



Expediente N°: E/07936/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 17/12/2013 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), remitido por la Autoridad Catalana de Protección de Datos, un escrito de **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que manifiesta que desde julio de 2013 está recibiendo en su número de móvil, *****TEL.1**, mensajes publicitarios no deseados sobre servicios de tarot que nunca ha solicitado y en los que se le insta a llamar a un número de tarificación adicional. Añade que al no facilitar los mensajes un medio para oponerse a ellos, con el objeto de poner fin a las comunicaciones comerciales, contactó telefónicamente con el número de tarificación adicional publicitado manifestando, sin éxito, su oposición a esos envíos.

Aporta fotografías de la pantalla del móvil con el texto de algunos de los mensajes en los que figuran los siguientes números de tarificación adicional: *****NÚMERO.1**, *****NÚMERO.2**. Facilita, asimismo, una relación de quince números de móvil distintos entre sí desde los que se enviaron los sms.

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, teniendo conocimiento de los siguientes extremos que se recogen en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproduce:

<<ANTECEDENTES

*Con fecha de 17 de diciembre de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de la Agencia Catalana de Protección de Datos, con el que remiten una denuncia de **A.A.A.** en la que declara:*

*Que desde julio de 2013, recibe mensajes SMS no solicitados en su teléfono móvil. La línea en la que recibe los mismos es *****TEL.1**.*

*El denunciante manifiesta que, con fecha 30 de octubre de 2013, solicitó no recibir más mensajes mediante una llamada al número 806*****, que se publicita en uno de los mensajes recibidos, no obstante ha seguido recibiendo.*

*El denunciante manifiesta que es titular de la línea *****TEL.1**, desde el 4 de julio de 2013.*

*Aporta copia de uno de los SMS recibidos, con fecha 7 de diciembre de 2013, en el que se publicita el número 806*****1.*

Con fecha 16 de enero de 2014, el denunciante aporta copia de los siguientes mensajes SMS recibidos en la citada línea:

Con fecha 7 de diciembre desde el número ***TEL.2.

Con fecha 20 de diciembre desde el número ***TEL.3.

Con fecha 22 de diciembre desde el número ***TEL.3

Con fecha 5 de enero desde el número ***TEL.2.

Aunque en la fecha de recepción de los SMS no consta el año, el denunciante ha anotado que los tres primeros son del año 2013 y el último del 2014.

ACTUACIONES PREVIAS

Con fecha 16 de junio de 2014, se inician las presentes actuaciones.

Con esa misma fecha se verifica que el número de teléfono que se publicita en el último mensaje recibido por el denunciante (806****1) pertenece al operador: APLICACIONES DE SERVEI MONSAN.

Así mismo se comprueba que el número ***TEL.2, desde el que se remite el citado mensaje, pertenece al operador: TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.

Con fecha 16 de junio de 2014, se solicita información a APLICACIONES DE SERVEI MONSAN sobre la titularidad del número 806****1, y de la respuesta recibida con fecha 30 de junio de 2014, se desprende que:

1. La prestadora del servicio de número 806****1, desde el 7 de octubre de 2013, es la sociedad IRMAOS MELO PUBLICIDAD LTDA ME, con número de Identificación Fiscal *****/0001-33, y con domicilio en (C/.....1), Brasil.
2. Aportan copia del contrato de "Prestación del Servicio de Red de Tarificación Adicional de Voz", de fecha 1 de agosto de 2008, suscrito con el prestador del servicio: IRMAOS MELO PUBLICIDAD LTDA ME.
3. Aportan copia de la última factura emitida a favor de la citada sociedad, con fecha 10 de junio de 2014, donde consta como NIF de IRMAOS MELO PUBLICIDAD LTDA ME, el *****-5.

Respecto a la titularidad del número remitente del mensaje: ***TEL.2, TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A., ha informado a esta Agencia que está contratado en modalidad de prepago, desde el 29 de noviembre de 2013, por **B.B.B.**, con número de pasaporte: ***Nº-PASAPORTE.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 artículo 43.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI) que atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos la competencia para sancionar por la comisión de infracciones leves y graves de los artículos 38.4.d) y 38.3.c) de la LSSI respectivamente.

II

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III

La denuncia que nos ocupa versa sobre los sms que el denunciante afirma haber recibido desde julio de 2013 en el número de teléfono *****TEL.1**. Obra en el expediente copia de algunos de los mensajes lo que permite comprobar que estamos ante *comunicaciones comerciales* en el sentido que atribuye a esta expresión el apartado f) del Anexo de la LSSI anteriormente transcrito, por lo que la conducta que se denuncia está sometida a las disposiciones de la Ley 34/2002.

Así, los mensajes –en los que una veces figura el nombre de “*Marta Pelayez*” y otras el de “*Montse*”- informan al receptor que tiene una sesión gratis de “Tarot” y le instan a llamar a un número de tarificación adicional. En el texto de los sms de los que el denunciante ha remitido copia a la Agencia constan los siguientes números de tarificación adicional: *****NÚMERO.1**, *****NÚMERO.2**, **806*****1**.

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 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:

(...)

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

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

Las investigaciones efectuadas por la Inspección de Datos de la AEPD se han centrado en el examen de la última comunicación comercial que el denunciante recibió, de fecha 05/01/2014. Se ha conocido que el número ***TEL.2, desde el que se le envió en esa fecha el mensaje publicitario, pertenece a la operadora Telefónica de España, S.A.U., quien ha informado que la línea se contrató en la modalidad de prepago el 29/11/2013 figurando como titular **B.B.B.** con número de pasaporte *****Nº-PASAPORTE.1** sin que se tenga conocimiento de un domicilio en el que pueda ser localizado.

En definitiva la investigación llevada a cabo por la AEPD no ha permitido localizar a la persona física que tiene la condición de prestador del servicio en relación a la comunicación comercial que el denunciante recibió el 05/01/2014, presunto responsable de una infracción de la LSSI, por lo 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 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.**

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