

Expediente Nº: E/00193/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **OVERTOP PROJECTS, S.L.** en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 19 de noviembre de 2012 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** (en adelante el denunciante) en el que declara que recibe llamadas nocturnas no deseadas desde el número *****TEL.1** y tan solo escucha una música de espera. Si no lo coge, dejan mensajes con dicha música. Indica que sospecha que se trata de una estrategia publicitaria.

No aporta más información, ni fechas de llamadas, ni su número de línea ni la operadora que le presta servicio telefónico, ni si se ha opuesto a la recepción de publicidad o si su número figura en alguna lista Robinson o en las listas de abonos con la marca de no recibir publicidad.

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:

Se realizan búsquedas del número *****TEL.1** mediante Google, obteniendo como resultado diversos comentarios insertados en foros de internet donde los internautas manifiestan haber sido llamados desde este número ofertando servicios de “ENDESA”, “CAPRABO”, “LA CAIXA” y de “JAZZTEL”.

Se consulta el número *****TEL.1** en el sitio web de la CMT obteniendo como resultado que dicho número pertenece al operador COLT TECHNOLOGY SERVICES, S.A.U.

Se realiza por tanto un requerimiento de información al citado operador, para averiguar la titularidad del número *****TEL.1**, obteniéndose que corresponde a la entidad OVERTOP PROJECTS S.L. con domicilio en (C/.....1) BARCELONA (Barcelona). El objeto social de la entidad es “LAS OPERACIONES ACTIVIDADES Y NEGOCIOS RELACIONADOS CON EL SECTOR DE LA PROMOCION COMERCIAL LA COMUNICACIÓN LA PUBLICIDAD Y EL MARKETING”.

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

En el caso que nos ocupa el denunciante manifiesta que recibe llamadas publicitarias desde el número *****TEL.1** sin haber consentido este tipo de llamadas.

Respecto tales hechos cabe señalar, en primer lugar, que la LOPD recoge en su artículo 2.1, en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley, lo siguiente: *“La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”*. (el subrayado es de la Agencia Española de Protección Datos).

De acuerdo con la definición contenida en el artículo 3.a) de la LOPD, se considera dato de carácter personal *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”* (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

Por su parte, el artículo 5 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en sus apartados f) y o), perfila el concepto de dato de carácter personal y persona identificable, estableciendo lo siguiente:

“f) Datos de carácter personal: Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

“o) Persona identificable: toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados.”

De los citados preceptos se deduce la exigencia de un doble requisito. De un lado la existencia de un tratamiento de datos y de otro que ese tratamiento se encuentre referido a una persona física identificada o identificable.

De conformidad con la doctrina jurisprudencial de la Audiencia Nacional, un número de teléfono por sí sólo sin que se conozca ningún otro dato sobre el titular de la línea no es un dato de carácter personal. Así en los casos en que las llamadas comerciales se realizan de forma aleatoria sin que el número de línea telefónica se

encuentre asociado a ningún dato personal del titular de la misma, no resulta de aplicación la LOPD al exceder la conducta cuestionada de su ámbito de aplicación.

La citada doctrina de la Audiencia Nacional se recoge en la Sentencia, de 16 de noviembre de 2005, que sostiene lo siguiente: *<<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 nombre de sus titulares, sino simplemente esos números de teléfonos tomados en guías telefónicas de acceso público, sin otros datos asociados a los mismos.>>*

Asimismo se recoge dicha doctrina en la Sentencia, de 17 de septiembre de 2008, que dispone lo siguiente: *<<Es claro que un número telefónico asociado a un nombre y apellidos es un dato de carácter personal pues nos proporciona información sobre una persona identificada. Es más, el propio número de teléfono, sin aparecer directamente asociado a una persona, puede tener la consideración de dato personal si a través de él se puede identificar a su titular. En el presente caso la Agencia Española de Protección de Datos no ha razonado, y menos ha 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>>*

En definitiva, si la entidad que realiza una llamada telefónica con fines comerciales desconoce quién es el titular de la línea telefónica no resulta de aplicación la LOPD, pues tal entidad no dispone de ningún dato de carácter personal que identifique o haga identificable al titular de la línea.

Ahora bien, en los supuestos en los que el titular de la línea ejerce el derecho de oposición frente a la entidad que le realiza las llamadas o registra sus datos en un fichero de exclusión publicitaria queda identificado y, por tanto, resulta de aplicación la LOPD

La LOPD prevé la posibilidad de que los destinatarios de la publicidad se opongan al tratamiento de sus datos con fines publicitarios de dos formas distintas: dirigiendo una solicitud a la persona física o jurídica que utiliza los datos con fines publicitarios, o registrando los datos que no se desea que sean utilizados con dicha finalidad en un fichero de exclusión de publicidad.

La primera de las modalidades se encuentra recogida en el artículo 30.4 de la LOPD que dispone que *“los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud”*.

En cuanto a la segunda, el artículo 49 del Reglamento de desarrollo de la LOPD prevé la creación de ficheros comunes de exclusión publicitaria, de carácter general o sectorial, en los que se podrán registrar las personas que no deseen recibir comunicaciones comerciales.

A fin de evitar el envío de comunicaciones comerciales a quienes se hayan registrado en los citados ficheros, el apartado 4 del aludido artículo 49 dispone 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”*

Sobre este punto ha de precisarse que a día de hoy sólo existe un fichero común de exclusión publicitaria, creado al amparo del citado artículo 49, gestionado por la Asociación Española de Economía Digital, que evita la publicidad de entidades con las que el afectado no mantenga o haya mantenido ningún tipo de relación. Quienes lo deseen pueden registrarse en dicho fichero de exclusión publicitaria, denominado “Servicio de Lista Robinson”, a través del sitio web www.listarobinson.es.

De lo anteriormente expuesto se infiere que los interesados que no deseen recibir publicidad pueden manifestar a una concreta entidad su negativa u oposición al tratamiento de sus datos con fines publicitarios o de prospección comercial, para que les excluya de los tratamientos que vaya a realizar con dicha finalidad, o pueden solicitar la inclusión de sus datos en un fichero común de exclusión publicitaria, a fin de que las entidades que van a realizar actividades de publicidad les excluyan de las mismas.

De este modo, la persona que recibe las llamadas comerciales puede dirigirse a la entidad que las realiza identificándose como titular de la línea y solicitar el cese en la realización de las mismas. En este caso la entidad quedaría obligada a tramitar la solicitud del titular de la línea al haber quedado identificado.

Asimismo, el titular de la línea telefónica puede identificarse como titular de la

misma inscribiéndose en el “Servicio de Lista Robinson”, quedando obligada la entidad que va a realizar una acción publicitaria, mediante llamadas de telefonía vocal, a excluir de dicha campaña a las personas que hayan registrado el número de línea telefónica, en el que no desean recibir llamadas con contenido comercial, en el aludido fichero.

Sin perjuicio de lo anterior, se estima de interés añadir que el artículo 69 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (Reglamento de Servicios de Comunicaciones Electrónicas), aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, relativo a las llamadas no solicitadas con fines de venta directa, afirma en su apartado 2, lo siguiente:

“Las llamadas no solicitadas por los abonados con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en el apartado anterior – llamadas automáticas sin intervención humana o fax – podrán efectuarse salvo las dirigidas a aquellos que hayan manifestado su deseo de no recibir dichas llamadas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, para realizar las llamadas a las que este se refiere 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 aquellos”

En consecuencia la citada normativa permite la realización de este tipo de llamadas a los abonados que figuran en las guías de abonados disponibles al público, pero recoge con carácter general el derecho de los abonados a que sus datos que aparezcan en guías no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial, para ello deberán indicar a la compañía que les presta el servicio de telecomunicaciones que no desean que sus datos que figuran en las citadas guías sean utilizados con fines publicitarios.

En la actualidad los abonados que han prestado su consentimiento para que sus datos se publiquen en las guías pero no desean recibir publicidad se identifican en la guía con el símbolo “U”.

De esta manera cuando los datos utilizados para la realización de la campaña publicitaria procedan de las citadas guías, no podrán utilizarse con dicha finalidad los datos de las personas que aparezcan en las mismas marcadas con “U”.

En definitiva, si no se desean recibir llamadas comerciales se puede ejercitar el derecho de oposición frente a la entidad que realiza las llamadas, **OVERTOP PROJECTS S.L.**, indicando el número de línea telefónica en el que no se desea recibir llamadas comerciales, o registrar los datos que no se desea que sean utilizados con

finés comerciales en el fichero de exclusión publicitaria “*Servicio de Lista Robinson*”.

Hechas las anteriores consideraciones procede resaltar que no consta, en este caso, que haya ejercido el derecho de oposición o que haya registrado sus datos en la citada lista Robinson, por lo que de acuerdo con los razonamientos recogidos *ut supra* no se aprecia la existencia de infracción a la LOPD.

Ahora bien, a lo anterior ha de añadirse que la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, modificada por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, considera en su artículo 29 como prácticas agresivas por acoso realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, por lo que en aquellos supuestos en que, no existiendo tratamiento de datos personales, se realicen llamadas de forma reiterada con fines comerciales, los consumidores pueden utilizar las acciones que se detallan en la citada Ley

De todo lo anteriormente expuesto y de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 11 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobada por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y el artículo 126 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, se acuerda no incoar actuaciones inspectoras y no iniciar procedimiento sancionador o de infracción de las Administraciones Públicas.

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 **OVERTOP PROJECTS, S.L.** 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.