



Expediente N°: E/01701/2015

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **AIKOU TECNOLOGÍA LTDA**, en virtud de las denuncias presentadas en este organismo y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 22/01/2015 se reciben en la Agencia Española de Protección de Datos (en lo sucesivo, AEPD) los escritos de denuncia contra AIKOU TECNOLOGÍA, LTDA., (en lo sucesivo, AIKOU o la denunciada) que se relacionan a continuación:

A. El **denunciante 1** expone en su escrito que el 22/01/2015 recibe en su línea de móvil, sin su consentimiento, un sms informándole de que ha sido dado de alta en “*videosprohibidosXXX*”, pese a que ni ha solicitado la suscripción ni ha facilitado su número de móvil.

Aporta capturas de pantalla del terminal relativas a dos sms recibidos en los que no existe fecha. Uno de ellos con el siguiente texto: “*Info GRATIS: suscripción ok! Contenido en www.videosprohibidosXXXX.com. Precio 6.05 Eur/sem (IVA incl.) renov.autom. +info 900******”.

El otro, que manifiesta haberlo recibido después de gestionar ese mismo día, el 22/01/2015, la baja en la suscripción dice: “*La baja de Videos Prohibidos XXX se ha hecho. Desde 2015/01/22 no recibirá más cargos por este concepto +info: 900***** o@videosprohibidosXXX.com*”

B. El **denunciante 2** expone en su escrito de denuncia que el 19/12/2014 ha recibido en su terminal móvil, sin su consentimiento y sin que haya facilitado su número de teléfono para dicho tratamiento, un sms informándole de que ha sido dado de alta en la suscripción de “*videosprohibidosXXX*”. El texto del sms que recibe es idéntico al que recibió el denunciante 1.

Añade que en la factura del teléfono han incluido cuatro cargos de 6,05 € cada uno con fechas distintas. También, que el 21/01/2015 contactó con AIKOU para conocer el origen de su número de teléfono objeto de tratamiento y que la denunciada le explicó que no existe formulario de registro de alta en el que se recojan datos personales sino que la captación del número de móvil se hace con ocasión de navegar por internet a través del móvil.

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 22 de enero de 2015 tiene entrada en esta Agencia escrito de los denunciados cuyos datos identificativos se adjuntan a este Informe, en los que se pone de manifiesto los siguientes hechos:

Los denunciados manifiestan haber recibido en sus terminales móviles un mensaje SMS con el siguiente contenido "INFO:susc. OK ; Contenido en www.videosprohibidosxxx.com precio 6.05Eu/sem(IVAincl.) renov.autom +info900*****"

Uno de los denunciados manifiesta haber recibido el citado mensaje el 19/12/2014 y cargos en su factura de telefonía móvil en fechas 19, 26 de diciembre de 2014 y 2 y 9 de enero de 2015. Asimismo manifiesta haber contactado con la empresa donde le informan que al navegar por internet a través del móvil y clicar en un banner publicitario obtienen el número de móvil y le dan de alta en la suscripción.

En la documentación remitida por ambos denunciados no consta el número de origen del SMS.

ACTUACIONES PREVIAS DE INSPECCIÓN

1. Tal y como consta en el página web www.videosprohibidosxxx.com la titular de los productos y servicios es AIKOU TECNOLOGIA LTDA, empresa brasileña ubicada en Brasil. En la web consta a efectos de notificaciones la dirección (C/.....1) en Madrid.
2. Con fecha 22 de octubre de 2015, se personan dos inspectores en la mencionada dirección donde se comprueba la existencia del Centro de Negocios ATRIUM, el cual les confirma que la sociedad AIKOU TECNOLOGIA es una empresa brasileña y que sus empleados se encuentran en Brasil, aunque mantienen en España la dirección del Centro de Negocios para la recogida y posterior envío de comunicaciones.
3. Con fecha 27 de octubre de 2015 se remite solicitud de información a AIKOU TECNOLOGIA LTDA, al domicilio que figura a efectos de notificaciones en Madrid y en fecha 4 de noviembre se recibe escrito de contestación de la compañía en los siguientes términos: "Informamos que nuestra empresa es brasileña, teniendo únicamente una dirección española a efectos de Notificaciones. Para cualquier consulta se pueden poner en contacto con la Agencia Española de Protección de Datos que opere en Brasil".
4. Tal y como consta en las Bases de Datos de numeración de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la línea número 900***** es propiedad de ORANGE ESPAGNE SAU.
5. Con fecha 10 de noviembre de 2015 se solicita información a ORANGE ESPAGNE SAU respecto de la titularidad de la línea 900***** y, con fecha 17 de noviembre se recibe escrito de contestación donde la entidad nos informa que dicha línea está activa actualmente asociada a la empresa JET MULTIMEDIA ESPAÑA SA.
6. Con fecha 20 de noviembre de 2015 se solicita información a JET MULTIMEDIA ESPAÑA SA respecto de la utilización de la línea 900***** para el envío de los mensajes SMS objeto de la denuncia. Dicha compañía, en escrito de fecha de



registro de entrada 1 de diciembre de 2015 nos informa que la titularidad de dicho número corresponde efectivamente a AIKOU TECNOLOGIA LTDA ubicada en Brasil.>>

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora 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

De lo manifestado por los denunciantes 1 y 2 en sus respectivos escritos de denuncia queda patente que **los únicos datos que les conciernen que fueron tratados por AIKOU** sin su consentimiento **son sus respectivos números de teléfono móvil en los que recibieron sendos sms que les informaban que habían sido dados de alta en la página web *videosprohibidosXXX***".

La LOPD se ocupa en su artículo 2.1 del ámbito objetivo de aplicación y dispone que *"La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado"*. A su vez, el artículo 3.a, de la LOPD define *"dato de carácter personal"* como *"cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables"*. (El subrayado es de la AEPD)

El Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD), en su artículo 5, apartados f) y o), define *"dato de carácter personal"* y *"persona identificable"* en los siguientes términos:

"Datos de carácter personal: Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables".

"Persona identificable: toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados."

De estos preceptos se deduce que una determinada conducta quedará sujeta a la LOPD si concurre un doble requisito: La existencia de un tratamiento de datos y que los datos se refieran a una persona física identificada o identificable.

A propósito de la necesidad de que el tratamiento verse sobre un *"dato de carácter personal"* -en el sentido en que lo define la Ley Orgánica 15/1999 y su norma reglamentaria de desarrollo- para que esté comprendido en el ámbito objetivo de

aplicación de la LOPD nos remitimos a la Doctrina de la Audiencia Nacional –Sala de lo Contencioso Administrativo- que, en esta materia, ha considerado que **el número de teléfono, desprovisto de otros elementos que permitan la identificación de su titular, no tiene carácter de dato personal.**

Doctrina jurisprudencial se recoge, entre otras, en la SAN de 16/11/2005, en la que el Tribunal indicó: <(…)la llamada automática efectuada al domicilio del denunciante, sin intervención humana alguna, de forma aleatoria, sin que se conociera el titular de ese teléfono y sin que en la misma se hiciera mención alguna tampoco a datos personales del destinatario, pueda ser definida como tratamiento de datos de carácter personal en los términos establecidos en el indicado artículo 3.d) de la LOPD, ya que en ningún momento ha habido tal recogida, grabación, conservación o elaboración de los mismos. Simplemente ha existido una llamada telefónica de las características expuestas, pero en la misma no se ha producido el tratamiento de datos personales del recurrente, ya que ni siquiera se conocía por la autora el titular ni domicilio de ese número de teléfono, ni en esa grabación había referencia alguna tampoco a datos personales del destinatario, sino que era meramente publicitaria. Por ello (...) esa inclusión en su fichero del número de teléfono del denunciante en los términos que lo hizo la actora, (...) no es un dato de carácter personal según el concepto definido en el artículo 3.1.a) de la LOPD –cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, puesto que no se contiene en sus archivos automatizados los nombre de sus titulares, sino simplemente esos números de teléfonos tomados en guías telefónicas de acceso público, sin otros datos asociados a los mismos.>> (El subrayado es de la AEPD)

Idéntico criterio siguió la SAN de 17/09/2008 que señala: <<Es claro que un número telefónico asociado a un nombre y apellidos es un dato de carácter personal pues nos proporciona información sobre una persona identificada. Es más, el propio número de teléfono, sin aparecer directamente asociado a una persona, puede tener la consideración de dato personal si a través de él se puede identificar a su titular. En el presente caso la Agencia Española de Protección de Datos no ha razonado, y menos ha acreditado, que a través del número de teléfono móvil se haya identificado al titular del mismo o que a partir del citado número fuese posible tal identificación, de forma que el citado número de teléfono ayuno de otras circunstancias que identifiquen o pudiesen permitir identificar al titular del mismo impide que pueda encajarse en la definición legal de dato de carácter personal.>>(El subrayado es de la AEPD)

En el presente caso, los denunciante 1 y 2 **no han aportado a la AEPD con sus denuncias ningún indicio del que se infiera que AIKOU pudo haber conocido y tratado alguno de sus datos de carácter personal**, pues, como ya hemos señalado, los denunciante se refieren únicamente al tratamiento del número de teléfono móvil.

Es más, los denunciante ni siquiera han facilitado a la AEPD los números de teléfono desde los que recibieron los sms a los que se refieren en sus respectivas denuncias.

Así pues, pese a que los denunciante 1 y 2 manifiestan que no han consentido el tratamiento que AIKOU ha hechos de su número de teléfono –tratamiento materializado en el sms que recibieron informándoles del alta en la página web- habida cuenta de que esos datos –los números de teléfono por sí solos- **no tienen naturaleza**



de datos de carácter personal, la conducta que se denuncia no vulnera la LOPD ni puede constituir una infracción del principio del consentimiento recogido en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, precepto que dispone: “El tratamiento de datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”.

Esa misma razón, que el dato objeto de tratamiento no es un dato de carácter personal en el sentido en que éste se define por el artículo 3.a) de la LOPD, lleva a concluir que la obtención por AIKOU del número de teléfono del denunciante 2 con ocasión de la navegación por internet a través del móvil –y sin perjuicio de que ese extremo no haya podido ser confirmado por la Inspección de Datos de la AEPD- en ningún caso podría entrañar una infracción del artículo 4.7 de la LOPD, precepto que *“prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos”.*

Así pues, dado que no existen indicios razonables de que la denunciada conociese algún dato de los denunciantes adicional al número de teléfono, lo que hubiera permitido su identificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.1 de la LOPD, **hemos de concluir que los hechos denunciados exceden del ámbito objetivo de aplicación de la LOPD y, por tanto, de la competencia que la AEPD tiene atribuida por la Ley Orgánica 15/1999.**

Consideraciones que deben conectarse con la vigencia en nuestro Derecho Administrativo sancionador -con alguna matización pero sin excepciones- de los principios que inspiran el Derecho Penal, entre ellos el de presunción de inocencia, que ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones. Esto, porque el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en sus diversas manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones.

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.”*

En definitiva, el principio de presunción de inocencia 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.

Sin perjuicio de lo expuesto les informamos que este organismo procede a dar traslado de las denuncias y de la presente resolución, a los efectos oportunos, a la Unidad Técnica de Policía Judicial de la Guardia Civil.



Finalmente, en relación con el denunciante 2, y por lo que atañe a las irregularidades que presenta la facturación del servicio telefónico contratado, le informamos que sobre esa materia puede formular reclamación ante los órganos administrativos o judiciales competentes, al exceder del ámbito competencial de esta Agencia. Tras presentar reclamación por esos hechos ante la operadora de telefonía con la que tiene contratado el servicio, en el caso de no recibir respuesta o cuando la misma no le satisfaga, podrá someter la cuestión debatida al conocimiento de las Juntas Arbitrales de Consumo o presentar reclamación ante la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, siguiendo el procedimiento que se detalla en el sitio web del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, <http://www.usuariosteleco.es>.

III

Por cuanto antecede, toda vez que de la investigación no se han obtenido indicios razonables de la existencia de un tratamiento de datos de carácter personal de los denunciantes por parte de AIKOU, corresponde acordar el archivo de las actuaciones de investigación practicadas.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **AIKOU TECNOLOGIA LTDA junto con el anexo 1 y a los Denunciantes 1 y 2 junto con los anexos 2 y 3, respectivamente.**

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 la Directora 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.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos