



Expediente N°: E/05007/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 26 de julio de 2013 tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que expone que está recibiendo en su teléfono móvil sms desde los números **+34 ***TEL.1**, **+34 ***TEL.2** y **+34 ***TEL.3** en los que se anuncia una página web de venta de perfumes (www.perfumes.....) sin haber solicitado ni autorizado el envío de esta publicidad.

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 denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos que se recogen en el Informe de Actuaciones Previas de Investigación que pasamos a reproducir:

<<ANTECEDENTES

*Con fecha de 26 de julio de 2013 tiene entrada, a través de su sede electrónica, en esta Agencia una denuncia interpuesta por **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en la que manifiesta que recibió SMS publicitarios no solicitados o autorizados con origen en las líneas *****TEL.1** y *****TEL.2**. En los mensajes se promocionaba el comercio web www.perfumes......*

El escrito de denuncia adjunta las imágenes de los dos mensajes recibidos

*Con fecha de 9 de septiembre de 2013 tiene entrada, a través de su sede electrónica, en esta Agencia un escrito de subsanación de la denuncia previamente interpuesta. En dicha subsanación se indica que la línea receptora de los SMS es la *****TEL.4** y se aporta la imagen de un nuevo SMS publicitario recibido el 5 de septiembre de 2013 en el que se promociona el sitio web citado previamente.*

HECHOS CONSTATADOS

1. En los sistemas de TELEFONICA MOVILES EEPANA, S.A.U., en adelante MOVISTAR, consta la recepción de los siguientes mensajes en la línea *****TEL.4**.

FECHA	HORA	ORIGEN	TEXTO (Consta en la denuncia)
23/07/2013	15:33:34	***TEL.1	Has visto esta web? Perfumes24horas.com , perfumes originales a mitad de precio, además no pagas nada por adelantado y en 24 h lo tienes en casa, QUE PASADA!!!!

25/07/2013	18:01:27	***TEL.2	Dale un vistazo... Esta es la web que te comenté <u>Perfumes24horas.com</u> , A mi me llego todo ok
05/09/2013	14:34:33	***TEL.3	Publi: Hola, mi nombre es Emma y me gustaría informarte de las mejores promociones en perfumería y cosmética de primeras marcas. En <u>Perfumes24horas.com</u> tienes descuentos del 50% 70% y hasta el 80% en algunas marcas como: CALVIN KLEIN, HUGO BOSS, CHANEL, CHRISTIAN DIOR, LOEWE, DKNY, D%G, ARMANI, CAROLINA HERRERA, TOUS, ROCHAS, PACO
05/09/2013	14:34:37	***TEL.3	
05/09/2013	14:34:41	***TEL.3	
05/09/2013	14:34:44	***TEL.3	
05/09/2013	14:34:46	***TEL.3	

A pesar de que en los sistemas de la operadora consta que el 5 de septiembre de 2013 se recibieron cinco mensajes, en las imágenes aportadas por el denunciante únicamente se muestra uno.

En los sistemas de MOVISTAR consta que las tres líneas eran de prepago por lo que la única información disponible sobre sus titulares es: nombre, apellidos, número y tipo de documento identificativo y nacionalidad.

MOVISTAR informa de que en el momento del envío:

El titular de la línea *****TEL.2** era **N.N.N.**, de nacionalidad Pakistání.

La línea *****TEL.1** estaba en situación de baja y su último titular fue **M.M.M.** de nacionalidad Ecuatoriana.

A pesar de lo manifestado por MOVISTAR sobre la situación de baja de la línea en el momento de los hechos la fecha de alta que les consta, 27/12/2011 es posterior a la fecha de baja registrada, 11/12/2011.

La línea *****TEL.3** estaba en situación de baja y su último titular fue **O.O.O.**, de nacionalidad Lituana.

A pesar de lo manifestado por MOVISTAR sobre la situación de baja de la línea en el momento de los hechos la fecha de alta que les consta, 23/12/2011 es posterior a la fecha de baja registrada, 11/07/2011.

No se ha podido obtener un domicilio o dirección de contacto de ninguno de los remitentes.

- El sitio web www.perfumes24horas.com, una tienda virtual que comercializa perfumes, identifica como titular de la misma a la sociedad ONLY ORIGINAL PERFUMES LIMITED con domicilio en Hong Kong.

El registro de nombres de dominio indica que el dominio perfumes24horas.com está

registrado a nombre de una empresa denominada DOMAINS BY PROXY LLC, cuyo principal servicio es el de ejercer de intermediario en el registro de dominios de forma que el verdadero titular del dominio quede oculto. La sede de la entidad registradora está en Estado Unidos.

El sitio web dispone de una página desde la que poder solicitar el cese de los envíos de publicidad que proporciona, además del formulario incluido en ella, el teléfono 902***** como medio de contacto

Al realiza una llamada a la línea 902***** una locución informa que se está llamando a perfumes 24 horas.

El 12 de noviembre de 2013 el inspector actuante remite un correo electrónico a la dirección@perfumes....., con el texto en español e inglés, solicitando la dirección postal de una sede de la sociedad en España.

El 13 de noviembre de 2013 se recibe respuesta del departamento de atención al cliente de la entidad en español. En el correo electrónico se informa de que la sociedad no dispone de establecimiento permanente en España y se indica como dirección de contacto postal la de la sociedad en Hong Kong.

La dirección IP del correo remitido como respuesta está asignada a un proveedor de servicios de Arizona, Estado Unidos.

El 9 de enero de 2014, el inspector actuante solicita mediante un nuevo correo electrónico información sobre las campañas de marketing desarrolladas por la entidad en relación con los envíos denunciados. A fecha del presente informe no se ha obtenido respuesta alguna.

3. El teléfono servicio que permite desviar las llamadas realizadas a la línea 902***** a otra línea con prestados por XTRA TELECOM, S.L.

La entidad informa inicialmente que la línea 902***** fue contratada por PERFUMES AND COSMETICS LLC, en adelante PERFUMES, con domicilio en la (C/.....1), Valencia, con teléfono de contacto ***TEL.5, que es en el que se reciben las llamadas de la línea 902.

Al comprobar que al llamar a la línea ***TEL.5 no aparece la locución que atiende a quien llama al 902***** XTRA TELECOM, S.L. indica que la línea en la que están recibiendo las llamadas de la línea 902 es la ***TEL.6.

El titular de la línea ***TEL.6 es CONTACT SERVICES SOLUTIONS S.L.

4. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, los representantes CONTACT SERVICES SOLUTIONS S.L. remite un escrito en el que aporta copia de un contrato firmado por ONLY ORIGINAL PERFUMES LIMITED en representación de PERFUMES el 10 de marzo de 2012 para la prestación de un servicio de atención telefónica.

En el contrato se presenta como domicilio de PERFUMES la (C/.....2) Valencia, y se indica que el NIF de la entidad (***NIF.1) corresponde a una entidad no residente.

5. El 27 de enero de 2013, XTRA TELECOM, S.L. pone en conocimiento del Subinspector actuante que una persona que se ha identificado como **B.B.B.** y que ha llamado desde la línea ***TEL.7 ha solicitado una copia del contrato firmado con la entidad por PERFUMES.

El titular de la línea ***TEL.7 es la sociedad TEDY BUSINESS, S.L., en adelante

*TEDY, entidad de la que es administrador único **B.B.B.**.*

El domicilio de TEDY es el mismo que consta en el contrato firmado por PERFUMES con XTRA TELECOM, S.L., la (C/.....1), Valencia.

6. *En el sitio web de TEDY¹ se indica que sus servicios son "Servicios de logística y mensajería, el almacenamiento y custodia de stock de otras empresas, la preparación, embalaje y envío de pedidos., la prestación de servicios de gestión documental y administrativa y de servicios de marketing, publicidad y diseño."*
7. *Según consta en una sentencia dictada el 31 de octubre de 2012 por el Juzgado de lo Social número 12 de Valencia:*
 - 7.1. *El domicilio social de TEDY es el mismo que el de PERFUMES VALENCIA SL y es el domicilio de una sucursal de PERFUMES ONLINE VALENCIA SL.*
 - 7.2. *PERFUMES VALENCIA SL (extinta el 25 de octubre de 2013) tenía por objeto social el comercio al por menor de productos de perfumería cosmética y artículos para la higiene y el aseo personal.*
 - 7.3. *PERFUMES ONLINE VALENCIA SL (extinta el 27 de noviembre de 2013) tenía por objeto la venta al por menor en Internet de idénticos productos.*
 - 7.4. *TEDY se dedicaba al comercio al por mayor, compraventa y distribución de productos de perfumería y cosmética.*

Las dos empresas previamente citadas comercializaban los productos facilitados por TEDY facturándose entre si dicho tráfico mercantil
8. *Aparte de lo descrito en la sentencia citada, consultado el registro de inscripciones del Registro Mercantil Central se observan las siguientes relaciones entre PERFUMES ONLINE VALENCIA SL y TEDY:*
 - 8.1. ***B.B.B.**, administrador único de TEDY, consta como liquidador de PERFUMES ONLINE VALENCIA SL y fue administrador único de ésta última entre el 25 de septiembre de 2007 y la fecha de su extinción.*
 - 8.2. ***C.C.C.** fue el primer administrador de TEDY (administrador único), PERFUMES ONLINE VALENCIA SL (administrador solidario) y PERFUMES VALENCIA SL (administrador solidario)*
9. *El 10 de febrero de 2014 el Subinspector actuante se presentó sin previo aviso junto con otro Inspector en la sede de TEDY BUSINESS, S.L. con la intención de proceder a una inspección de los ficheros y los sistemas informáticos de la entidad con el fin de establecer la posible relación entre ésta y las actividades de marketing realizadas por los tres ciudadanos extranjeros citados en el punto 1.*

Los empleados que atendieron a los inspectores manifestaron que el administrador de la sociedad no se encontraba presente y al tratar los inspectores de iniciar la inspección sin la presencia del administrador los empleados manifestaron que consideraban mejor esperar al administrador que se personaría en unos 30-40 minutos.

Posteriormente, tras comunicar con el administrador de TEDY, los empleados manifestaron que no era posible para éste acudir a la sede de la empresa y que, dado que el administrador deseaba estar presente junto con su abogado durante la inspección, consultaron con los inspectores la posibilidad de posponer para otra

1 <http://tedy.....>

fecha la inspección.

Los inspectores actuantes trataron de dar comienzo en ese mismo momento a la inspección pero los empleados informaron que no era posible para ellos contestar a los inspectores o permitir a éstos el acceso a los sistemas de información sin la presencia del administrador.

Informados por los inspectores de que su actitud podía ser considerada una obstrucción a la labor inspectora y tras consultar nuevamente con el administrador, los empleados propusieron que la inspección se celebrara la tarde del día 10.

El inspector actuante, considerando que cualquier posible evidencia podía ser destruida u ocultada en ese periodo de tiempo, procedió a la elaboración de la correspondiente acta de inspección que fue firmada por el abogado de la entidad que se personó durante las conversaciones descritas.>>

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

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.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (LSSI), en su **artículo 21, prohíbe el envío de comunicaciones sin el consentimiento previo del destinatario.**

El artículo 21 de la LSSI establece: “*Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.*”

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.” (El subrayado es de la Agencia)

Por tanto, el envío de *comunicaciones comerciales* que no hayan sido autorizadas o solicitadas – con la excepción ya mencionada del primer párrafo del artículo 21.2 de la LSSI- podría ser constitutivo de una infracción grave o leve, tipificadas, respectivamente, en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de la citada norma según redacción introducida por la Disposición Adicional octava de la Ley 59/2003. El artículo 38 de la LSSI dispone:

“3. Son infracciones graves:

c) 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”.

“4. Son 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”.

El artículo 37 de la LSSI sujeta al citado régimen sancionador a “los prestadores de servicios de la sociedad de la información” “cuando la presente Ley les sea de aplicación”. La Ley 34/2002, en el apartado c) del Anexo, 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”.

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:

(...)

4. El envío de comunicaciones comerciales”

III

Centrándonos en los hechos que se denuncian deben ponerse de manifiesto las siguientes cuestiones.

En primer término, que el denunciante ha declarado que él no autorizó el envío de las comunicaciones que ha recibido en su teléfono móvil desde los números **+34 ***TEL.1, +34 ***TEL.2 y +34 ***TEL.3.**

La investigación llevada a cabo por el Servicio de Inspección de Datos de la Agencia ha permitido conocer el nombre y nacionalidad de las personas que adquirieron las tarjetas correspondientes a las líneas de móvil *****TEL.1**, *****TEL.2** y *****TEL.3** desde las que se enviaron los sms: se trata de **M.M.M. de nacionalidad Ecuatoriana**, **N.N.N., de nacionalidad Pakistaní** y **O.O.O., de nacionalidad Lituana**.

Las tres líneas de teléfono móvil indicadas son líneas prepago. De conformidad con la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, las operadoras de telefonía que comercialicen *servicios con sistema de activación mediante la modalidad de tarjetas de prepago* quedan *obligadas a identificar al adquirente* mediante el nombre, apellidos, nacionalidad y número del documento utilizado para acreditar su identidad y a incorporar estos datos a un libro-registro a cuya llevanza vienen igualmente obligadas. Ahora bien, la Ley 25/2007 no incluye entre los datos que la operadora deberá recabar del adquirente de una tarjeta prepago el relativo al domicilio.

A lo anterior se añade una circunstancia de gran relevancia como es que los datos que las operadoras están obligadas a solicitar del cliente en cumplimiento de la Ley 25/2007 permiten identificar únicamente al “*adquirente*” de la tarjeta, pero no nos permitirán conocer quién es el “*usuario*”, condición que puede concurrir en cualquier persona distinta del adquirente.

Trasladando estas consideraciones a los hechos que nos ocupan se concluyen lo siguiente:

La información que Telefónica Móviles recabó cuando comercializó las tarjetas prepago y que la operadora ha facilitado a la Agencia, no nos permite conocer el domicilio de quienes constan en su libro registro como adquirentes de las tarjetas prepago para las líneas *****TEL.1**, *****TEL.2** y *****TEL.3**.

En tanto **M.M.M.**, **N.N.N.**, y **O.O.O.**, no han podido ser localizados, la Agencia no ha logrado obtener la información imprescindible encaminada a constatar si fueron estas personas las remitentes de los sms –y, en tal caso, determinar la relación que mantenían con perfumes24horas, esto es, si actuaron en calidad de encargados de tratamiento de www.perfumes24horas.com–, o si, de acuerdo con la información facilitada por Telefónica Móviles las líneas fueron dadas de baja por los adquirentes de las tarjetas.

En definitiva, la Agencia carece de *indicios razonables* para afirmar que existió una relación entre **M.M.M.**, **N.N.N.** y **O.O.O.** y las actividades de marketing llevadas a cabo en nombre de perfumes24horas a través los sms enviados desde las líneas prepago que ellos habían adquirido en consideración a la cual pudiera derivarse para estas tres personas responsabilidad sancionadora por una infracción del artículo 21 de la LSSI tipificada en el artículo 38.4.d). Estimamos por ello, en virtud del principio de presunción de inocencia que consagra el artículo 24.2 de la Constitución Española, **que debe acordarse el archivo de las presentes actuaciones frente a los mencionados M.M.M., N.N.N., y O.O.O.**

IV

Por lo que respecta al anunciante, www.perfumes24horas.com, como se detalla en el Informe del Servicio de Inspección de esta Agencia se trata de una tienda virtual que comercializa perfumes cuyo domicilio radica en Hong Kong y que, además, no dispone de un establecimiento en territorio español.

La LSSI se aplica, con carácter general, a los prestadores de servicios establecidos en España, de acuerdo con el principio de aplicación de la ley del país de origen que inspira la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información.

De este modo, la LSSI en su artículo 2, apartados 1 y 2, precisa lo siguiente en cuanto a su ámbito de aplicación:

“1. Esta Ley será de aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos.

Se entenderá que un prestador de servicios está establecido en España cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que estos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En todo caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección.

2. Asimismo, esta ley será de aplicación a los servicios de la sociedad de la información que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España (...)” (El subrayado es de la Agencia)

El artículo 3 de la LSSI sujeta a las disposiciones de esta Ley a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten, entre otras materias, a la licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, siempre que resulten aplicables las normas reguladoras de esta materia.

Llegados a este punto, y toda vez que la empresa anunciante, perfumes24horas, **no tiene su domicilio social en España, ni tiene establecimiento permanente en nuestro país, ni tampoco se encuentra establecida en un Estado miembro de la U.E. o del E.E.E.**, sino en Hong Kong, la conducta de la citada empresa sobre la que versa la denuncia que examinamos **no está sujeta a la disposiciones de la LSSI.**

En cuanto a los prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la U.E. o al E.E.E., el artículo 4 de la LSSI señala que les será aplicable lo previsto en el artículo 7.2, relativo a la libre prestación de servicios, y en el artículo 11.2, relativo al deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación. No obstante, el último párrafo del artículo 4 LSSI advierte que *“Los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español, quedarán sujetos, además, a las obligaciones previstas en esta Ley siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables”.*

Pues bien, tampoco al amparo del artículo 4, último párrafo, de la LSSI la actuación de perfumes24horas quedaría incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 34/2002, dado que es condición indispensable para que ello ocurra que los servicios que presta la empresa estuvieran dirigidos *“específicamente”* al territorio español. Elemento determinante para que opere este precepto y sobre el que se desconoce si efectivamente concurre, pues las investigaciones llevadas a cabo por los Servicios de Inspección de la Agencia no han podido arrojar luz sobre este extremo.

Así las cosas, de conformidad con las disposiciones citadas –artículos 2.1, 2.2., 3 y 4 de la LSSI-, habida cuenta de que www.perfumes..... tiene su domicilio en Hong Kong y no tiene establecimiento ni en un Estado miembro de la U.E. ni del E.E.E. y de que no se tiene conocimiento de que sus servicios se dirijan específicamente al territorio español, **no queda sujeta al régimen sancionador de la Ley 34/2002**, lo que obliga a acordar el archivo de las actuaciones seguidas contra ella.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución 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