



Procedimiento N° PS/00253/2006

RESOLUCIÓN: R/00530/2007

En el procedimiento sancionador **PS/00253/2006**, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **MYALERTCOM, S.A.**, vista la denuncia presentada por **D. J.J.J.** y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: En fecha de 13/5/2005, tuvo entrada en esta Agencia Española de Protección de Datos un escrito de D. J.J.J., (en lo MYALERTCOM) le ha dado de alta en un servicio de telecomunicaciones sin su consentimiento.

El 5/1/2005 envió un mensaje desde su móvil #####A al número #####B, con el fin de bajarse una melodía tras ver un anuncio de televisión recibiendo, desde entonces, uno o dos mensajes diarios no solicitados de esta empresa, por los que le imputan un cargo de 0,20 € por cada envío en su factura de móvil.

No ha conseguido que le den de baja de dicho servicio no solicitado, pese a haberlo intentado a través de diversas vías, entre ellas, el número de Atención al Cliente de MYALERTCOM (#####C), que le facilitó VODAFONE, sin que finalmente lo haya conseguido ya que el teléfono es atendido por un sistema automático que acaba cortando la llamada.

Aporta copia del detalle de llamadas facturadas en las que se aprecia diversos "SMS", asociados a los números #####B, #####B2 y #####B3 por los que se factura 0,20 € por mensaje, y copia de algunas hojas de la factura de febrero de 2005 que incluye la facturación del citado móvil de los días 5 al 15 de enero de 2005 y en la que consta un primer mensaje al número #####B seguidos de dos mensajes remitidos con el número #####B2 el día 5/1/2005, seguidos de dos mensajes remitidos desde este número (#####B2) los días 7, 8, 10, 12 y 14 de enero de 2005.

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. La entidad MYALERTCOM ha informado de los anuncios publicitarios que, el 5/01/2005, se emitieron en televisión facilitando copia de dos anuncios publicitarios, en los que se observa lo siguiente:

- Una voz en “off” informa de lo siguiente exclusivamente: *“quieres que suenen en tu móvil MAMI o ANTES MUERTA QUE SENCILLA envía POLI MAMI o SENCILLA al #####B y para sonido real REAL MAMI o SENCILLA al #####B”*.

- Un mensaje informativo, que circula de derecha a izquierda de la pantalla, resultando imposible su lectura dado el tamaño de la letra y la velocidad con la que aparece. No obstante, y tras realizar diversas paradas en diferentes fotogramas, ha sido posible reconstruir el mensaje que lleva por texto: *“Coste del mensaje 0,20 €+IVA. Es un servicio de suscripción. Compatibilidades en [www....A....](#). POLI y REAL requieren tener configurado el acceso wap. El tono real es una versión del original. Para darse de baja envía BAJA POLI o REAL seguido del tono al #####B”*.

2. Respecto del mensaje “SMS” remitido por el denunciante, en fecha 5/1/2005, se ha constatado que en los sistemas informáticos de MYALERTCOM figura uno generado por el teléfono móvil del denunciante #####A, en dicha fecha a las 16:28:11, dirigido al número #####B con el texto “*poli morena*”.

3. MYALERT ha informado que dispone de dos tipos de servicios:

- Los denominados “PULL-PUSH:” Cuando desde un móvil se remite un “SMS” a alguno de los números previstos por MYALERT para este tipo de servicio (ej.:, etc.). Desde MYALERT se remite al móvil solicitante un “SMS” que contiene la información de texto o audiovisual solicitada, dándose por finalizado el servicio solicitado.

- Los denominados “ALERTAS o SUSCRIPCIÓN:” Cuando desde un móvil se remite un “SMS” a alguno de los números previstos por MYALERTCOM para este tipo de servicio (ej.: #####B, #####B3 y #####B4). Desde MYALERTCOM se remite al móvil solicitante uno o varios “SMS”, de forma periódica, que contienen la información de texto o audiovisual relativa al servicio solicitado. MYALERTCOM remite los citados SMS hasta que el cliente solicita la baja del servicio. En la mayor parte de este tipo de servicios se



remiten mensajes con diversas periodicidades, que van desde los 3 días a la semana hasta 7 días a la semana en función del servicio solicitado.

4. En base a lo anterior, el mensaje remitido por el denunciante en fecha 5/1/2005 correspondía a un servicio de suscripción ya que se encontraba asociado al número #####B, por este motivo recibió con posterioridad y, con carácter periódico, mensajes “SMS” que le fueron facturados.

MYALERTCOM ha informado que en los servicios de suscripción, y tras la recepción en MYALERTCOM del “SMS” de alta en el servicio, se remite al usuario un “SMS” de bienvenida con información sobre el servicio contratado, del procedimiento de baja, el número de teléfono del Centro de Atención al Cliente de MYALERT, el coste del servicio y la periodicidad de los mensajes.

En este sentido se ha constado que en los sistemas informáticos de MYALERTCOM figura que el mensaje de alta del denunciante fue contestado por MYALERTCOM con un mensaje de la misma fecha y hora remitido desde el número #####B1 y dirigido al número #####A con el texto “*¡Colecciona ls mejores tonos y personaliza las llamadas d tus amigos! Recibe ls L-X-V tus tonos x 20c-mens.At.cliente #####C, xa baja envia BAJA POLIMORENA*”.

Conviene señalar que en el mensaje anterior la información que se facilita no se encuentra escrita en un castellano correcto sino con numerosas abreviaturas que dificultan su lectura para el gran público. A mayor abundamiento, la información sobre la baja induce a emitir un mensaje “SMS” con un texto determinado sin especificar expresamente el número al que ha de ser enviado (#####B) resultando ser distinto del número que aparece como remitente del mensaje (#####B1) y al que sí tiene acceso el usuario al recibir el “SMS” lo que puede dar lugar a confusión.

En relación también con la baja y como se verá más adelante, los mensajes que remite el propio servicio de suscripción no incorporan ninguna información relativa a que se trata de un procedimiento de suscripción ni sobre el procedimiento de baja, no siendo tampoco remitidos desde el #####B sino desde el #####B2.

Así mismo, asociados al móvil del denunciante, figuran los siguientes mensajes “SMS” dirigidos con posterioridad por el denunciante y por MYALERTCOM:

- Figuran dos mensajes en fecha 5/1/2005 a las 16:29:11 remitidos por MYALERT desde el número #####B2 al número #####A con los siguientes textos “*BAILA*”



MORENA, deja que tu móvil se mueva al ritmo de Don X. y... DALE MARCHA AL CUERPO. Feliz 2005!!”, a las 16:29:11 y “*msgcode:208116*” correspondiendo este último código al contenido multimedia del servicio que, en este caso, es una melodía.

- A las 16:31:53 del 5/1/2005 figura un SMS remitido desde el número #####A al #####B3 con el texto “*baja polimorena*”.
- El mensaje anterior es contestado por MYALERTCOM con otro a la misma hora con el texto “*Estimado cliente, le informamos que ya fue dado de baja en: BAJA POLI anteriormente*”.
- A pesar del contenido del mensaje anterior la situación es que el denunciante no se encontraba dado de baja en el servicio “*polimorena*” ya que el “*SM*” fue remitido al número #####B3 y no al #####B. Según manifiestan los representantes de MYALERTCOM este mensaje se genera dado que el usuario no tiene ningún servicio activado a través del número #####B3, por lo que el procedimiento aplicado asume que el usuario debió de tener algún servicio activado en su momento en dicho número y se le remite el texto ya indicado.
- En fecha 7/1/2005 MYALERTCOM remite dos mensajes desde el número #####B2 al número #####A ya que la baja no se ha producido al haberse remitido al número #####B3 en lugar de al número #####B. En días posteriores se siguen remitiendo mensajes desde el número #####B2.
- Los últimos mensajes “*SMS*” que figuran remitidos por MYALERTCOM al número #####A son de fecha 4/3/2005, no constando ningún mensaje de baja desde el móvil #####A, por lo que presumiblemente la baja se realizó a través del teléfono de atención al cliente #####C.

TERCERO: Con fecha 20/12/2006, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a MYALERTCOM, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18.1 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, que continúa en vigor de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), por presuntas infracciones de los artículos 6.1 y 5.1 de la LOPD, tipificadas como grave y leve, respectivamente, en el artículo 44.3.d) y 44.2.d) de dicha



norma, pudiendo ser sancionada, con multas de 60.101,21 euros a 300.506,05 euros, y de 601,01€ a 60.101,21 € de acuerdo con el artículo 45.2 y 1 de dicha norma.

CUARTO: Notificado el citado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, MYALERTCOM presentó alegaciones frente al mismo, comunicando:

“El denunciante inicia de forma voluntaria una relación jurídica con la denunciada través de la solicitud del servicio remitiendo un SMS al número #####B. La duración de esta relación ha sido tácitamente acordada entre las partes puesto que su terminación está sujeta unilateralmente a la única decisión del cliente - solicitante del servicio.

Por ello, la misma resulta prorrogada de forma natural en el tiempo dada la impericia del denunciante al no dar por terminada dicha relación a través del trámite correcto. Más bien al contrario, su proceder resulta de todo punto negligente por cuanto es al número #####B3 donde envía el SMS de baja. No reconociendo lógicamente el sistema la baja del servicio inicialmente contratado, la relación jurídica se mantiene quedando obligada MYALERTCOM mientras dure esta a continuar ofreciendo el servicio.”

“El consentimiento ha sido otorgado por el solicitante a través de un teléfono móvil, siendo de aplicación la Ley 34/2002, dc 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y en concreto su artículo:

Artículo 23 LSSICE

2. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.

Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.”

“Por ello reiteramos que el fallo en la identificación del teléfono de destino como #####B3 por parte del cliente se debe única y exclusivamente a su manifiesta negligencia.”

“En caso de que no se aprecie una exoneración absoluta por parte de la Agencia Española de Protección de Datos respecto de la actuación de MYALERTCOM en relación a las presuntas infracciones administrativas de los artículo 5.1 y 6.1 de la LOPD, y atendiendo al caso en concreto, se ha constatado que la supuesta negligencia requerida a MYALERTCOM, para poder ser objeto de sanción administrativa, ha quedado



considerablemente atenuada en razón a todas las diligencias llevadas a cabo por la misma, como son:

Cancelación INMEDIATA de los datos del afectado en el momento en el que MYALERTCOM tuvo conocimiento de la Baja del Servicio realizado a través del e-mail generado de forma automática por la llamada al #####C fuera de horario laboral.

Compromiso fehaciente de devolución del importe facturado al constatar ahora que el denunciante intentó darse de baja del servicio enviando BAJA POLIMORENA al #####B3, a pesar de que disfrutara del servicio desde el día 5 de enero hasta el día 28 de febrero, en el que el denunciante declara haber llamado a VODAEONE para solicitar la baja.

MYALERTCOM a principios de 2005 decidió cambiar la forma de contratación de los servicios de suscripción evitando cualquier duda innecesaria, resultando obligado el envío de la palabra ALTA y el nombre POLI o REAL al #####B para contratar el servicio de suscripción (...)

Otras medidas adoptadas en marzo de 2005 son las siguientes:

MYALERTCOM remite un SMS a cada usuario que se suscribe informándole de la activación del servicio, identificación del responsable del fichero y número de atención al cliente, periodicidad de la suscripción, el carácter renovable o no, y una explicación sencilla para solicitar la desactivación.

Por otra parte, actualmente se informa en televisión y en los SMS enviados a los usuarios con la frase PROTECCIÓN DE DATOS en [www...A...](#)

MYALERTCOM desde el 2006 ha mejorado ulteriormente, de forma voluntaria y espontánea, su comunicación audiovisual, cumpliendo con lo establecido en el código de conducta firmado en junio de 2005 y fomentado por MYALERTCOM. Prueba de ello es el DOCUMENTO 6 que contiene un SPOT publicitario actual.

La ausencia de regulación en la prestación de servicios vía telefonía móvil ha determinado MYALERTCOM y las empresas del sector a autorregular este tipo de servicios a través de un código de conducta evolucionado a lo largo del tiempo, entregado — en su versión en vigor desde enero de 2006 - en la inspección realizada, y que dispone la forma en la que se deben prestar estos servicios así como la información que se debe de ofrecer al usuario.



El código de autodisciplina de AESAM vigente desde junio de 2005 era distinto del hoy vigente, es importante destacar que el su Capítulo V “Normas específicas aplicables a Servicios de Alertas y Suscripción” haya sido objeto de cambios y evoluciones.

Aportamos a la presente contestación el código de conducta de la Asociación de Empresas de Servicios a Móviles AESAM en su edición de Junio de 2005 y la vigente de enero del 2006 con los cambios resaltados como DOCUMENTO 7 para que la Agencia valore la dificultad con la que tanto MYALERTCOM como el resto de empresas prestadoras de servicios a móviles, se han encontrado al carecer de legislación al respecto, y para demostrar la evolución en defensa siempre de los consumidores y usuarios.

Por otra parte, el título VII del Código de Conducta, establece el Régimen Disciplinario, que estable sanciones para infracciones leves y graves hasta 6.000€ e incluso podrían acarrear la expulsión de AESAM.

Entiende esta parte, que caso de considerar sancionable la acción de MYALERTCOM, procediera a rebajar la sanción calificada como grave en un grado, y a la luz de la escasa lesividad y antijuridicidad de los actos realizados y de acuerdo al artículo 45.4 de la Ley, creemos que la expresión de las mismas habrá de ser en su mínima cuantía, atendiendo a los parámetros que nos apunta el art. 45.4 de la LOPD en relación a la graduación de las sanciones...”

QUINTO: En fecha 5/02/2007, se acordó por la Instructora del procedimiento la apertura de un período de práctica de pruebas.

SEXTO: Transcurrido el período de práctica de pruebas se inició, con fecha 3/04/2007, el trámite de audiencia.

SÉPTIMO: Emitida Propuesta de Resolución el 16/05/2007, en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancionase a MYALERTCOM con una multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euro con veintinueve céntimos), por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma.

OCTAVO: Con fecha 7/06/2007, tuvo entrada en esta Agencia Española de Protección de Datos, escrito de alegaciones de MYALERTCOM frente a la Propuesta de Resolución ratificándose en las alegaciones manifestadas a lo largo del presente procedimiento.

HECHOS PROBADOS



PRIMERO: En fecha de 13/5/2005, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de D. J.J.J. en el que denuncia que la empresa MYALERTCOM le ha dado de alta en un servicio de telecomunicaciones sin su consentimiento.

El 5/1/2005 envió un mensaje desde su móvil #####A al número #####B, con el fin de bajarse una melodía tras ver un anuncio de televisión recibiendo, desde entonces, uno o dos mensajes diarios no solicitados de esta empresa, por los que le imputan un cargo de 0,20 € por cada envío en su factura de móvil.

No ha conseguido que le den de baja de dicho servicio no solicitado, pese a haberlo intentado a través de diversas vías, entre ellas, el número de Atención al Cliente de MYALERTCOM (#####C), que le facilitó VODAFONE, sin que finalmente lo haya conseguido ya que el teléfono es atendido por un sistema automático que acaba cortando la llamada.

Aporta copia del detalle de llamadas facturadas en las que se aprecia diversos “SMS”, asociados a los números #####B, #####B2 y #####B3 por los que se factura 0,20 € por mensaje, y copia de algunas hojas de la factura de febrero de 2005 que incluye la facturación del citado móvil de los días 5 al 15 de enero de 2005 y en la que consta un primer mensaje al número #####B seguidos de dos mensajes remitidos con el número #####B2 el día 5/1/2005, seguidos de dos mensajes remitidos desde este número (#####B2) los días 7, 8, 10, 12 y 14 de enero de 2005 (folios 2 a 6).

SEGUNDO: La entidad MYALERTCOM ha informado de los anuncios publicitarios que, el 5/01/2005, se emitieron en televisión facilitando copia de dos anuncios publicitarios, en los que se observa lo siguiente:

- Una voz en “off” informa de lo siguiente exclusivamente: *“quieres que suenen en tu móvil MAMI o ANTES MUERTA QUE SENCILLA envía POLI MAMI o SENCILLA al #####B y para sonido real REAL MAMI o SENCILLA al #####B”*.

- Un mensaje informativo, que circula de derecha a izquierda de la pantalla, resultando imposible su lectura dado el tamaño de la letra y la velocidad con la que aparece. No obstante, y tras realizar diversas paradas en diferentes fotogramas, ha sido posible reconstruir el mensaje que lleva por texto: *“Coste del mensaje 0,20 €+IVA. Es un servicio de suscripción. Compatibilidades en [www....A....](#). POLI y REAL requieren tener configurado el acceso wap. El tono real es una versión del original. Para darse de baja envía BAJA POLI o REAL seguido del tono al #####B”*.



TERCERO: Respecto del mensaje “SMS” remitido por el denunciante, en fecha 5/1/2005, se ha constatado que en los sistemas informáticos de MYALERTCOM figura uno generado por el teléfono móvil del denunciante #####A, en dicha fecha a las 16:28:11, dirigido al número ####B con el texto “*poli morena*”.

CUARTO: MYALERT ha informado que dispone de dos tipos de servicios:

- Los denominados “*PULL-PUSH:*” Cuando desde un móvil se remite un “SMS” a alguno de los números previstos por MYALERT para este tipo de servicio (ej.:, etc.). Desde MYALERT se remite al móvil solicitante un “SMS” que contiene la información de texto o audiovisual solicitada, dándose por finalizado el servicio solicitado.

- Los denominados “*ALERTAS o SUSCRIPCIÓN:*” Cuando desde un móvil se remite un “SMS” a alguno de los números previstos por MYALERTCOM para este tipo de servicio (ej.: ####B, ####B3 y ####B4). Desde MYALERTCOM se remite al móvil solicitante uno o varios “SMS”, de forma periódica, que contienen la información de texto o audiovisual relativa al servicio solicitado. MYALERTCOM remite los citados SMS hasta que el cliente solicita la baja del servicio. En la mayor parte de este tipo de servicios se remiten mensajes con diversas periodicidades, que van desde los 3 días a la semana hasta 7 días a la semana en función del servicio solicitado.

QUINTO: En base a lo anterior, el mensaje remitido por el denunciante en fecha 5/1/2005 correspondía a un servicio de suscripción ya que se encontraba asociado al número ####B, por este motivo recibió con posterioridad y, con carácter periódico, mensajes “SMS” que le fueron facturados.

MYALERTCOM ha informado que en los servicios de suscripción, y tras la recepción en MYALERTCOM del “SMS” de alta en el servicio, se remite al usuario un “SMS” de bienvenida con información sobre el servicio contratado, del procedimiento de baja, el número de teléfono del Centro de Atención al Cliente de MYALERT, el coste del servicio y la periodicidad de los mensajes.

En este sentido se ha constatado que en los sistemas informáticos de MYALERTCOM figura que el mensaje de alta del denunciante fue contestado por MYALERTCOM con un mensaje de la misma fecha y hora remitido desde el número #####B1 y dirigido al número #####A con el texto “*¡Colecciona ls mejores tonos y personaliza las llamadas d tus amigos! Recibe ls L-X-V tus tonos x 20c-mens.At.cliente #####C, xa baja envia BAJA POLIMORENA*”.



Conviene señalar que en el mensaje anterior la información que se facilita no se encuentra escrita en un castellano correcto sino con numerosas abreviaturas que dificultan su lectura para el gran público. A mayor abundamiento, la información sobre la baja induce a emitir un mensaje “SMS” con un texto determinado sin especificar expresamente el número al que ha de ser enviado (####B) resultando ser distinto del número que aparece como remitente del mensaje (####B1) y al que sí tiene acceso el usuario al recibir el “SMS” lo que puede dar lugar a confusión.

En relación también con la baja y como se verá más adelante, los mensajes que remite el propio servicio de suscripción no incorporan ninguna información relativa a que se trata de un procedimiento de suscripción ni sobre el procedimiento de baja, no siendo tampoco remitidos desde el ####B sino desde el ####B2.

Así mismo, asociados al móvil del denunciante, figuran los siguientes mensajes “SMS” dirigidos con posterioridad por el denunciante y por MYALERTCOM:

- Figuran dos mensajes en fecha 5/1/2005 a las 16:29:11 remitidos por MYALERT desde el número ####B2 al número #####A con los siguientes textos “*BAILA MORENA, deja que tu móvil se mueva al ritmo de Don X. y... DALE MARCHA AL CUERPO. Feliz 2005!!*”, a las 16:29:11 y “*msgcode:208116*” correspondiendo este último código al contenido multimedia del servicio que, en este caso, es una melodía.
- A las 16:31:53 del 5/1/2005 figura un SMS remitido desde el número #####A al ####B3 con el texto “*baja polimorena*”.
- El mensaje anterior es contestado por MYALERTCOM con otro a la misma hora con el texto “*Estimado cliente, le informamos que ya fue dado de baja en: BAJA POLI anteriormente*”.
- A pesar del contenido del mensaje anterior la situación es que el denunciante no se encontraba dado de baja en el servicio “*polimorena*” ya que el “*SM*” fue remitido al número ####B3 y no al ####B. Según manifiestan los representantes de MYALERTCOM este mensaje se genera dado que el usuario no tiene ningún servicio activado a través del número ####B3, por lo que el procedimiento aplicado asume que el usuario debió de tener algún servicio activado en su momento en dicho número y se le remite el texto ya indicado.



- En fecha 7/1/2005 MYALERTCOM remite dos mensajes desde el número #####B2 al número #####A ya que la baja no se ha producido al haberse remitido al número #####B3 en lugar de al número #####B. En días posteriores se siguen remitiendo mensajes desde el número #####B2.
- Los últimos mensajes “SMS” que figuran remitidos por MYALERTCOM al número #####A son de fecha 4/3/2005, no constando ningún mensaje de baja desde el móvil #####A, por lo que presumiblemente la baja se realizó a través del teléfono de atención al cliente #####C (folios 9 a 13)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

II

Se imputa a MYALERTCOM la posible comisión de una infracción del artículo 5 de la LOPD, que dispone lo siguiente:

“1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.



Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de tránsito, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.

2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.

3. No será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban.

4. Cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo.

5. No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior cuando expresamente una Ley lo prevea, cuando el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos, o cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la Agencia Española de Protección de Datos o del organismo autonómico equivalente, en consideración al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias.

Asimismo, tampoco regirá lo dispuesto en el apartado anterior cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten.”

De acuerdo con lo establecido en el citado artículo 5 de la LOPD, MYALERTCOM debe informar, en el momento de la recogida de los datos, de los extremos establecidos en el citado artículo. La información a la que se refiere el citado artículo debe suministrarse a los afectados previamente a la recogida de sus datos personales, y deberá ser expresa, precisa e inequívoca.



La LOPD ha querido, por tanto, imponer una formalidad específica en la recogida de datos a través de cuestionarios u otros medios, que garantice el derecho a la información de los afectados previa a la contratación de los servicios. A tal efecto, impone la obligación de que la información figure en los propios cuestionarios o impresos, y la refuerza exigiendo que conste de forma claramente legible.

III

La Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, que delimita el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, se ha pronunciado sobre la importante vinculación entre el consentimiento y la finalidad para el tratamiento de los datos personales, en los siguientes términos: “ *el derecho a consentir la recogida y el tratamiento de los datos personales (art. 6 LOPD) no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros, pues constituye una facultad específica que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos. Y, por tanto, la cesión de los mismos a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aún cuando puedan ser compatibles con estos (art. 4.2 LOPD), supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado. Una facultad que sólo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por ley, pues el derecho fundamental a la protección de datos personales no admite otros límites.*

De otro lado, es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de éstos, pues sólo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales. Pues en otro caso sería fácil al responsable del fichero soslayar el consentimiento del interesado mediante la genérica información de que sus datos pueden ser cedidos. De suerte que, sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia.”

De lo expuesto cabe concluir que la vigente LOPD ha acentuado las garantías precisas para el tratamiento de los datos personales en lo relativo a los requisitos del consentimiento, de la información previa a éste, y de las finalidades para las que los datos



pueden ser recabados y tratados.

Asimismo, la citada Sentencia 292/2000, ha considerado el derecho de información como un elemento indispensable del derecho fundamental a la protección de datos al declarar que *“el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.*

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele.”

IV

En el presente caso, consta acreditado que en los anuncios publicitarios de MYALERTCOM que, el 5/01/2005, se emitieron en televisión una voz en “off” informa de lo siguiente exclusivamente: *“quieres que suenen en tu móvil MAMI o ANTES MUERTA QUE SENCILLA envía POLI MAMI o SENCILLA al #####B y para sonido real REAL MAMI o SENCILLA al #####B”.*

Asimismo, un mensaje informativo, que circula de derecha a izquierda de la pantalla, resultando imposible su lectura para cualquier ciudadano medio, dado el tamaño



de la letra y la velocidad con la que aparece. No obstante, esta Agencia Española de Protección de Datos, y tras realizar diversas paradas en diferentes fotogramas, ha sido posible reconstruir el mensaje que lleva por texto: “Coste del mensaje 0,20 €+IVA. Es un servicio de suscripción. Compatibilidades en www....A..... POLI y REAL requieren tener configurado el acceso wap. El tono real es una versión del original. Para darse de baja envía BAJA POLI o REAL seguido del tono al #####B” .

Por lo tanto, en el presente caso ha quedado acreditado que MYALERTCOM, no informaba (o se informaba de forma que era imposible para el denunciante poder leer dicho mensaje) que se iba a dar de alta en denunciante en contrato alguno con dicha entidad y tampoco informaba en la recogida de los datos de los extremos a que se refiere el artículo 5 de la LOPD.

Por todo ello, se considera que MYALERTCOM ha vulnerado, en relación a dicha cláusula informativa de la que era imposible conocer su contenido, para la recogida de datos, el artículo 5 de la LOPD.

V

El artículo 44.2.d) de la LOPD considera infracción leve: “Proceder a la recogida de datos de carácter personal de los propios afectados sin proporcionarles la información que señala el artículo 5 de la presente Ley.”

En este caso MYALERTCOM ha recabado datos personales del denunciante sin facilitar a su titular la información que señala el artículo 5 de la LOPD, por lo que debe considerarse que ha incurrido en la infracción leve descrita.

VI

El artículo 6. 1 y 2 de la LOPD disponen lo siguiente:

“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencia; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés



vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.”

De acuerdo con lo señalado en los Fundamentos de Derechos anteriores, MYALERTCOM, necesitaba el consentimiento del denunciante para poder tratar sus datos personales, sin que haya quedado acreditado dicha circunstancia y sin que concurriera ninguna de las causas establecidas en el apartado 2 del artículo 6 de la LOPD, para que fuese no preciso su consentimiento, por cuanto de la información que se daba al denunciante en el anuncio publicitario no se indicaba que se fuera a formalizar contrato alguno con dicha compañía, sólo que se iba a bajar una melodía, por lo que no puede con dicha información, ser tenida en cuenta la alegación de dicha compañía en el sentido de que el denunciante era cliente con dicha entidad y mantenía con la misma un contrato.

VII

El artículo 44.3.d) de la LOPD considera infracción grave: *“Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley, o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave”*.

La Audiencia Nacional ha manifestado, en su Sentencia de 22/10/03, que *“la descripción de conductas que establece el artículo 44.3d) de la Ley Orgánica 15/1999 cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, a juicio de esta Sala, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cuál es la conducta prohibida. En efecto, el tipo aplicable considera infracción grave “tratar de forma automatizada los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la Ley”, por tanto, se está describiendo una conducta –el tratamiento automatizado de datos personales o su uso posterior- que precisa, para configurar el tipo, que dicha conducta haya vulnerado los principios que establece la Ley Orgánica. Ahora bien, estos principios no son de aquellos que deben inferirse de dicha regulación legal, sino que aparecen claramente determinados y relacionados en el título II de la Ley, concretamente, por lo que ahora interesa, en el artículo 6 se recoge un principio que resulta elemental en la materia, que es la necesidad de consentimiento del afectado para que puedan tratarse automatizadamente datos de carácter personal. Por tanto, la conducta ilícita por la que se sanciona a la parte recurrente como responsable del*



tratamiento consiste en usar datos sin consentimiento de los titulares de los mismos, realizando envíos publicitarios.”

De acuerdo con lo señalado con anterioridad, MYALERTCOM ha vulnerado el principio del consentimiento, recogido en el artículo 6 de la LOPD, lo que encuentra su tipificación en el citado artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

VIII

No obstante, el artículo 47.1, 2 y 3 de la LOPD, establece que:

“Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año.

2. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.

3. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviere paralizado durante más de seis meses por causas no imputables al presunto infractor.”

En el presente caso se ha constatado que la falta leve de información en la recogida de los datos se produjo el 5/01/2005, por lo que dicha infracción habría prescrito, al haberse iniciado el presente procedimiento el 20/12/2006.

IX

El artículo 45, 2, y 4 de la LOPD establece:

“2. Las infracciones graves serán sancionadas con multas de 60.101,21 € a 300.506,05 €.

4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad, a la reincidencia, a los daños y perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas, y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.”

En relación a los criterios de graduación de las sanciones recogidos en el artículo 45.4 de la LOPD, y en especial, en función de la ausencia de intencionalidad y de



reincidencia acreditadas a lo largo del presente procedimiento, procede imponer a la entidad MYALERTCOM la sanción en su importe mínimo.

X

En resumen, en el presente caso, ha quedado acreditado el tratamiento de datos del denunciante por parte de MYALERTCOM, cuando necesitaba el consentimiento del denunciante para poder tratar sus datos personales, sin que haya quedado acreditado dicha circunstancia y sin que concurriera ninguna de las causas establecidas en el apartado 2 del artículo 6 de la LOPD, para que fuese no preciso su consentimiento, por cuanto de la información que se daba al denunciante en el anuncio publicitario no se indicaba que se fuera a formalizar contrato alguno con dicha compañía, sólo que se iba a bajar una melodía, por lo que no puede con dicha información, ser tenida en cuenta la alegación de dicha compañía en el sentido de que el denunciante era cliente con dicha entidad y mantenía con la misma un contrato.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: IMPONER a la entidad **MYALERTCOM, S.A.**, por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma, una multa de 60.101,21 €(sesenta mil ciento un euros con veintiún céntimos) de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **MYALERTCOM, S.A.** con domicilio en (C/.....), y a **D. J.J.J.** con domicilio en (C/.....).

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0000 0000 00 000000000 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si recibe la notificación entre los días 16 y último de cada mes,



ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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, 15 de junio de 2007

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte