



Procedimiento nº.: PS/00416/2017

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00856/2017

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad IPVIP CONSULTING, S.L. contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00416/2017, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 11 de octubre de 2017, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00416/2017, en virtud de la cual se imponía a la entidad una sanción de 3.000 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3 b) de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 13/10/2017, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00416/2017, quedó constancia de los siguientes:

HECHOS PROBADOS

*UNO.- Desde el 27/12/2013 la línea *****LINEA.1**, a nombre del denunciante figura inscrita en el Servicio de Lista Robinson de AIDIGITAL con la finalidad de no recibir llamadas publicitarias ni SMS.*

*DOS.- En las fechas que se muestran a continuación la línea *****LINEA.1** recibió las siguientes llamadas que ofrecían publicidad del BANCO POPULAR siendo el origen el número *****LINEA.2**:*

- ? *El día 12 de agosto de 2016 a las 12:19:36*
- ? *El día 13 de septiembre de 2016 a las 09:56:18*
- ? *El día 15 de septiembre de 2016 a las 10:12:17*

*TRES.- BANCO POPULAR manifiesta a requerimiento de la Inspección de Datos, que (...) el denunciante no figura en los sistemas de información de la entidad ni les consta que la entidad haya dirigido campañas comerciales al número de teléfono *****LINEA.1**, por lo que desconocen el origen y la causa de las llamadas efectuadas en nombre de la financiera. El número de línea *****LINEA.2** no es titularidad del Banco Popular ni tienen constancia de reclamaciones o irregularidades relacionadas con el mismo.(...)*

*CUATRO.- la compañía Colt Technology Services ha informado que el titular de la línea ***LINEA.2 en agosto y septiembre de 2016 era la empresa IPVIP Consulting, S.L.*

TERCERO: IPVIP CONSULTING, S.L. (En lo sucesivo la recurrente) ha presentado en fecha 13/11/2017, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en lo siguiente:

Indefensión por notificación nula.

Las notificaciones practicadas por la AEPD tanto en fase de actuaciones previas de inspección como durante la tramitación del procedimiento sancionador, no han observado las prescripciones legales establecidas al efecto, causando indefensión a esta parte.

Respecto de las primeras notificaciones, el requerimiento de información previa, con fecha de 27/06/2017 se intentó una notificación y fue devuelta por desconocido. Esta no se repitió en los tres días siguientes en hora distinta como prevé el art. 42.2 LPACAP ni posteriormente en el BOE, como prevé el art. 44 LPACAP, ni tampoco se puso a disposición de la entidad en la sede electrónica de la AEPD como prevé el art. 42.1 LPACAP.

Respecto de las notificaciones en el procedimiento sancionador. Respecto del Acuerdo de iniciación, en esta ocasión si se intentó en dos ocasiones la misma como prevé el art. 42.2 LPACAP, pero no se puso a disposición de la entidad en la sede electrónica de la AEPD como prevé el art. 42.1 LPACAP. Y finalmente la Resolución final del procedimiento se realizó por notificación electrónica cumpliendo los preceptos de la ley, y fue a partir de esta cuando se tuvo conocimiento del procedimiento.

Por todo ello se considera que se ha incumplido la Ley 39/2015 de 1 de octubre LPACAP en lo referente a la práctica de notificaciones. Arts. 42. 43 y 44. Por todo ello las mismas son anulables por producir indefensión a esta parte.

No titularidad de la numeración que realizo las llamadas.

Como no se tuvo conocimiento del procedimiento no se pudo demostrar que en la fecha de los hechos la línea de teléfono que realizo las llamadas la explotaba la sociedad VENTASK CALL CENTER MANAGEMENT, S.L. y en prueba de ello se aporta información contractual, comunicaciones electrónicas entre las entidades y facturas del servicio prestado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por IPVIP CONSULTING, S.L., relativas a la práctica de la notificación de diversos actos del procedimiento y a la vulneración de los arts. 42, 43 y 44 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en referencia a la indefensión que afirma haber sufrido, debe indicarse lo siguiente:

Dispone el Artículo 42 bajo la rúbrica “Práctica de las notificaciones en papel” lo siguiente:

1. Todas las notificaciones que se practiquen en papel deberán ser puestas a disposición del interesado en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante para que pueda acceder al contenido de las mismas de forma voluntaria.

2. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación. Si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá en la forma prevista en el artículo 44.

3. Cuando el interesado accediera al contenido de la notificación en sede electrónica, se le ofrecerá la posibilidad de que el resto de notificaciones se puedan realizar a través de medios electrónicos.

Dispone el Artículo 44 bajo la rúbrica “Notificación infructuosa” lo siguiente:

Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado».

Asimismo, previamente y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

Las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de publicar el correspondiente anuncio en el «Boletín Oficial del Estado».

En el presente caso, debe indicarse que además de las notificaciones indicadas por la recurrente, en fase de actuaciones previas de inspección se emitió además, otra de fecha 17/07/2017 obrante en el folio 41 y cuyo resultado fue también, devuelto por desconocido.

Dicho lo anterior, es preciso diferenciar a efectos de analizar la indefensión alegada por la recurrente, los requerimientos previos de información realizados durante las diligencias de inspección en fechas de 29/06/2017 y 17/07/2017, y la consiguiente no repetición de los mismos y no publicación en BOE, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 42.2 y 44 LPACAP, de la irregularidad que por la recurrente se pone de manifiesto respecto del Acuerdo de Inicio del Procedimiento Sancionador.

Respecto de las primeras y como punto de partida, cabe indicar que difícilmente pueden producir indefensión atendiendo en primer lugar, a que el artículo invocado que requiere dos intentos de notificación no es de aplicación – pues trata de supuestos en los que en el domicilio del interesado *éste no se halla y además nadie se hiciera cargo*, circunstancia esta que no se da, pues el envío fue devuelto por desconocido, en consecuencia, careciendo de sentido la realización de un nuevo intento de notificación.

Y en segundo lugar, atendiendo al contexto procedimental en que se dan, esto es, durante las actuaciones previas de inspección. Éstas no son un procedimiento sancionador dónde se ejercen potestades de gravamen que puedan comprometer el derecho de defensa, ex art. 24 de la CE, sino que tiene como objeto únicamente solicitar información. Añade la recurrente que las notificaciones de los requerimientos de información previa no fueron objeto de publicación en el BOE, -que así lo prevé cuando el domicilio del destinatario de la notificación es desconocido-.

Teniendo en cuenta lo anterior, únicamente podría apreciarse una irregularidad formal por no proceder con la publicación en el BOE del intento de notificación realizado en dichas actuaciones previas, sin trascendencia alguna para el derecho de defensa constitucionalmente garantizado, pues debe insistirse que ni son consideradas procedimiento las actuaciones previas de inspección, ni se ejercen a través de ellas una potestad de gravamen por parte de la administración actuante.

Con reiterada jurisprudencia, cabe señalar que *estas Actuaciones Previas de Inspección no forman parte del expediente sancionador, ya que no son propiamente expediente administrativo, sino antecedente del mismo* (por todas, Sentencias del TS de 22 de febrero de 1985 [RJ 1985,502] o de 26 de mayo de 1987 [RJ, 1987,5850]. Con la Sentencia del TS de 13 de septiembre de 2002 (RJ 2002,8557) *podemos decir que las actuaciones previas son el medio ordinario, habitual y ortodoxo desde el punto de vista legal de que dispone la administración para esclarecer hechos denunciados, constituyendo una garantía contra la precipitación en los casos en los que se considere preciso conocer datos y extremos de los hechos susceptibles de sanción.*



En conclusión, debe recordarse que los defectos de forma no determinan *per se*, la nulidad de lo actuado por indefensión, sino únicamente podría analizarse la anulabilidad, siempre que produjera indefensión. Y para que esta pueda ser apreciada -y ser causante de nulidad-, debe probarse, es decir, no basta con afirmar que se ha producido sino que debe acreditarse como se ha mermado su derecho de defensa, debiendo ser real y efectiva, y no es suficiente que se sostenga en un defecto de forma, como acontece en el presente caso, pues reiteradísima jurisprudencia que a modo de ejemplo se cita la Sentencia del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 5434/2006 nos recuerda que (...) *los defectos de forma sólo determinan la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, ex artículo 63.2 de la Ley 30/1992. Pues bien, para que la indefensión tenga la eficacia invalidante que se pretende, es preciso que no se trate de meras irregularidades procedimentales, sino de defectos que causen una situación de indefensión de carácter material, no meramente formal, esto es, que la misma haya originado al recurrente un menoscabo real de su derecho de defensa causándole un perjuicio real y efectivo (SSTC 155/1988, de 22 de julio ;212/1994, de 13 de julio ;137/1996, de 16 de septiembre ;89/1997, de 5 de mayo ;78/1999, de 26 de abril , entre otras). Circunstancia que no concurre en el caso examinado pues la parte recurrente no concreta ni explica de qué forma se le ha privado, o ha resultado menoscabado, su derecho de defensa,(...)*

Respecto de la notificación del Acuerdo de Inicio ya en el procedimiento sancionador, se alega por la recurrente que si bien fue objeto tanto de varios intentos, como de publicación en el BOE, no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el art. 42.1 LPACAP, por cuanto *no se puso a disposición del interesado en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante para que pueda acceder al contenido de las mismas de forma voluntaria*. Frente a ello debe indicarse que en la Sede Electrónica de la página web de esta Agencia, hay un apartado específico para consultar los procedimientos en los que se es interesado. Por tanto no es posible apreciar la falta de cumplimiento de dicha puesta a disposición, pues accediendo al enlace establecido al efecto hubiera conocido tanto el Acuerdo de Inicio, como los restantes actos de notificación que fueron infructuosos, a pesar de ser enviados a la dirección del domicilio social que consta en el Registro Mercantil Central.

En este sentido es preciso recordar que la finalidad del Registro Mercantil es contribuir a la seguridad jurídica facilitando información necesaria y relevante sobre los sujetos que operan en el tráfico mercantil. El Reglamento del Registro Mercantil (RRM) aprobado por el R.D. 1784/ 1996 -conforme al cual están obligados a inscribirse en él las sociedades mercantiles (ex artículo 81, b)- señala que *“el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad.” (ex artículo 9.1.)*

Por lo que la entidad denunciada no puede oponer frente a terceros de buena



fe – en este caso la AEPD- el resultado de las notificaciones enviadas a su domicilio social,- que arrojan un resultado como “desconocido”- y las consecuencias derivadas de ello como son acudir a medios extraordinarios de notificación (repetir intentos y publicación en BOE), cuando únicamente corresponde a dicha entidad la determinación de la dirección de dicho domicilio, que como recogen los preceptos parcialmente transcrito *se presume exacto y válido*.

III

La recurrente alega en segundo término, que la titularidad de la línea objeto de las llamadas no correspondía a dicha entidad a la fecha en que se producen los hechos, sino que tenía contratada el uso y explotación una tercera entidad.

A tal efecto aporta contrato, comunicaciones y facturas que prueban tal afirmación, por lo que no puede establecerse que fue la entidad recurrente quien realizo las llamadas que se estima que vulneran lo dispuesto en el art. 6 de la LOPD.

Por lo que la solución procedente en derecho es la estimación del presente recurso de reposición dejando sin efecto la resolución recurrida.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

La Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

PRIMERO: ESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por IPVIP CONSULTING, S.L. contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 11 de octubre de 2017, en el procedimiento sancionador PS/00416/2017, indicando al sancionado que queda sin efecto la obligación de abonar la multa impuesta en la Resolución recurrida.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad IPVIP CONSULTING, S.L..

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, se podrá interponer 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.



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