



Expediente Nº: E/01581/2007

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **GRUPO ITOUCH MOVILISTO ESPAÑA, S.L., MD TELEPROMOCIONES, SL, MOVILISTO, FROGGIE, S.L. e INTERBAND LLC**, en virtud de denuncia presentada ante la misma por **D. M.M.M.** y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 07/11/2007 tuvo entrada en esta Agencia un escrito remitido por D. M.M.M., (en lo sucesivo el denunciante), en el que denuncia la vulneración del artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI), al haber recibido un mensaje "SMS" con contenido publicitario en el número de teléfono móvil ##### el día 4 de octubre de 2007, sin que dicho envío hubiera sido solicitado ni autorizado previamente.

El contenido del mensaje publicitario recibido, cuyo remitente le ha sido imposible identificar, tenía el siguiente texto: "Publ: Hemos registrado 3 premios sin reclamar de Septiembre 2007 en tu numero de movil. Para recibirlos envía GO al ###. NEXUS EL.2/smsMin7 #####B. Desde: ### 18: 05 4- OCT.07."

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1) Se comprueba que el número corto ### desde el que se ha remitido el SMS corresponde a MOVILISTO. Dicha entidad con fecha de registro de entrada en esta Agencia de 01/02/2008 manifestó lo siguiente:

"El remitente del mensaje comercial recibido por el reclamante en su teléfono móvil, y enviado a través del número corto "###", no es GRUPO ITOUCH MOVILISTO ESPAÑA, S.L., sino la mercantil MD TELEPROMOCIONES, S.L., quien ostenta el uso de dicho número corto en virtud del contrato que adjuntamos como Anexo I.

De acuerdo con lo establecido en el citado contrato, GRUPO ITOUCH MOVILISTO ESPAÑA, S.L. se limita a poner a disposición del comercializador, MD Telepromociones, diferentes números cortos, prestando la asistencia técnica que habilita al propio comercializador a ofrecer sus servicios SMS a terceros.

A la vista de lo anterior, les confirmamos que GRUPO ITOUCH MOVILISTICO ESPAÑA, S.L. no ha remitido comunicación comercial alguna al número #####".



2) Con fecha 14 de marzo de 2008 se recibe escrito en esta Agencia de la entidad MD TELEPROMOCIONES, S.L. señalando que: *“esta empresa ha limitado su intervención a su condición de PROVEEDOR DE ACCESO, en los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, esto es, como mero prestador de un servicio de intermediación, facilitando el acceso a la red al destinatario del servicio, sin que por su parte se hayan originado la transmisión, modificado los datos, o seleccionado éstos o los destinatarios de dichos datos, (...)”*, añadiendo que el destinatario de su servicio es la empresa denominada FROGGIE, S.L.

3) Puestos en contacto telefónico con FROGGIE, S.L. al objeto de informar sobre la realización de una inspección a la misma por parte de los servicios de Inspección de Datos de esta Agencia, el representante de dicha sociedad manifestó que respecto del número ### dicha sociedad actúa como intermediario, procediendo a identificar a la entidad INTERBAND LLC, con domicilio social en (.....), como aquella con la que tenía contratada la asignación del número ###.

FROGGIE, S.L. ha aportado copia del “Contrato Servicios SMS Premium” suscrito con INTERBAND LLC con fecha 29 de junio de 2006, en el que consta *“Que la entidad INTERBAND LLC, en adelante el PROVEEDOR DE CONTENIDO tiene intención de promocionar y comercializar contenidos dirigidos a los usuarios de teléfonos móviles, utilizando los productos y servicios ofrecidos por el GATEWAY”,* , refiriéndose a FROGGIE S.L., figurando en la segunda estipulación de dicho contrato que *“El GATEWAY a los efectos del presente contrato asignará al PROVEEDOR DE CONTENIDO el número o números y alias que sean solicitados, de acuerdo con las condiciones que se establecen en el presente contrato.”*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo establecido en el artículo 43.1, párrafo segundo, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI).

II

En el ámbito comunitario, el sistema de garantías en el tratamiento de datos personales en el sector de las telecomunicaciones se articula en torno a una disposición de naturaleza horizontal, como es la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y a una norma sectorial que, en este momento, es la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la



privacidad y las comunicaciones electrónicas).

La relación entre ellas aparece claramente delimitada en el artículo 1.2 de la Directiva 2002/58/CE, en el que se explicita su carácter sectorial y complementario al señalar que sus disposiciones *“especifican y completan la Directiva 95/46/CE”*.

El considerando 40 de la Directiva 2002/58/CE indica lo siguiente:

“Deben ofrecerse garantías a los abonados contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, especialmente a través de llamadores automáticos, faxes y mensajes de correo electrónico, incluidos los SMS ... Se justifica, para este tipo de comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, la exigencia de obtener el consentimiento expreso previo de los receptores antes de que puedan dirigírseles comunicaciones de esta índole ...”.

El contenido de las citadas Directivas se transpone a nuestro ordenamiento jurídico, para el caso que nos ocupa, mediante la LSSI.

III

El artículo 21 de la LSSI 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.”

IV

El artículo 2 de la LSSI indica:

“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.”

V

En el presente caso, INTERBAND LLC, entidad que aparece como contratante del número corto para el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales a través del sistema de comunicación SMS, se encuentra fuera del territorio español y comunitario. Tampoco hay evidencias de que existan agentes o sucursales que actúen en su nombre en España.

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 **D. M.M.M.** con domicilio en (C/.....).

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.



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.

Madrid, 31 de marzo de 2008

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte