



Expediente N°: E/04842/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades NEXT TOUCH TELECOM, S.L., WORLD PREMIUM RATES, S.A. TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, SAU., VODAFONE ESPAÑA, SAU y ORANGE SPAGNE, SAU, en virtud de denuncia presentada por Don **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 13 de junio de 2014 tiene entrada, a través de su sede electrónica, en esta Agencia una denuncia interpuesta por Don **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta lo siguiente:

1. *“Recibo mensajes de texto no solicitados en mi número de móvil de una empresa de llamadas de tarificación especial. Bajo la apariencia de un mensaje personal encubren publicidad no deseada de una línea erótica.”*
2. El número remitente de los mensajes es el *****TEL.1** y se publicita la línea *****TEL.2**.

En respuesta a la solicitud de subsanación requerida por esta Agencia, el 26 de agosto de 2014 se registra de entrada en esta Agencia un correo electrónico del denunciante indicando que:

3. La fecha en la que se recibió el SMS aportado en su anterior escrito era el 13 de junio de 2014, según impresión de pantalla aportada.
4. Recibió un nuevo SMS de naturaleza similar el día 27 de junio de 2014
5. Los mensajes se recibieron en la línea *****TEL.3**, cuya operadora, en las fechas de recepción de los envíos, era TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, SAU.

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

1. La línea *****TEL.3** figura inscrita en el Servicio de Lista Robinson desde el 29 de abril de 2014.
2. En los sistemas del operador de la línea del denunciante consta la recepción de los siguientes mensajes en la línea *****TEL.3**:

FECHA	HORA	ORIGEN	TEXTO(*)
-------	------	--------	----------

13/06/2014	19:18	***TEL.1	Soy una REAL liberada Como tu me encanta el buen sexo y excitarme muchísimo, tengo juguetes Llamame al ***TEL.2 para sexo gratis en mi casa
27/06/2014	17:21	***TEL.3	Me llamo ***NOMBRE.1 Soy una divorciada con muchas ganas de sexo Acabo de mudarme y podemos quedar Llamame al ***TEL.4 Soy muy discreta y quiero buen rollo

(*) El texto de los mensajes no consta en los registros de la operadora sino que es el mostrado en las imágenes de los SMS aportados con fecha, hora, origen y destino coincidentes.

En los mensajes recibidos por el denunciante no consta información sobre la forma de solicitar la baja de la lista de destinatarios de los mensajes.

- La entidad titular del número *****TEL.2** es NEXT TOUCH TELECOM, S.L.

El servicio de la línea *****TEL.4** lo presta, con arreglo al contrato firmado el 9 de septiembre de 2014 entre las partes, la entidad GITEC Ltd, sociedad con sede en Gibraltar, Reino Unido.

- La entidad titular del número *****TEL.4** es WORLD PREMIUM RATES, S.A., entidad que no presta servicios telefónicos 807 a usuarios finales, sino que son sus clientes quienes lo hacen.

El servicio de la línea *****TEL.4** lo presta TECNOCORP STORE LIMITED, una sociedad con sede en Londres, Reino Unido.

- El 16 de octubre se comprobó que la línea *****TEL.1** era operada por ORANGE SPAGNE, SAU, pero al serle consultada la titularidad de la citada línea en el momento de los hechos denunciados informó que dicha línea fue dada de alta en su compañía por portabilidad el 15 de julio de 2014, por lo que no tiene información relativa al anterior titular.
- El operador que presta servicio a la línea *****TEL.3** confirma el envío del SMS desde esa línea e informa de que el titular de la misma, en el momento de los hechos denunciados, era, según figura en sus ficheros, **Gensam Alisa**, de nacionalidad malasio, con pasaporte nº *****NÚMERO.1** y domicilio en calle (**C/.....1**) de Barcelona, código postal *****CP.1**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos conforme a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 43.1 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 38.3.c) y 38.4.d) de la LSSI, respectivamente.

II

Actualmente se denomina “spam” a todo tipo de comunicación no solicitada hecha 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 previamente haya sido autorizado o consentido. Así resulta del artículo 21 de la LSSI que obliga además al prestador del servicio a ofrecer al destinatario los mecanismos para oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales, exigiendo, si la comunicación comercial se efectúa por correo electrónico, que se ofrezca la posibilidad de oponerse a estos envíos a través de una dirección electrónica válida.

El artículo 21 de la LSSI – según redacción introducida por Disposición Final segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (L.G.T.) -, 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 dos SMS de contenido publicitario que el denunciante recibió sin su consentimiento en su teléfono móvil nº ***TEL.3 con fechas 13 y 27 de junio de 2014.

A la vista del texto de los SMS, de los que se ha facilitado impresión de pantalla –y sobre los que se ha centrado la investigación llevada a cabo por la Inspección de Datos-, se puede afirmar que estamos ante *comunicaciones comerciales*, en el sentido que atribuye a esta expresión el apartado f) del Anexo de la LSSI anteriormente transcrito, por lo que la conducta que se denuncia está sometida a las disposiciones de la Ley 34/2002.

Así, de la lectura de los mensajes aportados por el denunciante se comprueba que ambos instan a su receptor a contactar con números de tarificación adicional, en concreto con el número ***TEL.2 en el mensaje del día 13 de junio y con el número ***TEL.4 en el mensaje del día 27 de junio. Igualmente, se advierte que en los SMS no se facilita al destinatario un medio de oposición al tratamiento de sus datos de contacto.

Por ello, teniendo en cuenta estas circunstancias y que, por otra parte, el denunciante niega haber consentimiento el envío de las comunicaciones comerciales sobre las que versa su denuncia, los hechos examinados, presuntamente, podrían ser constitutivos de una infracción leve de los apartados 1 y 2 del artículo 21 de la LSSI.

Por lo que hace referencia a los prestadores de servicios de tarificación adicional se ha constatado, a través de la página web www.cnmc.es de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que las empresas NEXT TOUCH TELECOM, S.L. y WORLD PREMIUM RATES, S.A. figuran como operadores propietarios de los números de tarificación adicional a los que se insta a llamar al destinatario de los dos SMS analizados.

Igualmente, se ha comprobado que NEXT TOUCH TELECOM, S.L. y WORLD

PREMIUM RATES, S.A. suscribieron sendos contratos con dos sociedades domiciliadas en el Reino Unido, en concreto con GITEC LTD y TECNOCORP STORE LIMITED, en virtud de los cuales estás últimas pasaban a explotar los números ***TEL.2 y ***TEL.4, respectivamente, al objeto de prestar servicios de tarificación adicional.

El artículo 37 de la LSSI 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)

A tenor de estas disposiciones, en el presente caso, y por lo que aquí interesa, son prestadores de servicios de la sociedad de la información los “remitentes” de cada uno de los SMS recibidos por el denunciante.

Así, las investigaciones de la Inspección de Datos se han dirigido a identificar a los responsables de esta conducta, los prestadores de los servicios de la sociedad de la información. Como resultado de las mismas no se ha podido obtener ninguna información relativa al titular de la línea ***TEL.1 desde la que se envió el SMS recibido en la línea del denunciante el día 13 de junio de 2014.

En cuanto al titular de la línea ***TEL.3 de origen del SMS recibido por el denunciante el día 27 de junio de 2014 aunque se conoce la identidad y nacionalidad del llamante, se ignora un domicilio correcto del mismo en el que pueda ser localizado, ya que la dirección facilitada por VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., como operador que prestaba en la fecha de los hechos el servicio de dicha línea telefónica, resulta incompleta e inexacta. De este modo, en los ficheros del mencionado operador no consta el número concreto de la calle facilitada por el cliente, y, además, el municipio registrado (Barcelona) no coincide con el código postal ***CP.1 anotado, el cual pertenece a la localidad de L'Hospitalet de Llobregat. Así, aunque se ha localizado un Pasatge (C/.....1) en el municipio de Barcelona con código postal ***CP.2, sin embargo no hay una calle con ese nombre. También se ha localizado una calle (C/.....1) en el código postal ***CP.1, correspondiente al municipio de L'Hospitalet de Llobregat, pero no al de Barcelona facilitado o por dicho operador.

En definitiva, la investigación realizada por la Inspección de la AEPD no ha permitido identificar a las personas, físicas o jurídicas que tienen la condición de prestador del servicio de la sociedad de la información en relación a las comunicaciones comerciales objeto de la denuncia, por lo que desconociendo la identidad o, en su caso, careciendo de los datos identificativos completos de los sujetos supuestamente

responsables de la infracción descrita procede acordar el archivo de las presentes actuaciones.

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 ese propósito el Código de Conducta fija reglas de obligado cumplimiento para los prestadores de servicios de tarificación adicional. Tiene carácter vinculante tanto para ellos 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.

En materia de publicidad el Código de Conducta impone al prestador de servicios 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 presente asunto se acuerda dar traslado a esta Comisión de la Resolución que se dicte y del escrito de denuncia a fin de que si procede adopte las medidas oportunas en el ámbito de su competencia.

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 actuaciones practicadas en el expediente nº E/04842/2014.
- 2.- **Dar traslado a la CSSTA** de la presente Resolución y del escrito de denuncia.
- 3.- **NOTIFICAR** la presente Resolución a Don **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