



Expediente N°: E/02168/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 14/03/2014 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), remitido por la Asociación Familiar para la Orientación del Consumo de Euskadi, un escrito de doña **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que expone que el 31/01/2014 recibió en su móvil un sms con la siguiente leyenda "*¡¡Aimame urgente por favor ******".

Manifiesta que en la creencia de que el sms era de un familiar marcó la rellamada, pero colgó de inmediato cuando escuchó la información sobre su coste, pese a lo cual su operador, MOVISTAR, le ha facturado 0,91 € por dicha llamada y le ha informado que la titular del número *****TEL.1** es **TELECOMING CONNECTIVITY, S.A.**, (en lo sucesivo, TELECOMING o la denunciada)

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, por la Subdirección General de Inspección de Datos se efectuaron actuaciones de investigación dirigidas al esclarecimiento de los hechos denunciados teniendo conocimiento de los siguientes extremos que se reflejan en el Informe de de Actuaciones Previas de Investigación que reproducimos:

<< ANTECEDENTES

*Ha tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), con fecha de 14 de marzo de 2014, escrito de la Asociación Familiar para la Orientación del Consumo de Euskadi a instancias de D^a **A.A.A.** (en adelante la denunciante), trasladado por la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional, y subsanación del mismo, con fecha de 22 de abril de 2014 en el que denuncia al prestador de servicios de tarificación adicional TELECOMING CONNECTIVITY, S.A. por los hechos que a continuación se exponen.*

*Que es titular de la línea prepago con número *****TEL.2** del operador Telefónica Móviles España, S.A. (Movistar).*

Que a las 16 del día 31 de enero de 2014 recibe el siguiente mensaje de texto en dicho móvil '¡¡Aimame urgente por favor ******'. Pensando que se trataba de un SMS de un familiar realizó una rellamada, escuchado una locución que le indicaba que el servicio tenía un coste cercano a los 2 euros, por lo que cuelga de inmediato. Que el remitente del citado mensaje es el n^o *******.*

Que a las 16:05 horas del 1 de febrero de 2014 contacta con el Servicio de Atención al Cliente 1004 de Movistar donde le informaron que se me había facturado la



cantidad de 0,91 euros por la rellamada. Asimismo, le indican que el número ***** pertenecía a la empresa Electronic Globe Telecom. Sin embargo, a través de la web de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) ha podido comprobar que el número está asignado a TELECOMING CONNECTIVITY, S.A. Asimismo, ha comprobado que en internet existentes denuncias de otras personas afectadas.

Aporta fotografías del terminal receptor del mensaje, siendo la calidad de las mismas bastante deficiente, pero se observa el mensaje "IIAimame urgente por favor" ***** la fecha 31 de enero de 2014.

Con fecha de 16 de mayo de 2014, se procede a la asignación de las presentes actuaciones con referencia E/2168/2014 al inspector que suscribe el presente informe.

ACTUACIONES PREVIAS DE INSPECCIÓN

- 1 La Inspección de Datos ha verificado que en la página web de la CMT <www.cmt.es> consta que el operador propietario del número ***** es la compañía TELECOMING CONNECTIVITY, S.A. UNIPERSONAL. Según se detalla en la Diligencia de fecha 16 de mayo de 2014.
- 2 En el Registro General de Protección de Datos figura inscrito el fichero denominado "CLIENTES", con el código ***COD.1, siendo responsable la compañía TELECOMING CONNECTIVITY, S.A. Dichas circunstancias constan en la Diligencia de fecha 13 de junio de 2014.
- 3 La Inspección de Datos ha comprobado que consta información en internet del número de línea ***** sobre comentarios y denuncias de diversas personas que manifiestan que han recibido llamadas, que cuelgan para que se les llame, y mensajes de texto SMS, indicando que se les llame, y que está clasificado como no fiable y como estafa. Dichas circunstancias constan en la Diligencia de fecha 20 de mayo de 2014.
- 4 La Inspección de Datos se ha puesto en contacto con el nº de línea ***** que es atendida por una alocución, muy rápida, que informa de lo siguiente: Servicio prestado por KWAK Telecom LTD apartado de correos ***** Madrid precio máximo de la llamada desde un teléfono fijo 1,46€ y desde teléfono móvil 2,01€ iva incluido. Según se especifica en la Diligencia de fecha 20 de mayo de 2014.
- 5 La Sociedad Estatal Correos y Telégrafos ha informado a la Inspección de Datos, con fecha de 9 de junio de 2014, que el titular del Apartado de Correos ***** Madrid, es la empresa TELECOMING CONNECTIVITY, S.A. desde el 7 de febrero de 2014.
- 6 La compañía Telefónica Móviles España, S.A.U. ha comunicado a la Inspección de Datos, con fecha de 13 de junio de 2014, que el número de línea ***TEL.2 recibió el día 31 de enero de 2014 dos SMS:
 - A las 10:09:17 horas de un número llamante de una línea de Movistar cuyo titular es un particular.
 - A las 12:49:03 horas del número llamante ***** cuyo origen MT TM desde CMC O2 UK (REINO UNIDO).
- 7 De las actuaciones realizadas por la Inspección de Datos en las instalaciones de TELECOMING CONNECTIVITY, S.A., el día 12 de junio de 2014, y del escrito remitido por dicha compañía, el día 13 de junio de 2014, se desprende lo siguiente:
 - El objeto social de la empresa es la prestación de servicios de



telecomunicaciones como: operador de red inteligente, servicios de valor añadido tanto para números fijos como móviles y servicios de voz. También ofrecen el servicio de plataforma para la conectividad con los distintos operadores de servicios de SMS. La denominación anterior de la empresa era EG TELECOM, S.A. hasta febrero de 2013.

- Entre sus clientes se encuentra la empresa KWAK TELECOM GERMANY GMBH (en adelante KWAK TELECOM), número de IVA intracomunitario DE ******, con domicilio en (C/.....1) (Alemania), con la que han suscrito un contrato de prestación de servicios de tarificación adicional de voz 80X – 905, con fecha de 1 de enero de 2012. Dicho contrato tipo ha sido aprobado por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información.

Entre los números de línea incluidos en dicho contrato se encuentra el ******, de fecha de alta el 17 de septiembre de 2012 y operativo hasta la actualidad, según factura aportada de los servicios de enero de 2014. Por lo que todo lo relacionado con el uso y gestión de la línea ****** es realizada por la empresa que titular de la misma, TELECOMING CONNECTIVITY **no interviene en ningún aspecto de los servicios prestados a través de dicha línea.**

Hasta la fecha no tenían constancia de reclamación o irregularidad en los servicios relacionados con la línea ******.

- TELECOMING CONNECTIVITY es titular del Apartado de Correos ***** de Madrid, dicho Apartado de Correos lo ofrece a sus clientes que no tienen presencia física en España, entre los que se encuentra KWAK TELECOM.
- Se ha comprobado en los Sistemas de Información que gestionan los servicios de los clientes que **no se han enviado mensajes SMS** al número *****TEL.2** a través de cualquiera de los servicios de conectividad SMS de la compañía desde el 1 de enero de 2014 hasta el día de hoy. Los representantes de TELECOMING CONNECTIVITY manifiestan que los mensajes que hayan sido recibidos en dicho número no han sido enviados a través de la plataforma de la empresa.
- También, se ha verificado que desde el número **0034***TEL.2** se realizó una llamada al número *****TEL.1** el día 31 de enero de 2014 a las 18:18 horas con una duración de 13 segundos.
- La compañía confirma que el SMS recibido por la denunciante no fue enviado a través de su plataforma técnica y por tanto desconocen cualquier detalle relacionado en el mismo.

Añaden que **técnicamente es posible modificar el número del remitente** desde el que se envía un SMS lo que podría explicar que el envío del SMS objeto de inspección tenga por remitente el número ******. En este caso, la empresa que haya realizado el envío de dicho SMS a través de una empresa que facilite el envío de SMS de tipo “push” podría haber configurado este número como remitente del mismo. Una prueba de lo anterior es la existencia de SMS push de tipo publicitario en el que el remitente es un texto que identifica a la empresa/marca que realiza el envío. Esta facilidad de incorporar un remitente de tipo alfanumérico sería la utilizada para que en lugar del número de línea móvil real desde la que se realizó este envío aparezca otro número con la intención de que el receptor crea que de verdad tuvo una llamada perdida.

Las líneas 905 sirven exclusivamente para la recepción de tráfico de voz, siendo imposible su utilización como emisor de SMS. Sólo recurriendo a la manipulación podría aparecer de forma artificial un número perteneciente a este rango como



remitente de una llamada.

- *La compañía TELECOMING CONNECTIVITY, S.A. cuando tiene conocimiento a través de un organismo oficial o de los órganos judiciales o de las fuerzas y cuerpos de seguridad de irregularidades o posible fraude en el uso de una línea proceden a la suspensión de la misma.>>*

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

El envío de publicidad a través de medios electrónicos requiere que haya sido previamente autorizado o consentido. Así lo establece el artículo 21 de la LSSI. Este precepto, además, obliga 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 en todo caso la posibilidad de oponerse a estos envíos a través de una dirección electrónica válida.

El artículo 21 de la LSSI, según redacción introducida por la Ley 9/2014 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”



La reforma operada en la LSSI por la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, a través de su Disposición Final Segunda, ha dado una nueva redacción al artículo 38 que tipifica en el apartado 3.c) 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** califica como 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”**

Por su parte, 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”*. El apartado c) del Anexo de la Ley 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”

A su vez el apartado f) del Anexo define *“Comunicación comercial”* como *“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.”

III

La denuncia que examinamos versa sobre el envío al móvil de la denunciante (*****TEL.2**), sin su consentimiento, de un sms del que considera responsable a la entidad TELECOMING CONNECTIVITY, S.A., toda vez que su operador de telefonía (Telefónica de España, S.A.U.) le ha informado que es esa la empresa titular del número *****TEL.2**; número que figura tanto en el texto del sms que la denunciante recibió el 31/01/2014 pidiéndole que llamará con urgencia como en la pantalla de su terminal móvil, en calidad de emisor del citado sms, tal y como lo acredita la impresión de pantalla del terminal que la denunciante ha facilitado a la AEPD en el curso de las

investigaciones practicadas.

En principio, algunos de los resultados de la investigación realizada por la AEPD parecen corroborar la hipótesis de la denunciante que atribuye la responsabilidad de los hechos que denuncia a TELECOMING.

Así, los Inspectores de la Agencia verificaron que según la página web de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), anteriormente Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), el operador propietario del número ***** es la sociedad TELECOMING CONNECTIVITY, S.A., Unipersonal, entidad que, además, tiene inscrito en la AEPD un fichero denominado “Clientes”.

La Inspección de la AEPD ha verificado también que al realizar una llamada al número citado se escucha una alocución que informa que el servicio lo presta “KWAK Telecom LTD” con apartado de correos *****, **de Madrid** y que, según información ofrecida por la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, es precisamente TELECOMING CONNECTIVITY, S.A. la titular de ese apartado de correos. Se añade a lo anterior que las investigaciones realizadas en la sede de esta compañía revelan que entre sus clientes se encuentra la empresa KWAK TELECOM GERMANY GMBH, con domicilio en Alemania, con la que tiene suscrito un contrato de prestación de servicios de tarificación adicional y que entre los número de línea incluidos en dicho contrato, cuyo uso y gestión realiza ella en exclusiva, figura el número *****.

No obstante, las investigaciones llevadas a cabo por la AEPD también ponen de manifiesto otros hechos especialmente significativos que conducen a una conclusión radicalmente distinta acerca de la identidad del sujeto responsable de la infracción.

Por una parte, si bien Telefónica de España, S.A.U., operador que presta el servicio telefónico a la denunciante ha confirmado que en su número de móvil (*****TEL.2**) se recibieron el 31/01/2014 dos sms, uno de ellos a las 12.49:03 horas del número llamante ***** , cuyo origen es MT TM desde CMC 20UK; por otra, durante la inspección practicada en la sede de TELECOMING se comprobó que en el periodo examinado (desde el 01/01/2014) en los Sistemas de Información que gestionan los servicios de sus clientes no constaba haber enviado ningún sms al número de móvil de la denunciante.

Es más, TELECOMING confirmó a los Inspectores de la AEPD que el sms que la denunciante recibió, del que trae causa la presente denuncia, no fue enviado desde su plataforma técnica.

La denunciada ha informado que las líneas 905 (como lo es la línea de la que ella es titular y que aparece en el sms recibido por la denunciante) sirven exclusivamente para la recepción de tráfico de voz, por lo que **es imposible que el citado número sea emisor de un sms.**

La Resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 04/12/2008, por la que se atribuye el código telefónico 905 a la prestación de servicios de tarificación adicional, en su apartado Primero.1, “Rangos de numeración utilizables y modalidades de prestación del servicio de llamadas masivas”, dispuso que el código 905, atribuido por el Plan de numeración telefónica al servicio de llamadas masivas, se utilizará para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en la recepción de llamadas masivas.

Estableció que dicho código se organiza en función de la cuarta cifra marcada por el usuario llamante, recogiendo en una tabla las distintas modalidades del servicio en



función de los rangos de numeración definidos en ella. En dicha tabla se recoge que cuando la cuarta cifra sea un “5” el servicio se clasifica en la modalidad de “Entretenimiento y usos profesionales”. Añade que los rangos de numeración definidos en la tabla sólo se podrán utilizar para la prestación de servicios de tarificación adicional basados en la recepción de llamadas masivas, especificando el apartado tercero de la Resolución que la modalidad “*Entretenimiento y usos profesionales*” es un servicio de VOZ.

III

Así las cosas, si bien ha quedado acreditado que en el teléfono móvil de la denunciante se recibió en fecha 31/01/2014 un sms sin su consentimiento, conducta que vulnera el artículo 21.1 de la LSSI y es subsumible como infracción leve en el tipo sancionador del artículo 38.4.d) de la citada norma, lo cierto es que no se ha llegado a identificar a la persona física o jurídica que tiene la condición de prestador del servicio en relación a la comunicación comercial que la denunciante recibió en su móvil ni se han obtenido evidencias o indicios que constituyan una prueba de cargo de la responsabilidad que se atribuye a TELECOMING en los hechos denunciados.

En este orden de ideas 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, teniendo plena virtualidad el principio de presunción de inocencia, que debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones. Esto, porque 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.

En tal sentido 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.”*

Como ha precisado el Tribunal Supremo en STS de 26 de octubre de 1998 la vigencia del principio de presunción de inocencia *“no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados – no puede tratarse de meras sospechas – y tiene que explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al*

estimar que la actividad probatoria pueda entenderse de cargo.”

Por su parte el Tribunal Constitucional en STC 24/1997 ha manifestado que *“los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:*

- a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.*
- b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras).”*

A la luz de las consideraciones precedentes, habida cuenta de que las investigaciones llevadas a cabo no han permitido hallar evidencias o indicios suficientes de la responsabilidad de TELECOMING en los hechos que se denuncian, al amparo del principio 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, se debe acordar el archivo de las actuaciones practicadas.

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 **TELECOMING CONNECTIVITY, S.A.** 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