

Expediente Nº: E/00001/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **JAZZ TELECOM, S.A.U.** en virtud de denuncia presentada ante la misma por D. **A.A.A.** y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Ha tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), con fecha de 20 de noviembre de 2012, escrito presentado por D. **A.A.A.** (en adelante el denunciante) en el que denuncia a la compañía Jazz Telecom, S.A.U. (en adelante JAZZTEL) manifestando lo siguiente:

Que desde hace más de un año recibe llamadas diarias en el nº **F.F.F.** de operadores telefónicos que preguntan por él y se identifican de la compañía de Jazztel para hacerle ofertas.

Que es titular de la línea **F.F.F.**, contratada con la compañía Telefónica de España, S.A.U., que cuando recibe llamadas indica que no desea recibir más y que le borren de su base de datos. No tiene constancia de esta solicitud pero señala los registros sonoros de Jazz Telecom, S.A.U. como elemento de prueba de lo manifestado.

El contacta con JAZZTEL, mediante correo electrónico, desde la dirección < **B.B.B.**> a la dirección <.....@jazztel.com>, indicando lo siguiente:

*Les escribo para dejar constancia del acoso telefónico que estoy sufriendo por operadores de JAZZTEL que llaman al teléfono **F.F.F.**, la última vez hoy día 15 de junio de 2011 a las 12:40 desde le nº **G.G.G.***

Todo ello ignorando mis repetidas peticiones de pasar a la lista negra y que borren mis datos de su base de datos. (...).

Las llamadas siguen repitiéndose las dos últimas el día 15 de noviembre de 2011 a las 17:17h desde el nº **C.C.C.** y a las 18:59h desde le nº **D.D.D.**. Si bien, no aporta acreditación documental de dichas circunstancias.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

- 1 El denunciante ha comunicado a la AEPD, con fecha de 1 de julio de 2013, que el día 30 de noviembre de 2012, a las 15:23h, recibió una llamada comercial de JAZZTEL del nº de teléfono *****TEL.1**, pero no acredita la recepción de la llamada.
- 2 La Inspección de Datos ha verificado que el nombre y apellidos del denunciante constan en la guía on-line de clientes del Servicio Telefónico Básico, denominado *PaginasBlancas.es*, asociados a su dirección postal y al nº de teléfono **F.F.F.** Según se detalla en la Diligencia de fecha 18 de diciembre de 2012.
- 3 La sociedad Telefónica de España ha informado a la AEPD que el titular del nº de línea **F.F.F.** es el denunciante. También, dicha operadora ha confirmado que el día 15 de noviembre de 2012 dicho nº recibió dos llamadas, una a las 18:59:27 desde el nº **D.D.D.** proporcionada por XTRA Telecom y otra a la 19:04:49h desde el nº **E.E.E.** cuyo titular es la Universidad de Extremadura.
- 4 Se ha verificado por parte de la Inspección de Datos que consta en diversos sitios web información asociada a los nº de teléfono *****TEL.1**, **D.D.D.** y **C.C.C.**, como comentarios y denuncias de diversas personas relativos a que reciben reiteradas llamadas de los citados números (spam), ofreciendo ofertas de Jazztel. Según se indica en la Diligencia de fecha 11 de julio de 2013.
- 5 La compañía JAZZTEL ha comunicado a la Inspección de Datos, con fecha de 9 de julio de 2013, en relación con las llamadas recibidas por la denunciante lo siguiente:
 - No constan datos del denunciante ni del nº de teléfono **F.F.F.** en el fichero de clientes.

Si bien, figuran los datos del denunciante, en el fichero Clientes Potenciales, dados de alta el día 16 de agosto de 2010 tras haber sido obtenidos del fichero facilitado por la empresa Experian Marketing Solutions, S.L.U.

Por otra parte los datos del denunciante constan en fuentes accesibles al público pudiendo ser utilizados para fines comerciales, aportan impresión de pantalla de la guía denominada *PaginasBlancas.es*.

JAZZTEL no reconoce el correo electrónico que el denunciante afirma haber enviado a la dirección <.....@jazzte.com> que tras haber intentado localizar no existe constancia del mismo en los sistemas de JAZZTEL.

En cualquier caso, tal y como establece el artículo 21 de la LSSI y del artículo 17 y ss. del Reglamento de desarrollo de la LOPD, JAZZTEL ofrecía a los usuarios la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, a través de las siguientes vías:

Dirigiéndose por escrito a: JAZZTEL calle (C/.....1) (Madrid).

En los Teléfonos gratuitos: 1565 (clientes) o 900*****1 (no clientes).

Por fax: 900*****2.

- Sin embargo, el denunciante no utilizó dicho procedimiento sencillo y gratuito y procedió a enviar un correo a la dirección <.....@jazzte.com> habilitada para los clientes de JAZZTEL, por lo que en caso de haber sido recibido, no podría admitirse como solicitud válida de derecho de oposición.

Adicionalmente, a modo, preventivo, tras la recepción del requerimiento de la AEPD, el día 3 de julio de 2013, se han incluido los datos del denunciante en el Listado Robinson.

- 6 La Inspección de Datos ha verificado que en el sitio web de la compañía JAZZTEL, <www.jazztel.com>, consta en el apartado *Aviso Legal: 9. Protección de Datos* el procedimiento para ejercer los derechos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999 y que coincide con el descrito por la operadora. Dichas circunstancias figuran en la Diligencia de fecha 18 de abril de 2013.
- 7 La Inspección de Datos ha verificado que los nº de teléfono ***TEL.1 y C.C.C. son atendidos por un contestador que informa que han contactado con el departamento comercial de JAZZTEL y el nº **D.D.D.** indica que *Movistar le informa de que actualmente no existe ninguna línea con esta numeración.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

El artículo 6.1 y 2 de la LOD dispone que:

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

"2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el

ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, Fundamento Jurídico 7 primer párrafo, “(...) *consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)*”.

El artículo 6 de la LOPD consagra el principio del consentimiento o autodeterminación, piedra angular en la construcción del derecho fundamental a la protección de datos que alude a la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para que puedan tratarse sus datos personales. Conforme al citado precepto el tratamiento de datos sin consentimiento de su titular o sin otra habilitación amparada en la Ley constituye una vulneración de este derecho, pues sólo el consentimiento, con las excepciones contempladas en la ley, legitima el tratamiento de los datos personales.

Por tanto, el tratamiento de datos de carácter personal tiene que contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público, que existe una Ley que ampara ese tratamiento o una relación contractual o negocial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

III

En el supuesto que nos ocupa, el denunciante pone de manifiesto que Jazztel ha realizado un tratamiento de sus datos sin su consentimiento, puesto que recibe llamadas publicitarias de esta entidad sin su consentimiento.

En su escrito de denuncia, el denunciante únicamente especifica el día, hora y número de teléfono de dos de ellas, el día 15 de noviembre de 2011 a las 17:17h desde el nº **C.C.C.** y a las 18:59h desde el nº **D.D.D.**. No obstante, tras actuaciones previas de inspección practicadas por la Agencia, se comprueba que el número de teléfono del denunciante (**F.F.F.**) recibió dos llamadas ese día, una la especificada por el denunciante, desde el teléfono **D.D.D.** a las 18:59h realizada por Xtra Telecom, no por Jazztel, y la otra desde el número **E.E.E.** realizada por la Universidad de Extremadura a las 19:04 H. En base a ello, no queda acreditado, por tanto, que el denunciante recibiera llamadas a su número de teléfono de la compañía Jazztel en las fechas y horas señaladas.

En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que en el ámbito administrativo sancionador 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”*. De acuerdo con este planteamiento, el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en lo sucesivo LRJPAC), establece que *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.”*

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 constatado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan dicha imputación o la intervención en los mismos del presunto infractor, aplicando el principio "*in dubio pro reo*" en caso de duda respecto de un hecho concreto y determinante, y que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

Por ello, dada la ausencia de elementos de cargo que permitan imputar a **JAZZ TELECOM, S.A.U** la presunta infracción de lo previsto en el artículo 6 de la LOPD procede acordar el archivo de las actuaciones practicadas.

IV

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **JAZZ TELECOM, S.A.U** y a D. **A.A.A.**.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante



la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.