



Expediente N°: E/01878/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **APLICACIONES DE SERVEI MONSAN S.L.**, en virtud de la denuncia presentada por **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 14/03/2014 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante) en el que expone que cada día recibe vía sms mensajes publicitarios no deseados sobre servicios de Tarot en los que le instan a llamar al número de tarificación adicional 806****1. Añade que los sms no ofrecen un medio para oponerse a los envíos por lo que la única opción es hacer una llamada al 806.

Adjunta con su denuncia siete fotografías de la pantalla de un terminal móvil con el texto de los mensajes en los que no figura la fecha de su emisión, tan sólo la hora y en algunos casos el día de la semana y en los que son dos los números de tarificación adicional que aparecen: 806****1 y 806****2. El denunciante no ha comunicado cuáles son los números de línea desde los que se enviaron los mensajes ni el número de su teléfono móvil en el que supuestamente recibió los sms, información que tampoco consta en la documentación que aporta.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a realizar actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos, teniendo conocimiento de los siguientes extremos que se recogen en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproduce:

*<< Con fecha de 14 de marzo de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara*

*Que diariamente, recibe mensajes SMS en su teléfono móvil, en los que se anuncia el teléfono 806****1.*

*Aunque el denunciante no especifica la línea en que los recibe, en su escrito de denuncia ha facilitado como teléfono de contacto el **C.C.C.***

El denunciante manifiesta que aunque en los mensajes dicen que puedes llamar media hora gratuita, es publicidad engañosa ya que ha generado una factura de mucho importe.

DOCUMENTACION APORTADA:

*Copia de cuatro mensajes SMS en cuyo texto se anuncia el numero 806****1 o el número 806****2. En los mensajes no consta ni la fecha de recepción ni el número desde el que se*

reciben.

B.B.B.

Se ha verificado que los números de teléfono que se publicitan en los mensajes recibidos por el denunciante (806****2 y 806****1) pertenecen al operador: APLICACIONES DE SERVEI MONSAN.

Con fecha 12 de junio de 2014, se solicita información al denunciante sobre el número en el que recibe los mensajes, y las fechas de recepción y número desde el que los recibe, así como si ha contactado con los teléfonos que constan en los mensajes. A la fecha de este informe, el denunciante no ha dado contestación a la solicitud.

Con fecha 10 de junio de 2014, se solicita información a APLICACIONES DE SERVEI MONSAN sobre la titularidad del número 806****1, y de la respuesta recibida con fecha 25 de junio de 2014, se desprende que:

- 1.La prestadora del servicio de número 806****1, desde el 7 de octubre de 2013, es la sociedad IRMAOS MELO PUBLICIDAD LTDA ME, con numero de Identificación Fiscal *****, y con domicilio en (C/.....1), Rio de Janeiro, Brasil.
- 2.Aportan copia del contrato de Trestación del Servicio de Red de Tarificación Adicional de Voz", de fecha 1 de agosto de 2008, suscrito con el prestador del servicio: IRMAOS MELO PUBLICIDAD LTDA ME.
- 3.Aportan copia de la última factura emitida a favor de la citada sociedad, con fecha 10 de junio de 2014, donde consta como NIF de IRMAOS MELO PUBLICIDAD LTDA ME, el **D.D.D.** y en la que figura, entre otros, el citado número.

Respecto al número 806****2, se solicitó información a la misma empresa dentro de las actuaciones del E/07936/2014, y con fecha 30 de junio de 2014, remitieron la siguiente información:

- 4.La prestadora del servicio de número 806****2, desde el 7 de octubre de 2013, es la sociedad IRMAOS MELO PUBLICIDAD LTDA ME, con numero de Identificación Fiscal *****, y con domicilio en (C/.....1) Do Monte, 36, Sala 208 de Relengo, Rio de Janeiro, Brasil.

La copia del contrato y de la factura aportada por APLICACIONES DE SERVEI MONSAN en las actuaciones E /7936/2014, coinciden con los documentos aportados en las presentes actuaciones.>>

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 43.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI) que atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos la competencia para sancionar por la comisión de infracciones leves y graves de los artículos 38.4.d) y 38.3.c) de la LSSI respectivamente.

II

Actualmente se denomina “spam” a todo tipo de comunicación no solicitada realizada por vía electrónica y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. El bajo coste de los envíos de correos electrónicos vía Internet o mediante telefonía móvil (SMS y MMS), su posible anonimato, la velocidad con que llega a los destinatarios y las posibilidades que ofrece en cuanto al volumen de las transmisiones han permitido que esta práctica se realice de forma abusiva e indiscriminada.

El envío de publicidad a través de medios electrónicos exige que haya sido previamente autorizado o consentido. Así lo dispone el artículo 21 de la LSSI que obliga también al prestador del servicio a ofrecer al destinatario los mecanismos para oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales, exigiendo, si la comunicación comercial se efectúa por correo electrónico, que se ofrezca la posibilidad de oponerse a estos envíos a través de una dirección electrónica válida.

El artículo 21 de la LSSI, según la reforma operada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, dispone:

“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”

A su vez, el apartado f) del Anexo de la LSSI, “Definiciones”, considera “Comunicación comercial” *“toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.*

A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.”

Por tanto, podría ser constitutivo de una infracción grave o leve de la LSSI -tipificadas, respectivamente, en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de la Ley 34/2002- el envío de comunicaciones comerciales que no reúnan alguno de los requisitos que exige el artículo 21: Por una parte que hayan sido expresamente autorizadas, salvo que los datos de contacto del destinatario de la comunicación se hubieran obtenido por el prestador del servicio de forma lícita con ocasión de una relación contractual y los empleara para comunicaciones promocionales de productos de su propia empresa similares a los que fueron objeto de contratación inicial y, por otra, que ofrezcan al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento en cada comunicación que le dirijan.

El artículo 38 de la LSSI, en su redacción actual tipifica como infracción grave *“El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21”-*

El artículo 38.4 considera infracciones leves: *“d) El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave*

III

La denuncia que nos ocupa versa sobre los sms que el denunciante afirma haber recibido en su teléfono móvil sin su consentimiento. Obra en el expediente una copia de los citados mensajes, lo que permite comprobar que estamos ante *comunicaciones comerciales* en el sentido que atribuye a esta expresión el apartado f) del Anexo de la LSSI anteriormente transcrito.

Los siete mensajes de los que se tiene conocimiento publicitan los servicios de Tarot e instan al destinatario a llamar a los números de tarificación adicional 806*****1 u 806*****2, por lo que la conducta que se denuncia estaría sometida a las disposiciones de la Ley 34/2002.

La investigación de la Inspección de Datos ha permitido conocer que el operador titular de los números 806*****1 y 806*****2 es APLICACIONES DE SERVEI MONSAN, S.L.. Así, en relación al número 806*****1 ha informado que desde el 07/10/2013 y en virtud del *“contrato relativo a la prestación del servicio de red de tarificación adicional de voz (prefijos 803/806/807)”* el citado número es explotado por la empresa IRMAOS MELO PUBLICIDAD LTDA. ME, con domicilio en Río de Janeiro, Brasil. Respecto al número 806*****2 sin bien la entidad APLICACIÓN DE SERVEI MONSAN, S.L., respondió a la inspección que este número “no pertenece al rango de numeración asignado a esta empresa”, se comprueba que en el curso de otras actuaciones de investigación (las relativas al E/7936/2014) esta misma sociedad informó a la Inspección de la AEPD que desde el 07/10/2013 la misma empresa, IRMAOS MELO PUBLICIDAD LTDA. ME, era la prestadora del servicio en virtud del contrato suscrito entre ambas.

Debe subrayarse, sin embargo, que el denunciante no ha facilitado a la AEPD en su denuncia información de los números de teléfono desde los que se emitieron los sms de contenido publicitario que denuncia; información esencial para comprobar la realidad

de los hechos que expone y el sujeto responsable. Tampoco ha informado a este organismo del número de su teléfono móvil en el que supuestamente recibió los sms. Si bien es cierto que en el formulario empleado para la denuncia, en el apartado destinado a la identificación del denunciante y en la casilla destinada a teléfono, incluye el número **C.C.C.**, también lo es que no se ha pronunciado acerca de si éste es el número receptor de los mensajes.

A fin de conocer estos extremos -indispensables para constatar la realidad de los hechos y para identificar a su autor, el *“prestador del servicio de la sociedad de la información”*- la inspección de datos solicitó al denunciante mediante escrito que fue recibido el 16/06/2014 que confirmara si el número receptor de los mensajes era el **C.C.C.** y, que en caso contrario, especificara el número de línea en la que los recibió; que aportara copia de los sms en la que se visualizara la fecha de recepción; y que informara si había contestado a alguno de los sms o efectuado llamada al número de tarificación adicional y si había solicitado la baja u oposición a la recepción de éstos, especificando entonces el medio empleado y la fecha.

El denunciante no respondió al requerimiento informativo de la AEPD lo que ha impedido continuar las investigaciones a fin de constatar la comisión de los hechos presuntamente infractores y la identidad de la persona responsable.

En este sentido procede indicar que la LSSI, artículo 37, sujeta a su régimen sancionador a *“los prestadores de servicios de la sociedad de la información”* *“cuando la presente Ley les sea de aplicación”*. A su vez, el apartado c) del Anexo de la Ley 34/2002 ofrece un concepto de lo que debe entenderse por *“prestador del servicio”*. Considera como tal la *“persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”*.

Paralelamente el apartado a) del Anexo indica que, a los efectos de la LSSI, se entenderá por *“Servicios de la sociedad de la información o servicios”* *“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”*. Y añade: *“El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también a los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”*.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros, y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

(...)

1. *El envío de comunicaciones comerciales* (El subrayado es de la Agencia)

Conforme a estas disposiciones tiene la condición de prestador del servicio de la sociedad de la información el *“remitente”* de cada uno de los sms supuestamente recibidos por el denunciante.

Esto explica la relevancia que tiene, a los efectos que nos ocupan, conocer los datos de los que se recabó, sin éxito, información al denunciante.

Debe tenerse en cuenta que en el ámbito administrativo sancionador son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, teniendo plena virtualidad el principio de presunción de inocencia, que debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones. Esto, porque el ejercicio del *ius puniendi*, en sus

diversas manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones.

En tal sentido el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990, considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”*.

De acuerdo con este planteamiento el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC), establece que *“1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”*

Como ha precisado el Tribunal Supremo en STS de 26 de octubre de 1998 la vigencia del principio de presunción de inocencia *“no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados – no puede tratarse de meras sospechas – y tiene que explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria pueda entenderse de cargo.”*

Por su parte el Tribunal Constitucional en STC 24/1997 ha manifestado que *“los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:*

- a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.*
- b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras).”*

En consecuencia, habida cuenta de que el principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya **obtenido una prueba de cargo** que acredite los hechos que motivan la imputación o la intervención en los mismos del presunto infractor, en el presente caso **corresponde acordar el archivo de la denuncia**.

IV

Mediante Resolución de 15/09/2004 la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) publicó el Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional.

Este Código tiene por objeto velar por la protección de los derechos de los

consumidores y usuarios de los servicios de tarificación adicional y evitar que se quebranten derechos básicos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Con tal propósito el Código de Conducta fija reglas de obligado cumplimiento para los prestadores de servicios de tarificación adicional. Tiene carácter vinculante tanto para los prestadores de servicios de tarificación adicional como para los operadores de red de servicios de tarificación adicional que tengan asignados recursos públicos de numeración pertenecientes a rangos atribuidos a los servicios de tarificación adicional.

Sobre la publicidad de este tipo de servicios el Código de Conducta impone al prestador de servicios de tarificación adicional la obligación de estar identificado a través, al menos, de los siguientes datos: nombre y apellidos completos o denominación social y domicilio a efectos de notificaciones, (artículo 3.1.1.) Y precisa que se considera incumplido el Código cuando *“se produzca el envío, por cualquier medio, de comunicaciones publicitarias o promociones masivas no solicitadas expresamente por el usuario, que inciten a realizar llamadas a números de tarificación adicional, por parte del prestador del servicio”*(artículo 3.1.3)

La Resolución de 15/09/2004 atribuyó el control y seguimiento del cumplimiento del Código de Conducta a la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (CSSTA), por lo que en atención a las circunstancias que concurren en el asunto que nos ocupa se acuerda dar traslado a esta Comisión de la Resolución que se dicte y del escrito de denuncia a fin de que pueda adoptar las medidas oportunas en el ámbito de la competencia que tiene atribuida.

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 **APLICACIONES DE SERVEI MONSAN S.L.**, y 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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos