



Inspección Sectorial de Oficio
sobre
llamadas telefónicas y mensajes a
telefonía móvil con fines
comerciales y publicitarios

Agencia Española de Protección de Datos
Noviembre de 2008

► Inspección sectorial de oficio: **Llamadas telefónicas con fines comerciales**

1. INTRODUCCIÓN
 2. SITUACIÓN Y MARCO LEGAL ACTUALES
 - 2.1 Normativa aplicable
 - 2.2 Consentimiento para la recepción de llamadas
 - 2.2.1 Guías telefónicas
 - 2.2.2 Ficheros de exclusión
 - 2.3 Régimen sancionador de las llamadas automáticas
 - 2.4 Régimen sancionador de las llamadas no automáticas
 - 2.4.1 Datos de tráfico y facturación
 - 2.4.2 Tratamiento de otros datos de carácter personal
 - 2.4.3 Llamadas a líneas telefónicas con destinatario no identificable
 - 2.5 Directiva sobre las prácticas comerciales desleales
 3. UNIVERSO DE ANÁLISIS Y DESARROLLO DEL PLAN
 - 3.1 Precedentes – escenarios comunes
 - 3.2 Universo de análisis
 4. CONCLUSIONES
 - 4.1 Llamadas automáticas sin intervención humana
 - 4.2 Llamadas realizadas a usuarios de telefonía fija
 - 4.3 Ficheros de clientes
 - 4.4 Listas de exclusión
 - 4.5 Llamadas aleatorias a usuarios de telefonía móvil
 - 4.6 Ficheros de terceros
 - 4.7 Datos de personas recomendadas
 - 4.8 Grabación de conversaciones telefónicas
 - * RECOMENDACIONES A LAS COMPAÑÍAS
 - * RECOMENDACIONES A LOS CIUDADANOS
 - * RECOMENDACIONES AL LEGISLADOR
- ANEXO I: CUESTIONARIO
ANEXO II: LISTADO DE ENTIDADES

► Inspección sectorial de oficio: Mensajes publicitarios y comerciales a telefonía móvil

1. INTRODUCCION

2. MARCO LEGAL

3. FUNCIONAMIENTO DEL SECTOR Y RIESGOS POTENCIALES

3.1 Agentes involucrados

3.2 Servicios Premium con y sin suscripción

3.3 Riesgos relacionados con los menores

4. ACTUACIONES PRACTICADAS PARA LA EVALUACIÓN DEL SECTOR

4.1 Publicidad por SMS

4.1.1 Publicidad de productos de las operadoras de telefonía

4.1.2 Publicidad de terceros remitida por los operadores de telefonía móvil

4.1.3 Controles establecidos por los operadores para evitar las comunicaciones masivas por SMS

4.2 Servicios de tarificación adicional (PREMIUM)

4.2.1 Medidas adicionales de protección a los abonados implementadas por algunos operadores de telefonía móvil

5. CONCLUSIONES GENERALES

5.1 Servicios de tarificación adicional (PREMIUM)

5.2 Marketing publicitario a través de SMS

* RECOMENDACIONES AL SECTOR

* RECOMENDACIONES A USUARIOS DE TELEFONÍA MÓVIL

ANEXO I: ENTIDADES ANALIZADAS

ANEXO II: ESCENARIO – AGENTES INVOLUCRADOS



**Llamadas telefónicas con
fines comerciales**

**INSPECCIÓN SECTORIAL DE
OFICIO**

Noviembre de 2008

1. INTRODUCCIÓN

Existe en la actualidad una creciente preocupación en distintos ámbitos por armonizar los objetivos de expansión de los departamentos comerciales de las empresas con la voluntad de los cada vez más concienciados ciudadanos en relación al uso que aquéllas hacen de los medios tecnológicos que les facilitan el contacto directo con ellos.

El elevado número de personas que disponen actualmente de un terminal de telefonía móvil individualizado ha provocado que las labores de telemarketing, que antes iban dirigidas fundamentalmente al hogar familiar que disponía de un teléfono fijo, desde hace unos años se hayan diversificado y busquen más directamente al usuario que pueda encajar mejor en el perfil al que se adapta el producto o servicio que se intenta vender.

Según los resultados obtenidos por Centro de Investigaciones Sociológicas y publicados en el *barómetro* correspondiente al mes de febrero de 2008, el 68,2% de los encuestados había recibido en alguna ocasión una llamada telefónica o le habían enviado un *SMS* con fines publicitarios de alguna entidad a la que no tenía constancia de haber dado sus datos personales. Solamente un 26,4% no había recibido este tipo de llamadas.

Con objeto de delimitar el marco legal que ampara este tipo de prácticas y determinar si los ciudadanos disponen de instrumentos suficientes para evitarlas, la Agencia Española de Protección de Datos ha llevado a cabo en los últimos meses un plan de inspección de oficio en el que se han analizado los procedimientos seguidos por las compañías que habitualmente efectúan llamadas no solicitadas con fines comerciales.

2. SITUACIÓN Y MARCO LEGAL ACTUALES

2.1 NORMATIVA APLICABLE

Son de aplicación a esta actividad las siguientes normas legales:

- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de *Protección de Datos de Carácter Personal* (LOPD).
- *Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado mediante Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre*, aprobado mediante Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD).
- *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones* (LGT).
- *Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios*, aprobado mediante Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (RSU).
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de *Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico* (LSSI).
- Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de *Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información*.

Aparte de estas normas, que forman parte del ordenamiento jurídico español, conviene tener presentes así mismo 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 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).

Así mismo, si bien está aún pendiente de transposición a nuestro ordenamiento jurídico, es preciso considerar también la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (*Directiva sobre las prácticas comerciales desleales*).

2.2 CONSENTIMIENTO PARA LA RECEPCIÓN DE LLAMADAS

El apartado 3 del artículo 38 de la LGT relaciona los derechos que se reconocen a los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas. Entre ellos (h), el derecho a no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.

Así mismo, de forma específica, el artículo 69 del RSU regula la realización de llamadas no solicitadas para fines de venta directa. En el apartado 1 de este artículo se prevé que las que se efectúen mediante sistemas de llamada automática, a través de servicios de comunicaciones electrónicas, sin intervención humana (aparatos de llamada automática) o mediante facsímil (fax), sólo podrán realizarse a aquellos que hayan dado su consentimiento previo, expreso e informado.

Respecto de las llamadas no automáticas, no reguladas en el citado apartado 38.3 de la LGT, el apartado 2 del artículo 69 del RSU, por su parte, prevé que las llamadas que se efectúen mediante sistemas distintos de los anteriores *“podrán efectuarse salvo las dirigidas a aquellos que hayan manifestado su deseo de no recibir dichas llamadas”*. Es decir, con carácter general pueden realizarse estas llamadas no automáticas siempre que el destinatario no se haya opuesto a recibirlas. No obstante, en el mismo artículo se especifica que para realizar estas llamadas *“a quienes hubiesen decidido no figurar en las guías de comunicaciones electrónicas disponibles al público o a los que hubiesen ejercido su derecho a que los datos que aparecen en ellas no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial, será preciso contar con el consentimiento expreso de aquéllos”*.

A diferencia de lo que sucede con las prácticas comerciales relacionadas con el envío de mensajes SMS a terminales de telefonía móvil, cuya regulación está específicamente desarrollada en el artículo 21 de la LSSI, no existe una prohibición legal expresa para la realización de llamadas comerciales a esos mismos terminales. Así, mientras las comunicaciones comerciales o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente (en particular, el *spam-SMS*) están prohibidas, a menos que hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas o que exista una relación contractual previa, la realización de llamadas no automáticas con idénticos fines no está restringida siempre y cuando el destinatario no se haya opuesto a recibirlas.

De acuerdo con la regulación específica establecida por estos preceptos, una entidad que dispone del consentimiento expreso de los abonados (personas físicas o jurídicas) puede efectuar llamadas telefónicas con fines comerciales, ya sean éstas realizadas con intervención humana o mediante aparatos automáticos.

A continuación, se analizarán los medios con los que cuenta actualmente el ciudadano para expresar su voluntad, así como los instrumentos de que disponen las entidades para verificar esta circunstancia.

2.2.1 Guías telefónicas

En particular y de conformidad con lo previsto en el apartado 2 del artículo 69 del RSU, si el destinatario de la llamada es una línea de telefonía fija, la verificación

pasa por comprobar si el número de línea figura publicado en guías y si, en tal caso, no se hace constar la voluntad del interesado de que sus datos no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial. Esta última circunstancia se refleja actualmente en las guías mediante el símbolo “U”.

Los artículos 30 y 67 del RSU regulan los procedimientos de confección de las guías telefónicas y las guías de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público. En virtud de lo establecido por el apartado 2 del artículo 67, desde la entrada en vigor del RSU es preciso que la primera inclusión de datos de abonados en guías se realice con el consentimiento expreso del abonado.

En el caso de que el abonado sólo manifieste su conformidad para ser incluido en la guía, los datos que, al menos, deben figurar en la misma son, de acuerdo con lo establecido por el apartado 4 del artículo 30, los relativos a nombre y apellidos o razón social, número o números de abonado, dirección postal del domicilio, excepto piso, letra y escalera, terminal específico (en su caso) y nombre del operador que facilite el acceso a la red. La publicación de cualquier otro dato distinto de éstos requiere el consentimiento expreso del abonado, tanto para la primera publicación como para las sucesivas, de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del artículo 67.

No obstante, para los abonados que figuren en la guía, el apartado 4 del artículo 67 establece que *“tendrán derecho a que sus datos que aparezcan en la guía no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial y a que así conste de forma clara en la guía”* A este respecto, el apartado 5 del artículo 30 prevé que en las hojas iniciales de cada ejemplar de guía telefónica se facilite a los abonados información *“sobre su derecho a no figurar en una guía accesible al público o, en su caso, a que se omita parcialmente su dirección o algún otro dato, en los términos que haya estipulado su proveedor, a que sus datos que aparezcan en la guía no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial”*.

La Agencia ha tenido conocimiento, a través de los operadores de telefonía fija, que la proporción de abonados cuyos datos se publican actualmente en guías es bastante superior al 75%. Sin embargo, de éstos, tan sólo un porcentaje inferior al 1% han solicitado no ser objeto de prácticas comerciales, en particular, de llamadas telefónicas, de lo que se desprende que o bien los abonados no son demasiado reticentes a este tipo de actividades o bien no son demasiado conscientes de este derecho.

En el caso de la telefonía móvil, hasta la fecha no se han publicado guías públicas específicas de abonados, por lo que no es ésta una vía posible para que las empresas verifiquen si el interesado ha manifestado su deseo de no figurar en la guía o, figurando en ella, el de no recibir promociones comerciales, en particular llamadas telefónicas.

2.2.2 Ficheros de exclusión

Cuando se traten datos de carácter personal, además de los derechos reconocidos en relación con las guías telefónicas, el ciudadano dispone de otros medios para manifestar su oposición con carácter general. Desde su entrada en vigor el 19 de abril pasado, el RLOPD contempla los denominados *“ficheros de exclusión del envío de comunicaciones comerciales”* o *“listas robinson”*, que con anterioridad carecían de una regulación específica.

En particular, el artículo 48 prevé la posibilidad de que los responsables a los que el afectado haya manifestado su negativa a recibir publicidad puedan conservar los mínimos datos imprescindibles para identificarlo y adoptar las medidas necesarias que eviten el envío de publicidad.

El artículo 49, por su parte, se refiere a la información que debe facilitarse al interesado sobre los ficheros comunes de exclusión, de carácter general o sectorial,

con la misma finalidad. Así, de acuerdo con lo establecido en su apartado 2, cuando el afectado manifieste ante un concreto responsable su negativa u oposición a que sus datos sean tratados con fines de publicidad o prospección comercial, aquél deberá ser informado de la existencia de los ficheros comunes de exclusión generales o sectoriales, así como de la identidad de su responsable, su domicilio y la finalidad del tratamiento.

Así mismo, el apartado 4 del mismo artículo prevé que quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento.

La Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) es responsable de uno de los ficheros previstos en el artículo 49, el cual figura inscrito desde el año 2001 en el Registro General de Protección de Datos. Según los datos facilitados a la Agencia por la FECEDM, el número de personas actualmente inscritas en este fichero es de 45.210. Estos datos son accesibles por un total de 380 entidades. La FECEDM ha aclarado a la Agencia que en la actualidad el Servicio de Listas Robinson tiene como objetivo reducir las comunicaciones comerciales con fines publicitarios únicamente por correo postal, por lo que en el fichero no constan el número de teléfono fijo ni móvil de ninguna persona a efectos de exclusión. No obstante, la FECEDM está estudiando la ampliación del servicio para la inscripción de tales números a esos efectos.

2.3 RÉGIMEN SANCIONADOR DE LAS LLAMADAS AUTOMÁTICAS

El apartado b) del artículo 58 de la LGT, otorga a la Agencia Española de Protección de Datos la competencia sancionadora respecto de las infracciones muy graves comprendidas en el párrafo z) del artículo 53 y de las infracciones graves previstas por el párrafo r) del artículo 54. Los artículos 53 y 54 se refieren a la vulneración de los derechos previstos por el artículo 38.3, reservándose el segundo de esos artículos para tipificar, como infracción muy grave, la vulneración grave o reiterada de estos derechos.

En ambos artículos queda precisamente exceptuado el derecho previsto por el párrafo h), *“a no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello”*, cuya infracción se rige por el régimen sancionador previsto por la LSSI. Este régimen se establece, más concretamente, a través de los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de esta última Ley, referidos ambos al envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente. La gravedad de la infracción se gradúa en función del hecho de que el envío sea masivo o de que el número de comunicaciones efectuadas a un mismo destinatario sea superior a tres en el plazo de un año, reservándose para tales casos el tipo infractor previsto en el primero de los citados apartados.

En definitiva, en lo que respecta a la actividad que nos ocupa, el régimen sancionador de la LSSI sería aplicable a la realización de llamadas telefónicas automáticas sin intervención humana con fines de venta directa, cuando el interesado no hubiera prestado su consentimiento previo e informado para ello, tal y como especifica el citado párrafo h) del artículo 38.3 de la LGT, consentimiento que habrá de ser expreso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del RSU.

2.4 RÉGIMEN SANCIONADOR DE LAS LLAMADAS NO AUTOMÁTICAS

No puede encuadrarse en el citado tipo infractor, sin embargo, la realización, con los mismos fines, de llamadas no automáticas (es decir, con intervención

humana). El régimen sancionador aplicable en estos casos depende de distintas circunstancias que se desarrollan a continuación.

2.4.1 Datos de tráfico y facturación

Cuando para la selección de destinatarios de las llamadas comerciales no automáticas se utilicen, por los operadores de telecomunicaciones, los datos de tráfico y facturación de sus clientes (personas físicas o jurídicas), es preciso atender la normativa específica que regula el tratamiento de estos datos y, en particular, los derechos de los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas previstos en el artículo 38.3 de la LGT. Más concretamente, los referidos en los apartados a) y b). Estos derechos se desarrollan más ampliamente en el artículo 65 del RSU.

De conformidad con lo establecido por el RSU, los operadores deben eliminar o hacer anónimos los datos sobre el tráfico referidos a una comunicación y relacionados con los abonados que hayan sido tratados y almacenados para establecer una comunicación, en cuanto ya no sean necesarios a los efectos de su transmisión. Por otra parte, los datos de tráfico que fueran necesarios para realizar la facturación y los pagos de las interconexiones podrán ser tratados únicamente durante el plazo en que pueda impugnarse la factura o exigirse el pago, de conformidad con la legislación aplicable.

En particular, los operadores pueden tratar, con fines de promoción comercial de servicios de comunicaciones electrónicas, los datos de tráfico (entre los que cabe encuadrar por sí solo el número de la línea telefónica asignado a sus propios clientes), en la medida y durante el tiempo necesarios para la prestación de tales servicios o su promoción comercial, siempre y cuando el abonado haya dado su consentimiento informado. El propio artículo 65 del RSU regula el procedimiento para la obtención del consentimiento.

Como se ha mencionado en el apartado anterior, la vulneración de estos derechos de los abonados por parte de los operadores de telecomunicaciones, al margen de su consideración como personas físicas o jurídicas, puede ser sancionada por la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con la competencia que le otorga el apartado b) del artículo 58 de la LGT, respecto de las infracciones muy graves comprendidas en el párrafo z) del artículo 53 y de las infracciones graves previstas por el párrafo r) del artículo 54.

2.4.2 Tratamiento de otros datos de carácter personal

Cuando la realización de la llamada comercial no implique el tratamiento de datos de tráfico y facturación, pero sí de otros datos de carácter personal (en el caso de que los abonados sean personas físicas), deberá aplicarse el régimen general establecido por la LOPD y, más concretamente, en el Capítulo II del Título IV de su Reglamento de desarrollo (*Tratamientos para actividades de publicidad y prospección comercial*), sobre cuyo cumplimiento vela la Agencia Española de Protección de Datos.

El artículo 45 del RLOPD contempla, con carácter general, dos únicas vías de obtención de datos para la realización de labores de *“prospección comercial y otras actividades análogas”*. A este respecto, sólo podrán utilizarse *“nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos se encuentren en uno de los siguientes casos: a) Figuren en alguna de las fuentes accesibles al público a las que se refiere la letra j) del artículo 3 de la LOPD, de 13 de diciembre y el artículo 7 de este reglamento y el interesado no haya manifestado su negativa u oposición a que sus datos sean objeto de tratamiento para las actividades descritas en este apartado. b) Hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento para finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial, habiéndose informado a los interesados sobre los*

sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad.”

El régimen sancionador aplicable en estos casos es el previsto con carácter general en el artículo 44 de la LOPD.

2.4.3 Llamadas a líneas telefónicas con destinatario no identificable

En sentencia de 16 de noviembre de 2005, la Audiencia Nacional resolvió el recurso presentado contra una sanción impuesta por la Agencia Española con anterioridad a la entrada en vigor del RSU. El Tribunal no considera que la “llamada automática efectuada al domicilio del denunciante, sin intervención humana alguna, de forma aleatoria, sin que se conociera el titular de ese teléfono y sin que en la misma se hiciera mención alguna tampoco a datos personales del destinatario, pueda ser definida como tratamiento de datos de carácter personal en los términos establecidos en el indicado artículo 3.d) de la LOPD, ya que en ningún momento ha habido tal recogida, grabación, conservación o elaboración de los mismos. Simplemente ha existido una llamada telefónica de las características expuestas, pero en la misma no se ha producido el tratamiento de datos personales del recurrente, ya que ni siquiera se conocía por la autora el titular ni domicilio de ese número de teléfono, ni en esa grabación había referencia alguna tampoco a datos personales del destinatario, sino que era meramente publicitaria. Por ello, [...] esa inclusión en su fichero del número de teléfono del denunciante en los términos que lo hizo la actora, [...] no es un dato de carácter personal según el concepto definido en el artículo 3.1, a) de la LOPD – cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, puesto que no se contiene en sus archivos automatizados los nombres de sus titulares, sino simplemente esos números de teléfonos tomados de guías telefónicas de acceso público, sin otros datos asociados a los mismos.”



Fig.1 Normativa y régimen sancionador aplicable por la AEPD según la modalidad de llamada

En similares términos se ha pronunciado el Tribunal en su reciente sentencia de 17 de septiembre de 2008, al considerar que en un caso similar no había quedado acreditado *“que a través del número de teléfono móvil se haya identificado al titular del mismo o que a partir del citado número fuese posible tal identificación, de forma que el citado número de teléfono ayuno de otras circunstancias que identifiquen o pudiesen permitir identificar al titular del mismo impide que pueda encajarse en la definición legal de dato de carácter personal.”*

De acuerdo con esta doctrina, queda claro que la LOPD sólo podrá aplicarse en aquellos supuestos en los que la llamada comercial se efectúa a una línea telefónica en circunstancias tales que el destinatario podría haber sido identificable para el promotor de la llamada.

A diferencia de lo que ocurre con las llamadas automáticas, el artículo 38.3 de la LGT no reconoce un derecho de los abonados o usuarios a no recibir llamadas con fines comerciales o de venta directa cuando las mismas se realizan por procedimientos no automáticos. Es decir, en este caso, la LGT carece de un tipo infractor específico cuya sanción se encomiende a la AEPD, que sólo es competente cuando se vulneren los derechos consagrados en el citado artículo de la LGT.

En consecuencia, al no haberse reconocido en este artículo los derechos que sí prevé el artículo 69.2 del RSU, la Agencia no puede sancionar su incumplimiento aplicando la LGT. Esta conducta sólo podría ser sancionada por la Agencia, sin embargo, cuando la llamada comercial (a un número fijo o móvil) se efectuara por un operador de telecomunicaciones a sus clientes (al implicar el tratamiento de sus datos de tráfico) o cuando existiera una vulneración de la LOPD, como ya se ha expuesto.

2.5 DIRECTIVA SOBRE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, pendiente aún de transposición a nuestro ordenamiento jurídico, incluye en su anexo I una relación de las *prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia*. Entre ellas, se incluye (26) la de realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual. No obstante, se contempla que este supuesto ha de entenderse sin perjuicio del artículo 10 de la Directiva 97/7/CE y de las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE.

En su artículo 11 (*Ejecución*), la Directiva establece la necesidad de que los Estados Miembros arbitren mecanismos para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de las disposiciones de la Directiva en interés de los consumidores. El anexo II de la Directiva, por otra parte, recopila las disposiciones del Derecho Comunitario que establecen normas relativas a la publicidad y a las comunicaciones comerciales.

3. UNIVERSO DE ANÁLISIS Y DESARROLLO DEL PLAN

3.1 PRECEDENTES – ESCENARIOS COMUNES

En los últimos meses se han recibido en la Agencia denuncias relacionadas con la recepción de llamadas telefónicas comerciales no solicitadas. Algunas de ellas se refieren a situaciones en las que los ciudadanos, que previamente habían solicitado la cancelación de sus datos ante determinada compañía, se quejan de seguir siendo destinatarios de este tipo de prácticas comerciales. En otros casos, ciertos clientes expresan su incomodidad al ser molestados por compañías que les prestan servicios pero ante las que, sin embargo, habían expresado su oposición a que sus datos fueran utilizados con fines comerciales.

Son también destacables las reclamaciones trasladadas a la Agencia por otras Autoridades de Protección de Datos de la Unión Europea, las cuales hacen referencia a la recepción, por parte de ciudadanos de otros países de nuestro entorno, de llamadas telefónicas (no automáticas) con prefijo español. En estas quejas se pone de manifiesto la ausencia de mecanismos que permitan corregir conductas en las que, por ejemplo, una compañía establecida en nuestro país telefonea con fines comerciales a ciudadanos de otros países, los cuales se habían inscrito en listas de exclusión extranjeras cuya consulta no es exigible según nuestra legislación nacional.

A pesar de no ser muy numerosos, estos casos pueden ilustrar, sin embargo, el descontento creciente de algunos ciudadanos al respecto de las, a veces, insistentes e inoportunas llamadas promocionales.

3.2 UNIVERSO DE ANÁLISIS

En el mes de mayo de 2008 se remitió un cuestionario (Anexo I) a 19 compañías que fueron seleccionadas atendiendo al hecho de que su actividad estuviera estrechamente relacionada con la prestación de servicios de telecomunicaciones, que son los que mayor número de denuncias ocasionan ante la Agencia.

De todas las seleccionadas, 11 son **operadores de telecomunicaciones** y están autorizadas para la prestación del servicio de telefonía fija y/o móvil, así como los servicios de acceso a Internet o televisión.

Las 8 restantes son compañías que en su mayoría están habilitadas para revender el servicio de telefonía fija y/o el servicio de telefonía móvil, éste último bien completo o en modalidad de prepago (**operadores móviles virtuales**). Son, por lo general, compañías cuyo objeto social es la explotación de grandes superficies comerciales o que forman parte de grupos empresariales dedicados fundamentalmente a esta actividad.

La respuesta al cuestionario ha sido adecuada, pues todas las compañías requeridas han atendido el requerimiento de la Inspección para su cumplimentación. Tan sólo dos de ellas (ambas operadores móviles virtuales) han declarado que no han realizado hasta la fecha llamadas telefónicas comerciales no solicitadas.

4. CONCLUSIONES

4.1 LLAMADAS AUTOMÁTICAS SIN INTERVENCIÓN HUMANA

Al igual que ocurre con los “*faxes comerciales*”, la normativa (art. 69 del RSU) restringe la realización de llamadas automáticas sin intervención humana a los casos en que la compañía disponga para ello del consentimiento expreso del destinatario de la llamada, ya sea éste una persona física o una persona jurídica.

Por consiguiente, ni siquiera es posible efectuar estas llamadas a números que figuren en fuentes accesibles al público, lo que, supone una garantía adicional a la regulación prevista en la LOPD para aquellos casos en que los destinatarios, siendo personas físicas, figuren en fuentes accesibles al público, especialmente en guías telefónicas. Evidentemente, los sistemas de llamada automática no deberían ser programados para efectuar estas llamadas de forma aleatoria, ni a partir de criterios exclusivamente geográficos.

Ninguna de las compañías encuestadas por la Agencia ha reconocido que en la actualidad realice este tipo de llamadas con fines de venta directa, ni a clientes particulares ni a clientes corporativos (personas jurídicas). No obstante, algún operador ha manifestado que sí utiliza este tipo de sistemas automáticos entre sus propios clientes, si bien con la finalidad de evaluar su satisfacción y fidelizarlos.

4.2 LLAMADAS REALIZADAS A USUARIOS DE TELEFONÍA FIJA

Las actuaciones practicadas permiten concluir que los datos utilizados por las compañías inspeccionadas para la realización de llamadas telefónicas a números fijos proceden fundamentalmente de la edición electrónica de las guías telefónicas.

Las compañías seleccionan sólo a aquellos abonados que no han ejercitado su derecho a que los datos que aparecen en las guías no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial (es decir, los que no están marcados con una “U”). De esta forma, se da satisfacción al requisito previsto en el artículo 69 del RSU, al discriminarse los números de aquellos que han manifestado su deseo de no recibir dichas llamadas.

El porcentaje de compañías inspeccionadas que acuden a las guías telefónicas para seleccionar a los destinatarios de sus campañas telefónicas es del 53%, tratándose en todos los casos de operadores de telecomunicaciones.

4.3 FICHEROS DE CLIENTES

Los propios ficheros de clientes son ampliamente utilizados para seleccionar a los destinatarios de las campañas telefónicas, los cuales son segmentados en función de diversos criterios (geográficos, edad, intereses y hábito de compra, existencia de deuda pendiente de pago).

Casi el 30% de las compañías encuestadas trata los datos de los clientes de otras compañías del mismo grupo empresarial o de operadores con los que se han fusionado recientemente incorporando en su totalidad las correspondientes unidades de negocio.

En el primero de los escenarios, clientes de otras compañías del mismo grupo, al involucrar datos cuyo responsable es un tercero, el tratamiento de datos de carácter personal se realiza, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la LOPD, con el previo consentimiento del interesado, el cual se otorga en el momento de la contratación mediante la aceptación de las correspondientes cláusulas. En este

escenario se enmarcan los casos de ciertos grupos empresariales (por ejemplo, hipermercados) que diversifican su oferta comercial (actuando como operadores virtuales) y se benefician para ello de los datos de la clientela obtenida a través de otro producto o servicio cuyo éxito ya ha sido probado.

En el segundo de los escenarios, la propia compañía dispone de datos de clientes de distintos servicios (telefonía fija, móvil, ADSL) pudiendo segmentar geográficamente uno de ellos para introducirse comercialmente en otro, aunque en este caso la legitimación para el tratamiento no proviene de la previsión legal antes citada, puesto que éste no es realizado por terceros, sino por la compañía con la que contrató el cliente, aunque bajo una denominación social que puede ser distinta. Éste es uno de los supuestos a los que se refiere el artículo 19 del RLOPD, según el cual en tales casos no se produce una cesión de datos.

En algunos casos (el 15%), las llamadas telefónicas comerciales realizadas por las compañías encuestadas se circunscriben exclusivamente al ámbito de clientes propios o del mismo grupo empresarial, cuyos datos se constituyen en la única fuente reconocida para la selección de los destinatarios, no accediéndose ni siquiera a fuentes públicas para completar la selección.

Dos de las compañías encuestadas circunscriben su actividad de telemarketing a sus clientes corporativos (personas jurídicas), no efectuando por ello tratamiento de datos de carácter personal, por lo que no les sería de aplicación la normativa legal que regula este ámbito. Sin embargo, si se tratara de operadores de telecomunicaciones respecto de sus clientes, sí les sería de aplicación lo previsto en los párrafos b) y h) del apartado 3 del artículo 38 de la LGT, por lo que habrían de contar con el consentimiento informado de los mismos, el cual será además expreso en la actividad regulada en el segundo de los supuestos.

4.4 LISTAS DE EXCLUSIÓN

Como ya se ha señalado, para discriminar a aquellos posibles destinatarios que hubieran manifestado su deseo de no recibir llamadas comerciales no solicitadas existen vías alternativas que pueden completar la información publicada en guías telefónicas.

La práctica totalidad de las compañías encuestadas han declarado que filtran sus ficheros de destinatarios con sus propias listas de exclusión, confeccionadas con los datos de los clientes que expresamente se han opuesto al tratamiento de sus datos con fines comerciales, bien en el momento de la contratación o en el curso de la relación contractual establecida. A este respecto, se ha observado que las compañías incorporan con mayor frecuencia en sus contratos apartados específicos para que el cliente delimite el alcance de su consentimiento en distintos ámbitos de tratamiento, ya sea por el propio responsable o por terceros.

Tan sólo tres de ellas (operadores de telecomunicaciones) han reconocido que, en el caso de destinatarios que son personas físicas, filtran también sus ficheros con los datos de la *lista robinson* de la FECEMD. Tan reducido porcentaje puede ser debido al hecho de que el Servicio de Listas Robinson se orienta fundamentalmente a evitar que el ciudadano reciba publicidad personalizada a su nombre y dirección, es decir, por vía postal. Así, en su propia página web (<http://www.fecemd.org>) se establece que *“El Servicio de Listas Robinson es un sistema informático instituido por FECEMD, entidad sin ánimo de lucro, en el que pueden registrarse gratuitamente todos los consumidores españoles que así lo deseen.”* Entre los ficheros informáticos que lo constituyen, se cita: *“LISTA ROBINSON que recoge los nombres y direcciones de todas aquellas personas que no desean recibir publicidad por correo. Estos datos,*

tratados confidencialmente, serán excluidos de los envíos directos que realicen las empresas adheridas al Servicio.”

4.5 LLAMADAS ALEATORIAS A USUARIOS DE TELEFONÍA MÓVIL

La inexistencia actual de guías específicas con datos de abonados de telefonía móvil obliga a los operadores que pretenden captar clientes de la competencia a recurrir a otros mecanismos de selección para sus campañas telefónicas, de tal forma que puedan quedar excluidos de las mismas aquellos abonados que hayan manifestado su deseo de no recibir dichas llamadas.

Una práctica habitual por las compañías encuestadas consiste en seleccionar a los destinatarios en función de los rangos de numeración móvil asignados a otro operador, adaptando así la oferta comercial a mejorar las condiciones ofrecidas por éste. Otras compañías, aunque manifiestan no realizar estas prácticas en la actualidad, reconocen que prevén hacerlo en el futuro.

La práctica consiste en elaborar secuencialmente listados de números telefónicos móviles y distribuirlos entre los distintos teleoperadores de la plataforma de atención al cliente. La información generada es plana pues consiste, en cada caso, en un número del que la compañía desconoce de entrada cualquier otro dato que permita identificar al titular de la línea. De hecho, la compañía sólo puede presuponer quién es el operador que le presta el servicio al titular, pudiendo ocurrir que éste último ya hubiera portado la línea a otro operador y que incluso sea éste precisamente el operador que realiza la campaña telefónica de captación.

Como ya se ha expuesto anteriormente, de acuerdo con la doctrina marcada por la Audiencia Nacional en distintas sentencias, la actividad consistente exclusivamente en la marcación del número telefónico obtenido según el procedimiento antes descrito (dato disociado) no constituye en sí misma un tratamiento de datos de carácter personal cuando el destinatario no es identificable, por lo que no sería aplicable la normativa general de protección de datos. No obstante, si el promotor de la llamada fuera un operador de telecomunicaciones y los destinatarios fueran sus propios clientes, sí le sería aplicable la regulación especial prevista en el apartado 38.3.b) de la LGT.

Por otra parte, si el listado elaborado con números secuenciales al que nos referíamos anteriormente fuese contrastado con el fichero propio de clientes de la compañía para discriminar a éstos (*“líneas portadas”*) y excluirlos de la campaña telefónica, esta actividad sí constituiría un tratamiento de datos de carácter personal, pues evidentemente involucra datos que tienen esta consideración. También sería aplicable la normativa de protección de datos en los casos en los que el número de la línea de telefonía móvil del destinatario de la llamada figura en un fichero de exclusión del propio promotor de la llamada o bien en un fichero común de exclusión, cuando éste sea constituido, circunstancia que hasta la fecha no se ha producido.

De acuerdo con la información facilitada a la Agencia, las compañías que realizan este tipo de campañas promocionales recaban el consentimiento del destinatario en el caso de que finalmente muestre su interés en el servicio ofertado y facilite sus datos de carácter personal. Una buena práctica implementada por uno de estos operadores consiste en confirmar al ciudadano, con posterioridad a la llamada y vía SMS, si su número ha sido o no incorporado al listado de interesados en recibir ofertas comerciales de la compañía.

4.6 FICHEROS DE TERCEROS

Cuatro de las compañías encuestadas han declarado que seleccionan a los destinatarios de las llamadas a partir de ficheros proporcionados por terceras compañías. En general, estos ficheros contienen datos de fuentes públicas (fundamentalmente de guías telefónicas), aunque también se alquilan ficheros “*opt-in*” de terceras compañías, los cuales se han constituido a partir de datos recabados con el consentimiento de los interesados.

Estas terceras compañías suelen estar especializadas en la realización, para sus clientes, de actividades de marketing electrónico en las que los destinatarios han manifestado previamente su voluntad de participar (“*permission e-mail marketing*”). La inscripción a través del sitio web correspondiente implica que el interesado acepta que, por medios telefónicos, postales o electrónicos, se le trasladen a través del responsable del fichero o de otras entidades, publicidad y ofertas comerciales de otras empresas, en relación con servicios diversos (telecomunicaciones, financieros, ocio, gran consumo, automoción, suministros,...). Así mismo, la participación en las sucesivas promociones comerciales contribuye a configurar un perfil de hábitos de consumo de los participantes, el cual permite adaptar más adecuadamente las ofertas promocionales a los intereses de éstos.

La utilización de este tipo de ficheros en la ejecución de campañas telefónicas requiere evidentemente que el interesado haya facilitado su número de teléfono fijo o móvil y haya otorgado su consentimiento para la recepción de promociones relativas a los productos o servicios ofrecidos por las compañías que alquilan los datos, las cuales pueden incluso segmentarlos en función de su lugar de residencia de los interesados o del operador de la competencia que les presta el servicio telefónico.

4.7 DATOS DE PERSONAS RECOMENDADAS

Otra técnica utilizada para la captación de nuevos clientes consiste en la realización de llamadas telefónicas a personas cuyos datos (nombre y apellidos y número de teléfono) han sido facilitados por clientes de la propia compañía. El tratamiento de tales datos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de la LOPD requiere el consentimiento de los “*recomendados*”, por lo que sólo en el caso de que éstos previamente lo hayan expresado cabría entender que la técnica es acorde a la Ley. En este sentido, no podrían ser utilizados tampoco los datos que hubieran sido comunicados por clientes que desean mantener su anonimato de cara a la persona recomendada, dado que no parece razonable entender que aquéllos disponen del consentimiento previo de ésta para facilitar sus datos.

Precisamente, estrategias similares adoptadas por una compañía especializada en actividades de “*permission e-mail marketing*” han sido recientemente sancionadas por esta Agencia, entendiéndose que el envío de comunicaciones comerciales electrónicas (“*spam*”) a las direcciones electrónicas así obtenidas vulneraba el artículo 21 de la LSSI, al no haber sido solicitado ni expresamente autorizado dicho envío por el destinatario, cuya dirección electrónica había sido facilitada por un supuesto “*familiar o conocido*”, el cual sí se había inscrito en el sitio web correspondiente.

4.8 GRABACIÓN DE CONVERSACIONES TELEFÓNICAS

Tan sólo tres de las compañías encuestadas han reconocido que graban las conversaciones mantenidas como consecuencia de las llamadas telefónicas realizadas.

No obstante, esta grabación se realiza con el consentimiento del interlocutor al que se efectúa la llamada, el cual es informado de los extremos previstos en el artículo 5 de la LOPD, por lo que el tratamiento de sus datos (la voz y cualquier otro que lo haga identificable) estaría amparado legalmente, siempre y cuando se facilite dicha información de forma expresa, precisa e inequívoca y se detalle la finalidad de la recogida de tales datos.

RECOMENDACIONES A LAS COMPAÑÍAS

A la vista de la información recabada por la Inspección de Datos, se considera preciso que las compañías tengan en consideración las siguientes recomendaciones para adaptar sus procedimientos de trabajo a la normativa vigente.

1. LLAMADAS AUTOMÁTICAS SIN INTERVENCIÓN HUMANA

Para la realización de llamadas automáticas sin intervención humana con fines comerciales se requiere el consentimiento previo, expreso e informado del destinatario de la llamada, independientemente de su condición de persona física o jurídica, del hecho de que el número de la línea esté asociado a datos de carácter personal, de que hubiera sido generado de forma aleatoria y de que figure o no en fuentes accesibles al público.

2. DATOS PUBLICADOS EN GUÍAS DE ABONADOS

Las compañías deben verificar que los destinatarios (personas físicas o jurídicas) de las llamadas comerciales no automáticas o bien no figuran en las guías o bien no han ejercitado su derecho a que los datos que aparecen en las guías no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial. Esta circunstancia ha de verificarse a través de las propias guías de comunicaciones electrónicas disponibles al público.

3. LISTADOS NUMÉRICOS DE LÍNEAS TELEFÓNICAS

La normativa sobre protección de datos es aplicable al tratamiento del dato consistente exclusivamente en el número de una línea de telefonía en aquellos supuestos en los que la llamada comercial se efectúa en circunstancias tales que el destinatario podría haber sido identificable para el promotor de la llamada.

4. DATOS DE TRÁFICO DE CLIENTES DE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES

Los operadores de telecomunicaciones pueden tratar, con fines de promoción comercial de servicios de comunicaciones electrónicas, los datos de tráfico de sus propios clientes (entre los que cabe encuadrar por sí solo el número de la línea telefónica asignado), en la medida y durante el tiempo necesarios para la prestación de tales servicios o su promoción comercial, siempre y cuando el abonado haya dado su consentimiento informado.

Éste se obtendrá de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 65 del RSU.

5. CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA FÍSICA AL CONTRATAR

Las compañías adaptarán sus cláusulas contractuales para facilitar al cliente el ejercicio del derecho a oponerse (o a no prestar su consentimiento) a que sus datos sean objeto de tratamiento para las actividades de publicidad y prospección comercial. Para que el cliente pueda decidir adecuadamente si otorga o no su consentimiento, se detallarán de forma precisa en el contrato las finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con esta actividad.

En este sentido, se considerará acorde a la ley la inclusión de distintas casillas de marcación opcional (no premarcadas), destinadas a cada una de las posibles actividades en las que podrían tratarse los datos del cliente, para que sea éste quien opte por aquéllas en las que desea participar. Una de esas actividades podría consistir precisamente en la realización de llamadas telefónicas con fines comerciales.

6. OPOSICIÓN DE LA PERSONA FÍSICA AL TRATAMIENTO. REVOCACIÓN

Las compañías establecerán procedimientos sencillos para facilitar también al cliente, a lo largo de toda la relación contractual, el ejercicio gratuito de su derecho de oposición a la recepción de este tipo de llamadas o al tratamiento en general de sus datos con fines publicitarios y de prospección comercial. Este derecho se entenderá sin perjuicio del derecho del interesado a revocar, cuando lo estime oportuno, el consentimiento previamente otorgado.

Los procedimientos pueden incluir una línea telefónica gratuita o un buzón electrónico, a través de los cuales pueda el cliente expresar su voluntad. Sin embargo, cuando la compañía disponga de servicios de cualquier índole para la atención a sus clientes o el ejercicio de reclamaciones relacionadas con el servicio prestado o los productos ofertados al mismo, deberá concederse la posibilidad al afectado de ejercer su oposición a través de dichos servicios.

En todo caso, el ejercicio por el afectado de sus derechos no podrá suponer un ingreso adicional para el responsable del tratamiento ante el que se ejercitan.

7. DATOS DE CARÁCTER PERSONAL PROCEDENTES DE OTRAS COMPAÑÍAS DEL GRUPO EMPRESARIAL

Las compañías pueden realizar llamadas comerciales a los clientes de otras compañías del mismo grupo empresarial, siempre y cuando el destinatario de la llamada hubiera otorgado previamente su consentimiento informado a éstas para recibir ese tipo de llamadas. A tal efecto, se considerará que el consentimiento es

válido si la información facilitada al interesado permite conocer inequívocamente los tratamientos y sus finalidades e identifica claramente el tipo de actividad que desarrolla la compañía que los realizará.

8. DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DE CLIENTES DE COMPAÑÍAS FUSIONADAS

Una compañía puede realizar llamadas comerciales a los clientes que ha incorporado a su cartera, a partir de otras compañías que se han fusionado a aquélla o de otras compañías cuya unidad de negocio han adquirido íntegramente, siempre y cuando los clientes hayan otorgado previamente su consentimiento informado para esa modalidad de tratamiento. A tal efecto, se considerará que el consentimiento es válido si la información facilitada al interesado permite identificar al nuevo responsable del tratamiento y concreta las finalidades del mismo.

9. TRATAMIENTO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL CANCELADOS

Los datos de carácter personal han de ser cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados, pudiendo conservarse bloqueados durante el tiempo en que pueda exigirse algún tipo de responsabilidad derivada de una relación u obligación jurídica o de la ejecución de un contrato o de la aplicación de medidas precontractuales solicitadas por el interesado.

En particular, las compañías no pueden tratar los datos de sus ex-clientes para la realización de llamadas telefónicas con fines comerciales, a menos que dispongan de su consentimiento. A este respecto, se considera contraria a la normativa sobre protección de datos la práctica consistente en contrastar tales datos con los contenidos en otros ficheros.

10. FICHEROS DE EXCLUSIÓN DE PERSONAS FÍSICAS

Al margen de su condición de clientes, las compañías pueden conservar los mínimos datos imprescindibles para identificar a aquellas personas que manifiesten su negativa a recibir publicidad, en particular la ofrecida a través de llamadas telefónicas, adoptando las medidas necesarias para evitar su realización.

11. FICHEROS COMUNES DE EXCLUSIÓN DE PERSONAS FÍSICAS

Cuando el destinatario de la llamada comercial no solicitada sea una persona física, la verificación de que éste no ha manifestado su deseo de no recibir este tipo de llamadas deberá realizarse también a través de medios alternativos a las guías de abonados, en particular mediante la información contenida en los ficheros comunes de exclusión del envío de comunicaciones comerciales, cuando tales ficheros hayan sido constituidos.

12. DATOS DE PERSONAS RECOMENDADAS

El tratamiento de datos de carácter personal requiere el consentimiento inequívoco del afectado, por lo que no se considerarán ajustados a la normativa tratamientos de datos que han sido obtenidos de terceros, salvo en los supuestos legalmente previstos. A este respecto, las compañías no podrán efectuar llamadas telefónicas comerciales no solicitadas a personas identificadas o identificables cuyos datos hayan sido proporcionados por sus propios clientes sin que aquéllas hubieran otorgado su consentimiento para ello.

13. FICHEROS “OPT-IN”

La realización de llamadas telefónicas comerciales no solicitadas a personas seleccionadas de ficheros constituidos a partir de datos facilitados voluntariamente por los interesados en recibir distintas promociones comerciales requiere que éstos hayan sido informados claramente del alcance de los tratamientos a realizar y, en particular, de que su consentimiento se extiende a ese tipo concreto de actividades promocionales.

RECOMENDACIONES A LOS CIUDADANOS

A la vista de la información recabada por la Inspección de Datos, se desprende que los ciudadanos disponen en la actualidad de los siguientes mecanismos para evitar la recepción de llamadas telefónicas comerciales no solicitadas.

1. LLAMADAS AUTOMÁTICAS SIN INTERVENCIÓN HUMANA

De acuerdo con la normativa actual, el ciudadano no debe recibir llamadas automáticas sin intervención humana con fines de venta directa, a menos que haya consentido previamente y de forma expresa en su recepción.

2. LLAMADAS RECIBIDAS POR LA CONDICIÓN DE CLIENTE

En el caso de que las llamadas sean realizadas por una compañía con la que el ciudadano mantiene una relación contractual, deberá comunicar a aquélla su oposición al tratamiento de sus datos con fines comerciales o, al menos, al marketing telefónico.

En los casos en que previamente hubiera otorgado su consentimiento a este tipo de tratamientos (generalmente a través de la aceptación de la correspondiente cláusula contractual) podrá revocar así mismo dicho consentimiento.

3. OTRAS LLAMADAS RECIBIDAS A TRAVÉS DE LÍNEAS DE TELEFONÍA FIJA

Para no recibir este tipo de llamadas a través de una línea de telefonía fija bastaría con que el titular de la línea solicite al operador que le presta el servicio que no se publiquen sus datos en guías telefónicas públicas o, en el caso de que desee ser localizado con carácter general a través de éstas, que tales datos sean marcados de tal forma que no puedan ser utilizados con fines comerciales. En estos supuestos evitará cualquier tipo de promoción comercial, no sólo las telefónicas.

4. OTRAS LLAMADAS RECIBIDAS A TRAVÉS DE LÍNEAS DE TELEFONÍA MÓVIL

Para evitar estas llamadas el ciudadano puede manifestar su negativa u oposición ante los promotores de las mismas o, si en el futuro se constituyeran ficheros comunes que permitan esta modalidad de exclusión promocional, podrá suministrar sus datos (incluyendo el número de línea móvil) al responsable de éstos, para que los mismos puedan ser contrastados por los promotores de las llamadas.

En la práctica, sólo es sancionable por la Agencia Española de Protección de Datos la realización de llamadas comerciales a personas físicas que puedan ser identificables por el promotor de las llamadas.

RECOMENDACIONES AL LEGISLADOR

TIPIFICACIÓN DE LA CONDUCTA INFRACTORA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 69.2 DEL RSU

Como se ha expuesto, las llamadas telefónicas con fines comerciales efectuadas mediante sistemas distintos a los sistemas automáticos, cuando se realicen incumpliendo las garantías previstas en el artículo 69.2 del RSU, no son sancionables conforme a la LGT, salvo en los supuestos en que fuera aplicable su artículo 38.3.b), es decir, cuando la llamada se realice por los operadores de telecomunicaciones a sus propios clientes, involucrando así el tratamiento de datos de tráfico y facturación).

No obstante, pueden ser sancionadas conforme a la LOPD cuando la llamada implique el tratamiento de datos personas físicas identificadas o identificables.

Urge, por tanto, el reconocimiento de este derecho en la LGT, de forma que su vulneración constituya una infracción tipificada en dicha norma.

ANEXO I: CUESTIONARIO

LLAMADAS NO SOLICITADAS CON FINES DE VENTA DIRECTA CUESTIONARIO

El Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, aprobado mediante Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, establece en el Capítulo II del Título IV un marco general que regula la realización de tratamientos para actividades de publicidad y prospección comercial.

Por su parte, el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el *Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios*, introduce en su artículo 69 un marco regulatorio para la realización de llamadas no solicitadas para fines de venta directa.

A continuación, se plantean, en los términos establecidos por la legislación específica, distintas cuestiones relacionadas con la forma en que esa compañía, realiza, en su caso, este tipo de actividades, de las que se excluye, en todo caso, el envío de faxes.

1. IDENTIFICACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS COMERCIALIZADOS

- 1.1. Detallar la actividad principal de la compañía.
- 1.2. En el caso de que esa compañía actúe como operador de telecomunicaciones, especificar claramente los servicios que presta (servicio telefónico con/sin red propia, servicio telefónico móvil, reventa del servicio telefónico fijo, operador móvil virtual en modalidad de reventa del servicio telefónico móvil, proveedor de acceso a Internet,...).

2. LLAMADAS NO SOLICITADAS PARA FINES DE VENTA DIRECTA EFECTUADAS MEDIANTE SISTEMAS DE LLAMADA AUTOMÁTICA, A TRAVÉS DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS, SIN INTERVENCIÓN HUMANA (APARATOS DE LLAMADA AUTOMÁTICA, EXCLUYENDO FAX)

- 2.1. Especificación detallada del procedimiento por el que, en su caso, se seleccionan los destinatarios de las llamadas automáticas (tanto las dirigidas a usuarios de telefonía fija como las que se efectúan a usuarios de telefonía móvil). Especificación de los parámetros identificativos de los destinatarios de cada campaña.
- 2.2. En particular, especificar los datos que se tratan para esta actividad relativos a los clientes de otras compañías del mismo grupo empresarial, detallando el procedimiento utilizado para obtener su consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal con fines de publicidad y prospección comercial.
- 2.3. Especificación del procedimiento por el que se recaba el consentimiento previo, expreso e informado de los destinatarios de las llamadas, acompañando copia de la documentación (argumentario telefónico, formularios, modelos de contrato, notificaciones, SMS de confirmación,...) que pueda acreditarlo.
- 2.4. Identificación de los ficheros de datos de carácter personal de los que es responsable esa compañía en los cuales se almacenan, en su caso, los datos de los destinatarios de las llamadas, indicando claramente su código de inscripción en el Registro General de Protección de Datos, así como la descripción de los datos de los que disponen al respecto de estos destinatarios.
- 2.5. Especificación detallada de los productos y servicios que se ofertan en estas campañas.

- 2.6. Relación de campañas realizadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y la fecha actual, indicando el número de destinatarios en cada caso.
- 2.7. En el caso de que la realización de estas campañas promocionales fuese encargada a otras compañías, detallar las condiciones que se hubieran previsto en los contratos de prestación de servicios al respecto de los procedimientos establecidos y los ficheros que pueden ser utilizados en lo que concierne a las llamadas no solicitadas para fines de venta directa.

3. LLAMADAS NO SOLICITADAS PARA FINES DE VENTA DIRECTA EFECTUADAS MEDIANTE SISTEMAS DISTINTOS A LOS APARATOS DE LLAMADA AUTOMÁTICA Y AL FAX

- 3.1. Especificación detallada del procedimiento por el que se seleccionan los destinatarios de las llamadas (tanto las dirigidas a usuarios de telefonía fija como las que se efectúan a usuarios de telefonía móvil). Especificación de los parámetros identificativos de los destinatarios de cada campaña.
- 3.2. En particular, especificar los datos que se tratan para esta actividad relativos a los clientes de otras compañías del mismo grupo empresarial, detallando el procedimiento utilizado para obtener su consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal con fines de publicidad y prospección comercial.
- 3.3. Identificación de los ficheros de datos de carácter personal de los que es responsable esa compañía en los cuales se almacenan, en su caso, los datos de los destinatarios de las llamadas, indicando claramente su código de inscripción en el Registro General de Protección de Datos, así como la descripción de los datos de los que disponen al respecto de estos destinatarios.
- 3.4. Especificación del procedimiento por el que se discriminan del citado colectivo los abonados de telefonía que han manifestado su deseo de no recibir llamadas no solicitadas con fines de venta directa. Detallar las fuentes de las que se obtiene esta última información.
- 3.5. Particularizando en el supuesto expuesto en el apartado anterior, en el caso de que las llamadas se efectúen "*a quienes hubiesen decidido no figurar en las guías de comunicaciones electrónicas disponibles al público o a los que hubiesen ejercido su derecho a que los datos que aparecen en ellas no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial*", indicar cómo se recaba el consentimiento expreso de estas personas. Acompañar copia de la documentación (argumentarlo telefónico, formularios, modelos de contrato, notificaciones, SMS de confirmación,...) que pueda acreditarlo.
- 3.6. En el supuesto de que los destinatarios de las llamadas sean usuarios de telefonía móvil y se seleccionen en función del rango de numeración al que pertenece la línea telefónica, asignado a un operador de la competencia, especificar el procedimiento por el que, en su caso, se discriminan las personas que, habiendo solicitado la portabilidad, ya son clientes de esa compañía.
- 3.7. En el caso de que las conversaciones telefónicas mantenidas fuesen grabadas, acompañar una transcripción de la información que, en su caso, se facilite al destinatario de la campaña.
- 3.8. Especificación detallada de los productos y servicios que se ofertan en estas campañas.
- 3.9. Relación de campañas realizadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y la fecha actual, indicando el número de destinatarios en cada caso.
- 3.10. En el caso de que la realización de estas campañas promocionales fuese encargada a otras compañías, detallar las condiciones que se hubieran previsto en los contratos de prestación de servicios al respecto de los procedimientos establecidos y los ficheros que pueden ser utilizados en lo que concierne a las llamadas no solicitadas para fines de venta directa.

ANEXO II: LISTADO DE ENTIDADES

NOMBRE
BT ESPAÑA COMPAÑÍA DE SERVICIOS GLOBALES DE TELECOMUNICACIONES, S.A.U.
CABLEUROPA, S.A.U. + TENARIA, S.A. (ONO)
CARREFOURONLINE, S.L.U.
CECOSA INSTITUCIONAL, S.L. (EROSKI MÓVIL)
DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN, S.A. (DIAMOVIL%)
E-PLUS MÓVILES, S.L. (SIMYO)
EUSKALTEL, S.A.
FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. (ORANGE)
INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS, S.A.
JAZZ TELECOM, S.A. (JAZZTEL)
PEPEMOBILE, S.L. (PEPEPHONE)
R CABLE Y TELECOMUNICACIONES GALICIA, S.A.
TELECOR, S.A.
TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.
TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A. (MOVISTAR)
TELE2 TELECOMMUNICATION SERVICES, S.L.U. (fusionada en octubre de 2008 con VODAFONE ESPAÑA, S.A.)
THE PHONE HOUSE MÓVIL, S.L. (HAPPY MÓVIL)
VODAFONE ESPAÑA, S.A.
XFERA MÓVILES, S.A. (YOIGO)
FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE COMERCIO ELECTRÓNICO Y MARKETING DIRECTO



**Mensajes publicitarios y
comerciales a telefonía móvil**

**INSPECCIÓN SECTORIAL DE
OFICIO**

Noviembre de 2008

1. INTRODUCCIÓN

El rápido crecimiento que ha experimentado la telefonía móvil en los últimos años, y, en concreto, la explosión de la utilización de los mensajes cortos (SMS), ha promovido la creación de un nuevo mercado de servicios que son prestados mediante la remisión de mensajes cortos a números de tarificación adicional (mensajes *PREMIUM*).

El envío de este tipo de mensajes por parte de los usuarios, o bien la realización de suscripciones para su recepción periódica, permite a las empresas cobrar los servicios prestados a los usuarios a través del sistema de facturación de las operadoras de telecomunicaciones, es decir, directamente mediante la factura del servicio de telefonía móvil del usuario.

De este modo, las empresas interesadas pueden distribuir al público en general una amplia clase de servicios, generalmente de información y entretenimiento tal como contenidos multimedia, ofreciendo incluso la posibilidad de interactuar en tiempo real en eventos difundidos a través de medios de comunicación, y facturando pequeñas cantidades al usuario de una forma sencilla.

Sin embargo, en ocasiones este sector se ha visto afectado de malas prácticas empresariales, básicamente, por la falta de transparencia con respecto a la naturaleza y coste de los servicios, lo que provoca desprotección a los usuarios, además de los correspondientes perjuicios económicos.

La inexistencia de condiciones u obligaciones específicas asociadas al modo de prestación de estos servicios ha agravado la situación, y ha motivado que el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio publicara recientemente la *Orden ITC/308/2008, de 31 enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia*, que además de definir rangos específicos de numeración para los mensajes *PREMIUM*, establece algunas obligaciones en la prestación de estos servicios.

Si bien no es competencia de la Agencia Española de Protección de Datos la aplicación de la citada normativa, se viene recibiendo, en los últimos años, un número creciente de denuncias relacionadas con envíos de mensajes SMS de tipo publicitario sin contar con el consentimiento previo por parte del receptor de los mismos y que, en ocasiones, incitan a la remisión de mensajes cortos *PREMIUM*, así como diversas denuncias relacionadas con altas sin consentimiento en servicios de suscripción *PREMIUM*. ITC 308/2008,

Por todo ello, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos instó la realización de un plan de inspección de oficio en el que se han analizado los procedimientos seguidos por los actores involucrados en este sector de actividad, con relación a los aspectos sustantivos de protección de datos y comunicaciones comerciales remitidas mediante mensajes cortos, quedando fuera del ámbito de estudio aquellos mensajes remitidos por las operadoras de telefonía móvil que no contienen publicidad y facilitan información sobre el servicio contratado, como, por ejemplo, comunicaciones relativas al buzón de voz, llamadas perdidas, cambio de tarifas, puntos de fidelización y *roaming* (itinerancia) internacional.

2. MARCO LEGAL

La normativa legal aplicable a esta actividad es la siguiente:

- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de *Protección de Datos de Carácter Personal*.

- *Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999*, aprobado mediante Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.
- *Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSI)*.
- *Orden ITC 208/2008, de 31 de enero, por la que se dictan instrucciones sobre la utilización de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia que modifica la asignación de números cortos*. Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Esta disposición define la numeración a emplear para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, estableciéndose rangos diferentes en función de los contenidos y precios que se cobren al usuario.
- *Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información*

La LSSI, al ser una norma sectorial, se aplica a las comunicaciones de carácter comercial, Sin embargo, en los servicios de suscripción en los que se traten datos de carácter personal habrá de tenerse en cuenta los preceptos estipulados en la LOPD.

Conforme al artículo 21.1 de la LSSI, cuyo contenido se reproduce a continuación, los mensajes con información comercial deben remitirse con consentimiento del destinatario, con la excepción de que el mismo haya contratado un servicio similar.

“Artículo 21. *Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.*

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”.

La LSSI 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”

3. FUNCIONAMIENTO DEL SECTOR Y RIESGOS POTENCIALES

La LSSI define como un servicio de la Sociedad de la Información la remisión de comunicaciones electrónicas comerciales por correo electrónico y otros medios de comunicación equivalentes, tal como los mensajes cortos de telefonía móvil.

Por otro lado, como ya se ha comentado, los servicios Premium SMS se basan en facilitar al abonado información o servicios de su interés efectuando el cobro por medio de mensajes cortos de tarificación adicional (mensajes PREMIUM).

Entre los diversos servicios basados en mensajes de tarificación adicional los más destacados son:

- Interacción con medios de comunicación, de telespectadores en caso de Televisión, oyentes en Radio o con los lectores prensa y revistas. Este servicio lo inicia el usuario al remitir un SMS con un mensaje para los medios de comunicación. Puede o no tener respuesta de los mismos.
- Descargas directamente al móvil de diferentes productos multimedia y juegos, en los cuales, el usuario interesado en recibir determinada información envía un mensaje SMS de solicitud a un número corto PREMIUM, añadiendo una palabra clave que identifica el servicio solicitado. Esta palabra clave se denomina ALIAS.
- Acceso a páginas de Internet no gratuitas. Este servicio de acceso a contenidos de pago facilita la posibilidad de que un usuario solicite la clave una acceso a un contenido o servicio enviando un SMS PREMIUM. Una vez recibida la clave mediante un nuevo SMS, ésta le permite el acceso al servicio solicitado. De este modo los pagos se realizan por medio de los cargos de los mensajes con tarificación adicional en la factura telefónica.
- Servicios de suscripción. Se pueden considerar como un caso particular de mensajes PREMIUM ya que son mensajes SMS periódicos de tarificación adicional que contienen información de texto o audiovisual y que se remiten al usuario final a petición expresa del mismo, es decir, son los propios usuarios los que se suscriben a este servicio. En este caso, el usuario paga por la recepción de los mensajes en lugar de por su envío, no siendo siempre conscientes los usuarios finales de este hecho, ni, incluso, de la suscripción al servicio o la tarificación adicional que conllevan.

3.1. AGENTES INVOLUCRADOS

Para la prestación de los servicios SMS PREMIUM hay básicamente tres agentes implicados. Por un lado los operadores de telefonía móvil que facilitan la conectividad con el usuario final. En un segundo nivel se encuentran las plataformas tecnológicas, que actualmente ostentan la titularidad de los números cortos y actúan como intermediarios entre los abonados y el tercer agente implicado, el proveedor o responsable de los contenidos que es el prestador final del servicio Premium (Chat, politonos, videos, etc). Pueden existir más niveles con agentes especializados con distintos roles, siendo en este hecho donde radica la complejidad del sector. Todo ello resulta poco apropiado para los usuarios por falta de transparencia.

Además, la posición de los usuarios respecto a los proveedores de contenidos es débil ya que el consumidor sólo tiene una relación contractual directa y formalmente establecida con su operador de telefonía móvil. El acceso a este prestador de servicios por parte del consumidor es difícil y puede no haber responsabilidades claras en caso de disputa. Además, en muchos casos, la vía de la reclamación es inapropiada por la desproporción entre el coste de elevar la misma con respecto a la cantidad en disputa. En algunos casos, el daño o pérdida individual es muy pequeño pero el gran número de consumidores involucrado vuelve lucrativas las malas prácticas.

Por otro lado, en el proceso de remisión de mensajes SMS comerciales pueden intervenir diferentes agentes. Los beneficiarios de la publicidad pueden realizar la emisión de los mensajes utilizando que pueden, a su vez, en función de factores como el volumen de mensajes a enviar, el periodo temporal, las operadoras de los destinatarios y el grado de fiabilidad en la entrega exigido, realizar el encargo a otra plataforma tecnológica, en ocasiones situada fuera del territorio español. Así, puede resultar una cadena de intermediarios difícil de seguir en una investigación por denuncia.

Las operadoras de telefonía móvil, como se verá, también suelen remitir sus propias comunicaciones comerciales, aunque normalmente las limitan a sus propios clientes. En este caso, no existen intermediarios, realizando los envíos directamente utilizando sus propios sistemas.

3.2. SERVICIOS PREMIUM CON Y SIN SUSCRIPCION

Los proveedores de contenidos utilizan, para la distribución y cobro de los servicios que ofertan (politonos o melodías, videos, fotos, juegos para móviles, descargas por Internet o *wap*, etc), tanto mensajes Premium sencillos, en los que el servicio se da por finalizado al remitir al usuario un mensaje corto que facilita el acceso al contenido solicitado, como servicios Premium de suscripción o de ALTA.

Servicios Premium sin suscripción

Un ejemplo típico de la utilización de mensajes Premium sencillos por parte de los proveedores de contenidos extraído de las reclamaciones presentadas ante esta Agencia, y que ha despertado alarma social, es el siguiente:

- El primer lugar el proveedor de contenidos realiza un envío masivo de mensajes cortos, (SPAM) que llegan a los usuarios de telefonía móvil con un aspecto similar al siguiente: "ALGUIEN QUE TE CONOCE SE QUIERE PONER EN CONTACTO CONTIGO. SI QUIERES RECIBIR SU FOTO ENVIA FOTO AL XXXX. COSTE X,XEUROS".
- Los mensajes incitan a enviar un SMS Premium al número corto especificado, con cuyo coste se factura el contenido vendido (la fotografía en este caso). Si el usuario remite el SMS Premium, el proveedor de contenidos le envía, a su vez, el contenido solicitado, dándose por finalizado el servicio.
- En algunos casos, cuando el usuario contesta al mensaje publicitario, se inicia un CHAT basado en mensajes Premium, de tal forma que a cada respuesta del usuario se contesta con un nuevo mensaje, volviendo a incitar a la remisión de un SMS Premium antes de facilitarle el contenido.
- El mensaje puede ser engañoso. Un texto como "TIENES UN MENSAJE EN TU BUZON, SI QUIERES ESCUCHARLO ENVIA BUZON AL XXXX. COSTE X,XEUROS", con o sin información sobre el precio, puede llevar a confusión al

receptor, que puede entender incluso que es un mensaje de su operadora y hacer uso de un servicio de tarificación adicional en lo que no es más que un truco publicitario. Este tipo de mensajes suelen ser remitidos con número oculto e incluso con un número que se puede falsear, y siguen un *modus operandi* denominado, en terminología anglosajona, “*hit and run*”, que se puede traducir como golpea (o cobra) y corre, por lo que se hace muy difícil su persecución.

No obstante, los principales proveedores de contenidos para móviles realizan sus campañas publicitarias a través de medios de comunicación como la televisión y prensa, ofreciendo información sobre el coste y la entidad responsable. En estos casos, al no existir una comunicación comercial previa por SMS, más intrusiva, los servicios Premium no generan alarma social.

Servicios Premium de suscripción: altas y bajas

Como se indicaba en el apartado anterior, los proveedores de contenidos ofrecen generalmente los servicios de suscripción exclusivamente mediante campañas en televisión y prensa. Sin embargo, los riesgos asociados a estos servicios pueden ser mayores, puesto que, al contrario de lo que los usuarios puedan pensar a priori, los mensajes facturados son los recibidos, no los enviados. Es decir, se cobra la recepción de los mensajes, algo inusual en los servicios de telecomunicaciones, que normalmente se facturan por las comunicaciones emitidas. Este hecho puede llevar a confusión si la información ofrecida no es clara, existiendo, por otra parte, el problema de las altas inconsentidas.

Para efectuar las altas, los usuarios interesados remiten un mensaje corto con la palabra clave “ALTA”, o bien se inscriben en un portal de Internet cuya titularidad corresponde al proveedor de contenidos, donde facilitan su número de teléfono.

En general, los abonados que reciben este tipo de mensajes ven incrementada su factura en cantidades que oscilan entre los 0,30 € a los 1,2 € por cada uno de ellos, independientemente que acceda o no a su contenido. Teniendo en cuenta que se pueden recibir más de diez mensajes por día, el impacto en la facturación es muy importante, además, hay servicios para adultos con un coste que puede llegar a 6 €.

3.3. RIESGOS RELACIONADOS CON LOS MENORES

Según figura en la encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de la información y comunicaciones en los hogares del año 2008, realizada por el Instituto Nacional de Estadística, aproximadamente el 65% de los niños de entre 10 y 15 años tiene teléfono móvil. Además, en el estudio realizado para el Defensor del Menor por la Organización de Protección de la Infancia (PROTEGELES), se ha constatado que los menores utilizan el teléfono con mucha mayor frecuencia para enviar SMS que para realizar llamadas. Uno de cada cuatro menores envía entre 10 y 20 SMS durante el fin de semana.

Así mismo, en este mismo estudio se pone de manifiesto que los SMS no sólo los utilizan para comunicarse entre ellos, sino que también utilizan los servicios de tarificación adicional. Los más solicitados son los tonos y politonos, adquiridos por el 77% de los menores, seguidos por los logos y fondos, adquiridos por el 68%.

Estos datos son relevantes, ya que este sector de consumidores es uno de los más vulnerables. Son confiados, no conocen sus derechos y son mucho más susceptibles de engaño y fraude que los adultos.

4. ACTUACIONES PRACTICADAS PARA LA EVALUACIÓN DEL SECTOR

La Agencia Española de Protección de Datos ha llevado a cabo el presente Plan de Inspección Sectorial analizando los procedimientos que realizan las compañías intervinientes en la prestación de estos servicios: operadores de telefonía móvil, plataformas tecnológicas y proveedores de contenidos.

Para ello, se han realizado visitas presenciales a los tres tipos de intervinientes mencionados, ampliándose la información obtenida con cuestionarios remitidos a otros operadores de telefonía de gran implantación en el mercado. Asimismo, se ha considerado la experiencia adquirida por la Agencia Española de Protección de Datos en la tramitación de los expedientes de investigación relacionados con estos servicios iniciados como consecuencia de denuncias interpuestas por ciudadanos ante esta Agencia.

En relación a las comunicaciones comerciales realizadas por mensajes cortos de telefonía móvil, se han realizado actuaciones de inspección en los operadores que disponen de infraestructura propia de comunicaciones y que aglutinan más del 98% de las líneas telefonía móvil en España.

Finalmente, se han analizado los servicios de tarificación adicional (PREMIUM) basados en la recepción de mensajes SMS con descargas y contenidos, o procedentes de servicios de suscripción, prestando especial atención a los procedimientos establecidos para evitar el acceso de menores de edad a los contenidos Premium limitados para adultos.

4.1. PUBLICIDAD POR SMS

La mayoría de las reclamaciones que se reciben en la Agencia Española de Protección de Datos están relacionadas con la recepción de mensajes con publicidad procedentes de entidades con las que el afectado no ha establecido ninguna relación contractual ni han sido solicitadas de forma expresa.

Analizadas estas reclamaciones se ha verificado que la mayoría de ellas se refieren a publicidad que incita al uso y contratación de servicios de tarificación adicional ofrecidos a través de números cortos, y en algunos casos tienen relación con información comercial que reciben los afectados sobre los servicios de telecomunicaciones ofrecidos por las operadoras de móviles.

Por otra parte, la remisión de información por parte de las empresas de Telecomunicaciones a sus clientes se encuentra amparada por la LGT, que configura como un derecho de los abonados el recibir información sobre los servicios.

4.1.1. PUBLICIDAD DE PRODUCTOS DE LAS OPERADORAS DE TELEFONÍA MÓVIL

Destinatarios de los envíos

En las actuaciones de Inspección realizadas se ha verificado que las principales operadoras de telefonía móvil realizan campañas publicitarias mediante la remisión de mensajes cortos (SMS) a sus clientes, con el objeto de promocionar sus propios productos y servicios.

Los destinatarios de dichas campañas publicitarias son siempre clientes en activo de la entidad, no remitiéndose nunca mensajes a abonados de otras entidades, o

que se encuentren en situación de baja, ni a potenciales clientes en general.

El tipo de publicidad que se envía está relacionado con los servicios que cada destinatario ha contratado y se refiere a ofertas de servicios similares, nuevos planes de precios, promociones de terminales, servicios de acceso a Internet a través de móvil, etc.

Cuando se seleccionan los destinatarios de una determinada campaña comercial se tiene siempre en cuenta a los clientes que han manifestado su negativa a la recepción de información comercial o han ejercido su derecho de oposición.

Para realizar campañas que constan de diversas fases y que se extienden en el tiempo durante varios días, se vuelve a efectuar el filtrado de exclusiones en cada una de las fases, para tener la certeza de que ninguno de los destinatarios de la campaña se ha opuesto a la recepción de publicidad.

Derecho de información, consentimiento y oposición

Las campañas comerciales se refieren a productos o servicios de la propia empresa, y similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación por el cliente, por lo que no se solicita consentimiento expreso conforme a lo estipulado en el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

En cualquier caso, en los contratos se informa a los clientes de que sus datos pueden ser utilizados para ofrecerle promociones comerciales de productos y servicios propios durante la vigencia de la relación contractual, siempre y cuando no se oponga a este tratamiento indicándoles además, de los medios a través de los cuales puede ejercitar el derecho de oposición. En algunos contratos no consta una marca mediante la cual el cliente preste su consentimiento de forma expresa para dicho tratamiento.

En cada una de las comunicaciones comerciales remitidas mediante mensajes cortos (SMS) se incluye la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante la inclusión, al final de texto del mensaje remitido, de referencias a los portales de Internet de las compañías, lo que puede suponer dificultades para los clientes que no tienen acceso o conocimientos técnicos.

Además, debido a la limitación técnica de 166 caracteres por mensaje, la información que se facilita a los destinatarios de la publicidad es muy limitada y en ocasiones de difícil comprensión, ya que las palabras se abrevian y acortan.

Asimismo, debido a que no todos los usuarios disponen de la capacidad de recibir y visualizar correctamente en sus terminales los mensajes MMS (Multimedia), no se realizan campañas publicitarias por este sistema. No obstante, este formato de mensajes sí permite contenidos mayores y cláusulas de información más extensas.

4.1.2. PUBLICIDAD DE TERCEROS REMITIDA POR LOS OPERADORES DE TELEFONÍA MÓVIL

Tan sólo una entidad de las analizadas remite a sus clientes mensajes SMS con información comercial de terceros contando con su consentimiento expreso.

Los mensajes publicitarios corresponden a entidades pertenecientes a sectores que ofrecen servicios relacionados con belleza, deportes, electrónica, entretenimiento, finanzas, formación, cocina, informática, móviles, motor, salud, viajes, etc.

Algunas operadoras han establecido procedimientos para recabar el

consentimiento expreso de los abonados basados en portales en Internet desde los que se pueden seleccionar los sectores de los que se desea recibir publicidad. A cambio, los clientes obtienen descuentos en las facturas, puntos de fidelización y reciben información y servicios dirigidos a ellos en exclusiva de forma gratuita.

Los clientes deciden en cada momento la tipología de ofertas que quiere recibir y el número máximo de ofertas/mensajes a la semana.

4.1.3. CONTROLES ESTABLECIDOS POR LAS OPERADORAS PARA EVITAR LAS COMUNICACIONES COMERCIALES MASIVAS POR SMS

Todos los abonados de telefonía móvil tienen la posibilidad de enviar y recibir mensajes cortos procedentes de otros abonados de cualquier operador de comunicaciones situados en el territorio nacional o en terceros países.

Por su parte, todos los operadores de telefonía móvil analizados han establecido sistemas de control de las comunicaciones masivas con información comercial no solicitada.

Para ello, se han implementado Sistemas de Alarmas que analizan los mensajes con información comercial no solicitada que se reciben en sus líneas de telefonía móvil, con objeto de rescindir los servicios a los que realicen un uso ilegal de su red:

- Concretamente, ante la frecuente remisión de mensajes cortos con información comercial no solicitada procedentes de redes de telefonía móvil ubicadas en países fuera de la Unión Europea, se analiza la aparición de cantidades masivas de mensajes con la misma longitud en caracteres, eliminando éstos antes que lleguen al destinatario final.
- Hasta fechas recientes la tarificación no se realizaba en tiempo real, lo que permitía que gran parte de las comunicaciones comerciales no solicitadas se realizaran comprando una tarjeta prepago, con un saldo reducido. Posteriormente, por medio de un sistema informático, se mandaban cientos de miles de mensajes de forma casi instantánea. Cuando la operadora realizaba la tarificación, comprobaba que superaba el saldo de la tarjeta y la bloqueaba. No obstante, los mensajes ya se habían remitido y llegado a sus destinatarios.

En la actualidad todas las operadoras realizan una tarificación instantánea en las líneas prepago, para evitar el envío masivo de mensajes cortos antes de agotar el saldo.

- Cuando se detecta un volumen de envío de mensajes superior al habitual, se comprueba si es el propio abonado el que ha modificado sus pautas de consumo, indicándole, en caso afirmativo, que debe realizar un anticipo de la facturación.

4.2. SERVICIOS DE TARIFICACIÓN ADICIONAL (PREMIUM)

Estos servicios están basados en el envío y recepción de mensajes cortos que llevan aparejado una tarificación adicional. Se prestan, hasta la fecha, sobre una numeración de cuatro dígitos.

Estos números cortos se asignan por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a una plataforma tecnológica. Una vez obtenida la titularidad, la plataforma tecnológica debe dirigirse a todos los operadores de telefonía móvil para que reconozcan el número corto y le den conectividad con su red de

abonados telefónicos (usuarios finales).

Los proveedores de contenidos que no tengan capacidad técnica para la remisión de mensajes PREMIUM, contratan con estas plataformas tecnológicas.

En la actualidad, con la legislación vigente, los prestadores de servicios –tanto plataformas tecnológicas como proveedores de contenidos- están realizando subasignaciones de los números cortos a terceras entidades si bien con la entrada en vigor de la orden ITC/308/2008, a partir del 14 de noviembre esta práctica no estará permitida.

La nueva regulación asigna la titularidad de los números cortos a las empresas responsables de los contenidos, quedando así perfectamente identificados, lo que va a permitir un mayor control por parte de las instituciones para aclarar las responsabilidades de entidades que prestan servicios Premium de forma poco transparente y que, en la actualidad, se ocultan tras cadenas de subcontrataciones a entidades que en ocasiones están ubicadas fuera de España.

Por otra parte, la mencionada ITC amplía los números cortos de cuatro a cinco o seis dígitos, estableciendo rangos, dependiendo del prefijo, de tal forma que cada uno de ellos define el contenido o el tipo de servicio que se presta.

La siguiente tabla muestra el esquema de numeración establecido en dicha norma:

PREFIJO	PRECIO	TIPO SERVICIO
25	Menor de 1,2 €	Servicios Generales sin suscripción
27		
280		Servicios de tipo benéfico o solidario sin suscripción
35	Entre 1,2 y 6 €	Servicios Generales sin suscripción
37		
795	Menor de 1,2 €	Servicios de Suscripción (ALTA) , con coste por cada mensaje recibido
797		
995	Menor de 6 €	Servicios de exclusivos para Adultos
997		

Compromisos establecidos en las relaciones contractuales entre las partes

En los contratos firmados entre la plataforma tecnológica y los proveedores de contenidos se refleja la condición de que *“la plataforma tecnológica ha contratado previamente con las principales operadoras de telefonía con licencia en el territorio español”*, ofreciendo servicios de conectividad y gestión de mensajes. Asimismo, se indica que dispone de una plataforma capacitada para canalizar y recibir el tráfico de mensajes SMS y Premium desde y hacia las operadoras de telefonía móvil contratadas.

También figura que *“el cliente será el responsable de los contenidos de los servicios así como de la forma de promocionar los mismos, y de la obtención de los permisos y autorizaciones que fueran necesarios para la publicidad, difusión o utilización de los servicios que lleve a cabo por los usuarios finales de telefonía”*.

En los contratos firmados entre la plataforma tecnológica y las operadoras de telefonía móvil suele figurar una cláusula donde se indica que la plataforma tecnológica no podrá enviar mensajes publicitarios o promocionales sin autorización expresa del operador, en cuyo caso, *“deberá cumplir con la normativa vigente en especial la relativa a publicidad, protección de datos personales, telecomunicaciones y comercio minorista”*.

También en este caso se suelen suscribir anexos para los mensajes PREMIUM de suscripción reflejando la condición de que *“únicamente se podrán enviar mensajes de suscripción a los usuarios que previamente se hayan dado de alta, siendo responsabilidad de éste garantizar que sólo reciben estos mensajes los usuarios que expresamente lo hayan solicitado”*.

En caso de detectarse una prestación fraudulenta del servicio, algunos operadores instan al responsable de los contenidos para que cese esa actividad, pudiendo llegar en determinadas circunstancias a cortar el servicio de conectividad que se le presta.

Tipología de los datos tratados

Generalmente, todos los agentes implicados recogen en sus ficheros el dato de número de teléfono móvil e información relativa al envío/recepción de los mensajes SMS y PREMIUM: fecha y hora del mensaje, número corto, identificador del proveedor de contenidos, mensaje remitido o recibido. Además las operadoras disponen de datos personales relativos a los abonados, en el marco de la relación contractual que mantienen.

Publicidad de los servicios Premium

La mayor parte de los proveedores de contenidos captan clientes mediante la publicidad en televisión y prensa. Además, remiten comunicaciones comerciales por SMS a sus clientes, relativos a servicios Premium similares a los contratados anteriormente, sin solicitar el consentimiento expreso al público objetivo de estas campañas comerciales, conforme a lo estipulado en el art. 21 de la LSSI.

Los proveedores de contenidos no disponen de medios para controlar el cambio de titular o reasignación de un número de móvil, por lo que puede darse el caso que se envíe publicidad a abonados que han contratado el número de algún antiguo cliente.

Según se ha constatado en las actuaciones realizadas, la baja en un servicio de suscripción no implica la baja en las campañas publicitarias remitidas por la entidad. Para facilitar que los destinatarios de estas campañas puedan oponerse a recibir información comercial, algunos proveedores de servicio están implementando ficheros de exclusión. En algunos casos, el mensaje comercial incluye una referencia a este procedimiento de oposición, si bien, debido a la limitación de caracteres de los mensajes, no siempre es de fácil entendimiento.

En función del coste y del volumen de tráfico a generar, los mensajes con información comercial se introducen en la red de telefonía móvil a través de operadoras españolas, mediante plataformas tecnológicas que actúan como agregadoras de tráfico ofertando precios más reducidos.

Estas plataformas tecnológicas pueden estar situados en España o en terceros países de la Unión Europea, frecuentemente en Reino Unido, y permiten garantizar la remisión de la totalidad de los mensajes en un plazo de tiempo razonable (uno o dos días) incluyendo como remitente el número corto de cuatro cifras que interesa publicitar.

Además de estas alternativas, hay una tercera que consiste en utilizar plataformas tecnológicas ubicadas en países como China, India, etc. En estos casos, el coste se reduce entre un 50% y un 70%, pero no se garantiza la entrega de la totalidad de los mensajes ni la fecha exacta de remisión de los mensajes. Además, al no haber establecido acuerdos con las operadoras de telefonía móvil españolas no es posible que figure como remitente el número corto a publicitar, sino que aparece un número internacional que desconcierta al usuario.

Estas plataformas se utilizan tanto por entidades que cuentan con el consentimiento de los destinatarios para la remisión de comunicaciones comerciales, como por otras entidades que no tienen legitimación para la realización de dichos envíos al no contar con el consentimiento y por tanto, se puede considerar *SPAM*.

Servicios Premium sin suscripción

A pesar de tratarse de un servicio que consiste en solicitudes y prestaciones puntuales con tarificación adicional, una vez finalizado, los proveedores de contenidos incluyen los números de teléfono de los usuarios en su base de datos al objeto de remitir información comercial.

Algunas de estas entidades han implantando procedimientos para ejercitar el derecho de oposición a recibir información comercial. Para ello suelen incluir una referencia en sus mensajes publicitarios y en muchos casos han implementado procedimientos de baja en los portales de Internet.

Servicios Premium de suscripción: altas y bajas

Normalmente, las solicitudes de alta en servicios de suscripción se realizan por medio de la remisión de un mensaje a un número corto por parte del interesado, o bien por medio de portales de Internet que en sus páginas ofrecen información detallada del servicio, de los procesos para darse de baja, de la tarificación y de los tratamientos de datos personales que se van a realizar.

Altas mediante mensajes cortos:

Para solicitar el alta en un servicio de suscripción generalmente se remite un mensaje SMS con la palabra "ALTA" al número corto desde el que ofrece el servicio. Una vez recibido, la mayor parte de los proveedores de contenidos remiten un SMS de bienvenida informando sobre la identidad del responsable de los contenidos, el procedimiento a seguir para la baja y coste del mensaje.

No obstante, en las reclamaciones presentadas ante la Agencia Española de Protección de Datos se ha puesto de manifiesto que algunos proveedores de contenidos Premium, realizan en ocasiones altas sin informar al usuario de que se está suscribiendo en un servicio de tarificación adicional, y por tanto, del coste de los mensajes, del procedimiento de baja, de los tratamientos que se van a realizar con los datos, etc. En muchos casos los reclamantes informan a la Agencia Española de Protección de Datos que no son conscientes de haberse dado de alta en este tipo de servicios.

Proceso de alta a través de un portal de Internet del proveedor de contenidos:

Se ha constatado que para solicitar un alta a través de un portal de Internet, el usuario facilita información sobre su operador de telefonía móvil y su número de teléfono. En la pantalla en que se recaban los datos del usuario figuran las condiciones de uso, información sobre la suscripción y la protección de los datos personales.

Normalmente, una vez aceptada la solicitud de alta, el prestador de servicios Premium envía un mensaje de confirmación al móvil facilitado, informando del coste del servicio y aportando una clave que se debe utilizar en la fase siguiente para completar la suscripción. Para confirmar la suscripción el usuario debe de introducir esta clave en la página web del prestador de servicios Premium. El proceso de suscripción finaliza con la recepción de un mensaje de bienvenida en el móvil en el que se informa del coste, el proceso de baja, y la identidad del responsable del servicio.

De esta forma, el proceso de alta incluye una medida de seguridad adicional que permite comprobar que el titular de móvil es el usuario que está solicitando el alta por Internet.

Procedimientos de baja de los servicios Premium

El procedimiento habitual de solicitud de baja de una suscripción consiste en el envío de un mensaje con la palabra "BAJA" al número corto desde el que se están recibiendo los mensajes.

Otros procedimientos de baja generalmente habitados son: llamadas al teléfono de atención al cliente de la entidad, mediante su página web y por correo electrónico.

4.2.1. MEDIDAS ADICIONALES DE PROTECCIÓN A LOS ABONADOS IMPLEMENTADAS POR ALGUNOS OPERADORES DE TELEFONÍA MÓVIL

Algunos operadores han establecido un sistema de "*listas blancas*" con abonados que voluntariamente se han dado de alta en este tipo de servicios y por tanto se les puede remitir y facturar mensajes Premium con suscripción.

Para ello, cuando se detecta un mensaje remitido a un número corto con la palabra "ALTA" se exige al proveedor de contenidos que responda al abonado desde el número corto añadiéndole un dígito de control. A partir de ese momento se le incluye en las listas blancas.

Además, algunas operadoras envían mensajes informando al usuario que se ha dado de alta en un Servicio de Suscripción. Este mensaje se envía cada vez que el usuario solicita el alta y no sustituye al que debe remitir el proveedor, que debe de informar del coste de las suscripciones y del procedimiento de baja del servicio.

Para asegurar la baja, algunos operadores de telefonía móvil, a petición del abonado, le borran de la lista blanca, y a partir de ese momento, cada vez que el Prestador de Servicios envía un mensaje Premium se le devuelve un mensaje de error.

Los que no utilizan estas listas blancas se limitan a informar al usuario del procedimiento para darse de baja ante el prestador del servicio (número de atención al cliente, cómo enviar el mensaje de baja, etc)

Para la gestión de los servicios de tarificación adicional, la operadora remite al Prestador de Servicios la relación de mensajes intercambiados para que lo

compruebe con los datos que figuran en sus propios sistemas. Por otro lado, se procede a la facturación de los mensajes recibidos. Adelantándose a la entrada en vigor de la ITC 308/2008, algunos operadores han implantado un sistema para no realizar el pago al Prestador de Servicios hasta que el usuario no abona el importe de la factura.

En caso del impago por parte del abonado, se le da de baja en el Servicio de tarificación adicional, pero se le sigue prestando el servicio de telefonía.

Por este motivo, en la actualidad algunas operadoras no proceden a realizar acciones de recobro de cantidades impagadas por servicios Premium, ya que, las operadoras no realizan abonos a los proveedores de servicios hasta que el usuario no ha satisfecho las cantidades por su parte.

Limitación de acceso a los contenidos

Por otra parte, las operadoras no realizan ningún tipo de control para que menores no accedan a servicio Premium de adultos ya que, hasta la fecha, no tienen conocimiento de qué tipo de información se está facilitando por un determinado número corto.

Además, como en el caso de los menores, el usuario no suele corresponder con el contratante de la línea (abonado), por ello desconocen la edad de quien utiliza estos servicios.

Por otro lado, los proveedores de contenidos sólo conocen el número de teléfono del solicitante del servicio, por lo que no pueden hacer filtros por edad.

No obstante, por medio de los teléfonos de atención al cliente, las operadoras ofrecen la posibilidad de que un abonado restrinja el acceso a una serie de números que él mismo facilite.

Una de las operadoras inspeccionadas, que comercializa por sí misma servicios Premium, al conocer el carácter de los contenidos, ofrece a los padres la posibilidad de que sus hijos no puedan acceder a servicios de adultos (no recomendados para menores de 16 años) utilizando un código personal de identificación (PIN) para la activación de los servicios. Por otro lado, señalar que los contenidos no aptos para menores de 18 años están bloqueados por defecto y solo se puede acceder a ellos mediante su activación previa.

Control del fraude

Todas las operadoras analizadas disponen de departamentos de lucha contra el fraude que, en relación con los servicios Premium, verifican que los mensajes recibidos por los abonados suscritos no les inciten a realizar llamadas a números de tarificación adicional ni extranjeros. Para ello utilizan información recabada por medio de líneas de telefonía móvil propias establecidas al efecto, así como por quejas y reclamaciones presentadas por sus propios clientes.

En algunos casos, los operadores bloquean los envíos internacionales provenientes de centros servidores desconocidos ubicados fuera de la Unión Europea, ya han verificado que estos son los principales medios utilizados para realizar fraude en este tipo de servicios.

5. CONCLUSIONES GENERALES

5.1. SERVICIOS DE TARIFICACION ADICIONAL (SERVICIOS PREMIUM)

La entrada en vigor de la ITC/308/2008, conlleva, en si misma, una mejora sustancial de la protección de los usuarios contra situaciones que se vienen manteniendo en la prestación de los servicios de tarificación adicional.

La primera conclusión a plantearse tiene una relación directa con lo especificado en la norma que modifica los rangos de numeración, así, los denominados números cortos que en la actualidad constan de cuatro dígitos sin ninguna especificación sobre la tipología del servicio a prestar, se convierten en números de cinco o seis cifras que indican el tipo de servicio y el coste asociado.

Este sistema puede permitir que el usuario, cuando remita un mensaje SMS a uno de estos números, conozca de antemano la titularidad del remitente, el coste del mismo, si se trata o no de un servicio de suscripción, lo que conlleva el envío de mensajes periódicamente y el consiguiente impacto en la facturación, o se trata de un servicio para adultos.

TITULARIDAD DE LOS REMITENTES DE MENSAJES PREMIUM

La normativa citada especifica la responsabilidad del titular de estos números en relación con los servicios que oferta, incidiendo en que no se podrán realizar subcontrataciones de los números: *“No se podrán efectuar subasignaciones de números pertenecientes a los rangos referidos... A estos efectos, el concepto de subasignación incluye cualquier forma de encomienda de gestión o comercialización de los números”*. Asimismo, se obliga al cumplimiento de un código de conducta que se aprobará a los efectos de la prestación de servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes a móviles.

Por consiguiente, esta limitación que ha introducido la Orden ITC 308/2008, permite al usuario conocer la identidad de la entidad titular del servicio ofertado, lo que no sucedía con anterioridad, ya que como se ha visto en el estudio del sector, los titulares de los números, en muchos casos, son plataformas tecnológicas que los subcontratan a una o varias compañías prestadoras de servicio de contenidos, realizando ellas la gestión del envío y recepción de mensajes y posicionándose como pasarela entre el verdadero responsable del contenido y el operador de telefonía móvil.

El sector tendrá que hacer un esfuerzo para adaptarse a este nuevo modelo ya que, en muchos casos, el proveedor de servicios de contenidos no tiene capacidad para poder realizar la gestión de los mensajes.

MENSAJES PREMIUM

La regulación del sector respecto de los mensajes de tarificación adicional obliga a una serie de requisitos para el envío de los SMS, entre ellos, la limitación del envío de un único mensaje por servicio solicitado, ya que hasta el momento muchos de estos servicios requerían al usuario la remisión de varios mensajes SMS de tarificación adicional. Esta limitación modifica el procedimiento que se mantenía ya que los proveedores de servicios de contenidos obligan a remitir varios mensajes al usuario para completar la solicitud.

Derecho de Información

Igualmente, se ha regulado el derecho de información. Los servicios PREMIUM se suelen publicitar en medios de comunicación (TV, revistas, prensa, etc...). La información que se facilita suele contener el nombre de la entidad, el precio por mensaje y la forma de darse de baja, en caso de un servicio de suscripción. Algunos proveedores, adelantándose a la entrada en vigor de la normativa, incluyen número de teléfono de contacto o dirección web. Además, se ha observado que algunos proveedores se están planteando la posibilidad de incluir en sus mensajes una referencia a su página web, que permita al usuario solicitar la no remisión de publicidad.

El dato de número de teléfono móvil se suele registrar en los ficheros de los proveedores de contenidos, utilizándose para el envío de publicidad de la compañía a los usuarios que al menos una vez solicitaron un servicio, puesto que consideran que al solicitar un servicio se realiza una relación contractual y por tanto se puede remitir publicidad referente a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación, amparándose en lo dispuesto en el artículo 21 de la LSSI.

Por otra parte, las cláusulas informativas que se incluyen en la publicidad de los servicios de envío/recepción de mensajes SMS PREMIUM adolecen de poca información, ya que se utilizan habitualmente palabras incompletas o abreviadas en mensajes a móviles, y carteles informativos de difícil lectura en la publicidad insertada en los medios de comunicación.

La entrada en vigor de la mencionada Orden ITC 308/2008 obliga a las entidades a proporcionar gratuitamente el nombre o denominación social, número de teléfono de atención al cliente y el precio del servicio ofertado, y para aquellos mensajes de coste superior a 1,2 € o de suscripción a incluir información, además, sobre la naturaleza del servicio, coste total o precio por mensaje o cuota en caso de suscripción y la forma de darse de baja. De esta forma, esta norma mejora notablemente la información que hasta ahora se ofrecía al usuario.

No obstante, en los casos en los que se recaben datos de carácter personal, habría de atenderse a lo especificado en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, donde se pone de manifiesto el derecho a ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco cuando se recaben datos personales.

Contratación de los servicios. Problemática de los menores

Otro aspecto a destacar tiene que ver con la confirmación para el alta que solicitan los proveedores de contenidos de suscripción, que aunque se incluye en la nueva normativa como obligación, ya se realizaba tal y como se ha verificado en estas actuaciones inspectoras. Los proveedores solicitan el envío de una palabra de control, generalmente "ALTA", para la suscripción, remitiendo inmediatamente un mensaje de confirmación al usuario donde le informan nuevamente de lo mencionado en las cláusulas publicitadas. Además, el proveedor remite este mensaje de confirmación al operador de telefonía móvil para su conocimiento, ya que es el encargado de incluir el coste en la factura del cliente. Algunos operadores de telefonía móvil, como medida de garantía adicional, remiten desde sus propios números un nuevo mensaje de confirmación donde se vuelve a indicar al usuario que se ha suscrito a un servicio de remisión de mensajes periódicos.

A pesar de este procedimiento de confirmación, es cierto que no siempre el usuario es consciente de haber solicitado un servicio de suscripción y más aún cuando el solicitante es un menor. Como se ha comprobado, algunos operadores

de telefonía móvil están estableciendo “*listas blancas*”, controlando qué usuarios se dan de alta en servicios de suscripción, de tal manera que únicamente aquéllos son los destinatarios de los mensajes. También, algunos de ellos se encuentran estudiando la implementación de otros mecanismos que permiten que los abonados no puedan recibir en ningún caso este tipo de mensajes. En el caso de que finalmente estos mecanismos fueran eficaces permitirían que el titular de la línea indicara en el momento de la contratación, o en cualquier otro, su deseo de ser excluido de los servicios que conllevan tarificación adicional.

Por otra parte, y ya que los servicios para adultos se van a mantener en un rango de numeración en exclusiva, se facilita la posibilidad de bloquear el acceso de los usuarios a estos contenidos para adultos, impidiendo la recepción de este tipo de información a los usuarios incluidos en ellas. Incluso, se podría pensar en la posibilidad de que, en el momento de la contratación, independientemente del sistema prepago o postpago del contrato, el titular pueda decidir la inclusión de su número de móvil en estas listas negras y por tanto no recibir, en ningún caso, mensajes remitidos por los números cortos asociados a contenidos únicamente de adultos. Esta limitación pondría impedimentos para el acceso de menores a estos contenidos.

Como también se ha verificado, existe la posibilidad de darse de alta en servicios Premium a través de la página web del proveedor, aportando el número de teléfono móvil y el operador de telefonía al que pertenece. La mayor parte de los proveedores de contenidos han implementado una medida de garantía adicional consistente en la remisión de una clave al número de teléfono indicado en el proceso de alta, que debe incluirse para finalizar la contratación. Este sistema permite comprobar que el titular del móvil corresponde con el usuario que se encuentra solicitando el alta en el servicio.

Cancelación de los servicios de suscripción

La cancelación de estos servicios se puede realizar de diversas maneras, aunque la más generalizada consiste en remitir al mismo número corto la palabra “BAJA”, tal y como se suele informar en la confirmación del alta. Aunque el sistema en sí cumple con lo estipulado en la normativa, en muchos casos se encuentran dificultades para solicitar el cese de los servicios. Todos aquellos usuarios que no han sido conscientes de haber contratado un servicio de suscripción es muy posible que no recuerden el procedimiento para solicitar la baja, teniendo en cuenta, además, que esta información no se incluye en los mensajes periódicos que se remiten, únicamente en los mensajes de confirmación de alta y, en algunos casos, en los de remisión de publicidad de la propia entidad.

En relación con la baja en los servicios PREMIUM se ha detectado que, en algunos casos, cuando una operadora reasigna un número de teléfono móvil a otro usuario, este número puede encontrarse incluido en los ficheros de las empresas proveedoras de contenidos y, por tanto, recibir publicidad de la misma sin haber sido cliente y sin haber prestado su consentimiento. Esta situación se agrava, si el servicio corresponde a una suscripción ya que el usuario va a recibir mensajes de tarificación adicional periódicamente y desconoce la entidad remitora de los mismos y por tanto el procedimiento para solicitar la baja.

Por último, cuando el tipo de contrato es tarjeta “prepago”, muy usado en los menores, puede dificultar la solicitud de la baja ya que el mensaje se abona inmediatamente restándose del saldo de la tarjeta. En muchos casos, y debido a los mensajes pendientes de recibir, se agota el saldo en el mismo momento que se produce la recarga con lo que el usuario no puede ni siquiera remitir el mensaje de BAJA para cerrar la suscripción.

A este respecto, la ITC/308/2008 indica que *“los operadores que proveen en el acceso al servicio de mensajes garantizarán el derecho de desconexión de los servicios de tarificación adicional basado en el envío de mensajes, implantando los mecanismos necesarios para hacerla efectiva..”*. No obstante, y tal y como se ha verificado durante las actuaciones practicadas, en muchos casos el usuario no se dirige al prestador del servicio sino a su operador de telefonía móvil que es el que le realiza la facturación. Por ello, parece relevante que el propio operador establezca los controles necesarios para que el derecho a la desconexión se garantice, algunos de los cuales, como ya hemos visto, han comenzado a implantar.

Por consiguiente, es interesante destacar aquellos procedimientos implementados por algunos operadores de tal forma que ante la solicitud de baja realizada por un abonado, se procede a la exclusión de su número de teléfono móvil de la “lista” correspondiente, devolviendo un mensaje de error al prestador de servicios de contenido, cada vez que intenta la remisión de los mensajes. Además, las operadoras controlan que el número de mensajes recibidos cada día por un usuario no es excesivo para evitar fraudes de las entidades responsables de los contenidos

La ITC 308/2008, ha previsto que *“la disconformidad o desacuerdo del abonado con la facturación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes, no podrá dar lugar a la suspensión del servicio telefónico, ni del servicio general de mensajes, si el abonado paga el importe correspondiente a cada uno de ellos. Consecuentemente, el impago por el abonado de la parte del mensaje correspondiente a la tarificación adicional podrá dar lugar exclusivamente a la suspensión del servicio de tarificación adicional...”* Adelantándose a esta norma, algunos operadores han tomado la decisión de abonar el servicio al prestador de contenidos únicamente cuando el abonado ha dado por buena la facturación, dándoles de baja en sus sistemas y favoreciendo con ello la baja efectiva de aquellos clientes que no desean recibir estos mensajes. Asimismo, algunos operadores no proceden a realizar acciones de recobro de impagos provocados por servicios Premium.

5.2. MARKETING PUBLICITARIO a través de mensajes SMS

Envíos de SMS por las operadoras de telefonía móvil

Los operadores de telefonía móvil remiten mensajes SMS publicitarios a los abonados. Estas campañas comerciales se dirigen exclusivamente a sus clientes ofertando productos y servicios similares a los contratados, motivo por el cual no se solicita el consentimiento expreso conforme lo estipulado en el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, al existir una relación contractual previa y ofrecer siempre servicios similares a los que ya dispone el público objetivo de sus campañas.

No obstante, tal y como establece esta normativa, se deberá garantizar a los destinatarios de las comunicaciones comerciales un procedimiento sencillo y gratuito que permita la oposición a la recepción de estas comunicaciones. Además, en cada una de las comunicaciones comerciales remitidas se incluirá información sobre el procedimiento que el operador tiene establecido para que los destinatarios se puedan oponer al tratamiento de sus datos con fines promocionales.

Por otra parte, se ha detectado que, aunque se informa al abonado de la posibilidad de recibir comunicaciones comerciales de la compañía, no en todos los contratos figura un apartado específico para solicitar la oposición a recibir publicidad. Asimismo, en algunos operadores también se ha puesto de manifiesto

que el procedimiento utilizado para la solicitud del derecho de oposición es a través de la página web, lo que en algunos usuarios puede dificultar el ejercicio efectivo del mismo.

Los operadores de telefónica móvil suelen utilizar un fichero de exclusiones propio, con objeto de garantizar el derecho de oposición ejercido por sus clientes en cualquier fase de las campañas comerciales que realiza la compañía.

Generalmente, los operadores de telecomunicaciones no remiten campañas comerciales para terceros, únicamente actúan como intermediarios entre los prestadores de contenidos y sus abonados clientes. No obstante, en el transcurso de las actuaciones practicadas se ha comprobado que un operador realiza procesos de comunicaciones comerciales para terceras empresas, normalmente dedicadas al sector del ocio, recabando para ello el consentimiento expreso de sus abonados interesados en estos servicios.

Envíos de SMS realizados por terceros

La mayor parte de estos envíos masivos de comunicaciones comerciales realizados por terceras entidades se consideran ilícitos al no tener consentimiento de los abonados para su remisión. Además, se suelen utilizar entidades agregadoras de tráfico - entidades que tienen una gran capacidad para remitir un volumen muy alto de mensajes - ubicadas fuera del territorio español y la Unión Europea.

Esta situación dificulta enormemente la investigación de los envíos de mensajes SMS y por tanto de poder evitar la recepción de los mismos. Por ello, la mayor parte de las operadoras de telefonía móvil auditadas han establecido controles para impedir, en lo posible, el envío masivo de mensajes publicitarios no solicitados.

Entre estos controles, cabe destacar los relacionados con los proveedores, de tal forma que, ante las sospecha de actuaciones irregulares por parte de los mismos, se procede a notificarles los hechos y en caso de persistir se puede resolver el contrato y cancelar la conexión.

No obstante, en la mayor parte de las ocasiones, el envío masivo de SMS no se realiza por un proveedor de contenidos que ha suscrito un contrato con el operador sino por terceras compañías ajenas. Por ello, algunos operadores están implementando controles que permitan detectar la aparición de cantidades masivas de mensajes cortos SMS utilizando diferentes parámetros: mensajes masivos con la misma longitud de caracteres, facturación inmediata de mensajes en caso de que el remitente utilice tarjetas prepago, volumen de envío de un usuario superior a las pautas habituales de consumo, contenido del mensaje con invitación a contestación..., con objeto de proteger a sus clientes de esta forma de comunicación comercial.

Es de destacar el papel que están desempeñando las operadoras de telefonía móvil en la lucha contra el fraude y los envíos masivos de publicidad no solicitada, al incorporar en sus políticas, y sin una obligación legal específica, los controles descritos.

Por último, algunos proveedores de contenidos están implementando ficheros de exclusión, donde incluyen los números de teléfono móvil de los clientes que manifiestan su deseo de no recibir comunicaciones comerciales.

RECOMENDACIONES AL SECTOR

RESPECTO A PUBLICIDAD POR SMS

1. Todo prestador de servicio que remita comunicaciones comerciales deberá asegurarse de que cuentan para ello el consentimiento expreso de los destinatarios. En el caso de existir una relación contractual previa entre el prestador y el usuario no es necesario el consentimiento, pero la publicidad deberá de referirse a productos o servicios similares, tal y como especifica la LSSI.
2. Los remitentes de mensajes comerciales proporcionarán a los usuarios información clara sobre su identidad, que permita al usuario ponerse en contacto con ellos. Por otra parte, es conveniente no ocultar al usuario el número corto del que procede el mensaje, ya que este número ofrece información sobre el tipo de servicio.
3. La normativa vigente establece la obligación de identificar como PUBLICIDAD los mensajes comerciales. Para ello los remitentes de este tipo de información deben incluir al menos en el comienzo del texto del mensaje "PUBLI".
4. En los mensajes publicitarios remitidos por SMS se ofrecerá un medio sencillo y gratuito que permita ejercer el derecho de oposición a recibir publicidad, preferentemente por la misma vía (mensajes cortos SMS). Se recomienda, además, establecer otras alternativas gratuitas adicionales, mediante los Centros de Atención Telefónica o la página web de la entidad.
5. Se considera una buena práctica que los operadores ofrezcan a sus abonados la posibilidad de cancelar la recepción de mensajes con comunicaciones comerciales remitidas desde números cortos, informando previamente de esta posibilidad.
6. Sería recomendable que los operadores establecieran criterios eficientes de control para limitar la entrada masiva de mensajes con información comercial no solicitada procedente de países desde los cuales se envía habitualmente altos volúmenes de SMS sin cumplir con la normativa establecida en España. En caso de utilizar sistemas basados en filtrado de mensajes, se debería informar a los usuarios de esta circunstancia.

RESPECTO A SMS PREMIUM

7. El nuevo plan de numeración permite diferenciar el tipo de servicio Premium, por lo que sería recomendable que las operadoras de telefonía móvil ofrecieran la posibilidad de bloquearlos por rangos de numeración desde el propio momento de la contratación. Es especialmente recomendable el establecimiento de procedimientos para limitar el acceso de los menores de edad a contenidos para adultos, en base a la información recabada en el momento de la contratación o bien a solicitud del padre o tutor.
8. Sería conveniente que el operador informará a sus abonados de los servicios asociados a los nuevos rangos de numeración y del coste de los mismos. Esta información podría figurar en los contratos, las facturas y debería, también, facilitarse en los Centros de Atención al Cliente.
9. En los servicios de suscripción se deberían implementar mecanismos eficientes y gratuitos para atender las peticiones de baja. Ofrecer diversas vías para ello, utilizando el propio sistema de mensajes a móviles y cualquier otro medio alternativo adicional.
10. La información ofrecida a los usuarios debe ser legible, evitando en las publicaciones los textos de tamaño reducido y los que son mostrados a gran velocidad por la pantalla de la televisión.

11. Sería recomendable que, cuando un abonado se de baja en el servicio de telefonía móvil, la operadora informe a los responsables de contenidos a los que el abonado hubiera solicitado servicios Premium, al objeto de que cesen en el envío de información comercial a ese número, evitando así los problemas relacionados con los cambios de titularidad.
12. Sería conveniente que los operadores garanticen la desconexión de los servicios Premium a petición de sus abonados, para permitir que estos, en caso de desconocer como solicitar la baja al prestador del servicio, puedan cursarla a través operador.
13. Según la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSI), es posible la remisión de publicidad al finalizar la relación comercial de servicios Premium, pero los responsables de contenidos deberán informar en cada mensaje del procedimiento gratuito de oposición a la publicidad establecido.
14. Aunque no resulte normativamente exigible, se considera una buena práctica recordar en cada mensaje de un servicio de suscripción el procedimiento para darse de baja.
15. Sería recomendable que todos los prestadores de contenidos implementaran procedimientos similares de alta y baja, utilizando las mismas palabras claves, tales como "ALTA" y "BAJA".
16. En el caso de que la entidad prestadora de servicios Premium recabe datos de carácter personal, se deberá informar, además de lo indicado en la ITC/308/2008, lo especificado en el art. 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y, en concreto, lo relativo a los procedimientos de ejercicios de los derechos de los ciudadanos contemplados en esta norma.

RECOMENDACIONES A USUARIOS DE TELEFONIA MOVIL

1. **No responder** a mensajes de procedencia desconocida. Se podrá evitar la recepción de *spam* por SMS, sorpresas en las facturas o altas fraudulentas en servicios de suscripción.
2. Facilite su número de teléfono móvil exclusivamente a empresas de confianza, para evitar la recepción de publicidad no solicitada e incluso las mencionadas altas fraudulentas.
3. **Desconfíe** de mensajes que ofrezcan contenidos sospechosos o que generen dudas, tal como la adjudicación de premios, regalo de terminales móviles o "gangas" en general. Desconfiar de mensajes con errores ortográficos o gramaticales ya que pueden provenir de fuera de España y tener carácter fraudulento.
4. Tampoco responda a mensajes de "supuestas" **entidades financieras** solicitando información personal o bancaria; podrían estar reuniendo información para un posible fraude (*phishing*).
5. Tenga en cuenta que usted puede **pagar por recibir** mensajes, en lugar de por su envío, cuando se suscribe o da de ALTA en un servicio de suscripción por SMS, y que esta situación se mantendrá hasta que usted solicite la BAJA del servicio. (Normalmente estos servicios se inician al enviar la palabra "ALTA" o suscribiéndose en una página web, y generalmente se cancelan remitiendo la palabra "BAJA").

6. No efectúe altas cuando las entidades responsables de los servicios no se identifiquen claramente, no ofrezcan información clara sobre los precios, el número máximo de mensajes diarios o la forma de darse de baja.
7. En las líneas de la modalidad de prepago, tenga en cuenta que el coste de un servicio de suscripción se descuenta del saldo, independientemente de que tenga el teléfono encendido o de que no tenga saldo. En este último caso, los mensajes pendientes de recibir serán recepcionados y facturados en el momento de efectuar la recarga, antes de que pueda usted enviar el mensaje de baja.
8. **Lea la información** sobre protección de datos personales y comunicaciones comerciales antes de enviar mensajes PREMIUM. Lea y conserve las condiciones cuando participe en concursos o eventos en general, infórmese del **procedimiento para oponerse a la publicidad** y, sobre todo, **cómo darse de baja** antes de suscribirse.
9. **Darse de baja** en un servicio de suscripción no implica oponerse a la posible recepción de **publicidad** posterior. Estos derechos deben ejercitarse de forma independiente. Por ejemplo, si usted se descarga un determinado contenido, es probable que comience a recibir publicidad de la entidad responsable sobre descargas similares, a no ser que se oponga expresamente.
10. Con carácter general, se recomienda conservar evidencias sobre los mensajes no solicitados recibidos en su móvil, al objeto de poder interponer posibles reclamaciones ante los organismos competentes.

ATENCIÓN CON LOS MENORES DE EDAD.

11. Enseñar a los menores que no deben facilitar su número de teléfono móvil a personas que no sean de su entorno conocido.
12. Tampoco deberían darse de ALTA ni enviar mensajes PREMIUM para obtener contenidos sin conocimiento de los padres o tutores.
13. Los padres o tutores deben ser conscientes de que, en el caso de los menores más que en ningún otro, no sólo se trata de una cuestión de dinero y no basta con limitar el saldo de los teléfonos, sino controlar el acceso a contenidos poco apropiados y contactos que puedan resultar peligrosos. Enseñarles que deben ser cuidadosos con la utilización del móvil, guiarles, y conseguir que confíen en los padres en estas materias se convierte en el objetivo a lograr.
14. El nuevo plan de numeración permite diferenciar el tipo de servicio Premium, lo que facilita que los padres o tutores puedan controlar el acceso de los menores de edad a contenidos para adultos, pudiendo utilizar los procedimientos implementados por las operadoras para bloquear estos accesos, bien en el momento de la contratación o posteriormente.

ANEXO I :
ENTIDADES ANALIZADAS

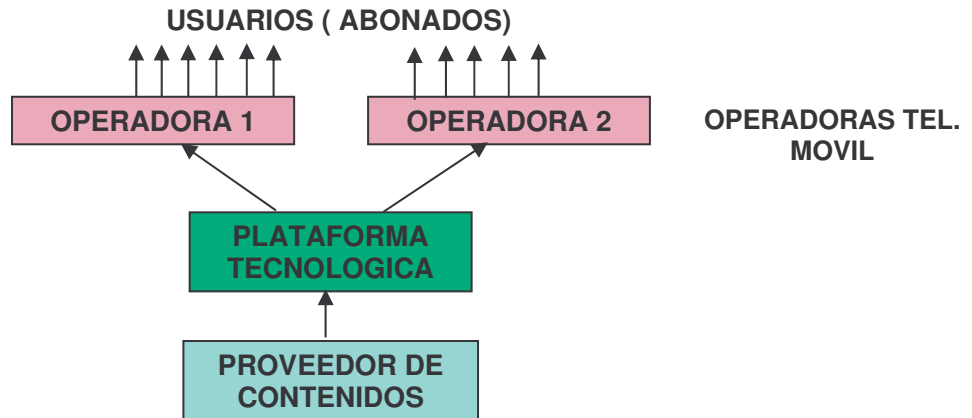
Entidades a las que se han dirigido las actuaciones de este plan:

TELEFONICA MOVILES DE ESPAÑA, S.A.U.
VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.
FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.
XFERA MOVILES, S.A.
BUONGIORNO MYALERT, S.A.
GRUPO ITOUCH MOVILISTO ESPAÑA S.L.
NVIA GESTION DE DATOS S.L.

Entidades de las que se ha obtenido información adicional:

DADA IBERIA, S.L.
MBM MEDIA, S.L.
MENSAJERIA INALAMBRICA S.L.
SIMOES BIS, S.L.
NETSIZE ESPAÑA, SL
APLICACIONES DE SERVEI MONSAN, S.L.
AUDACIA MUSICAL S.L.

ANEXO II :
ESCENARIO: AGENTES INVOLUCRADOS



Operador de telefonía móvil: persona jurídica habilitada, según los requisitos establecidos en la normativa vigente, para la prestación del servicio de telefonía móvil disponible al público y que adicionalmente gestiona el cobro frente a los Usuarios Finales de los Servicios de Mensajería Premium y presta el soporte tecnológico necesario para el envío y recepción a través de sus red de dichos Servicios.

Plataformas tecnológicas: Ofrecen servicios avanzados de envío/recepción de mensajes cortos a terceras entidades.

Proveedores de contenidos: entidades responsables de los contenidos o productos finales (juegos, melodías, videos...) que se facilitan a los usuarios mediante mensajes de tarificación adicional (Premium).