



Expediente N°: E/07613/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **QUALITY TELECOM, S.A.**, en virtud de la denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 19/11/2013 ha tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante) en el que manifiesta que desde que llamó en abril de 2013 “al programa de XXXXX”, teléfono 806*****, del que es “empresa operadora” **QUALITY TELECOM, S.A.**, (en lo sucesivo, la denunciada), está recibiendo casi diariamente en su teléfono móvil -*****TEL.1**- mensajes publicitarios instándole a llamar a números de tarificación adicional que provienen de empresas distintas de la denunciada, por lo que considera que ésta ha cedido a terceros su número de teléfono sin su autorización.

Aporta con la denuncia una relación de los sms que ha recibido desde julio de 2013 en la que detalla el origen, el texto del mensaje recibido, el número de tarificación adicional al que se le invita a llamar y “la empresa a la que pertenece”.

En fecha 27/12/2013, en respuesta al requerimiento informativo de la Inspección de Datos, remitió impresiones de pantalla del terminal móvil de numerosos sms publicitarios.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos realizó 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 de 19 de noviembre 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 lo siguiente:*

*El mes de Abril realizó una llamada al teléfono 806***** en directo al programa de XXXXX (media 06, S.L.) y colgó sin llegar a entablar ningún tipo de conversación, no habiendo vuelto a llamar a dicho número. Según el recibo la empresa operadora es QUALITY TELECOM, S.A.*

Desde entonces recibe casi diariamente mensajes publicitarios para llamar a

distintos videntes en su teléfono de número de línea ***TEL.1. Dichos mensajes provienen de otras empresas diferentes a las que en teoría llamó, por lo que entiendo que ha sido vendido mi número sin autorización a terceras empresas.

A requerimiento de la inspección de datos con fecha 27 de diciembre de 2012 tiene entrada un escrito del denunciante en el que aporta copia de los mensajes que manifiesta haber recibido en su terminal.

HECHOS CONSTATADOS

1. Con fecha 26 de diciembre de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito remitido por el representante de QUALITY TELECOM,S.A. en el que manifiesta que dicha empresa no presta servicios telefónicos 80Y directa ni indirectamente a usuarios finales ni a prestadores de servicio. QUALITY TELECOM,S.A. es un operador de telecomunicaciones que presta el servicio de tránsito a otros operadores de telecomunicaciones desde y hacia la red de Telefónica de España. QUALITY TELECOM,S.A. no ha enviado al denunciante ningún mensaje publicitario, ni encargado a terceros que se lo remitan. QUALITY TELECOM,S.A. no almacena ningún dato personal del denunciante en registro alguno, excepto que su número de teléfono móvil pudiera encontrarse entre los millones de registros de llamadas facturadas por QUALITY TELECOM,S.A. a terceros operadores, a partir de los cuales resulta imposible identificar a ninguna persona física.
2. En la relación de mensajes aportada por el denunciante constan 109 mensajes con las siguientes fechas y horas:

6/4/2013 17:01	8/4/2013 18:27	25/4/2013 12:16	16/4/2013 18:17
29/4/2013 22:56	15/4/2013 13:47	16/4/2013 18:17	29/4/2013 22:56
3/5/2013 9:23	13/5/2013 19:47	3/6/2013 18:33	24/5/2013 18:22
25/6/2013 17:31	24/5/2013 18:22	25/6/2013 17:31	21/5/2013 2:42
4/6/2013 13:02	17/6/2013 18:43	8/7/2013 17:32	8/7/2013 17:32
17/6/2013 18:43	1/7/2013 17:43	15/7/2013 22:27	10/6/2013 19:01
1/7/2013 17:43	15/7/2013 22:27	6/5/2013 19:46	29/7/2013 20:07
15/4/2013 20:32	6/5/2013 19:46	29/7/2013 20:07	19/7/2013 13:31
10/8/2013 15:04	28/6/2013 9:16	19/7/2013 13:31	10/8/2013 15:04
10/8/2013 00:31	18/6/2013 18:24	10/8/2013 16:15	30/5/2013 22:41
18/6/2013 18:24	10/8/2013 16:15	5/5/2013 12:00	20/5/2013 14:30
30/5/2013 22:41	26/6/2013 12:47	22/8/2013 13:30	29/5/2013 12:28
15/6/2013 14:33	26/6/2013 12:47	14/4/2013 13:05	27/4/2013 13:05
29/5/2013 12:28	14/8/2013 22:00	25/8/2013 12:31	22/6/2013 12:16
29/7/2013 00:15	14/8/2013 22:00	26/8/2013 18:56	2/9/2013 19:02
22/6/2013 12:16	29/7/2013 00:15	14/8/2013 22:00	26/8/2013 18:56
2/9/2013 19:02	9/9/2013 17:33	17/9/2013 14:53	8/8/2013 20:26
20/9/2013 22:32	25/5/2013 21:52	2/8/2013 16:01	8/5/2013 23:06
27/9/2013 16:17	24/8/2013 00:01	20/10/2013 16:04	8/7/2013 12:01
24/8/2013 00:01	9/6/2013 21:51	14/6/2013 19:01	1/7/2013 23:16
20/5/2013 21:08	28/5/2013 14:21	6/6/2013 16:16	22/10/2013 13:22
3/10/2013 23:19	7/10/2013 16:06	16/10/2013 23:02	16/10/2013 23:02
22/10/2013 13:22	29/10/2013 12:05	29/10/2013 18:35	29/10/2013 18:35
4/11/2013 19:20	11/11/2013 18:10	14/11/2013 12:32	23/11/2013 22:34
24/11/2013 16:45	25/11/2013 9:21	8/12/2013 4:23	6/8/2013 19:30
22/12/2013 13:38	13/7/2013 12:50	20/7/2013 22:16	6/8/2013 19:30
23/5/2013 10:19	26/5/2013 20:12	13/7/2013 12:50	22/12/2013 18:09



23/12/2013 14:39			
------------------	--	--	--

3. *Figura como procedencia de los mensajes uno de los siguientes números o nombres: ASTROS, ***TEL.2, ESPERANZA, 806*****1, MARINA, ***TEL.3, ***TEL.4, ESTHER, ***TEL.5, ***TEL.6, ***TEL.7, ***TEL.8, SOFIA, ANGELES, JUDITH, BLANCA, TAROT, ***TEL.9, ***TEL.10, ***TEL.11, SMS, SANDRO, LUNA, MEDIUM, ***TEL.12, TAMARA, ***TEL.13, ***TEL.14, ***TEL.15, ***TEL.16, ***TEL.17, ***TEL.18, ***TEL.19, ***TEL.20, MONTSE, MAYKA***TEL.21, ***TEL.22, MONTSE, JOSNELL, MEDIUM, AMELIA, SOFIA, ALLEGA, LARA o MADIA.*
4. *Todos los mensajes contienen información publicitaria invitando a hacer uso de uno de los números de tarificación especial siguientes: 806*****23, 806*****24, 806*****2, 806*****1, 806*****3, 807*****1, 806*****4, 806*****5, 806*****4, 806*****6, 806*****5, 806*****7, 806*****8, 806*****2, 806*****9, 806*****10, 806*****11, 806*****12, 806*****13, 806*****7, 806*****14, 806*****15, 806*****16, 806*****17, 806*****18, 806*****19, 806*****20, 806*****21, 806*****22.*
5. *A requerimiento de la inspección de datos, el operador con el que tiene contratado el servicio de telefonía el denunciante ***TEL.1 (Orange), ha confirmado la recepción en dicha línea de los mensajes correspondientes a las fechas y orígenes siguientes:*

02/09/13 19:02, origen: ***TEL.9 (Movistar)
 20/09/13 22:32, origen: 3D6E41
 27/09/13 16:17 origen: 3D0BB9C2F730
 03/10/13 23:19 origen: DC2393D5F630
 22/10/13 13:22 origen: DC2393D5F630
 04/11/13 19:20 origen: ***TEL.13 (Vodafone)
 23/12/13 14:39 origen: DCO7E7D16O
 09/09/13 17:33 origen: ***TEL.10 (Movistar)
 07/10/13 16:06 origen: DC2393D5F630
 29/10/13 12:05 origen: ***TEL.12 (Vodafone)
 11/11/13 18:10 origen: ***TEL.14 (Vodafone)
 25/11/13 09:21 origen: ***TEL.18 (Vodafone)
 29/10/13 18:35 origen: 40783C2F030
 14/11/13 12:32 Origen: ***TEL.15 (Movistar)
 08/12/13 04:23 origen: ***TEL.19 (Orange)
 23/11/13 22:34 origen: ***TEL.16 (Vodafone)

Así mismo manifiesta que la línea ***TEL.19 estaba asignada a **B.B.B.** hasta el día 10/12/2013 que cambió de titularidad.

6. *Solicitada información por la inspección de datos a Telefónica Móviles España, S.A.U. sobre la titularidad de las líneas ***TEL.9, ***TEL.10 y ***TEL.15 en las*

fechas indicadas, el representante de la compañía manifiesta que en sus sistemas no constan datos asociados a dichas líneas en las fechas indicadas.

7. Solicitada información por la inspección de datos a Vodafone España, S.A.U. sobre la titularidad de las líneas *****TEL.16**, *****TEL.18**, *****TEL.14**, *****TEL.12** y *****TEL.13** en las fechas indicadas, el representante de la compañía manifiesta:

Servicio *****TEL.13**. Se trata de una tarjeta prepago con datos de comprador a nombre de **C.C.C. con NIE ***NIE.1**, actualmente la línea ya no pertenece a esta persona.

Servicio *****TEL.12**. Se trata de una tarjeta prepago con datos de comprador de **D.D.D. con DNI ***DNI.1**.

Servicio *****TEL.14**. Se trata de una tarjeta prepago con datos de comprador de **E.E.E. con DNI ***DNI.2**.

Servicio *****TEL.18**. Se trata de una tarjeta prepago con datos de comprador de **F.F.F. con DNI ***NIE.2**.

Servicio *****TEL.16**. Titularidad el día 23 de noviembre de 2013. Se trata de una tarjeta prepago con datos de comprador de **G.G.G. con pasaporte ***PASAPORTE.1**.

8. Según consta en los servicios públicos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, los números de tarificación especial que aparecen en los mensajes recibidos por el denunciante y confirmados por el operador (en total 13) se encuentran asignados a APLICACIONES DE SERVEI MONSAN, S.L. excepto 3 de ellos que están asignados a MAS VOZ COMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L.
9. APLICACIONES DE SERVEI MONSANT S.L. en respuesta al requerimiento de información de la inspección de datos manifiesta:

- 806****4 : Prestador de servicio la sociedad J.P.A COMUNICACIONES S.A.S con número de identificación ***** domiciliada en (C/.....1)de Cali-Valle.

- 806****13 : Prestador de servicio la sociedad J.P.A COMUNICACIONES S.A.S con número de identificación ***** domiciliada en (C/.....1) de Cali-Valle.

- 806****5 : Prestador de servicio la sociedad J.P.A COMUNICACIONES S.A.S con número de identificación ***** domiciliada en (C/.....1)de Cali-Valle.

- 806****14: Prestador de servicio la sociedad IRMAOS MELO PUBLICIDADE LTDA ME, con número de identificación fiscal *****1, domiciliada en (C/.....2), Brasil.

- 806****16: Prestador de servicio la sociedad IRMAOS MELO PUBLICIDADE LTDA ME, con número de identificación fiscal *****1, domiciliada en (C/.....2), Brasil.

- 806****6 : Prestador de servicio la sociedad J.P.A COMUNICACIONES S.A.S con número de identificación ***** domiciliada en (C/.....1) de Cali-Valle.

- 806****3 : Prestador de servicio la sociedad J.P.A COMUNICACIONES S.A.S con número de identificación ***** domiciliada en (C/.....1)de Cali-Valle.

- 806****17: Prestador de servicio la sociedad GABINETE PARAPSIKOLOGO MYSTIC, S.L. con CIF: *****1, domiciliada en (C/.....3) Barcelona.



- 806*****19: Prestador de servicio la sociedad IRMAOS MELO PUBLICIDADE LTDA ME, con número de identificación fiscal *****1, domiciliada en (C/.....2), Brasil.
- 806*****20: Prestador de servicio la sociedad IRMAOS MELO PUBLICIDADE LTDA ME, con número de identificación fiscal *****1, domiciliada en (C/.....2), Brasil.>>

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 graves y leves 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, a tenor del artículo 21 de la LSSI. Este precepto 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”

El apartado f) del Anexo de la LSSI, “Definiciones”, entiende por “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, el envío de comunicaciones comerciales que no reúnan alguno de los requisitos que exige el artículo 21 de la LSSI podría ser constitutivo de una infracción grave o leve de la citada norma tipificada, respectivamente, en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de la Ley 34/2002. Estos requisitos son, por una parte, que este tipo de comunicaciones haya sido expresamente autorizado, 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 38.3.c) de la LSSI, según redacción introducida por la Ley 9/2014, 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

Es necesario, en primer término, examinar la presunta cesión a terceros del número de teléfono del denunciante (*****TEL.1**) que él atribuye a la entidad QUALITY TELECOM, S.A.

El denunciante considera que la denunciada es responsable de haber cedido sus

datos de contacto a las empresas de las que está recibiendo los sms publicitarios sobre los que versa su denuncia y razona en tal sentido que ella era la “*empresa operadora*” de la llamada que hizo el 06/04/2013 al programa de “XXXXX”, número 806*****, y que desde esa fecha comenzó a recibir los mensajes publicitarios.

La Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), a propósito de la “*comunicación de datos*”, exige en su artículo 11.1, como regla general, el previo consentimiento del interesado para comunicarlos a un tercero: “*Los datos de carácter personal objeto del tratamiento solo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.*”

No obstante, el apartado 2 del artículo 11 dispensa, en diversos supuestos, de la obligación de recabar el consentimiento del titular para comunicar sus datos:

“2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso: a) Cuando la cesión está autorizada en una ley. b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público. c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique. d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas. e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos. f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica.”

En el escrito que el representante de QUALITY TELECOM, S.A., dirigió a la AEPD, y que tuvo entrada en este organismo el 26/12/2013, manifestó que no presta servicios telefónicos 80Y directa ni indirectamente a usuarios finales ni a prestadores de servicio; que es un operador de telecomunicaciones que presta el servicio de tránsito entre operadores de telecomunicaciones desde y hacia la red de Telefónica de España; y que no ha enviado al denunciante ningún mensaje publicitario ni encargado a terceros que se lo remitan.

Así pues, pese a lo declarado por el denunciante responsabilizando a la entidad denunciada de haber cedido a otras empresas su número de móvil, destinatario de las comunicaciones comerciales, no se han obtenido pruebas o indicios razonables que corroboren tal imputación. En definitiva, **no se ha podido confirmar que la denunciada hubiera facilitado el número de teléfono del denunciante a los responsables de los sms sobre los que versa su denuncia.**

En este sentido, 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, entre ellos el de presunción de inocencia, que impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo que acredite los hechos que motivan la imputación o la intervención en los mismos del presunto infractor.

Este principio debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones, pues 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.

Así, 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.”*

IV

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 define al *“prestador del servicio”*: como 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 AEPD)

El denunciante ha aportado a la AEPD documentación referente a 109 sms publicitarios sobre videncia y tarot que recibió en su teléfono móvil en los que se le instaba a llamar a números de tarificación adicional.

Como resultado de las actuaciones de investigación practicadas por la Inspección de Datos ante ORANGE, con quien el denunciante tiene contratado el servicio telefónico para el número destinatario de los sms (*****TEL.1**), la operadora ha confirmado la recepción en su número de línea de un total dieciséis sms, detallando también la fecha y hora de recepción del mensaje, el número de línea emisora y el operador al que pertenece.

Es sobre estos 16 sms, que están incluidos en la relación de ciento nueve sms sobre los cuales el denunciante ha aportado documentación a la AEPD, sobre los que se ha centrado la investigación de la Inspección de datos.

El texto de estos dieciséis sms evidencia que estamos ante comunicaciones comerciales en el sentido que atribuye a esa expresión el apartado f) del Anexo de la LSSI anteriormente transcrito, por lo que el envío de dichas comunicaciones está sometido a las disposiciones de la LSSI.

A fin de determinar la identidad de los responsables de la presunta infracción del artículo 21.1 de la LSSI la investigación se dirigió, en primer término, a los números de teléfono desde los que se emitieron los referidos dieciséis sms.

De acuerdo con la información facilitada por ORANGE, de los dieciséis mensajes un total de tres se enviaron desde líneas pertenecientes a Telefónica Móviles España, S.A.U., MOVISTAR: Número *****TEL.9**, mensaje enviado en fecha y hora 02/09/13 19:02; *****TEL.10**, mensaje del 09/09/13 17:33; y *****TEL.15**, mensaje de 14/11/13 12:32. Cinco mensajes desde líneas pertenecientes a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.: Número *****TEL.13**, mensaje enviado en fecha y hora 04/11/13 19:20; *****TEL.12**, mensaje del 29/10/13 12:05; *****TEL.14**, mensaje del 11/11/13 18:10; *****TEL.18**, mensaje del 25/11/13 09:21; y *****TEL.16** mensaje del 23/11/13 22:34. Y un sms desde una línea de ORANGE: *****TEL.19**, enviado en la fecha y hora 08/12/13 04:23.

Se hicieron requerimientos a estas tres operadoras para que informaran sobre la identidad del titular de los números de teléfono emisores de las comunicaciones publicitarias. MOVISTAR no ofreció información alguna, limitándose a manifestar que *"Consultadas sus base de datos (...) no nos constan datos de los números de teléfono indicados en las fechas señaladas"*.

VODAFONE respondió que las cinco líneas emisoras de los sms eran de prepago y facilitó el nombre, apellidos y número del documento identificativo de los cinco titulares (sobre este particular nos remitimos al punto 7 del Informe de Actuaciones de Investigación incorporado al Hecho Segundo de esta resolución). Sin embargo, VODAFONE no proporcionó un domicilio de contacto de los titulares de las líneas, pues siendo todas de prepago conforme a la Ley 25/2007 de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, no está incluido el domicilio entre los datos que preceptivamente se deben recabar del adquirente de una tarjeta prepago.

ORANGE informó del nombre y apellidos del titular de la línea emisora de un sms publicitario enviado al denunciante el 08/12/2013 que pertenece a esa compañía, advirtiendo que dos días después, el 10/12/2013, la línea cambió de titular.

De lo expuesto resulta que cada una de las dieciséis comunicaciones comerciales que ORANGE ha confirmado se hizo desde un número de móvil diferente por lo cual las conductas descritas, el envío de una comunicación comercial vía sms al móvil del denunciante sin su consentimiento, podrían ser constitutivas de una infracción leve por vulneración del artículo 21.1 de la LSSI, tipificada en el artículo 38.4.d) de la citada norma.

Tomando en consideración, por una parte, que el artículo 45 de la LSSI fija en seis meses el plazo de prescripción de las infracciones leves y, por otra, las fechas en las que tuvo lugar el envío de cada una de estas comunicaciones comerciales cuya recepción ORANGE ha confirmado, se concluye que la infracción de la LSSI en la que hubieran podido incurrir cada uno de los titulares de los números emisores de los sms

habría prescrito.

Por lo que hace referencia a los prestadores de servicios de tarificación adicional, se ha comprobado que los números 806 que se publicitan en los sms confirmados por ORANGE fueron asignados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) a APLICACIONES DE SERVEI MONSANT, S.L., (diez números) y a MAS VOZ COMUNICACIONES INTERACTIVAS, S.L., (tres números)

Solicitada información a Aplicacions de Servei Monsan, S.L., sobre los datos identificativos de los clientes que son titulares de esos diez números de tarificación adicional, manifestó que son las sociedades J.P.A. COMUNICACIONES, SAS, con domicilio social en Colombia; IRMAOS MELO PUBLICIDADE, LTDA, ME, con domicilio en Brasil; y Gabinete Parapsicológico Mistyc, S.L.

a) Sobre la responsabilidad derivada de la infracción de la LSSI en la que podrían haber incurrido J.P.A. COMUNICACIONES, SAS, e IRMAOS MELO PUBLICIDADE, LTDA, ME, debe advertirse lo siguiente. Estas sociedades no solo tienen su domicilio en Colombia y Brasil, respectivamente. Además no tenemos noticia de que estén establecidas en España ni en un Estado perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, ni que tengan un establecimiento permanente en España, ni tampoco que dirijan sus servicios específicamente al territorio español. Circunstancias relevantes porque son esos los aspectos que los preceptos de la LSSI relativos al ámbito de aplicación de la Ley 34/2002 (capítulo II del Título I) toman en consideración para delimitar qué conductas quedan sujetas a sus disposiciones.

Se transcriben a continuación las normas de los artículos 2 a 4 que tienen directa aplicación en el presente asunto:

Artículo 2 “Prestadores de servicios establecidos en España”:

“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 éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro 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.

Se considerará que un prestador opera mediante un establecimiento permanente situado en territorio español cuando disponga en el mismo, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad.

3. A los efectos previstos en este artículo, se presumirá que el prestador de servicios está establecido en España cuando el prestador o alguna de sus sucursales se haya inscrito en el Registro Mercantil o en otro registro público español en el que fuera necesaria la inscripción para la adquisición de personalidad jurídica.

La utilización de medios tecnológicos situados en España, para la prestación o el acceso al servicio, no servirá como criterio para determinar, por sí solo, el establecimiento en España del prestador.

4. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España estarán sujetos a las demás disposiciones del ordenamiento jurídico español que les sean de aplicación, en función de la actividad que desarrollen, con independencia de la utilización de medios electrónicos para su realización."

Artículo 3, "Prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo":

"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 7.1 y 8, esta Ley se aplicará a los prestadores de servicios de la sociedad de la información 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 a las materias siguientes: (..)

Artículo 4, "Prestadores establecidos en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo"

"A los prestadores establecidos en países que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 7.2 y 11.2.

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."

En consecuencia, la conducta de las sociedades J.P.A. COMUNICACIONES, SAS, e IRMAOS MELO PUBLICIDADE, LTDA, ME, no está sometida a la LSSI ni les vinculan las obligaciones que en ella se imponen por lo que no cabría exigirle responsabilidad sancionadora por infracción de sus disposiciones.

b) Respecto a la actuación de GABINETE PARAPSICOLÓGICO MISTYC, S.L., indicar que a la entidad le fue asignado el número de tarificación adicional 806****17 en relación con el cual ORANGE confirmó la recepción en el móvil del denunciante de un sms el 29/10/2013 a las 18:35 indicando como origen "*****".

Así pues, la conducta de esta entidad, que podría ser constitutiva de una presunta infracción leve de la LSSI tipificada en el artículo 38.4.d) de la citada norma, estaría prescrita por el transcurso del plazo que fija el artículo 45 de la citada norma.

V

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 vinculantes 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.

Por lo que concierne a la publicidad de este tipo de servicios, 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 a la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional (CSSTA) el control y seguimiento del cumplimiento del Código de Conducta. Por ello, en atención a las circunstancias que concurren en el asunto que es objeto de valoración en el expediente 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 que estime 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 presentes actuaciones.
- 2. Dar traslado a la CSSTA de la presente Resolución y del escrito de denuncia**
- 3. NOTIFICAR** la presente Resolución a **A.A.A.** y a **QUALITY TELECOM, S.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