



**Procedimiento Nº PS/00512/2008**

**RESOLUCIÓN: R/00205/2009**

En el procedimiento sancionador **PS/00512/2008**, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **GLOBAL MESSAGING SOLUTIONS, S.L.**, vista la denuncia presentada por **D. M.M.M.** y en base a los siguientes,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO:** Con fecha 30 de octubre de 2007, tuvo entrada en esta Agencia escrito de **M.M.M.**, (en lo sucesivo el denunciante) en el que manifestaba estar recibiendo envíos de publicidad por telefax en el número #####, y que, a pesar de haber solicitado el cese de los envíos, éste no se ha producido, aportando junto a la denuncia copia de dos comunicaciones que manifestaba haber recibido.

Debido a que el denunciante no aportó información sobre la fecha de recepción de los documentos, al no constar ésta en los mismos, le fue solicitada dicha información, presentando dos listados (informes de actividad) de la máquina de fax y tres nuevos documentos recibidos vía fax.

**SEGUNDO:** En el marco de las actuaciones previas de investigación llevadas a cabo por la Inspección de Datos, se pone de manifiesto que:

1. Los documentos publicitarios aportados por el afectado son en total cinco, figurando en todos ellos una leyenda en la cual se informaba que el responsable del fichero de datos utilizado para la promoción es TARGET A LAS DIEZ Y DIEZ. Los cinco documentos eran distintos, si bien dos de ellos correspondían a publicidad de la misma entidad GRUPO PFA y se encontraban particularizados con el nombre M.M.M. impreso en los mismos, otros dos corresponden a CEAC y el último a un distribuidor de VODAFONE.
2. Por parte de esta Inspección de Datos se ha acreditado la existencia del número de fax ##### en el fichero denominado "TARGET EMPRESAS" responsabilidad de TARGET A LAS DIEZ Y DIEZ, SL (en adelante TARGET), figurando el dato asociado a D. M.M.M., no habiendo aportado TARGET el consentimiento expreso del afectado para el envío de publicidad vía fax.
3. Por otro lado, se ha acreditado el envío de al menos cuatro comunicaciones comerciales a dicho número de fax por parte de la entidad GLOBAL MESSAGING SOLUTIONS, S.L. (en adelante GMS), entidad que utiliza el fichero de TARGET para la remisión de comunicaciones comerciales vía fax. Estas comunicaciones no se corresponden con las aportadas por el afectado, sino que son de fechas posteriores, debido a que GMS solo mantiene



registrado el detalle de los faxes remitidos durante el mes en curso, borrando los registros de los meses anteriores.

El número de fax del afectado se encuentra publicado en fuentes de acceso público.

Mas en detalle, se han realizando las siguientes actuaciones:

1. Realizada el 24 de enero de 2008 una inspección a TARGET, sus representantes realizaron las siguientes manifestaciones en respuesta a las cuestiones planteadas por los inspectores:

- *“TARGET posee una base de datos con información referente a empresas y autónomos que recoge datos relativos al nombre o razón social, la dirección postal, teléfono, fax, siendo el origen de los datos fuentes de acceso público. Entre las actividades realizadas por TARGET está el suministro de datos de empresas a terceros para el envío de publicidad a través de fax.*

- *Con el fin de obtener el consentimiento de los potenciales receptores de envíos publicitarios a través de fax, TARGET realizó durante el año 2007 el envío de un fax solicitando dicho consentimiento, informando a los receptores de que en caso de no ejercer su derecho de oposición se entendería prestado dicho consentimiento.*

*El resultado de dichos envíos fue incluido en el fichero en un campo denominado ERROR en el que cuando figura el literal “OK” implica que la empresa recibió el fax correctamente.*

- *TARGET tiene un fichero denominado “Robinson” en el que registra los datos de aquellos abonados que ejercen su derecho de oposición y en el que registra número de fax, nombre, correo electrónico, teléfono y fecha de cancelación de los datos.*

- *TARGET realiza envíos de publicidad para clientes propios con quienes tiene suscritos contratos de prestación de servicios.*

- *TARGET tiene un único cliente al que le alquila los datos que se encuentran en la base de datos citada en el punto 2.1. Esta empresa es Global Messaging Solutions SL, en adelante GMS.*

- *Cuando GMS necesita datos para gestionar una campaña para uno de sus clientes, solicita a TARGET un conjunto de datos, segmentados generalmente por ubicación geográfica, que se extraen del total incluido en su fichero.*

*Para poder responder a dicha solicitud TARGET tiene firmado un contrato con la empresa ARISTA MARKETING SL, en adelante ARISTA, en calidad de encargado del tratamiento.*

*ARISTA realiza un cruce de los datos que se encuentran en la base de datos de empresas y cuyo campo ERROR tiene el valor “OK” con el fichero Robinson y en base a los criterios establecidos por GMS crea un fichero con los datos cruzados.*



*Una vez que TARGET recibe el fichero generado por ARISTA lo remite a GMS que es quien puede utilizar los datos contenidos en el fichero durante dos días para realizar envíos publicitarios. Transcurridos esos dos días, el fichero no puede ser utilizado y se requiere la realización de una nueva búsqueda.”*

2. Los inspectores de la Agencia solicitaron el acceso a los sistemas de información de la entidad realizando, utilizando un equipo desde el que se accede al fichero “TARGET EMPRESAS”, las comprobaciones que seguidamente se detallan:

- El fichero que contiene los datos de las empresas tiene formato Access 97 y contiene 4.942.227 registros.

- Se verificó que el fichero de empresas tiene 568.675 registros de entidades distintas que han recibido el fax en el que se les comunica que salvo que ejerciten su derecho de oposición serán incluidos en el fichero de empresas de TARGET.

- Se realizó una búsqueda en el fichero de empresas utilizando como criterio el número de fax “#####”. Se verifica que existen dos registros en el fichero que contiene ese número de fax asociados a las empresas “M.M.M.” y “M.M.M.”.

- El fichero que contiene los datos de las empresas que han ejercido su derecho de oposición tiene formato Access 97 y contiene 101.035 registros.

- Se realizó una búsqueda en el fichero Robinson que contiene las solicitudes de oposición de las empresas utilizando como criterio el número de fax “#####”, no encontrándose información al respecto.

Los inspectores de la Agencia Española de Protección de Datos mostraron a los representantes de TARGET cuatro faxes remitidos al número de fax “#####”, manifestando ante las cuestiones planteadas que no se corresponden con envíos gestionados y enviados por TARGET para sus clientes, por lo que, señalan, los mismos han de corresponder a su cliente, GMS.

Realizada los días 13 y 21 de febrero de 2008 una inspección a GMS, sus representantes han realizado las siguientes declaraciones en respuesta a las preguntas planteadas por los inspectores:

- *“Entre los servicios ofrecidos por GMS se encuentra el envío y recepción de documentos vía fax, así como el envío masivo de documentos vía fax, telex, SMS o email.*

- *Para la gestión y realización de los envíos de documentos por fax, GMS dispone de una plataforma tecnológica propia, alojada en el Centro de Proceso de datos de TELVENT GIT, SA.*

- *Como proveedor de acceso telefónico cuenta con los servicios de FRANCE TELECOM ESPAÑA, SA (ORANGE), teniendo contratados también dichos servicios con GROUPEALIA desde hace aproximadamente un mes. En todo*



*caso los envíos realizados durante el año 2007 fueron efectuados utilizando las líneas de comunicaciones contratadas con ORANGE.*

*Se encuentra copia del contrato suscrito con ORANGE adjunto al acta de inspección E/1178/2007/I-1.*

*- Ante las preguntas de los inspectores actuantes los representantes de GMS reconocen como clientes propios de GMS para los que realizan envíos publicitarios vía fax a los que responden a las siguientes denominaciones o marcas:*

*CEAC, EBUSSINESS, SECURITAS DIRECT, CCC y GRUPO PFA.*

*Todos los clientes de GMS que desean remitir documentos publicitarios vía fax con GMS deben de suscribir un contrato de prestación de servicios al efecto.*

*La copia de los contratos suscritos con CEAC, SECURITAS DIRECT, CCC, GRUPO PFA se encuentra adjuntada al acta de inspección E/1178/2007/I-1.*

*- Los números de fax utilizados por GMS para realizar los envíos provienen de la entidad TARGET A LAS DIEZ Y DIEZ, SL, (en adelante TARGET) que los alquila para un solo uso según se recoge en el contrato suscrito entre ambas entidades.*

*Todos los documentos publicitarios remitidos por GMS incluyen una leyenda informativa sobre el origen de los datos, esto es, el fichero cuyo responsable es TARGET, así como información sobre el modo de ejercitar el derecho de oposición a la recepción de las comunicaciones.*

*En ningún caso la leyenda informativa de los documentos remitidos por GMS hace referencia a otro origen de datos distinto del especificado.*

*Los datos de contacto (nº fax y dirección postal) que figuran en la leyenda informativa a efectos de oposición a los envíos corresponden a TARGET, que se encarga de tramitar los ejercicios de derechos directamente. Si por cualquier circunstancia se presenta un ejercicio de derechos ante GMS, esta entidad traslada la petición a TARGET para que proceda a su tramitación.*

*- TARGET garantiza mediante contrato que los datos utilizados para realizar las campañas contemplan todas las garantías exigidas por la legislación en materia de Protección de Datos, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, LGT, LSSICE y aquella normativa que las desarrolle, y, en concreto, garantiza que se han obtenido los oportunos consentimientos de los titulares de los datos para la recepción de comunicaciones comerciales vía fax, remitiendo a los inspectores actuantes a la referida entidad, para todo lo relacionado con dichos consentimientos.*

*- El procedimiento seguido para los envíos de faxes es el que se detalla a continuación:*

*El Cliente de GMS solicita la realización de una campaña con unos determinados criterios, facilitando a GSM el modelo de documento publicitario a remitir.*



*GMS solicita a TARGET un conjunto de números de fax, generalmente segmentados por localización geográfica. Esta solicitud suele realizarse por email.*

*Una vez que TARGET realiza la extracción y el cruce con la lista de exclusiones, los datos seleccionados son remitidos a GMS, quien los puede utilizar exclusivamente durante dos días.*

*La extracción facilitada se carga en la plataforma de envíos procediéndose a la realización efectiva del mismo.*

*- En ningún caso los clientes de GMS acceden a los datos concretos de los destinatarios de los envíos ni al detalle de las llamadas efectuadas, informándose a los clientes únicamente de las estadísticas o porcentajes de éxitos de los envíos realizados a efectos de facturación de los servicios prestados.*

*- La plataforma tecnológica registra los envíos realizados en bases de datos, creándose una para cada envío realizado, y almacenándose la siguiente información para cada comunicación o intento de comunicación: nº de fax destino, resultado de la comunicación (OK, NG), y día y hora de la llamada.*

*A comienzos de cada mes se generan las estadísticas mensuales de envíos en base a la información contenida en las bases de datos mencionadas, procediéndose al borrado de las mismas. No obstante, es posible la restauración de la información a partir de las copias de seguridad, si bien este proceso debe ser solicitado con antelación al Centro de Proceso de Datos. “*

Los inspectores actuantes solicitaron la restauración de las bases de datos correspondientes a los meses de julio, septiembre, octubre y noviembre de 2007, ante lo que los representantes de la entidad manifestaron que, una vez realizadas las oportunas consultas ante ORANGE y TELVENT, no pueden facilitar los datos relativos a los envíos realizados con anterioridad a febrero de 2008 al ser estos eliminados mes a mes por el alto volumen de datos.

Los inspectores actuantes solicitaron el acceso al sistema de información utilizado por la entidad para el envío de campañas promocionales vía fax, realizando las siguientes comprobaciones:

- Se verificó el proceso descrito en el apartado 1.7, no encontrándose ni correos electrónicos, ni bases de datos, ni registros de actividad (log) correspondientes a envíos realizados con anterioridad a febrero de 2008.*
- Se verificó la existencia de datos relativos a campañas publicitarias por fax correspondientes a febrero de 2008, obteniéndose para cuatro de ellas impresión del documento publicitario remitido, de la localización del número ##### en la base de datos de destinatarios correspondiente al envío, y de la localización en el log del envío correspondiente a dicho número.*
- Se verificó que para los cuatro envíos localizados figura en su correspondiente log, en el campo “T” que recoge el resultado de la comunicación, del registro correspondiente al número #####, el valor “2”,*



que según manifestaciones de los representantes de la entidad, significa que la comunicación ha resultado correcta o "OK" para dicho número.

**TERCERO:** A la vista del resultado de estas actuaciones previas de investigación, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó con fecha 24 de octubre de 2008 iniciar procedimiento sancionador a la entidad GLOBAL MESSAGING SOLUTIONS, S.L. (en lo sucesivo GMS), por la presunta infracción del artículo 38.3.h) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT), tipificada como grave en el artículo 38.3.c) de la LSSI, pudiendo ser sancionada con multa de 30.001 hasta 150.000 euros, de acuerdo con el artículo 39.1.b) de la misma LSSI.

**CUARTO:** Notificado el Acuerdo de inicio con fecha 3 de noviembre de 2008, D. V.V.V., en calidad de "Cargo 1" de la entidad imputada presentó con fecha 28 de noviembre de 2008 escrito de alegaciones por Burofax al acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, en el que, además de proponer la práctica de dos pruebas, solicitaba el archivo de las actuaciones practicadas postulando:

- Que la entidad "no envía Fax con fines venta directa al número de Fax ##### desde al menos enero de 2006" y que tampoco los ha enviado en ninguna campaña publicitaria de febrero de 2008.

- Que los registros correspondientes a febrero de 2008 no se refieren a envíos de Fax con fines de venta directa.

- Que el denunciante no ha probado ni que los mensajes de Fax fueran enviados por GMS ni las fechas de su envío y recepción.

-Que en el supuesto de acreditarse que se trata de envíos de Fax enviados por GMS la infracción presuntamente cometida se encuentra prescrita al haber transcurrido más de dos años desde su presunta comisión, acaecida con anterioridad a enero de 2006 según documentación consultada.

**QUINTO:** Con fecha 3 de diciembre de 2008 se acordó por la Instructora del procedimiento la apertura de un período de práctica de pruebas, que consta como notificado con fecha 18 de diciembre de 2008, en el que se acordó:

1. Dar por reproducidas, a efectos probatorios, e incorporar al expediente la documentación recabada en las actuaciones previas de inspección nº E/01427/2007.

2. En cuanto a la prueba solicitada por GLOBAL MESSAGING SOLUTIONS, S.L., consistente en que el denunciante acredite la fecha de recepción del fax, identidad del remitente, número de fax desde el que se envía y fecha y hora de envío, señalar que es al denunciado al que corresponde el onus probandi ( la carga de la prueba) de que dichos envíos no han partido de la entidad denunciada.



3. Con respecto a la segunda de las pruebas, en la que solicita que se requiera a la entidad TARGET A LAS DIEZ Y DIEZ S.L., para que manifieste si cuenta con el consentimiento expreso para enviar Faxes publicitarios al denunciante, señalar que se trata de una prueba que en nada alteraría el resultado de la resolución final.

La improcedencia de la práctica de dichas pruebas se acordó de conformidad con lo previsto en los artículos 80.3 y 137.4, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, todo ello de acuerdo con las actuaciones realizadas e indicios de prueba obrantes en el procedimiento hasta ese momento

**SEXTO:** Con fecha 17 de diciembre de 2008 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó nombrar como instructora del PS/00512/2008 a D<sup>a</sup>. A.A.A., en sustitución de D<sup>a</sup>. B.B.B., y nombrar como Secretario del mismo a D. C.C.C., en sustitución de D. D.D.D., con indicación de que cualquiera de ellos podría ser recusado, en su caso, en el plazo de tres días, conforme a lo establecido en el artículo 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, conforme a lo establecido en el artículo 29 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), y de acuerdo con lo establecido en el artículo 13.1.c) del citado Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Dicho acto consta como notificado a la entidad imputada y al denunciante con fechas 29 de diciembre de 2008 y 2 de enero de 2009, respectivamente.

**SÉPTIMO:** Con fecha 20 de de enero de 2009 tuvo entrada en esta Agencia escrito de alegaciones presentado el día 7 del mismo mes y año vía Burofax por el "Cargo 1" de GMS, D. S.S.S., en el que solicitaba el archivo de las actuaciones por no considerar acreditado el envío de los fax objeto de análisis, fundado su pretensión en la una reiterada negativa del envío de fax con fines de venta directa al número ##### desde al menos enero de 2006 y en la invocación del principio de presunción de inocencia, ya que no puede imputarse una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y comprobado la existencia de una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan dicha imputación.

Asimismo, invoca el principio de responsabilidad recogido en el artículo 130.1 de la LRJAP-PAC, indicando, en relación con la primera de las pruebas propuestas cuya práctica fue denegada, que por el principio acusatorio la carga de la prueba corresponde al denunciante, quien debe probar el hecho constitutivo de la pretensión que se deduce en su denuncia (identidad remitente de los fax objeto de su denuncia, número de fax desde el que se enviaron, fecha y hora del envío) y el hecho que denuncia, no otro posterior, lo que también se extiende a la entidad de control sancionadora.



Igualmente, presenta prueba testimonial consistente en la aportación de testimonio suscrito por D. E.E.E., trabajador que presta servicios como comercial en GMS, según se indica en dicha manifestación, en la que éste declara, entre otros extremos que:

*“PRIMERO: Que siguiendo instrucciones y procedimientos inherentes a mi puesto de trabajo, en el mes de febrero de 2008, según información que poseo, realicé numerosas llamadas telefónicas con la intervención humana de mi persona, entre las cuales se encuentran llamadas realizadas al número de teléfono #####.”*

*SEGUNDO: Que el procedimiento empleado para la realización de las llamadas telefónicas fue descolgar el teléfono que tengo asignado en mi puesto de trabajo, tomar el número de teléfono de la base de datos que utilizamos para llamadas telefónicas, marcar manualmente el número y esperar respuesta. Esta base de datos no se refiere a campañas publicitarias sino a números de teléfono que utilizamos para llamar por teléfono y obtener el consentimiento expreso para acciones publicitarias.*

*TERCERO: Que no me respondió ninguna persona sino que se escuchaban pitidos, por lo que procedí a colgar el teléfono después de unos segundos de espera.”*

**OCTAVO:** Con fecha 22 de enero de 2009, se formuló propuesta de resolución en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancionara a la entidad GLOBAL MESSAGING SOLUTIONS, S.L. con multa de 30.001 € (Treinta mil un euros), por una infracción del artículo 38.3.h) de la LGT, tipificada como grave en el artículo 38.3.c) de la LSSI, de conformidad con lo establecido en el artículo 39.1.b) y 40 de la citada LSSI.

Dicha propuesta de resolución fue notificada a la entidad imputada con fecha 26 de enero de 2009, conforme figura en el acuse de recibo del Servicio de Correos.

No consta que GMS haya formulado escrito de alegaciones en contestación a la citada propuesta en el plazo concedido para ello.

### **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO:** Con fechas 30/10/2007 y 27/12/2007 tuvieron entrada en esta AEPD escritos formulados por D. M.M.M. dando cuenta de la recepción de mensajes publicitarios procedentes de la entidad TARGET A LAS DIEZ Y DIEZ, S.L. en el Fax nº #####, el cual opera tanto como número de teléfono como de Fax según se desprende de la información obtenida en la página de Internet "<http://www.....X.....>" (Folios 1 al 3, 7 al 12 y 52 y 54)

**SEGUNDO:** El denunciante adjuntaba a dichos escritos copia de un total de cinco envíos publicitarios recibidos vía fax, según sus manifestaciones, en los que no figuraba línea de cabecera impresa que reflejara la fecha de recepción y números del fax de origen y destino de los mismos, así como copia de dos informes de actividad de



fecha 29/11/2007 que reflejaban las transmisiones recibidas y enviadas en el reseñado número de Fax entre el 12/06/2007 y el 29/11/2007 y entre el 07/06/2007 y el 28/11/2007, respectivamente. (Folios 2, 3, y 8 al 12)

**TERCERO:** Los mensajes publicitarios presentados por el denunciante ofertaban servicios y productos de HOME ENGLISH (2 fax) y GRUPO PFA (2 fax) y VODAFONE (1 fax), observándose que la cabecera de los envíos correspondientes al GRUPO PFA consta inscrito “M.M.M.” (Folios 2,3,8,10 y 12) e identificaban como responsable del fichero en el que se encontraban los datos utilizados a la entidad TARGET A LAS DIEZ Y DIEZ, S.L., figurando en la parte superior izquierda de los dos informes de actividad de fecha 29/11/2007 la anotación: “M.M.M.”.(Folios 9 y 11)

**CUARTO:** En las actuaciones inspectoras llevadas a cabo por la AEPD el día 24/01/2008 se verificó que la entidad TARGET A LAS DIEZ Y DIEZ, S.L. (en lo sucesivo TARGET) es responsable del fichero denominado “TARGET EMPRESAS”, incluido en el Registro General de Protección de Datos con el número de inscripción 2071420173, con información referente a empresas y autónomos que recoge datos relativos al nombre o razón social, la dirección postal, teléfono, fax, siendo el origen de los datos, según el representante de la entidad, fuentes de acceso público (Folios 55 y 33)

**QUINTO:** TARGET se dedica a la realización de envíos de publicidad para clientes propios con quienes, según ha indicado, tiene suscritos contratos de prestación de servicios. Asimismo cuenta con un único cliente al que alquila los datos que se encuentran en la base de datos “TARGET EMPRESAS” para poder remitir publicidad de terceras empresas, siendo el mismo la empresa GLOBAL MESSAGING SOLUTIONS, S.L., en adelante GMS, entidad con la que tiene suscrito contrato de fecha 15/06/2007. (Folios 34 y 36 al 42)

**SEXTO:** Con el fin de obtener el consentimiento de los potenciales receptores de envíos publicitarios a través de fax, TARGET indicó haber realizado durante el año 2007 el envío de un fax solicitando dicho consentimiento, informando a los receptores de que en caso de no ejercer su derecho de oposición se entendería prestado dicho consentimiento. El resultado de dichos envíos fue incluido en el fichero en un campo denominado ERROR en el que cuando figura el literal “OK” implica que la empresa recibió el Fax correctamente. (Folio 33)

**SÉPTIMO:** TARGET tiene un fichero denominado “ROBINSON” en el que registra los datos de aquellos abonados que ejercen su derecho de oposición y en el que registra el número de fax, nombre, correo electrónico y fecha de cancelación.(Folio 34)

**OCTAVO:** Cuando GMS necesita datos para gestionar una campaña publicitaria para alguno de sus clientes, solicita a TARGET un conjunto de datos, segmentados generalmente por ubicación geográfica, que se extraen del total incluido en el fichero “TARGET EMPRESAS” previo cruce con los datos del fichero “ROBINSON”. El fichero generado por ARISTA MARKETING S.L., como entidad encargada del tratamiento en virtud de contrato suscrito con TARGET, es suministrado a GMS por TARGET.(Folios 14 y 34)



**NOVENO:** Los datos contenidos en el fichero facilitado por TARGET a GMS sólo pueden ser utilizados para realizar envíos publicitarios para un único uso durante dos días, transcurridos los cuales el fichero no puede ser utilizado por GMS, requiriéndose la realización de una nueva solicitud a TARGET. (Folios 14, 34 y 39)

**DÉCIMO:** Con fecha 24/01/2008 los inspectores actuantes realizaron sendas búsquedas en los sistemas de información de TARGET utilizando como criterio el número de fax "#####", pudiendo verificar que en el fichero "TARGET EMPRESAS" había dos registros que contenían dicho número de fax asociado al nombre "M.M.M." y "M.M.M." (Folios 34 y 46 a 48) y que en el fichero "ROBINSON" no figuraba el número de fax #####. (Folios 34 y 49)

**UNDÉCIMO:** Durante las actuaciones inspectoras llevadas a cabo los días 13 y 21 de febrero de 2008 se tuvo conocimiento de que entre los servicios ofrecidos por GMS se encuentra el envío y recepción de documentos vía fax, así como el envío masivo de documentos vía fax, telex SMS o email, para cuya gestión dispone de una plataforma tecnológica propia. (Folio 13)

**DUODÉCIMO:** GMS tiene suscrito contrato de prestación de servicios para la realización de envíos publicitarios vía fax, entre otras empresas, con las siguientes sociedades: CENTRO DE ESTUDIOS CEAC, S.L. (HOME ENGLISH), E-BUSINESS ANÁLISIS Y PROYECTOS, S.L., SECURITAS DIRECT, CCC y GRUPO PFA. (Folio 14)

**DECIMOTERCERO:** Según GMS, la entidad TARGET garantiza mediante contrato que los datos utilizados para realizar las campañas contemplan todas las garantías exigidas por la legislación en materia de Protección de Datos, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, LGT, LSSICE y aquella normativa que las desarrolle, y, en concreto, garantiza que se han obtenido los oportunos consentimientos de los titulares de los datos para la recepción de comunicaciones comerciales vía fax. (Folio 14)

**DECIMOCUARTO:** Los documentos publicitarios remitidos por GMS incluyen, según afirmaciones del representante de la entidad, una leyenda informativa indicando que los datos utilizados para dichos envíos promocionales se encuentran incluidos en un fichero del que es responsable la entidad TARGET, informando también sobre la manera de ejercitar el derecho de oposición al tratamiento de los datos con fines publicitarios. (Folio 14)

**DECIMOQUINTO:** Añade GMS que la plataforma tecnológica de GMS registra los envíos realizados en bases de datos, creándose un fichero para cada envío realizado, y almacenándose la siguiente información para cada comunicación o intento de comunicación: número de fax destino, resultado de la comunicación (OK, NG) y día y hora de la llamada. A comienzos de cada mes se generan las estadísticas mensuales de envíos en base a la información contenida en el fichero mencionado, procediéndose después al borrado de los mismos. (Folio 15)

**DECIMOSEXTO:** A raíz del acceso efectuado por los inspectores actuantes al sistema de información utilizado por GMS para el envío de campañas promocionales vía fax se verificó la remisión por parte GMS de cuatro comunicaciones comerciales



al número de fax #####, cuyos modelos fueron imprimidos y adjuntados al Acta de Inspección E/1427/2007-I/2, y cuyo detalle es el siguiente:

- Un envío de fecha 13/02/2008 promocionando los servicios financieros de E-BUSINESS ANÁLISIS Y PROYECTOS. (Folio 32)

- Un envío de fecha 14/02/2008 promocionando un curso relativo a una herramienta informática de la entidad CCC, Centro para la Cultura y el Conocimiento, S.A.. (Folio 29)

- Un envío de fecha 19/02/2008 promocionando los servicios de seguridad privada (instalación de un "Kit Alarma" por 99 euros) de SECURITAS DIRECT. (Folio 23)

- Un envío de fecha 19/02/2008 promocionando un curso intensivo de inglés HOME ENGLISH (CEAC). (Folio 26)

**DECIMOSÉPTIMO:** Igualmente, los inspectores obtuvieron impresión tanto de la localización del número ##### en la base de datos de destinatarios correspondiente a cada uno de los cuatro envíos citados como de la localización en el *log* del envío correspondiente a dicho número. (Folios 21, 22, 24, 25, 27, 28, 30 y 31)

Los inspectores actuantes también comprobaron que para los cuatro envíos localizados como remitidos por GMS al denunciante vía Fax durante el mes de febrero de 2008 figura en su correspondiente *log* el valor "2" en el campo "T", el cual recoge el resultado de la comunicación del registro correspondiente al número #####, valor que, según manifestaciones del representante de la entidad, significa que la comunicación ha resultado correcta o "OK" para dicho número. (Folios 16, 22, 25, 28 y 31)

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.b de la LGT, se atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer las sanciones establecidas por la vulneración de los derechos reconocidos a los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas por el artículo 38.3.h) de la citada LGT.

### **II**

Con carácter previo al análisis de otras cuestiones de fondo relacionadas con la instrucción del presente procedimiento sancionador debe analizarse la cuestión planteada por la entidad imputada relativa a la afirmación de que la infracción que pudiera derivarse de los hechos objeto de denuncia se encuentra prescrita al haber transcurrido más de dos años desde su presunta comisión, ocurrida, según argumenta GMS, con anterioridad al mes de enero de 2006.

A este respecto debe indicarse, en primer término, que como consecuencia de las denuncias presentadas en octubre y diciembre de 2007, en las que se daba



cuenta de la recepción de cinco Fax en la línea titularidad de la denunciante número #####, y con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionador, se llevaron a cabo una serie de actuaciones previas de inspección por la Subdirección General de Inspección de Datos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, al objeto de determinar con carácter preliminar si concurrían circunstancias que justificaran tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientaron a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros.

Con estas actuaciones previas, que potestativamente puede realizar la Administración, se trata de que por parte del órgano o unidad que tiene atribuidas las funciones de investigación, averiguación o inspección de las infracciones administrativas se provean los datos, indicios, elementos o conocimientos necesarios en orden a que la autoridad competente para la iniciación del procedimiento sancionador cuente con ellos de cara a formar su convicción sobre la procedencia o improcedencia de llevar a cabo la incoación del oportuno expediente sancionador.

En este caso, los resultados obtenidos de las citadas actuaciones dieron lugar a la iniciación, de oficio, con fecha 24/10/2008 del procedimiento sancionador que nos ocupa, al apreciarse por el Director de la AEPD la existencia de hechos susceptibles de motivar la imputación de una infracción grave a lo previsto en el artículo 38.3.h) de la LGT.

Es decir, el procedimiento sancionador se inició de oficio por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos con motivo de los hechos que fueron constatados por los inspectores actuantes durante la realización de las inspecciones llevadas a cabo en las instalaciones de las entidades TARGET y GMS en enero y febrero de 2008, motivo por el cual los hechos cuya posible comisión se imputan a GMS en el acuerdo de inicio del PS/00512/2008 se referían a los cuatro Fax de venta directa remitidos con fechas 13,14 y 19 de febrero de 2008 por GMS al Fax nº #####, es decir, todos ellos de fecha posterior a los envíos aportados por el denunciante a los que la entidad imputada pretende vincular la prescripción de la infracción.

En segundo término, y ya fijadas las fechas de comisión de los hechos imputados objeto de posible infracción a lo previsto en el artículo 38.3.h) de la LGT, debe analizarse si éstos han prescrito tal y como afirma la entidad imputada.

En este supuesto, teniendo en cuenta que el artículo 58.b) de la LGT otorga la competencia sancionadora a la AEPD cuando se trate de infracciones muy graves comprendidas en el párrafo z) del artículo 53 y de infracciones graves previstas por el párrafo r) del artículo 54, y atendido que ambos artículos remiten al régimen sancionador previsto en la LSSI en los casos de vulneración del derecho recogido en el artículo 38.3.h) de la LGT, debe aplicarse la prescripción establecida en el régimen sancionador de la LSSI. Así, el artículo 45 de la LSSI, señala:



*“Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses, las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.”*

Por otra parte, como señala el artículo 132.2 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), *“El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador”*.

El presente supuesto tiene por objeto el examen de unos hechos constitutivos de infracción al artículo 38.3.h) de la LGT, tipificada como grave en el artículo 38.3.c) de la LSSI. Por tanto, de acuerdo con las normas indicadas, la infracción que se analiza prescribía en el plazo de dos meses contados desde el día en que la infracción se hubiera cometido.

Contando que los Fax objeto de estudio se remitieron por GMS al denunciante con fechas 13, 14 y 19 de febrero de 2008, tal y como se justificará en los siguientes fundamentos de derecho, y que la notificación de apertura del procedimiento sancionador a la entidad imputada tiene lugar en fecha 3 de noviembre de 2008 resulta que no habían transcurrido los dos años establecidos para que opere el instituto de la prescripción, de modo que la infracción que se imputa no había prescrito el día en que fue notificado a GMS el inicio del presente procedimiento sancionador, y, en consecuencia, la alegación efectuada en tal sentido debe ser desestimada.

### III

En el ámbito comunitario, el sistema de garantías en el tratamiento de datos personales en el sector de las telecomunicaciones se articula en torno a una disposición de naturaleza horizontal, como es la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y a una norma sectorial que, en este momento, es la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

La relación entre ellas aparece claramente delimitada en el artículo 1.2 de la Directiva 2002/58/CE, en el que se explicita su carácter sectorial y complementario al señalar que sus disposiciones *“especifican y completan la Directiva 95/46/CE”*.

Para el envío de mensajes de fax, en concreto, el considerando (40) de la Directiva 2002/58/CE indica lo siguiente.

*“Deben ofrecerse garantías a los abonados contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, especialmente a través de llamadores automáticos, faxes y mensajes de correo electrónico, incluidos*



*los SMS. Por una parte, el envío de estas formas de comunicaciones comerciales no solicitadas puede resultar relativamente sencillo y económico, y por otra puede conllevar una molestia e incluso un coste para el receptor. Además, en algunos casos su volumen puede dar lugar a dificultades en las redes de comunicaciones electrónicas y en los equipos terminales.*

*Se justifica, para este tipo de comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, la exigencia de obtener el consentimiento expreso previo de los receptores antes de que puedan dirigírseles comunicaciones de esta índole. El mercado único requiere un planteamiento armonizado que garantice la existencia de normas sencillas aplicadas a escala comunitaria, tanto para las empresas como para los usuarios...”*

De acuerdo con lo expuesto, el artículo 13.1 de la Directiva citada establece:

*“Sólo se podrá autorizar la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo”.*

El contenido de las citadas Directivas se transpone a nuestro ordenamiento jurídico mediante la LGT, la LSSI y la LOPD.

#### IV

El artículo 38.3.h) se recoge en el Título III, Capítulo III, de la LGT, dedicado al “Secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas”. Dicho artículo dispone:

*“En particular, los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos:...”*

*“h) A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.”*

Por su parte, el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, al servicio universal y la protección de los usuarios, dispone en su artículo 69.1 sobre las “Llamadas no solicitadas para fines de venta directa”:

*“Las llamadas no solicitadas por los abonados con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas de llamada automática, a través de servicios de comunicaciones electrónicas, sin intervención humana (aparatos de llamada automática) o facsímil (fax), sólo podrán realizarse a aquellos que hayan dado su consentimiento previo, expreso e informado.*



*El incumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior será sancionado de acuerdo con lo establecido en el artículo 38.3.c), o en el artículo 38.4.d) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.”*

## V

Como ya se ha señalado, el artículo 38.3.h) de la LGT reconoce a los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas el derecho a no recibir mensajes de fax con fines de venta directa, sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.

La vulneración del derecho reconocido en este artículo se halla tipificada en los artículos 53.z) y 54.r), respectivamente, de la citada LGT. No obstante, los citados artículos establecen que la infracción que resulta de la vulneración del artículo 38.3.h) de la LGT se rige por el régimen sancionador previsto por la LSSI.

En el mismo sentido, el transcrito artículo 69.1 del citado Real Decreto 424/2005, establece que el régimen sancionador aplicable será el previsto en los artículos 38.3.c) o en el artículo 38.4.d) de la LSSI.

De acuerdo con la remisión que hace el legislador en la LGT al régimen sancionador de la LSSI, la conducta que vulnera el derecho de los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas recogido en el artículo 38.3.h) de la LGT debe tipificarse conforme a lo previsto en el artículo 38 de la LSSI. A tenor del citado artículo, los únicos supuestos en los que cabe tipificar la citada conducta, son los previstos en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de la LSSI.

El artículo 38.3.c) de la LSSI dispone que es infracción grave: *“El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21.”*

El artículo 38.4.d) de la LSSI califica como infracción leve: *“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.”*

Por su parte los requisitos establecido en el artículo 21 de la LSSI, que regula la *“Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes”*, son:

*“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”.*

A la vista de su contenido, el citado artículo 21 prohíbe el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de publicación equivalente que no hubieran sido previamente solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas, salvo que se trate de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de la propia empresa que sean similares a los que inicialmente hubiesen sido objeto de contratación. Es decir, el reseñado precepto exige respecto de las comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico, el consentimiento previo del destinatario de los envíos al igual que hace el artículo 38.3.h) de la LGT respecto de los mensajes de venta directa por fax.

En este caso, el envío de cuatro comunicaciones comerciales no solicitadas vía fax, en los términos indicados por el citado artículo 38.3.c) de la LSSI, se ha de calificar como infracción grave, al tratarse de más de tres envíos de carácter publicitario, en concreto, de cuatro mensajes de Fax con fines de venta directa, al mismo destinatario en el plazo de un año, sin que éste hubiera prestado su consentimiento expreso, previo e informado para ello.

## VI

En el presente caso ha quedado acreditado, a través de las actuaciones y comprobaciones llevadas a cabo por los inspectores actuantes durante las inspecciones practicadas en las sedes de las sociedades GMS y TARGET, que la mercantil GMS remitió con fechas 13, 14 y 19 de febrero de 2008 un total de cuatro mensajes vía fax con fines de venta directa al abonado y usuario del número de Fax #####, línea que opera tanto en modo Fax como teléfono según se desprende de la información obtenida en la página de Internet "<http://www.....X.....>", sin que por parte de la entidad imputada se haya acreditado que hubiera obtenido el consentimiento previo, expreso e informado del destinatario de los mismos para su envío. Por lo tanto, se trata de la vulneración de uno de los derechos de los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas recogido en el artículo 38.3.h) de la LGT y desarrollado en el reseñado artículo 69.1 del mencionado Real Decreto 424/2005.

Conviene remarcar que los referidos mensajes de fax de venta directa fueron remitidos en las fechas indicadas del mes de febrero de 2008 por GMS, y no por TARGET, entidad esta última que suministró los datos utilizados por GMS para el



envío de publicidad a través de fax. Dicha remisión obligaba a la entidad imputada a actuar bajo la cobertura del consentimiento expreso, previo e informado a su favor del destinatario de los mensajes publicitarios de Fax, resultando por ello irrelevante a los efectos que nos ocupan el hecho de que TARGET hubiera solicitado durante el año 2007, según se indicó a los inspectores actuantes por el Administrador de la referida empresa, el consentimiento del denunciante para utilizar sus datos para la remisión de publicidad.

La transmisión de los cuatro mensajes de Fax publicitarios obligaba a la entidad imputada, de conformidad con lo previsto en la LGT y su normativa de desarrollo, a asegurarse, con anterioridad a la remisión vía Fax de los envíos publicitarios en cuestión, de que contaba con el consentimiento expreso, previo e informado del destinatario de los mismos, en este caso del denunciante, todo ello a fin de cumplir con los requisitos legalmente impuestos para la remisión de mensajes de fax de venta directa a fin de preservar los derechos y garantías de los abonados y usuarios a los servicios de comunicaciones electrónicas, máxime si tenemos en cuenta la naturaleza de la actividad desarrollada por la entidad imputada (envío y recepción de documentos vía fax, telex, SMS o email), motivo por el que ésta debe ser conocedora y respetar el cumplimiento de la normativa que regula el sector y afecta a su actividad ordinaria en cuanto a la realización, además de por otros medios, de envíos publicitarios por fax.

Aunque la entidad niega haber enviado Fax con fines de publicidad y venta directa al número de Fax del denunciante desde al menos enero de 2006 y afirma que los registros correspondientes al mes de febrero de 2008 no se referían a envíos de Fax de tal naturaleza, de los datos y documentación recabadas durante las actuaciones previas de inspección, las cuales fueron llevadas a cabo en febrero de 2008 por los inspectores de la AEPD en las instalaciones de GMS, se acredita tanto la transmisión de cuatro mensajes al número de Fax ##### con fechas 13, 14 y 19 de febrero de 2008 por parte de GMS al denunciante como el contenido de naturaleza publicitaria y promocional de los mismos. Corrobora dicha afirmación el hecho de que los cuatro mensajes reseñados fueron localizados por los inspectores actuantes en el sistema de información utilizado por GMS para el envío de campañas promocionales vía Fax, localizando también el número de Fax del denunciante en las base de datos de destinatarios correspondientes a los citados envíos, cuyos modelos fueron impresos durante la realización de la inspección y adjuntados al Acta de Inspección levantada al efecto, documentos a los que también se unieron las impresiones de pantalla obtenidas del mismo sistema de información que probaban que las comunicaciones correspondientes a los cuatro envíos en cuestión habían resultado correctas para el registro del número #####. (Folios 24 al 32)

En cuanto a la naturaleza publicitaria y promocional de tales envíos basta recordar que éstos fueron localizados en los registros correspondientes a las campañas promocionales vía Fax de los clientes E-BUSINESS ANÁLISIS Y PROYECTOS, CCC Centro para la Cultura y el Conocimiento, S.A., SECURITAS DIRECT y HOME ENGLISH (CEAC), marcas o denominaciones con cuyas sociedades, de acuerdo con lo manifestado en las actuaciones inspectoras por el



representante de GMS, cuya identidad coincide con la del firmante del escrito de alegaciones formulado al acuerdo de iniciación del presente expediente, GMS realizaba campañas publicitarias vía Fax en virtud de contratos de prestación de servicios suscritos a tal efecto. Asimismo, debe tenerse en cuenta el detalle del procedimiento seguido por la entidad imputada al contratarse una campaña publicitaria por sus clientes, a lo que hay que sumar que los señalados registros se localizaron, conforme ya se ha indicado, al acceder al sistema de información utilizado por la entidad imputada para el envío de campañas promocionales. Además, en apoyo de dicha tesis también se encuentran las manifestaciones efectuadas por TARGET en las que esta sociedad afirma proporcionar a GMS los datos que se encuentran en su fichero TARGET EMPRESAS para la realización de envíos de publicidad a través de Fax.

Tampoco exonera de responsabilidad a la entidad imputada la declaración testimonial de fecha 05/01/2009 aportada al procedimiento, toda vez que GMS no ha acreditado la condición de empleado del firmante de la referida declaración testimonial ni éste ha justificado su identidad, además de que el hecho de que se realizaran determinadas llamadas al número de teléfono ##### durante el mes de febrero de 2008 por el supuesto empleado de la entidad no conlleva que no se realizaran también las cuatro transmisiones que se imputan, significándose que mientras los mensajes vía Fax están probados en las actuaciones obrantes en el procedimiento no ocurre lo mismo con dichas llamadas telefónicas al no haberse presentado prueba documental alguna que ratifique las manifestaciones de su empleado.

A la vista de lo expuesto no puede exonerarse a GMS de la responsabilidad de la comisión de la infracción grave al artículo 38.3.h) de la LGT que se le imputa en el presente procedimiento sancionador, dada su condición de remitente de los cuatro mensajes publicitarios localizados en sus propios sistemas de información como remitidos al denunciante (abonado y usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas).

En conclusión, la entidad imputada no ha justificado haber obtenido el consentimiento expreso y previo del titular de la línea de Fax ##### para enviar cuatro comunicaciones comerciales vía Fax (venta directa) al mismo con fechas 13, 14 y 19 de febrero de 2008, limitándose a negar la remisión de los mensajes y la naturaleza publicitaria de los mismos.

De lo expuesto en el expediente, se evidencia que la conducta de GMS supone la comisión por su parte de la infracción del artículo 38.3.h) de la LGT., tipificada como grave en el artículo 38.3.c) de la LSSI.

## VII

Una vez analizadas las circunstancias concurrentes en el procedimiento y las pruebas de cargo que se han tenido en cuenta para mostrar de forma justificada la responsabilidad de la entidad imputada en la comisión de la infracción a lo previsto en



el artículo 38.3.h) de la LGT, el hecho alegado de que la denunciante *“no ha podido probar que los mensajes de fax fueran enviados”* por GMS resulta secundario, ya que no es sobre el denunciante sobre quien recae dicha obligación, puesto que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la presunción de inocencia implica que *“la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración”*.

Y efectivamente, la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde a la Administración Pública actuante. Sin embargo, lo que garantiza el principio de presunción de inocencia es que ésta sólo puede destruirse, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/1994, de 25 de abril, *“cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías, al cual se aporte una suficiente prueba de cargo”*; pero en ningún caso significa que existiendo prueba de cargo suficiente obtenida en base a medios probatorios lícitos, el sancionado esté exento de actividad probatoria tendente a justificar su conducta. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26/07/1988, sostiene que *“frente a las pruebas no solo indiciarias, sino también de cargo..., el interesado en su momento no llevó a cabo la imprescindible contraprueba, incidiendo en el error tantas veces observado por este Tribunal, de entender que este principio presuntivo supone, sin más, una inversión de la carga de la prueba”*.

A este respecto hay que concretar que el presente supuesto ha quedado acreditada la comisión de la infracción imputada a GMS, a título de culpa, puesto que la valoración de las pruebas de cargo aportadas al procedimiento, junto con el análisis de las circunstancias concurrentes en este caso, ha destruido, a pesar de lo alegado por la entidad imputada, los hechos y argumentos invocados por ésta para entender que resultaba de aplicación el principio de presunción de inocencia, ya que el análisis de los hechos probados que se ha efectuado apunta a la realización por parte de la entidad imputada de las cuatro comunicaciones comerciales no consentidas vía Fax, lo que permite desvirtuar la inexistencia de culpabilidad invocada por GMS respecto de la comisión de la referida infracción a la LGT, todo ello en cumplimiento de las exigencias derivadas del artículo 24 de la Constitución Española y el artículo 137 de la LRJPA.

En consecuencia, tampoco cabe asimilar los hechos constatados en el presente procedimiento con los que dieron lugar a la resolución de archivo nº E/1724/2008 de esta AEPD de fecha 24/11/2008, al existir, en este caso, suficientes pruebas de cargo acreditativas de los hechos que han motivado la tramitación del procedimiento sancionador que nos ocupa.

## VIII

En cuanto a la alegación relativa a que no sería imputable a GMS la actividad infractora por falta del requisito de concurrencia de responsabilidad, exigido en el artículo 130 de la LRJAP-PAC debe indicarse que, efectivamente, el principio de culpabilidad es exigido en el procedimiento sancionador y así la STC 246/1991



considera inadmisibile en el ámbito del Derecho administrativo sancionador una responsabilidad sin culpa.

Pero el principio de culpa no implica que sólo pueda sancionarse una actuación intencionada y a este respecto el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone *“sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

El Tribunal Supremo (STS 16/04/91 y STS 22/04/91) considera que del elemento culpabilista se desprende *“que la acción u omisión, calificada de infracción sancionable administrativamente, ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable.”* El mismo Tribunal razona que *“no basta...para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa”* sino que es preciso *“que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia.”* (STS 23/01/98).

Es por ello que, en lo referente a la responsabilidad de la entidad imputada en la comisión de los hechos objeto del presente procedimiento sancionador, resulta conveniente señalar que la conducta que configura la tipificación de la infracción al artículo 38.3.h) de la LGT requiere la existencia de culpa, y se concreta en la falta de diligencia observada por GMS para asegurarse, con anterioridad a la remisión de los cuatro Fax, que contaba con el consentimiento expreso y previo del destinatario de los reseñados Fax, en este caso del denunciante, todo ello a fin de cumplir con los requisitos legalmente impuestos para la remisión de mensajes de fax de venta directa, máxime si tenemos en cuenta la naturaleza de la actividad desarrollada por la entidad imputada, motivo por el que ésta debe ser conocedora y respetar el cumplimiento de la normativa que regula el sector y afecta a su actividad ordinaria en cuanto a la realización, además de por otros medios, de envíos publicitarios por fax.

A la vista de lo expuesto no puede exonerarse a GMS de la responsabilidad de la comisión de la infracción al artículo 38.3.h) de la LGT que se le imputa en el presente procedimiento sancionador, dada su condición de remitente de los cuatro mensajes enviados al denunciante (abonado y usuario de servicios de comunicaciones electrónicas).

## IX

A tenor de lo establecido en el artículo 39.1.b) de la LSSI, las infracciones graves serán sancionadas con multa de 30.001 hasta 150.000 €, estableciéndose los criterios para su graduación en el artículo 40 de la misma norma:

*“Artículo 40. Graduación de la cuantía de las sanciones.*

*La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios:*



- a) *La existencia de intencionalidad.*
- b) *Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.*
- c) *La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.*
- d) *La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.*
- e) *Los beneficios obtenidos por la infracción.*
- f) *Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida”.*

En base al principio de proporcionalidad recogido en el artículo 131 de la LRJAP-PAC y teniendo en cuenta los criterios de graduación de las cuantías de las sanciones contemplados en el referido artículo 40 de la LSSI y, en concreto, la ausencia de perjuicios causados y de beneficios acreditados a lo largo del presente procedimiento, procede la imposición de una sanción de 30.001 € a la entidad GMS como responsable del envío de cuatro mensajes publicitarios de Fax al denunciante sin contar con el consentimiento previo e informado del mismo para ello.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

**PRIMERO: IMPONER** a la entidad **GLOBAL MESSAGING SOLUTIONS, S.L.**, por una infracción del artículo 38.3.h) de la LGT, tipificada como grave en el artículo 38.3.c) de la LSSI, una multa 30.001 € (Treinta mil un euros), de conformidad con lo establecido en el artículo 39.1.b) y 40 de la citada LSSI.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución a **GLOBAL MESSAGING SOLUTIONS, S.L.**, y a **D. M.M.M.**

**TERCERO:** Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0000 0000 00 0000000000 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si recibe la notificación entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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.

Madrid, 16 de marzo de 2009

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA  
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Fdo.: Artemi Rallo Lombarte