



Expediente Nº: E/01477/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad IEBOLINA TRADICIONAL, S.L. en virtud de denuncia presentada ante la misma por D^a. **A.A.A.** y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 23 de enero de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D^a **A.A.A.** (en adelante la denunciante) en el que manifiesta lo siguiente:

1. Los días 11 y 12 de enero de 2013 recibió en su móvil con línea **D.D.D.** un aluvión de mensajes del 25568 de publicidad no deseada ni autorizada. Ello pese a haber enviado la palabra "DESACTIVAR" que era la opción para no recibirlos, es decir, en contra de su expresa voluntad.
2. Desconoce de dónde han sacado su teléfono.

Junto con el escrito de denuncia se aporta una transcripción de los textos de los mensajes recibidos y remitidos por la denunciante. En la transcripción se observa como a los repetidos envíos de mensajes por parte de la denunciante con el texto "Desactivar" se responde con mensajes que dilatan el proceso de desactivación del servicio.

La denunciante manifiesta que después de cada uno de los mensajes recibidos se recibía otro con el texto "Publi, 1,45 eur,+18,SmsDuo,902*****"

En respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia, la denunciante remitió un nuevo escrito en el que aporta la siguiente documentación:

- a) Imágenes en las que se muestran tres mensajes remitidos con los textos "Desactivar" (dos de ellos) y "Seguro desactivar"
- b) Imágenes en las que se muestran la fecha y hora de recepción de dos de los mensajes con origen en el 25568 el 11 de enero a las 21:28 y el 12 de enero de 2013 a las 16:44.
- c) Imagen de un mensaje recibido con el texto "Operación realizada correctamente. El servicio CHAT ha sido dado de BAJA para su número."
- d) Copia de una factura de telefonía móvil correspondiente a la línea **D.D.D.** en la que se le facturan un total de once mensajes cortos o SMS, el primero de ellos el 11 de enero de 2013 a las 21:28 y el último de ellos el 12 de enero de 2013 a las 16:44.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. La transcripción de los mensajes aportada por la denunciante indica que el primer

mensaje, recibido el día 11 de enero de 2013 a las 18:17 contenía el siguiente texto “Acabas de recibir un archivo desde Madrid en tu buzón, envía REF al 25568 (i prefieres que sea desactivado envía DESACTIVAR al 25568)”

La denunciante contestó a dicho mensaje remitiendo el texto “Desactivar” y a partir de ese momento comenzó a recibir una serie de mensajes en los que se le solicitaban confirmación de su deseo de desactivar el servicio o se la trataba de convencer para que desistiese del proceso de desactivación.

2. El número corto 25568 está asignado a IEBOLINA TRADICIONAL, S.L., en adelante IEBOLINA.
3. El 2 de octubre de 2013 se realizó una visita de inspección en la sede de IEBOLINA en Madrid. De las comprobaciones realizadas ese día y de la información aportada con posterioridad a requerimiento del Subinspector actuante se desprende lo siguiente:

- 3.1. La entidad dispone de cuatro números cortos a través de los que puede prestar servicios de tarificación adicional: 25568, 37207, 795568 y 995568. Los dos últimos números no han sido utilizados comercialmente.

La actividad de IEBOLINA está centrada en la prestación de servicios de tarificación adicional mediante mensajes cortos y su producto principal es un servicio de chat a través del cual actúa como intermediaria entre personas que quieren comunicarse y que lo hacen a través de sus números cortos.

- 3.2. Los mensajes son remitidos por IEBOLINA a través de una plataforma tecnológica propiedad de IBERICA PREMIUM TELECOMUNICACIONES, S.L., en adelante IBERICA, con quien firmaron un contrato de prestación de servicios el 2 de septiembre de 2009 que permite gestionar tanto las sesiones de chat como la lista de clientes que han remitido la palabra clave BAJA y los envíos masivos o *push* de mensajes a clientes

- 3.3. El 11 de enero de 2013 IEBOLINA remitió a la línea D.D.D. desde un servicio web operador por la entidad el mensaje citado en el punto 1.

Los representantes de IEBOLINA manifiestan que el archivo remitido no se conserva debido a que el servicio fue suspendido en febrero de 2013 y los archivos únicamente se conservan durante 3 meses.

- 3.4. No pueden acreditar disponer del consentimiento del titular de la línea para el envío del mensaje.

Los representantes de IEBOLINA indican que *“El mensaje no corresponde con un servicio de tarificación adicional para el usuario y la información del servicio únicamente podía ser enviada en mensajes posteriores. El iniciador del mensaje corresponde a otro usuario que ha hecho uso del servicio de reenvío de archivos poboxsms.”*

No se aporta ninguna información ni documentación acreditativa de lo manifestado en relación con la existencia de otro usuario iniciador del mensaje.

- 3.5. Consultados los sistemas de la entidad se localizaron mensajes remitidos y recibidos por la línea **D.D.D.** en relación dos servicios de chat prestados por IEBOLINA mediante los cuales ésta puso en contacto a la denunciante con los titulares de dos líneas.

La primera sesión de chat, mantenida con la línea **C.C.C.**, tuvo lugar entre el 11 y el 12 de enero de 2013.

La segunda sesión de chat, mantenida con la línea **B.B.B.**, tuvo lugar el 12 de enero de 2013.

En nueve de los casos los mensajes remitidos por la línea **D.D.D.** comienzan por la palabra DESACTIVAR.

- 3.6. IEBOLINA manifiesta que hasta donde tiene conocimiento las citadas líneas **C.C.C.** y **B.B.B.** *“...no coinciden con ninguno de los empleados por el personal técnico o la comprobación del sistema.”*

Consultado el operador de telefonía que presta servicio a las líneas, los titulares de éstas son dos personas físicas de las que se desconoce que tengan relación con alguna de las sociedades implicadas en el envío de los mensajes.

- 3.7. Según lo manifestado por los representantes de IEBOLINA, las sesiones de chat comenzaron en ambos casos, tal y como consta en los registros de la propia entidad, al recibirse en el número corto 25568 un mensaje remitido por el denunciante con la palabra DESACTIVAR.

En relación con éste hecho, los representantes de IEBOLINA manifiestan que *“El motivo por el cual se enlazó con dichas líneas mensajes mediante la palabra clave DESACTIVAR, corresponde a parte de un servicio fallido mediante el que el usuario podía acceder a ficheros desde su móvil enviados de forma anónima por terceros. La palabra clave del producto era REF seguida del número en clave del envío. Según las comprobaciones e investigación interna realizada al efecto, se ha podido constatar que el servicio tenía diferentes problemas técnicos, sumándose a ello que el hecho de que se había realizado una mala elección de la palabra clave para la exclusión del servicio, al exceder el número de caracteres que permite el sistema, enviando a los usuarios al servicio por defecto del número corto.*

Dado que el proveedor de la plataforma empleada por esta operadora ya no mantiene actualizada la versión que emplea nuestra empresa, en beneficio de una versión más avanzada, y en base a diferentes problemas adicionales que planteaba el servicio de envío de ficheros mediante STA, se decidió su cancelación a los pocos días.”

- 3.8. Al consultar durante la inspección las sesiones de chat establecidas por el titular de la línea **C.C.C.** se localizan un total de 5 sesiones. Consultada la más antigua de ellas se comprueba que la línea en cuestión, que contesta a un mensaje remitido previamente por otra línea, remite mensajes relacionados con un servicio de envío de archivos. La conversación es similar a la mantenida con la denunciante.

La sesión establecida con la línea de la denunciante, obtenida al consultar los registros de dicha línea (**D.D.D.**), no aparece en el listado de sesiones.

Los representantes de la entidad manifiestan que el sistema sólo permite la consulta de las últimas 5 sesiones pero ello no explica por qué la sesión de chat no aparece en el listado ya que las fechas de la sesión mantenida con la denunciante (11 y 12 de enero de 2013) son posteriores a las de la más antigua de las cinco sesiones (9 de enero de 2013) de las que sí hay registro.

4. IEBOLINA aporta un informe elaborado por IBERICA de fecha de 16 de octubre de 2013 en el que se proporciona, entre otra, la siguiente información en relación con los mensajes remitidos a la denunciante:

- 4.1. El sistema de gestión de envíos de mensajes incluye de forma automática un sufijo al mensaje enviado desde la plataforma.

El mensaje puede ser configurado por el cliente. A 16 de octubre de 2013 era (+18 PUBLI IEBOLINA CAC 902*****, 1.41eu/m) y a lo largo del mes de enero de 2013 fue "(CAC902*****,1,41eu/me,IEBOLINA)"

- 4.2. El alias DESACTIVAR fue empleado como etiqueta de exclusión para el producto de reenvío de ficheros pobox.com que estuvo activo únicamente entre el 3 y el 12 de enero de 2013 al plantear problemas su funcionamiento.

El alias DESACTIVAR tiene una longitud mayor que los 8 caracteres que permite el sistema de IBERICA por lo que al recibirse los mensajes que comenzaban por la palabra "Desactivar" éstos eran redirigidos y se mezclaban con los del servicio por defecto del número 25568 que es el de chat.

La incidencia descrita fue notificada el día 10 de enero de 2013 y solventada el 12 de enero al limitar el servicio de mensajería al envío de texto plano, siguiendo la recomendación legal pues se detectó que el servicio no se adecuaba por sus contenidos a los usos previstos del prefijo 25YAB.

5. A fecha 4 de noviembre de 2013 se constata que la página <http://poboxsms.com>, que ofrece servicios de contacto entre personas es accesible pero no muestra ninguna opción que permita el envío de ficheros.

Las condiciones de uso de la página identifican a IEBOLINA como la prestadora del servicio.

6. El 4 de noviembre de 2013 se verificó que al llamar al número 902***** una locución identificaba a IEBOLINA como la entidad prestadora de los servicios y mediante un menú hablado permite darse de baja en alguno de los servicios Premium, notificar incidencias o contactar con una operadora.

La línea 902***** es una de las utilizadas por DUOCOM EUROPE, S.L. para prestar servicios de telefonía a sus clientes. Según lo publicado en su página web, el coste de las llamadas realizadas a esa línea lo paga íntegramente el llamante (en este caso quien quiere contactar con IEBOLINA) siendo el coste de establecimiento de llamada de 9 céntimos (más impuestos) y el del minuto de conversación de 4 o 7 céntimos (más impuestos).

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 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

Los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes o servicios Premium se encuentran regulados en la Orden ITC/308/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia. De acuerdo con lo dispuesto en la exposición de motivos de la citada Orden los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes o servicios Premium consisten *“en el envío de un mensaje, normalmente de texto, por el que los operadores cobran a sus abonados una retribución a cambio de un servicio de información, comunicación o, simplemente, por participar en algún evento público que se éste difundiendo a través de un medio de comunicación social”*, añade que *“Para ello, los usuarios envían un mensaje a un número corto ...”*, y se definen en el artículo 2 de la referida norma como *“los servicios de comunicaciones electrónicas que supongan el pago por los consumidores, de forma inmediata o diferida, de una retribución añadida al precio del servicio de envío de mensajes sobre el que se soportan en concepto de remuneración por la prestación de algún servicio de información, entretenimiento u otros”*.

La citada Orden ITC/308/2008, en su artículo 10.1 determina que *“los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes quedan incluidos en la definición de servicios de tarificación adicional contenida en el apartado 4.1 de la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero”*. La citada Orden PRE/361/2002 tiene por objeto, entre otros, la ordenación de los servicios de tarificación adicional y los define como *“aquellos servicios que, a través de la marcación de un determinado código, conllevan una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado, por la prestación de servicios de información, comunicación u otros, ...”*.

La citada Orden ITC/308/20 prevé que sólo puedan prestarse estos servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes a través de unos rangos determinados de numeración y que tales rangos sean asignados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Asimismo, en su artículo 10.4, dispone que *“los operadores que proveen el acceso al servicio de mensajes garantizarán el derecho de desconexión de los servicios de tarificación adicional basado en el envío de mensajes, implantando los mecanismos necesarios para hacerla efectiva”*, por lo que se impone a los operadores de telefonía la obligación garantizar el derecho de desconexión de los usuarios. También prevé la citada norma que *“la disconformidad o desacuerdo del abonado con la facturación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, no podrá dar lugar a la suspensión del servicio telefónico, ni del servicio general de mensajes, si el abonado paga el importe correspondiente a cada uno de ellos. Consecuentemente, el impago por el abonado de la parte del mensaje correspondiente a la tarificación adicional podrá dar lugar exclusivamente a la suspensión del servicio de tarificación adicional...”*

Esta Orden ITC/308/2008 atribuye a la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional la elaboración y aprobación de un código de conducta para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes y la competencia para el control del cumplimiento del citado código de conducta a la referida

Comisión.

Con fecha 27 de julio de 2009, se publicó en el Boletín Oficial del Estado la resolución, de 8 de julio de 2009, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publica el código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes. La competencia sobre el control del cumplimiento de las obligaciones del Código de Conducta corresponde, tal y como se indica en su apartado 7, a la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, órgano integrado en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Este código establece los requisitos que deberá reunir la información y publicidad que se realice sobre los servicios de tarificación adicional basados en el envío mensajes, dictando normas sobre la obligación de que el responsable sea fácilmente identificable para que los usuarios puedan ponerse en contacto con él y de informar al usuario del precio del servicio. Así mismo recoge el derecho de los usuarios a la desconexión de los servicios solicitándolo a su operador.

No obstante lo anterior, la Agencia Española de Protección de Datos a fin de analizar la incidencia que la prestación de tales servicios pudiera tener en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos realizó un Plan de Oficio sectorial, relativo a la publicidad y servicios mediante mensajes cortos de telefonía móvil, en el que se analizaron estos *“servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes”*.

En el marco del citado plan sectorial, se tuvo constancia, entre otros, de los siguientes extremos relacionados con la prestación del servicio de tarificación adicional Premium:

- Los servicios Premium SMS se basan en facilitar al abonado información u otros servicios, tales como polítonos o melodías, vídeos, fotos, juegos para móviles, por medio de mensajes cortos de tarificación adicional. La prestación de tales servicios puede contratarse con el propio operador de telefonía móvil o con una tercera empresa que se limita a prestar el servicio, es decir a facilitar los contenidos contratados, facturándose la prestación del servicio a través de operador.

- Estos servicios pueden consistir: en mensajes Premium sencillos, cuando el servicio contratado se presta mediante la remisión de un único mensaje corto que facilita el acceso al contenido solicitado, o en servicios Premium de suscripción o de ALTA. En estos casos para efectuar las altas los usuarios deben remitir un mensaje corto con la palabra clave “ALTA” al proveedor de los contenidos o prestador del servicio Premium, o bien inscribirse en un portal de Internet, cuya titularidad corresponde al proveedor de contenidos, para lo que es necesario facilitar el número de teléfono móvil.

- Los proveedores de contenidos pueden ofrecer los servicios de suscripción mediante campañas de televisión y prensa, aunque también pueden promocionar los servicios Premium mediante el envío de SMS publicitarios en los que se promociona un número corto para solicitar la remisión del contenido publicitado (como se indicó anteriormente, polítonos o melodías, vídeos, fotos, juegos para móviles).

- El procedimiento para solicitar la baja de una suscripción suele consistir en el envío de un mensaje con la palabra “BAJA” al número corto desde el que se están recibiendo los mensajes, aunque también existen otros procedimientos para solicitar la baja, tales como la realización de una llamada al número de atención al cliente de la entidad que presta el servicio, a través de su página web o por correo electrónico.

Asimismo se desprende de la citada inspección de oficio que el servicio puede ser prestado por el propio operador de telefonía o por una tercera entidad. Estas entidades que proveen los contenidos, tarifican la prestación del servicio, a través de la factura que emite el operador de telefonía, y únicamente poseen el número de telefonía móvil para el que se ha contratado el servicio sin que tal número se encuentre asociado a ningún dato que identifique a su titular o lo haga identificable, es decir no se encuentra asociado a ningún dato de carácter personal. Así, salvo en los casos en que el servicio Premium se preste por el propio operador de telefonía, ya que, en estos casos, el operador puede tener registrados, además del número de móvil, datos de su cliente que le identifiquen o le haga identificable, las entidades que prestan este tipo de servicios no tratan datos de carácter personal.

Respecto de tales hechos cabe señalar que la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) recoge en su artículo 2.1, en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley, lo siguiente: “*La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado*”. (el subrayado es de la Agencia Española de Protección Datos).

El artículo 5 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, recoge el concepto de dato de carácter personal y persona identificable, estableciendo lo siguiente:

“f) Datos de carácter personal: Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

“o) Persona identificable: toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados.”

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional, un número de teléfono por sí sólo sin que se conozca ningún dato sobre el titular de la línea no es un dato de carácter personal, por lo que el supuesto denunciado, en el que la empresa que le ha prestado el servicio Premium sólo requiere conocer el número de móvil para la remisión de los mensajes Premium, sin que, en consecuencia, disponga de ninguna información acerca del titular de la línea, excede del ámbito competencial de la Agencia Española de Protección de Datos.

Dicha doctrina se recoge en la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 16 de

noviembre de 2005, que sostiene lo siguiente: << este Tribunal no considera que esa llamada automática efectuada al domicilio del denunciante, sin intervención humana alguna, de forma aleatoria, sin que se conociera el titular de ese teléfono y sin que en la misma se hiciera mención alguna tampoco a datos personales del destinatario, pueda ser definida como tratamiento de datos de carácter personal en los términos establecidos en el indicado artículo 3.d) de la LOPD, ya que en ningún momento ha habido tal recogida, grabación, conservación o elaboración de los mismos. Simplemente ha existido una llamada telefónica de las características expuestas, pero en la misma no se ha producido el tratamiento de datos personales del recurrente, ya que ni siquiera se conocía por la autora el titular ni domicilio de ese número de teléfono, ni en esa grabación había referencia alguna tampoco a datos personales del destinatario, sino que era meramente publicitaria. Por ello (...) esa inclusión en su fichero del número de teléfono del denunciante en los términos que lo hizo la actora, (...) no es un dato de carácter personal según el concepto definido en el artículo 3.1.a) de la LOPD –cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, puesto que no se contiene en sus archivos automatizados los nombre de sus titulares, sino simplemente esos números de teléfonos tomados en guías telefónicas de acceso público, sin otros datos asociados a los mismos.>>

Asimismo se recoge dicha doctrina en la Sentencia, de 17 de septiembre de 2008, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto, por una empresa que presta servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes SMS, contra la resolución sancionadora de esta Agencia, al estimar la falta de competencia de la Agencia para conocer los hechos objeto de análisis. En particular, en el supuesto enjuiciado el denunciante se dio de alta en el servicio Premium remitiendo un SMS a un número corto con el fin de bajarse una melodía tras ver su anuncio en televisión.

Señala la referida Sentencia lo siguiente: <<Es claro que un número telefónico asociado a un nombre y apellidos es un dato de carácter personal pues nos proporciona información sobre una persona identificada. Es más, el propio número de teléfono, sin aparecer directamente asociado a una persona, puede tener la consideración de dato personal si a través de él se puede identificar a su titular. En el presente caso la Agencia Española de Protección de Datos no ha razonado, y menos ha acreditado, que a través del número de teléfono móvil se haya identificado al titular del mismo o que a partir del citado número fuese posible tal identificación, de forma que el citado número de teléfono ayuno de otras circunstancias que identifiquen o pudiesen permitir identificar al titular del mismo impide que pueda encajarse en la definición legal de dato de carácter personal>>. Y concluye del siguiente modo <<Cuestión distinta es la valoración que pueda hacerse de la conducta de la recurrente respecto a la información transmitida a través del anuncio televisivo y del SMS remitido en contestación al SMS del Sr. ... así como la dificultad para darse de baja de un servicio. Aspectos, todos ellos, que exceden del ámbito de conocimiento de la Agencia Española de Protección de Datos y que podrían ser enjuiciados, en su caso, por las autoridades competentes.>> (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

Así las cosas, cuando la prestación del servicio Premium no se realiza por el

operador de telefonía sino por una tercera entidad que desconoce quién es el titular de la línea telefónica, el supuesto se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la LOPD, pues tal entidad no dispone de ningún dato de carácter personal que identifique o haga identificable al titular de la línea telefónica. En el supuesto denunciado, la prestación del servicio Premium no se realiza por el operador de telefonía sino por una tercera entidad que desconoce quién es el titular de la línea telefónica, por lo que se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la LOPD.

Sentado lo anterior debe añadirse que la Agencia Española de Protección de Datos es competente para sancionar las infracciones del artículo 21 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 prohíbe el envío de comunicaciones comerciales 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, así como para sancionar la vulneración del artículo 38.3 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo LGT), que recoge los derechos de los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se encuentra el recogido en el apartado b) consistente en el derecho *“a que sus datos de tráfico sean utilizados con fines comerciales o para la prestación de servicios de valor añadido únicamente cuando hubieran prestado su consentimiento informado para ello.”*

Sin embargo, de la aplicación de tales normas tampoco resulta la competencia de esta Agencia para conocer los hechos denunciados, pues los mensajes remitidos para la prestación del servicio de tarificación adicional no pueden ser considerados como comunicaciones comerciales sino como servicios de tarificación adicional, tal y como se especifica en el citado artículo 10.1 de la referida Orden ITC/308/2008.

En primer lugar, respecto de la publicidad electrónica, ha de señalarse que la LSSI define las comunicaciones comerciales como *“toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”*.

A tenor del concepto de comunicación comercial, recogido ut supra, para que la comunicación pueda ser calificada de comercial es necesario que ésta vaya dirigida a la promoción de bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, es decir la comunicación ha de ir destinada a promover la adquisición de bienes, la contratación de servicios o reforzar la imagen de una empresa, organización o persona que realice alguna de las citadas actividades.

En el supuesto de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, pueden existir dos tipos de mensajes, por un lado, los mensajes SMS que consisten en la promoción del servicio de tarificación adicional que tienen un claro contenido publicitario y que deben cumplir las previsiones del artículo 21 de la LSSI, y por otro, los mensajes a través de los que se prestan los servicios de tarificación adicional (mensajes Premium), regulados en la referida Orden ITC/308/2008, que no se dirigen a la comercialización del servicio sino a la prestación del mismo y que son objeto

de tarificación.

De lo anterior se desprende la competencia de esta Agencia para conocer los mensajes dirigidos a que el destinatario del mensaje contrate el servicio de tarificación adicional, como por ejemplo los dirigidos a que se envíe un SMS al número indicado en la comunicación publicitaria con la finalidad de causar ALTA en el servicio. Por el contrario exceden de la competencia de esta Agencia los mensajes SMS Premium a través de los que se presta el servicio de tarificación adicional.

En conclusión, en base a la información obtenida y de lo expuesto anteriormente, puede deducirse que los mensajes a los que se refiere la denuncia no tienen naturaleza publicitaria, y por tanto los hechos denunciados exceden de la competencia de la Agencia Española de Protección de Datos.

III

Ahora bien, como los hechos denunciados podrían ser constitutivos de infracción del citado Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional, basados en el envío de mensajes, aprobado por resolución, de 8 de julio de 2009, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, usted podrá, en todo caso, presentar reclamación ante la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones, de acuerdo con el procedimiento que se detalla en el sitio web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, <http://www.usuarioteleco.es>, a fin de que, en su caso, se depuren las posibles responsabilidades en que se hubiera podido incurrir.

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 IEBOLINA TRADICIONAL, S.L. y a D^a **A.A.A.**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del 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.