



Expediente Nº: E/06911/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **APLICACIONES DE SERVEI MONSAN, S.L., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., y ORANGE ESPAGNE, S.A.U.**, en virtud de la denuncia presentada por **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 23/10/2013 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), remitida por la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (CSSTA), la denuncia formulada ante ese organismo por **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante) relativa a los sms de contenido publicitario que presuntamente había recibido en su teléfono móvil (*****TEL.1**) desde distintas líneas telefónicas en los que se le insta a contactar con los números de tarificación adicional 806****1, 806****2, 806****3, 806****4 y 806****5.

Entre la documentación aportada por el denunciante figura una relación de números de teléfono móvil desde los que se habrían enviado los sms; fotografías de la pantalla de un terminal móvil con el texto de los mensajes y el número de tarificación adicional al que se invita a llamar al receptor; varios impresos de denuncia ante la CSSTA cumplimentados con los datos personales del denunciante incluido el número de teléfono móvil (*****TEL.1**) en el que supuestamente recibió los sms.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, por la Subdirección General de Inspección de Datos se efectuaron actuaciones encaminadas al esclarecimiento de los hechos teniendo conocimiento de los siguientes extremos que constan en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproduce:

<< ANTECEDENTES

*Con fecha 23 de octubre de 2013, tiene entrada en esta Agencia un escrito de La Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (CSSTA), con el que adjunta la denuncia presentada ante esa Comisión por **D. A.A.A.**, en la que manifiesta que recibe SMS en su móvil remitidos desde los números de teléfono: *****TEL.2, ***TEL.3 ***TEL.4 ***TEL.5, ***TEL.6, ***TEL.7, ***TEL.8, ***TEL.9, ***TEL.10 y ***TEL.11**, diferentes números de teléfono, así como con nombres, que parecen todos relativos a temas de TAROT, y en los que se le invita a llamar a los siguientes números de tarificación adicional: 806****6, 806****7, 806****8, 806****9, 806****10, y 806****11.*

Los SMS que se adjuntan, se han recibido durante el periodo comprendido entre el 20/07/2013 y el 26/08/2013.

ACTUACIONES PREVIAS DE INSPECCIÓN

1. Con fecha 16 de junio de 2014, se realiza una consulta a través de Internet en la página www.cmt.es, de todos los números de tarificación adicional mencionados, comprobándose que todos ellos corresponden a la empresa APLICACIONES DE SERVEI MONSAN, S.L.
2. Con fecha 30 de junio de 2014, se recibe contestación de la entidad APLICACIONES DE SERVEI MONSAN, S.L., manifestando que el prestador de servicios de las líneas mencionadas en la Sociedad J.P.A COMUNICACIONES S.A.S, ubicada en Colombia.
3. Con fecha 16 de junio de 2014, se realiza una consulta a través de Internet en la página www.cmt.es, de los números de teléfono remitentes comprobándose que, los números *****TEL.2**, *****TEL.3** y *****TEL.4** pertenecen a la entidad ORANGE ESPAÑA, S.A.U y los números de teléfono *****TEL.5**, *****TEL.6**, *****TEL.7**, *****TEL.8**, *****TEL.9**, *****TEL.10** y *****TEL.11**, pertenecen a la entidad TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.
4. Con fecha 1 de julio de 2014, se recibe escrito de la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A., en el que pone de manifiesto que:
 - 4.1. La línea *****TEL.2**, es una línea de postpago con fecha de alta 25/11/2013 a nombre de una persona física, comprobándose que los SMS fueron remitidos con anterioridad. Desde dicha línea se remitió un SMS con fecha 20/08/2013.
 - 4.2. La línea *****TEL.3**, es una línea de prepago con fecha de alta 29/07/2013 continuando operativa en la actualidad, figurando como titular D. **B.B.B.**, pero al ser una línea prepago no cuentan con dirección del mismo. Desde ese número de línea se remitió un SMS con fecha 29/07/2013.
 - 4.3. La línea *****TEL.4**, es una línea de postpago, dada de alta el 07/01/2014 continuando operativa, a nombre de una persona física. Este número, a pesar de encontrarse en la lista no se adjunta ningún SMS.
5. Con fecha 15 de julio de 2014, se recibe en esta Agencia escrito de la entidad TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U, en el que pone de manifiesto que:
 - 5.1. La línea *****TEL.5**, es una línea con fecha de alta 28/01/2014 a nombre de una persona Jurídica, no envían domicilio, la cual se encuentra activa. Desde esa línea se envió un SMS con fecha 26/08/2013.
 - 5.2. La línea *****TEL.12**, es una línea con fecha de alta 21/06/2011 y fecha de baja 14/10/2013, no envían domicilio, dicha línea se encontraba de la entidad MATIZAL INTERMEDIARIA, S.L. Desde ese número de línea se remitió un SMS con fecha 15/07/2013.
 - 5.3. La línea *****TEL.7**, es una línea con fecha de alta 13/06/2011 y fecha de baja 14/10/2013, no consta domicilio en los datos recibidos y el titular era MATIZAL INTERMEDIARIA, S.L. Desde número de línea se remitieron dos SMS con fechas 18/05/2013 y 24/07/2013.
 - 5.4. La línea *****TEL.8**, figura de titular la entidad TELEMETRIA DEL MEDITERRANEO, S.L., pero no remiten más datos. Desde ese número de línea se remitió un SMS con fecha 23/07/2013.
 - 5.5. La línea *****TEL.9**, es una línea con fecha de alta 13/11/2013 a nombre de una persona jurídica, ESPALE WORKS, S.L. Desde ese número de línea se remitió un SMS con fecha 20/08/2013.
 - 5.6. La línea *****TEL.10**, es una línea con fecha de alta 13/06/2011 y fecha de baja



14/10/2013, figurando como titular MATIZAL INTERMEDIARIA, S.L. Desde ese número se ha remitido un SMS con fecha 24/07/2013.

- 5.7. La línea *****TEL.11**, es una línea con fecha de alta 03/01/2014 continuando operativa en la actualidad, figurando como titular una persona física. Este número a pesar de figurar en la lista, el denunciante no aporta ningún SMS.*
- 6. Con fecha 11 de julio de 2014, se solicita información al denunciante sobre si en algún momento se había suscrito o puesto en contacto con alguno de los remitentes de los SMS, y a fecha de hoy no se ha recibido respuesta.>>*

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 debe haber 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 342002- 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 de contenido publicitario que el denunciante, presuntamente, recibió en su teléfono móvil, *****TEL.1**, entre el 18/05/2013

y el 26/08/2013.

Debemos advertir, en primer término, que las investigaciones de la AEPD se han centrado en aquellos sms supuestamente recibidos por el denunciante de los que sí conocemos el número de línea emisora (un total de diez) y que se ha prescindido de aquellos otros que el denunciante habría recibido entre el 20/07/2013 y el 26/08/2013 de los que se ignora el número de línea telefónica desde la que fueron enviados. Así, en las fotografías del terminal móvil relativas a estos mensajes en lugar del número emisor aparecen nombres propios (como “Sofía”, “Luna” etc...) o la palabra “Tarot”.

El contenido de los referidos diez sms, de cuyo texto se ha facilitado una copia con la denuncia y sobre los que ha versado la investigación llevada a cabo por la Inspección de Datos, permite comprobar que son comunicaciones comerciales en el sentido que atribuye a esta expresión el apartado f) del Anexo de la LSSI anteriormente transcrito, por lo que se someten a las disposiciones de la Ley 34/2002.

La gran mayoría de estos mensajes contienen comentarios relacionados con el tarot o los servicios de médium e instan al receptor a contactar con un número de tarificación adicional. Sólo uno, de 18/05/2013, comunica al receptor que ha sido agraciado con un Iphone5 para instarle también a llamar a un número de tarificación adicional. Los números de tarificación adicional a los que se invita a llamar al destinatario de los sms son 806*****1, 806*****2, 806*****3, 806*****4 y 806*****5.

La LSSI, en su 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” y 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:

(...)

4. El envío de comunicaciones comerciales” (El subrayado es de la Agencia)

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 que, presuntamente, se enviaron al número del teléfono móvil del denunciante.

Las actuaciones de la Inspección de Datos se han centrado en identificar a los titulares de las diez líneas emisoras de las comunicaciones comerciales que se detallan en el escrito que el denunciante dirigió a la CSSTA el 25/09/2013.

De los números de línea que se relacionan en el escrito pertenecen al operador ORANGE ESPAGNE, S.A.U., (en adelante, ORANGE) el ***TEL.4, ***TEL.2 y ***TEL.3. Respecto a este último, aunque aparece incluido en el listado que el denunciante facilitó a la CSSTA, ninguno de los sms de los que tenemos noticia fue enviado desde él, por lo que se omite por irrelevante cualquier mención.

En relación a la línea *****TEL.2** ORANGE nos ha informado que es de prepago y de la identidad de su titular desde el 25/11/2013. Sin embargo, al ser esta fecha posterior a aquella en la que, presuntamente, se envió al denunciante una comunicación comercial desde ese número –el 20/08/2013- la información facilitada no permite avanzar en la identificación del prestador del servicio presuntamente responsable. En relación al tercero de los números, el *****TEL.3**, ORANGE ha informado que se trata de una línea “pre pago” por lo que carece de un domicilio o dirección de localización toda vez que la Ley 25/2007 de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones no les exige recabar esa información.

La Inspección de Datos la AEPD constató que las líneas de teléfono *****TEL.5**, *****TEL.8**, *****TEL.9**, *****TEL.11**, *****TEL.13**, *****TEL.7** y *****TEL.10**, pertenecen al operador Telefónica Móviles España, S.A.U.(en lo sucesivo, TME). Comprobó además que, de esas líneas, el número *****TEL.5** se dio de alta a nombre de una persona jurídica el 28/01/2013, por tanto después de que, presuntamente, se hubiera enviado al teléfono del denunciante la comunicación comercial de la que se aporta copia, hecho que data del 26/08/2013, por lo que es asimismo irrelevante identificar a la actual titular del número.

Respecto a las líneas *****TEL.8** y *****TEL.9** -desde las que, presuntamente, se habrían enviado al móvil del denunciante sendos sms en fechas 23/07/2013 y 20/08/2013- la operadora únicamente ha facilitado información sobre sus titulares (las sociedades Telemetría del Mediterráneo, S.L., y Espale Works, S.L.). El número *****TEL.11** que también figura en la lista facilitada por el denunciante no consta en ninguno de los sms de los que nos ha remitido copia.

Por último, y en relación a los números *****TEL.6** -desde el que supuestamente se remitió al móvil del denunciante un sms el 15/07/2013-, *****TEL.7** -desde el que presuntamente se remitieron al denunciante dos sms en fechas 18/05/2013 y 24/07/2013- y *****TEL.10** -desde la que supuestamente se envió un sms al denunciante el 24/07/2013- TME ha informado que su titular es la sociedad MATIZAL INTERMEDIARIA, S.L.

Llegados a este punto procede señalar que tras la reforma operada en la LSSI por la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, (en adelante, L.G.T.) el envío de tres sms de contenido comercial a un mismo destinatario, como parece ser que ocurrió en el presente caso, en el que supuestamente MATIZAL INTERMEDIARIA, S.L., habría enviado al denunciante comunicaciones comerciales en fechas 18/05/2013, 15/07/2013 y 24/07/2013, podría ser constitutiva de una infracción leve de la LSSI tipificada en el artículo 38.4.d).

Por otra parte, el artículo 45 de la LSSI establece un plazo de prescripción para las infracciones leves de seis meses. Esto implica que, incluso en la hipótesis de que la conducta de MATIZAL INTERMEDIARIA, S.L., fuera constitutiva de una infracción leve de la LSSI, tipificada en el artículo 38.4.d) - lo que acontecería en el caso de que se hubiera llegado a confirmar la recepción de sus comunicaciones comerciales en la línea móvil del denunciante- **deberíamos concluir que esa infracción leve está prescrita y, consiguientemente, extinguida la responsabilidad sancionadora que en su caso pudiera exigírsele.**

Ello, porque computando el plazo de seis meses desde la última de esas comunicaciones comerciales enviadas a través de sms (de 24/07/2013) la prescripción

de la presunta infracción se habría producido el 24/01/2014.

Finalmente, y en relación con la valoración precedente de la conducta de MATIZAL INTERMEDIARIA, S.L., es necesario hacer dos precisiones:

La primera de ellas que después de la reforma introducida en la LSSI por la L.G.T. la conducta descrita en el tipo sancionador del artículo 38.3.c de la Ley 34/2002 como “*infracción grave*” exige que se haya producido un envío masivo de comunicaciones comerciales (esto es, que sean varios los destinatarios de los sms) o bien que si se dirigen a un mismo destinatario el envío sea “*sistemático o insistente*”. Características que no cabe atribuir a los sms que, presuntamente, la entidad MATIZAL INTERMEDIARIA, S.L. envió al denunciante: tres sms en un periodo de tiempo superior a los dos meses. Por tal razón los envíos supuestamente efectuados por MATIZAL INTERMEDIARIA, S.L. –en la hipótesis de que los hechos quedaran acreditados- podría subsumirse *únicamente* en la infracción leve del artículo 38.4.d) de la LSSI.

La segunda precisión tiene por objeto explicar la razón de que se apliquen a la conducta de MATIZAL INTERMEDIARIA, S.L., las disposiciones de la LSSI en su nueva redacción, introducida por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, que obviamente no estaba vigente cuando aquella supuestamente se produjo.

A este respecto debe indicarse que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en lo sucesivo, RJPAC) –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 17) recoge “*los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia*”- acoge el principio de **aplicación retroactiva de la norma más favorable**, estableciendo en el artículo 128.2 que “las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”. Precepto que está en consonancia con los principios reconocidos en la Constitución Española que en su artículo 9.3 “(...) garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. (El subrayado es de la AEPD)

El principio de retroactividad *in bonam partem* o retroactividad de la disposición sancionadora más favorable, **obliga a optar por aplicar el artículo 38 de la LSSI en su redacción actual**, prescindiendo de la disposición que estaba vigente cuando se enviaron las comunicaciones comerciales sobre las que versa la presente denuncia, al ser la nueva redacción más beneficiosa para la entidad presuntamente responsable de los hechos que la normas de la Ley 34/2002 en su redacción anterior.

A tenor de lo expuesto y de la documentación que obra en poder de esta Agencia, en tanto las investigaciones llevadas a cabo por la Inspección de Datos no han permitido avanzar en la identificación de los sujetos responsables de las comunicaciones comerciales enviadas por medios electrónicos y tomando en consideración que el tiempo transcurrido desde que los hechos –presuntamente- acaecieron habría dado lugar a la extinción de la responsabilidad sancionadora por prescripción, corresponde **acordar el archivo de la denuncia**.

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