entidad no dispone de la dirección por no exigirlo la normativa reguladora.
6. Solicitada información a la División de Documentación de la Dirección General de Policía que se informase del último domicilio conocido de D. **B.B.B.**, informa que consultada la base de datos PERSONAS, con los datos de filiación facilitados, no se ha podido determinar si dicho afiliado tiene algún registro en la misma. Da traslado de la solicitud al Servicio de Documentación de Extranjeros con el fin de que comprueben si en sus bases de datos disponen de la información solicitada.

Dicho Servicio informa que, como responsable del fichero ADEXTTRA, que contiene los datos del Registro Central de Extranjeros, se han efectuado las consultas oportunas en dicho fichero con los datos de filiación facilitados, no figurando, al día de la fecha, ningún registro.
7. Solicitada información a NEXT la entidad informa:
 - a. Que cedió el uso del número 902*****, a la empresa Gitec Ltd. con sede social Gibraltar.
 - b. Que respecto a la redirección de llamadas dirigidas al número 902*****, la entidad informa que el tráfico a dicho número se redirige a la IP *****IP.1**.

Se ha podido comprobar que dicha IP está ubicada en San Francisco (USA).>>

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 además 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”

A su vez, el apartado f) del Anexo de la LSSI, “Definiciones”, considera “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.”

Por tanto, el envío de comunicaciones comerciales que no reúnan alguno de los requisitos que exige el artículo 21 –esto es, por una parte, que hayan sido expresamente autorizadas, salvo que los datos de contacto del destinatario de la comunicación se hubieran obtenido por el prestador del servicio de forma lícita con ocasión de una relación contractual y los empleara para comunicaciones promocionales de productos de su propia empresa similares a los que fueron objeto de contratación inicial y, por otra, que ofrezcan al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento en cada comunicación que le dirijan- podría ser constitutivo de una infracción grave o leve, tipificadas, respectivamente, en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de la LSSI.

El artículo 38 de la LSSI, en su redacción actual tipifica como infracción grave *“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”*.

El artículo 38.4, considera 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”*.

Quedan sujetos al régimen sancionador de la LSSI según su artículo 37 *“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”* y 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

La denuncia que examinamos versa sobre el envío a la línea móvil del denunciante, *****TEL.2**, de una comunicación comercial vía sms sin su consentimiento y sin que se le haya ofrecido en la referida comunicación un medio para oponerse al tratamiento de sus datos de contacto.

En prueba de sus manifestaciones el denunciante remitió a la AEPD dos capturas de pantalla de un teléfono móvil con el texto de un sms recibido el 28/04/2014 desde el número *****TEL.1** en el que se le insta a llamar al 902***** para obtener un



préstamo dinerario.

El texto del sms (que se transcribe en el punto 1 del Informe de Actuaciones Previas de Inspección) evidencia que estamos ante una comunicación comercial en el sentido en que la define el apartado f) del Anexo de la LSSI.

Como se ha indicado en el Fundamento precedente, el artículo 21 de la LSSI exige, para que el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos sea ajustado a Derecho, que haya sido autorizado o consentido previamente por el destinatario o bien que haya existido entre el destinatario y el prestador del servicio una relación contractual y éste último hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario.

En el presente caso el denunciante niega haber consentido el tratamiento de su número de teléfono con fines promocionales y a ello se añade la circunstancia de que se ha comprobado que el número de línea destinataria de la comunicación promocional figuraba inscrita en el fichero Lista Robinson desde el 27/07/2012.

En consecuencia, de conformidad con la previsión del artículo 49 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD (RLOPD) que regula los ficheros comunes de exclusión de envío de comunicaciones comerciales *“Quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento.”*

A la circunstancia de que el envío del sms promocional al denunciante no contaba con su consentimiento se añade que la LSSI exige que, *“en todo caso”* y en *“cada comunicación que le dirija”* se ofrezca al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con dicha finalidad. Obligación que tampoco se ha respetado en el presente caso en el que la comunicación comercial recibida por el denunciante no incluía información alguna sobre cómo oponerse al tratamiento con dicha finalidad.

Así pues, habida cuenta de que el denunciante niega haber consentido el tratamiento de su número de teléfono con fines comerciales y que no figura en el texto del sms recibido indicación de ninguna tipo sobre el medio a través del cual podría oponerse a este tratamiento, la conducta objeto de la presente denuncia podría ser constitutiva de una infracción leve de la LSSI tipificada en el artículo 38.4.d) de la citada norma.

Las investigaciones llevadas a cabo por la Inspección de Datos ante TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A., (en lo sucesivo, TME), operador que presta el servicio telefónico para la línea destinataria del sms (*****TEL.2**) de la que es titular el denunciante, han confirmado que en ese número se recibió un sms en la fecha indicada en la denuncia –el 28/04/2014 a las 11:31:59 horas-, que procedía del número *****TEL.1**.

Las actuaciones de investigación dirigidas a determinar la identidad del sujeto responsable de la presunta infracción de la LSSI, el prestador del servicio de la sociedad de la información, únicamente han permitido verificar que la línea 902*****, a la que se insta a llamar al receptor de la comunicación comercial, estaba fuera de servicio y que el número *****TEL.1** pertenece al operador VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.

En relación con el número emisor del sms, VODAFONE ha confirmado que desde él se envió un sms al móvil del denunciante en la fecha y hora ya indicadas; que



se trata de una línea prepago de la que consta como titular **B.B.B.**, de nacionalidad *****NACIONALIDAD.1** con pasaporte *****NÚMERO.1** del que se ignora el domicilio.

Al tratarse de una línea prepago VODAFONE no dispone de información adicional sobre el titular del número desde el que se envió el sms promocional al denunciante. A este respecto debemos recordar que según 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.

Con la información disponible los esfuerzos de la Inspección de Datos por avanzar en la investigación no han dado frutos pues, como viene siendo habitual en los hechos de naturaleza análoga a los que nos ocupan, las líneas emisoras de los sms son de prepago.

Solicitada información a la Dirección General de la Policía sobre el titular del pasaporte *****NÚMERO.1** ésta comunicó que “consultada la base de datos “PERSONAS”, con los datos de filiación facilitados, no se ha podido determinar si dicho afiliado tiene algún registro en la misma”, por lo que dio traslado del requerimiento informativo de la AEPD a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras. Este órgano administrativo comunicó a la AEPD que la “Comisaría General, como responsable del fichero ADEXTRA, que contiene datos del Registro Central de Extranjeros, se han efectuado las consultas oportunas en dicho fichero, con los datos de filiación facilitados, no figurando, al día de la fecha, ningún registro”.

Los inspectores de la AEPD dirigieron entonces su investigación hacia la entidad titular del número beneficiario del sms, el número 902*****, que en algunos ámbitos se asocia a NEXT TOUCH TELECOM S.L.

Los inspectores comprobaron en fecha 02/10/2014 que ese número de línea estaba fuera de servicio. Además, en respuesta a la petición de información que se hizo en relación con el cliente que tiene asignada la línea, respondió “Que NEXT TOUCH TELECOM cedió el uso del número 902***** a la empresa Gitec Ltd. Con sede social en (C/.....1), Glacia Road Gibraltar con código postal ***CP.1”

En definitiva, la investigación realizadas por el Servicio de Inspección de la AEPD **no han 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 de la sociedad de la información** en relación a la comunicación comercial no consentida recibida por el denunciante y que no ofrecía información sobre el medio para oponerse a tales envíos.

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, consideró 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 26/10/1998 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 las consideraciones precedentes 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.

De conformidad con lo expuesto, toda vez que no se ha podido identificar al responsable de la comunicación comercial enviada al denunciante –comunicación comercial que podría constituir una infracción leve de la LSSI- procede acordar el archivo de las actuaciones de investigación practicadas.

Ahora bien, de las averiguaciones practicadas por la Inspección de Datos de la AEPD se desprenden circunstancias que podrían evidenciar una infracción de la Disposición Adicional Única de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de



Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, en relación a la obligación que incumbe a la operadora VODAFONE relativa al Libro Registro al que se alude en esa norma, por lo que, a los efectos oportunos, se da traslado a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (SETSI) de la presente Resolución, de las alegaciones de la entidad VODAFONE al requerimiento informativo de este organismo y de la denuncia.

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 **A.A.A.**.
- 3. DAR TRASLADO a la SETSI de la presente Resolución**

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