



Expediente N°: E/01100/2007

## RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **GRUPO INTOUCH MOVILISYO ESPAÑA S.L.**, en virtud de denuncia presentada ante la misma por **DON M.M.M.**, y en base a los siguientes,

### HECHOS

**PRIMERO:** Con fecha 17 de agosto de 2007, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Don M.M.M. (en lo sucesivo el denunciante), en el que denuncia que el 13 de julio de 2007 (11:31 h) recibió en su teléfono móvil un mensaje SMS, con origen en el número ##### con el siguiente contenido:

*GRATIS! Cohoneee...El Cateto de Veranita canta tu nombre cuando te llaman. Solo hoy a 0 euros. Consíguelo! Suscríbete (0.3e) Envía ALTA PLAYITA y tu nombre al #####.*

En fecha 29 de julio de 2007 (19:16 h) recibe en su teléfono móvil un mensaje SMS con origen en el número ##### con el siguiente contenido:

*GRATIS! La canción de TATA GOLOSA arrasa este Veranita! SOLO HOY te la regalamos con tu Nombre por 0 Euros! Suscríbete (0.3e) Envía ALTA TATA y tu nombre al #####.*

Manifiesta el denunciante que nunca y bajo ningún concepto ha comunicado a MOVILISTO su número de teléfono móvil, ni ha autorizado el envío de ningún tipo de mensajes comerciales a dicha empresa.

**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. De la información recabada durante la visita de inspección realizada en la sede de



Movilisto, en fecha 8 de octubre de 2007, se desprende lo siguiente:

- La actividad de la entidad consiste en la negociación, mediación, comercialización y venta de servicios y productos de entretenimiento digital en el ámbito de la telefonía móvil. Entre dichos servicios se encuentra la provisión de servicios, ya sea por suscripción o por venta directa, de contenidos multimedia, como los tonos de aviso, logos, etc.
- Dichos servicios son prestados por la entidad a través de unos 80 números cortos, entre los que se encuentran el ##### y el #####B.
- Movilisto aporta copia del contrato suscrito con Vodafone España, S.A. para el envío de alertas Premium. Así mismo aporta la impresión de la asignación de los citados números cortos a la entidad, según consta en la información publicada a través Internet por AESAM (Asociación de Empresas de Servicios a Móviles).
- Para la captación de clientes se realizan campañas promocionales en prensa y televisión. A modo de ejemplo, los representantes de la entidad aportan un ejemplar del número 751 de la revista “Super POP”, que contiene promoción tanto de los servicios del ##### como del #####B en las páginas números 23 y 75 respectivamente.
- Así mismo MOVILISTO informa que remite mensajes cortos SMS promocionales. El origen de los datos de los destinatarios de dichos mensajes se extrae de los ficheros de quienes han solicitado anteriormente servicios a la entidad.
- Entre las promociones realizadas se encuentran las denominadas “El Cateto del Veranillo” y “Tata Golosa”.

2. Se realizaron las siguientes comprobaciones en los sistemas de información de la entidad:

- Se buscó en la tabla que, según los representantes de la entidad, contiene los mensajes enviados para la promoción de los servicios del número #####, encontrándose dos mensajes remitidos al número de teléfono #####X, relacionados el primero de ellos con la campaña “El Cateto del Veranillo”, remitido el 12 de julio de 2007 a las 20:41, y el segundo con la campaña “Tata Golosa”, remitido el 29 de julio de 2007 a las 19:54. El texto del primero de los mensajes era:

*GRATIS! Cohonee... El Cateto de Veranito canta tu nombre cuando te llaman. Solo hoy a 0 euros. Consíguelo! suscríbete (0.3e) Envía ALTA PLAYITA y tu nombre al #####.*

El texto del segundo de los mensajes era:

*GRATIS! La canción de TATA GOLOSA arrasa este Veranito! SOLO HOY te la regalamos con tu Nombre por 0 Euros! Suscríbete (0.3e) Envía ALTA TATA y tu nombre al #####.*

3. Se buscó si el cliente con número de teléfono #####X había solicitado alguno de los servicios ofrecidos por la entidad a través del número #####, no encontrándose información



al respecto.

4. Los representantes de la entidad informaron que el mayor número de clientes se genera en relación con el número #####B, por lo que se realiza la misma búsqueda anterior en la tabla asociada a dicho número, encontrándose tres mensajes relacionados con una solicitud de fecha 6 de enero de 2006, emitidos a las 18:24, 18:40 y 18:40 en relación con la campaña “Villancico”.

Así mismo, se buscaron los mensajes remitidos por la entidad en respuesta a los recibidos del número #####X, encontrándose tres mensajes remitidos el día 6 de enero de 2006 a las 18:24, 18:27 y 18:40.

5. Se verificó que el fichero que contiene los datos de mensajes relativos a número #####B consta de más de 87 millones de registros.

**TERCERO:** Dentro de las Actuaciones Previas de Investigación, se solicitó información a Vodafone, de la que se desprende lo siguiente:

1. En la factura detallada del número de teléfono móvil #####X, correspondiente al periodo de facturación de 5 de enero de 2006 a 4 de febrero de 2006 figuran, en fecha 6 de enero de 2006, la emisión de tres mensajes SMS al número #####B a las 18:24, 18:27 y 18:40, coincidentes en fecha y horas con los encontrados durante la inspección realizada en Movilisto.

**CUARTO:** El denunciante ha reconocido la remisión de los mensajes antes citados al número #####B.

## **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 de la LSSI.

### **II**

Actualmente se denomina “*spam*” a todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica. De este modo se entiende por “*spam*” cualquier mensaje no solicitado y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada entre el público en general es el correo electrónico.

Esta conducta es particularmente grave cuando se realiza en forma masiva. El envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española, tanto por la LSSI (a consecuencia de la transposición de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio) como por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de

Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

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.

La LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa *“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”*. Es decir, se desautorizan las comunicaciones comerciales dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes y servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, si bien esta prohibición encuentra la excepción en el segundo párrafo del citado artículo, que autoriza el envío cuando *“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 fueron objeto de contratación”*. De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, fuera del supuesto excepcional del art. 21,2 de la LSSI, puede constituir una infracción leve o grave de la LSSI.

Como ya se ha señalado en cuanto a la posible obtención ilícita de los datos del destinatario, la práctica del *“spam”* además de suponer una infracción a la LSSI, puede significar una vulneración de la legislación sobre protección de datos, ya que hay que tener en cuenta que la dirección de correo electrónico puede ser considerada como dato de carácter personal.

La Directiva sobre Privacidad en las Telecomunicaciones, de 12 de julio de 2002, (Directiva 2002/58/CE) actualmente transpuesta en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que modifica varios artículos de la LSSI, introdujo en el conjunto de la Unión Europea el principio de *“opt in”*, es decir, la necesidad de contar con el consentimiento previo del destinatario para el envío de correo electrónico con fines comerciales. De este modo, cualquier envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente queda supeditado a la prestación previa del consentimiento, salvo que exista una relación contractual anterior y el sujeto no manifieste su voluntad en contra.

Por lo tanto, atendiendo al enunciado del art. 21.1 de la LSSI, resulta esencial delimitar el sentido aplicado por la citada normativa a la exigencia de consentimiento, previo y expresamente manifestado por el destinatario del mensaje, para que pueda admitirse el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico.

La repetida LSSI, que tiene por objeto, entre otras materias, la regulación del envío de las comunicaciones comerciales por vía electrónica, establece expresamente en su artículo 1.2 que las disposiciones contenidas en la misma se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en las

normas que tengan como finalidad la protección de datos personales.

Al referirse en el Título III de la LSSI a las “*comunicaciones comerciales por vía electrónica*”, el artículo 19 de la LSSI declara igualmente aplicable la LOPD y su normativa de desarrollo, “*en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales*”. Esta rotunda previsión legal permite afirmar que, además de lo establecido en la LSSI, serán exigibles en el tratamiento de datos personales para la realización de comunicaciones comerciales por medios electrónicos el conjunto de principios, garantías y derechos contemplados en la normativa de protección de datos de carácter personal.

Por tanto, en relación al concepto de consentimiento del destinatario para el tratamiento de sus datos con la finalidad de enviarle comunicaciones comerciales por vía electrónica, es preciso considerar lo dispuesto en la normativa de protección de datos y, en concreto, el artículo 3.h) de la LOPD que establece:

*“Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.*

Por tanto, de acuerdo con dicha definición, el consentimiento, además de previo, específico e inequívoco, deberá ser informado. Y esta información deberá ser plena y exacta acerca del tipo de tratamiento y su finalidad, con advertencia sobre el derecho a denegar o retirar el consentimiento. Esta información así configurada debe tomarse como un presupuesto necesario para otorgar validez a la manifestación de voluntad del afectado.

### III

Como ya se ha señalado, la LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo de la siguiente manera:

*“f) 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 su parte el Anexo a) de la citada LSSI reconoce como Servicios de la Sociedad de la Información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los envíos de comunicaciones comerciales.



De acuerdo con lo señalado, es preciso analizar el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información para, a continuación, determinar los supuestos, recogidos en el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI, que no se consideran, a los efectos de esta Ley, como comunicaciones comerciales.

La LSSI en su Anexo a) define como Servicio de la Sociedad de la Información, *“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”*. A través de dicha definición el Legislador español transpuso el concepto recogido en las Directivas 98/34/CEE, de 22 de junio, del Parlamento y del Consejo, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la Sociedad de la Información, modificada por la Directiva 98/84/CE, de 20 de noviembre, del Parlamento y del Consejo, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso. Dicha definición se refiere, tal y como se expresa en el Considerando 17 de la citada Directiva 2000/31/CE, a *“cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la comprensión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de un servicio”*, añadiendo que estos servicios cuando *“no implica tratamiento y almacenamiento de datos no están incluidos en la presente definición”*.

De acuerdo con lo señalado, el concepto de comunicaciones comercial engloba la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, es decir, ha de tratarse de todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, y, además, ha de realizarse dicha comunicación en los términos que señala el Considerando 17 de la Directiva 2000/31/CE que recoge lo previsto en las citadas Directivas 98/34/CE y 98/84/CE.

De lo anterior se deduce que, cuando la comunicación comercial no reúne los requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, pierde el carácter de comunicación comercial. En este sentido el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI señala dos supuestos, que no tendrán, a los efectos de esta Ley, la consideración de comunicación comercial. Por un lado, 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, y, por otro, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

#### IV

En el presente supuesto, ha quedado acreditado que el denunciante había solicitado servicios similares al de pedir villancicos al número #####B. En la publicidad que facilitó la empresa inspeccionada, se comprueba que se incluye la leyenda siguiente: *“Al enviar un mensaje con la palabra ALTA te suscribes al Club Movilisto. Recibirás periódicamente en tu*



*móvil un mensaje con nuestros mejores contenidos. El coste de cada SMS es de 0,30 € + IVA. Servicio de suscripción MÓVILES COMPATIBLES. ¡Más de 300 terminales compatible!. Si quieres saber que productos son compatibles con tu móvil, entra en [www...A./.....](http://www...A./.....). La descarga de contenido multimedia puede llevar asociado costes añadidos de la operadora. Atención al cliente: .....A.@..... Para contacto profesional: [....@...A.....](mailto:....@...A.....). Movilisto es una compañía del Grupo iTouch con presencia en (.....). Tu número de teléfono se incorporará a un fichero automatizado destinado por Grupo iTouch España, S.L. a ofrecerte ocasionalmente productos y servicios de tu interés. No obstante, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, tienes el derecho de acceso, rectificación y cancelación de tus datos, el cual puedes ejercitar enviándonos un correo electrónico a la dirección [....@...A2.....](mailto:....@...A2.....) con tu número de teléfono móvil y la palabra BAJA. Si eres menor de edad, recuerda que has de contar con el consentimiento de tus padres antes de hacer tu pedido”.*

En consecuencia, Movilisto tenía el consentimiento del denunciante para el envío de SMS publicitarios y facilitaba la información para darse de baja en el servicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la LSSI.

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 **GRUPO INTOUCH MOVILISYO ESPAÑA S.L.**, con domicilio en (C/.....), y a **DON 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, 24 de enero de 2008

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA  
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte