

- Expediente N.º: EXP202203572

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos y teniendo como base los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 2 de marzo de 2022, se presentó reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos contra XFERA MÓVILES, S.A., con NIF A82528548.

Los motivos en que basa la reclamación son los siguientes:

Reclama por la recepción de llamadas comerciales, ofertando servicios de YOIGO, en línea móvil, *****TELÉFONO.1**, registrada en la Lista Robinson desde el día 15 de diciembre de 2021, aportando documentación acreditativa al respecto. Asimismo, aporta grabación de las llamadas recibidas, así como capturas de pantalla en las que constan la cronología de recepción (15, 24 y 28 de febrero) y líneas llamantes (*****TELÉFONO.2**, *****TELÉFONO.3** y *****TELÉFONO.4**). También aporta copia del contrato de telefonía para acreditar la titularidad de la línea receptora.

El reclamante manifiesta la recepción de llamadas comerciales, ofertando servicios de MÁSMÓVIL. Aporta la documentación acreditativa de la inscripción de la línea receptora en la Lista Robinson y contrato para acreditar la titularidad de dicha línea. Asimismo, aporta la grabación de las llamadas y capturas de pantalla, constando la cronología de recepción (17 y 25 de febrero) y líneas llamantes (*****TELÉFONO.2** y *****TELÉFONO.5**).

Asimismo, reclama por la recepción de un sms de carácter comercial de MÁSMÓVIL recibido el día 3 de marzo de 2022, manifestando que nunca ha sido cliente de la entidad promocionada. Indica línea receptora y nombre de la compañía que prestaba el servicio telefónico de dicha línea en el momento de recepción del sms, Y aporta contrato acreditativo de la titularidad de la línea receptora y capturas de pantalla del mensaje recibido, constando la fecha y hora de recepción y nombre del emisor.

SEGUNDO: De conformidad con el artículo 65.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD), se dio traslado de dicha reclamación a la parte reclamada, Xfera para que procediese a su análisis e informase a esta Agencia en el plazo de un mes, de las acciones llevadas a cabo para adecuarse a los requisitos previstos en la normativa de protección de datos.

El traslado, que se practicó conforme a las normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

Públicas (en adelante, LPACAP), fue recogido en fecha 28 de marzo de 2022, como consta en el acuse de recibo que obra en el expediente.

Con fecha 30 de abril de 2022, se recibe en esta Agencia escrito de respuesta indicando lo siguiente:

Que está adherida a la entidad Adigital que gestiona la lista de exclusión publicitaria, conocida como Lista Robinson. Todas sus campañas se filtran con esta lista. Además, exigen a todas las empresas que colaboran con ella en televenta que hagan ese filtrado, cuando utilizan bases propias ajenas a las bases de la parte reclamada. Estas bases también se filtran a la hora de hacer campañas comerciales con la lista de exclusión publicitaria interna de la parte reclamada.

Han comprobado en su sistema que el número de la parte reclamante no ha sido impactado por llamadas telefónicas comerciales, pero sí por SMS comerciales (adjuntan listado) que contenían enlaces automáticos para darse de baja. Han solicitado información adicional a su proveedor de bases de datos, la entidad AD735 que les ha garantizado contar con el consentimiento de los interesados, aportan certificado de AD375 a este respecto en el que indican que el consentimiento se obtuvo a través de formulario de participación en un sorteo de un viaje en el sitio web: www.premium-sales.es el 21 de febrero de 2018 a las 17:48 horas. Al contar con el consentimiento del titular, la parte reclamada no tiene la obligación de consultar las listas de exclusión publicitaria, tal y como establece el artículo 23.4 de la LOPDGG. De todas formas, AD735 informa que, como consecuencia de esta reclamación, han dado de baja el teléfono de la parte reclamante de sus bases de datos.

Por otro lado, la parte reclamada señala que sus colaboradoras tienen que proporcionarles mensualmente, una relación actualizada de las numeraciones salientes que van a utilizar, no estando permitido el uso de numeraciones no comunicadas. Han comprobado que las líneas llamantes indicadas en la reclamación no están asociadas a ninguna de sus colaboradoras. Han investigado en internet y aparecen vinculadas a prácticas de spam y fraudulentas.

TERCERO: Con fecha 8 de junio de 2022, de conformidad con el artículo 65 de la LOPDGG, se procedió al archivo de las reclamaciones, basándose en lo siguiente:

“Una vez analizadas las razones expuestas por la parte reclamada, que obran en el expediente, se ha constatado la falta de indicios racionales de la existencia de una infracción en el ámbito competencial de la Agencia Española de Protección de Datos, no procediendo, en consecuencia, la apertura de un procedimiento sancionador.

Se ha de tener en cuenta que al Derecho Administrativo Sancionador, por su especialidad, le son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad del principio de presunción de inocencia.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990 considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta “que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que

la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio". Este principio se encuentra expresamente recogido para los procedimientos administrativos sancionadores en el artículo 53.2.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que reconoce al interesado el derecho "A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario".

En definitiva, la aplicación del principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se hayan obtenido evidencias o indicios de los que se derive la existencia de infracción.

En este caso, de las actuaciones realizadas y de la documentación obrante en el procedimiento, no se infiere la existencia de una actuación infractora de la parte reclamada en el ámbito competencial de la Agencia Española de Protección de Datos, por lo que procede el archivo de la reclamación".

CUARTO: Con fecha 17 de junio de 2022, el reclamante presentó recurso de reposición frente al archivo de sus reclamaciones, en el que muestra su disconformidad con la resolución impugnada, argumentando que niega haberse inscrito en ninguna página web de carácter promocional con posterioridad a la inclusión de su número de teléfono en la Lista de exclusión publicitaria que tuvo lugar en fecha 15 de diciembre de 2021.

El recurso fue estimado, en fecha 24 de octubre de 2022 ya que, la parte reclamada aportó junto a la respuesta a la solicitud de información, un certificado de la agencia AD735, de toma de datos personales y acreditativo del consentimiento de la parte recurrente a recibir comunicaciones promocionales, siendo la fecha de la obtención de datos personales y por tanto de alta de la parte recurrente recogida en dicho certificado el 21 de febrero de 2018. En este sentido es preciso señalar que por la parte reclamada no se ha acreditado que fuera la parte recurrente la que incorporó sus datos personales a la página web ni que se hubiera otorgado un consentimiento libre, específico, informado e inequívoco a través de una declaración o una clara afirmación afirmativa, como exige el RGPD en su artículo 4.11, ya que en el certificado aportado por la parte reclamada ni siquiera consta la cláusula informativa utilizada para la obtención del supuesto consentimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 114.1.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo LGTel), lo establecido en el artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI) y según lo dispuesto en los artículos 47 y 48.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de

Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), es competente para resolver estas actuaciones de investigación la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

Asimismo, el artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que: "Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se registrarán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos."

Por último, la Disposición adicional cuarta "Procedimiento en relación con las competencias atribuidas a la Agencia Española de Protección de Datos por otras leyes" establece que: "Lo dispuesto en el Título VIII y en sus normas de desarrollo será de aplicación a los procedimientos que la Agencia Española de Protección de Datos hubiera de tramitar en ejercicio de las competencias que le fueran atribuidas por otras leyes."

II

Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes

El artículo 21 de la LSSI establece lo siguiente:

"1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección."

III

Síntesis de los hechos

El reclamante recurre dado que indica que no ha dado el consentimiento a ninguna entidad para el envío de publicidad desde que se apuntó en la lista Robinson.

Recibió un SMS publicitario, en fecha 3 de marzo de 2022, habiéndose obtenido sus datos de un proveedor de servicios que los consiguió al participar el reclamante en un concurso.

El envío de SMSs sin atender lo establecido en el artículo 21 de la LSSI supone una infracción que se encuentra tipificada como “leve” en el art. 38.4.d) de dicha norma, que califica como tal, *“El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave”*.

No obstante, artículo 45 de la citada Ley LSSI, establece que la prescripción de las infracciones leves se produce a los seis meses de haberse cometido, por lo que, en el presente caso, la infracción habría prescrito en fecha 3 de septiembre de 2022.

De conformidad con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, SE ACUERDA:

PRIMERO: PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a XFERA MÓVILES, S.A., y a la parte reclamante.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa según lo preceptuado por el art. 114.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de conformidad con lo establecido en los arts. 112 y 123 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

940-020323

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos