

Expediente N°: E/00020/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **PEOPLETEL, S.A.**, y **VOIPOSEGUR, S.L.**, en virtud de la denuncia presentada por **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 16/10/2013 ha tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que manifiesta que desde hace tres semanas recibe en su teléfono particular (*****TEL.1**) entre tres y cinco llamadas diarias desde el número *****TEL.2** pidiéndole que marque el *****TEL.3** para consultar a una vidente. Añade que su número de teléfono está incluido en la Lista Robinson y considera responsable de los hechos a la empresa PEOPLE, S.A., (en lo sucesivo PEOPLE o la denunciada) a la que pertenece el número de línea desde el que se hacen las llamadas.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, por la Subdirección General de Inspección de Datos se efectuaron actuaciones encaminadas al esclarecimiento de los hechos teniendo conocimiento de los siguientes extremos que constan en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproduce:

<<ANTECEDENTES

*Con fecha de 16 de octubre de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara:*

*Que en su línea de teléfono fijo *****TEL.1**, contratada con JAZZTEL, recibe continuas llamadas desde el número de teléfono *****TEL.2**, en las que le solicitan que haga una llamada al número *****TEL.3** para consultar con una vidente.*

Su línea de teléfono se encuentra inscrita en la Lista Robinson desde el 25 de noviembre de 2010, según acredita con la copia impresa de los datos que figuran en la misma.

En particular, cita las llamadas recibidas desde la citada línea con fecha 16 de enero de 2014, a las 20:44 y a las 21:15.

El denunciante manifiesta que en las llamadas no se facilita información sobre el procedimiento por el que se puede dar de baja y no recibir más llamadas.

El denunciante señala como denunciada a la empresa PEOPLETEL S.A.

ACTUACIONES PREVIAS

Con fecha 1 de agosto de 2014, JAZZ TELECOM S.A. remite a esta Agencia la siguiente información:

1. El denunciante es titular del número de teléfono *****TEL.1**.
2. Con fecha 16 de enero de 2014, no se recibieron en la citada línea llamadas desde el número de teléfono *****TEL.2**.

Con fecha 1 de agosto de 2014, PEOPLETEL S.A. remite a esta Agencia la siguiente información:

1. El titular del número de teléfono *****TEL.2** es VOIPSUGAR S.L.
2. Adjunta copia de la última factura, julio de 2014, correspondiente a la citada línea.

Con fecha 3 de septiembre de 2014, VOIPSUGAR S.L., ha remitido a esta Agencia la siguiente información:

1. El número de teléfono del denunciante se encuentra en un fichero de la propia compañía que se creó a partir de la información publicada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su página web.
2. No disponen de ninguna información asociada, tan solo del propio número.
3. En la locución de las llamadas telefónicas que realizan, se informa que “Si prefieres no recibir más mensajes como este solo tienes que llamar al *****TEL.2**”, el mismo desde el que se llama. Los números de teléfono que lo solicitan pasan a formar parte de la Lista Robinson de la compañía y no vuelven a recibir llamadas.>>

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

La Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones -actualmente derogada pero vigente cuando acontecieron los hechos sobre los que versa la presente denuncia- establecía en su artículo 38.3 bajo la rúbrica “Derechos de los consumidores y usuarios finales” que “En particular, los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos:

(..)

h) A no recibir llamadas y comunicaciones automáticas sin intervención humana, o mensajes de fax con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello”.

La infracción de este derecho se tipificaba como grave en el artículo 54, r) de la

Ley 32/2003 que, en cuanto a su régimen sancionador, remitía a la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSI).

En ese sentido el R.D. 424/2005 al regular las *“llamadas no solicitadas con fines de venta directa”* señalaba (artículo 69.1): *“Las llamadas no solicitadas por los abonados con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas de llamada automática, a través de servicios de comunicaciones electrónicas, sin intervención humana (aparatos de llamada automática) o facsímil (fax), sólo podrán realizarse a aquellos que hayan dado su consentimiento previo, expreso e informado.”*

El incumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior será sancionado de acuerdo con lo establecido en el artículo 38.3.c), o en el artículo 38.4.d) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.”

La citada Ley 32/2003 ha sido derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, L.G.T.), cuya Disposición derogatoria única dejó sin efecto no sólo la Ley 32/2003 sino también cualesquiera otras disposiciones que se opusieran a lo previsto en ella.

La L.G.T. dedica su artículo 48 al *“Derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas”* y 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 electrónicas tendrán los siguientes derechos:

- a) *A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de comunicación comercial sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.* (El subrayado es de la AEPD)

La vulneración de este derecho que el artículo 48.1.a, reconoce a los usuarios finales se tipifica en la L.G.T., como infracción grave o leve, respectivamente, en los artículos 77. 37 y 78.11.

III

La denuncia que examinamos versa sobre las llamadas telefónicas que el denunciante dice haber recibido desde el número *****TEL.2** instándole a llamar a un número de tarificación adicional (*****TEL.3**) para consultar a una vidente.

De las manifestaciones del denunciante se deduce que las llamadas presuntamente recibidas eran *automáticas sin intervención humana*, pues las expresiones que utiliza (tales como que *“en ninguna llamada se hace referencia a ninguna manera de darse de baja”* o que en las llamadas le *“piden”* que marque un determinado número de teléfono) evidencian que estamos ante locuciones grabadas.

En la fecha en la que presuntamente tuvieron lugar las llamadas automáticas sin intervención humana que el denunciante dice haber recibido, esto es, en septiembre y octubre de 2013, su régimen jurídico era el establecido en la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, cuyo artículo 38.3.h, reconocía a los abonados el derecho a no recibir esas llamadas y tipificaba su vulneración en el artículo 54, r) como una infracción

grave.

Tras la entrada en vigor de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, la conducta que se denuncia, siempre que su existencia resulte probada, podría subsumirse en sus tipos sancionadores de los artículos 77 y/o 78 como infracción del artículo 48.1.a.

Llegados a este punto corresponde valorar si obran en el expediente pruebas o indicios razonables que permitan concluir, con la certeza que exige el procedimiento sancionador, que las llamadas telefónicas que constituyen el objeto de la presente denuncia efectivamente llegaron a tener lugar.

A fin de acreditar la realidad de estas llamadas -en las que se materializa la presunta vulneración de la L.G.T. sobre la que versa la denuncia- la Inspección de Datos requirió al denunciante el 09/01/2014 para que detallara la *“Fecha y hora en la que se realizaron las llamadas comerciales”*.

El denunciante respondió el 19/01/2014 y declaró que carecía de un listado detallado con todas las llamadas y su hora exacta dada la cantidad tan abultada pero que la fecha y hora en la que se producían era especialmente en fines de semana, desde las 11 de la mañana hasta las 21 horas, y por las tardes de 15 horas en adelante en días laborables. Y añadió que *“Durante este mes de enero se han producido dos: 16 Enero 2014 20:44 16 Enero 2014 21:15”*.

La Inspección de la AEPD solicitó entonces a JAZZTEL –operador telefónico con el que el denunciante tiene contratado el servicio telefónico para la línea *****TEL.1**, en la que dijo estar recibiendo las llamadas publicitarias- que confirmara que el 16/01/2014 se habían recibido en esa línea llamadas desde el número *****TEL.2**. Recordemos que según la denuncia las llamadas comerciales se hacían desde ese número de teléfono.

Sin embargo, la **respuesta de JAZZTEL** a la AEPD **no corroboró la declaración del denunciante**. Por el contrario la operadora comunicó a la Agencia lo siguiente:

*<<Las únicas llamadas existentes en dicha fecha, tanto entrantes como salientes desde el número *****TEL.2**, son las siguientes:*

Nº Llamante	Nº Llamado	Fecha	Hora	Duración	Tipo
***TEL.1	***TEL.4	2014116	201345	19	VOZ
***TEL.1	***TEL.5	2014116	215112	16	VOZ

>>

Por tanto, la información que JAZZTEL ha facilitado a la AEPD contradice la versión ofrecida por el denunciante, pues ni consta que hubiera recibido alguna llamada el día 16/01/2014 desde el número al que se atribuyen las llamadas -*****TEL.2**- ni tampoco desde ningún otro número, dado que en esa fecha únicamente aparecen registradas dos llamadas telefónicas que se hicieron “desde” el número particular del denunciante a otros dos números de línea; números que no guardan ninguna relación con los hechos que nos ocupan.

Se añade a lo anterior que la empresa VOIPSUGAR, S.L, a quien la Inspección de la AEPD dirigió un requerimiento de información, no reconoce haber efectuado

ninguna llamada al número del denunciante aunque sí admite que su número particular (*****TEL.1**), estaba en uno de sus ficheros que fue creado a partir de la información publicada en la página web por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En definitiva, ni el denunciante ha facilitado a la AEPD pruebas o indicios razonables de los que se infiera que se recibieron en el teléfono particular del denunciante, tal y como ha declarado, llamadas publicitarias desde el número *****TEL.2** ni la investigación llevada a cabo por la Agencia ha logrado obtenerlos.

Así las cosas, 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, teniendo plena virtualidad el **principio de presunción de inocencia** que debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones. Esto, porque 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.

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 137 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 *“1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”*

Como ha precisado el Tribunal Supremo en STS de 26/10/1998 la vigencia del principio de 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.”*

Por su parte, el Tribunal Constitucional en STC 24/1997 ha manifestado que *“los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:*

- a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.*
- b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos*

completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras)."

En consideración a las reflexiones precedentes y habida cuenta de que no obra en el expediente ningún elemento probatorio o indicio razonable capaz de desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia que la Constitución Española reconoce en su artículo 24, principio que impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado **una prueba de cargo que acredite los hechos que motivan la imputación**, debe acordarse el archivo de la denuncia.

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 **PEOPLETEL S.A.**, y a **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.

José Luis Rodríguez Álvarez

Director de la Agencia Española de Protección de Datos