

- **Expediente N.º: EXP202415153**

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 27 de septiembre de 2024, se presentó reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos contra CONSULTORÍAS BARRIANO, S.A.S (en adelante, la parte reclamada o CONSULTORÍAS BARRIANO). Los motivos en que basa la reclamación son los siguientes:

La parte reclamante manifiesta que, en fecha 19 de septiembre de 2024, recibe una llamada en la que se identifican como *****EMPRESA.1**, su actual empresa suministradora de luz y gas, en la que tenían todos sus datos personales. En la llamada, le informan que dejaban de trabajar con su comercializadora habitual y que debía cambiarse a ENERLUZ (marca de FACTOR ENERGÍA), ofreciéndole una tarifa plana y descuentos.

Junto a la reclamación aporta dos capturas de mensajes SMS:

1. Primer SMS para generar un descuento en la factura de la luz y gas, que remite a la página web *****WEB.1**
2. Un segundo SMS de CONSULTORÍAS BARRIANO, en el que aparece un código de registro, con la indicación de que se autoriza a contactar con fines comerciales y se facilita un enlace para firmar un documento de protección de datos (*****URL.1**), que la parte reclamante afirma haber firmado.

En ambos mensajes SMS aparece el número *****TELÉFONO.1**.

Con fecha 28 de octubre de 2024 se recaban por parte de la SGID evidencias sobre el aviso legal de la página web *****WEB.1**, en el que figura como responsable del tratamiento CONSULTORÍAS BARRIANO.

SEGUNDO: Con fecha 29 de octubre de 2024, de conformidad con el artículo 65 de la LOPDGDD, se admitió a trámite la reclamación presentada.

TERCERO: La Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, en virtud de las funciones asignadas a las autoridades de control en el artículo 57.1 y de los poderes otorgados en el artículo 58.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), y de conformidad con lo establecido en el Título VII, Capítulo I, Sección segunda, 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), teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

Tras efectuar varios requerimientos de información a distintos operadores, se confirma por el operador del reclamante que el 19 de septiembre de 2024 el reclamante recibió varias llamadas telefónicas, de las cuales únicamente en dos llamadas se identifica el número llamante. Además, todas las llamadas presentan una duración de 0, salvo en una de las dos con número llamante identificado. Se comprueba que este número llamante corresponde a un particular amigo del reclamante y que no tiene relación con el motivo de la reclamación. En cuanto, al otro número llamante identificado, con llamada de duración 0, se verifica que correspondiente a una empresa cuyo operador no ha confirmado que realizara una llamada telefónica, el 19 de septiembre de 2024, al número de teléfono del reclamante

Por otro lado, se confirma la recepción en la línea de la parte reclamante de un SMS certificado ese mismo día, con enlace para lectura y descarga de un documento, que fue firmado. Asimismo, se comprueba que el dominio *****WEB.1** ya no está operativo.

En los EXP202404938 y EXP202416808 se comprobó que la parte reclamada tiene su sede en Colombia, no tiene representante en la Unión Europea y tiene como gerente general (...) al administrador único de (...) (**A.A.A.**), quien registró el dominio *****WEB.1**.

Se solicita en tres ocasiones información a dicho gerente general de la parte reclamada, sin obtener respuesta. Asimismo, se solicita en dos ocasiones información a esa misma persona, en calidad de administrador único de (...) sin obtener respuesta.

Formulado un nuevo requerimiento de información a un operador, no se pueden obtener más evidencias al haberse superado el plazo máximo de conservación de los datos conforme a la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

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) y según lo establecido en los artículos 47, 48.1, 64.2 y 68.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), es competente para resolver este procedimiento la Presidencia 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 regirán 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 de la LOPDGDD, relativa al "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

Licitud del tratamiento

El primer apartado del artículo 6 del RGPD establece lo siguiente:

"1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

- a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;*
- b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;*
- c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;*
- d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;*
- e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;*
- f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.*

Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones. "

III Artículo 66.1 LGTel

El artículo 66 de la LGTel en relación con las comunicaciones no solicitadas dispone lo siguiente:

"1. Respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas, los usuarios finales de los servicios de comunicaciones interpersonales disponibles al público basados en la numeración tendrán los siguientes derechos:

b) a no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial, salvo que exista consentimiento previo del propio usuario para recibir este tipo de comunicaciones comerciales o salvo que la comunicación pueda ampararse en otra base de legitimación de las previstas en el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 2016/679 de tratamiento de datos personales.”

IV

Conclusión

En este caso no se han encontrado evidencias que puedan acreditar la existencia de una infracción en el ámbito competencial de la Agencia Española de Protección de Datos.

De este modo, no constan indicios de tratamiento de los datos del reclamante por terceros sin base de legitimación ni evidencias que confirmen que el reclamante recibió, el 19 de septiembre de 2024, una llamada no solicitada. La única llamada de la que se tiene constancia con una duración superior a 0 se realizó por un particular que nada tiene que ver con el motivo de la reclamación.

Todo ello sin perjuicio de las posibles actuaciones posteriores que esta Agencia pudiera llevar a cabo, aplicando los poderes de investigación y correctivos que ostenta.

El derecho a la presunción de inocencia implica que *“la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración”*.

Por los motivos expuestos, no resulta posible verificar los extremos necesarios que permitan obtener un resultado que pudiera enervar el derecho constitucional a la presunción de inocencia de la parte reclamada.

Sobre esta cuestión debe señalarse que el Tribunal Constitucional ha declarado de forma reiterada que al Derecho Administrativo Sancionador le son de aplicación, con alguna matización, pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad de los principios de presunción de inocencia. La presunción de inocencia debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. 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”*.

Conforme señala el Tribunal Supremo (STS 26/10/98) el derecho a la presunción de inocencia *“no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar*

dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados – no puede tratarse de meras sospechas – y tiene que explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria pueda entenderse de cargo.”

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20/02/1989 indica que “Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurre aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate.”

En definitiva, aquellos principios impiden imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y acreditado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan la imputación o de la intervención en los mismos del presunto infractor.

Así pues, al no haber sido posible atribuir la responsabilidad por la realización de la llamada a la parte reclamada de acuerdo con lo señalado, por la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos, SE ACUERDA:

PRIMERO: PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la parte reclamante.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública. La publicación se realizará 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 Presidencia 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.

Lorenzo Cotino Hueso
Presidente de la Agencia Española de Protección de Datos

940-101025