

Expediente Nº: E/00659/2018

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **LYCAMOBILE, S.L., ORANGE ESPAGNE, S.A.U., TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U., XFERA MÓVILES, S.A.U.**, en virtud de denuncia presentada por Dña. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 19 de febrero de 2018 tiene entrada en esta Agencia escrito formulado por Dña. **A.A.A.**, (en lo sucesivo, la denunciante), poniendo de manifiesto que en la línea de teléfono número **C.C.C.** recibe llamadas comerciales no deseadas de la entidad XFERA MÓVILES, S.A.U., (en lo sucesivo MÁSMÓVIL). La denunciante señala que dichas llamadas se producen a pesar de que en noviembre de 2017 dicha compañía le había indicado que procedía a dar de baja esa línea en respuesta a su solicitud, efectuada vía Twitter, de cese de llamadas publicitarias en ese número de teléfono fijo, el cual, además, figuraba registrado en el Fichero “*Servicio de Listas Robinson*” de la Asociación Española de Economía Digital (ADIGITAL desde el 20 de noviembre de 2015).

Con fecha 19 de febrero de 2018, y a requerimiento de esta Agencia, la denunciante aporta la documentación que le fue requerida en relación con los hechos denunciados. Además, afirma que continúa recibiendo llamadas publicitarias de MÁSMÓVIL, entidad con la que nunca ha tenido relación comercial, en la línea fija de su titularidad. En total, denuncia la recepción de siete llamadas comerciales en el número **C.C.C.** con origen en las líneas de teléfono que también se citan a continuación:

- 1) Desde el nº emisor **F.F.F.** el día:
 - 18 de Enero de 2018 a las 21:03 horas
- 2) Desde el nº emisor **B.B.B.** los días:
 - 19 de Enero de 2018 a las 18:49 horas
 - 30 de Enero de 2018 a las 17:40 horas
 - 13 de Febrero de 2018 a las 20:47 horas y a las 21:26 horas (2 llamadas)
- 3) Desde el nº emisor **D.D.D.** el día:
 - 25 de Enero de 2018 a las 16:26 horas
- 4) Desde el nº emisor **E.E.E.** el día:
 - 7 de Febrero de 2018 a las 21:27 horas

La denunciante, entre otra, anexa la siguiente documentación:

Copia de una factura de fecha 27 de enero de 2018, por el periodo de 22/12/2017 al 21/01/2018, emitida por JAZZTEL (ORANGE ESPAGNE S.A.U.) a nombre de la denunciante por el servicio, entre otras, de la línea de telefonía fija receptora de las llamadas objeto de denuncia.

Correo electrónico del “Servicio Lista Robinson” de ADIGITAL confirmando a la denunciante el alta en el canal telefónico de ese fichero de la línea **C.C.C.** con fecha 20 de noviembre de 2015, la cual aparece asociada a los datos personales de la denunciante como “Teléfono principal”.

Impresión de pantalla de la solicitud de baja del número **C.C.C.** efectuada por la denunciante, con fecha 6 de noviembre de 2017, a través de su perfil en la red social Twitter a MÁSMÓVIL para no seguir recibiendo llamadas publicitarias en esa numeración, así como impresión de pantalla del mensaje de contestación efectuado, con fecha 7 de noviembre de 2017, por el citado operador a través del mismo canal confirmándole la recepción de la petición de baja y comunicándole que su efectividad se completará en un plazo entre 7 y 10 días.

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:

- El número **C.C.C.** estaba registrado en el “Servicio Lista Robinson” de ADIGITAL desde el 20 de noviembre de 2015 asociado a los datos de la denunciante como “Teléfono principal”.

- Las llamadas denunciadas se recibieron en la citada línea de teléfono fijo transcurridos diez días hábiles desde la confirmación, con fecha 7 de noviembre de 2017, vía Twitter, por MÁSMÓVIL a la denunciante del inicio de las gestiones para cursar su solicitud de baja.

- Realizada desde esta Agencia con fecha 7 de marzo de 2018 una búsqueda relativa a los números **B.B.B. y D.D.D.** en el sitio web <https://numeracionyoperadores.cnmc.es>, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) se verifica que no muestra ningún resultado relativo a los operadores que puedan estar gestionando esas dos líneas, cuya numeración no sigue el plan de numeración vigente en España.

- En respuesta a solicitud de requerimiento de información de esta Agencia, con fecha 19 de marzo de 2018 se registra de entrada escrito de ORANGE ESPAGNE, SAU., (en adelante ORANGE,) operador que gestiona la línea de la denunciante, informando lo siguiente:

- Que en los meses de enero y febrero de 2018 la denunciante era titular de la línea **C.C.C.**
- Que los cuatro números de línea emisores de las llamadas estudiadas no se corresponden con la plataforma de ORANGE, no teniendo asociadas dichas numeraciones a ningún cliente.
- Que consultados los Registros de Numeración y Operadores de la CNMC, el operador actual de la línea móvil **F.F.F.** es LYCAMOVILE,

S.L.U. mientras que el de la línea móvil **E.E.E.** es TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. En cuanto a las líneas **B.B.B.** y **D.D.D.**, en la CNMC no figuran esos rangos de numeración, por lo que no ha sido posible ni la identificación de la titularidad ni del operador actual de esas numeraciones.

- Que en la línea de teléfono de la denunciante se recibieron las siete llamadas denunciadas, siendo realizadas desde las líneas llamantes y en las fechas y franjas horarias indicadas en el Hecho Primero anterior.

- Respecto del número **F.F.F.**, consta en otro expediente de investigación seguido por hechos similares, que con fecha 4 de abril de 2018 el operador LYCAMOBILE, S.L. informó a esta Agencia en relación con la titularidad de la reseñada línea entre noviembre de 2017 y enero de 2018 que: *“ No se ha encontrado en nuestra base de datos ningún abonado asociado al número de teléfono **F.F.F.** durante el período de interés arriba referenciado Circunstancia que determina la inexistencia de datos de índole alguna.”*

Por otra parte, en relación con el número **B.B.B.**, consta en el mismo expediente de investigación citado en el párrafo anterior, que efectuada con fecha 23 de febrero de 2018 una búsqueda desde esta Agencia relativa a esa numeración en el sitio web de la CNMC anteriormente reseñado no se obtuvo ningún registro en relación con el operador que pudiera estar gestionando esa línea.

- En respuesta a solicitud de requerimiento de información de esta Agencia, con fecha 4 de abril de 2018 TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, (en adelante TME) informa de lo siguiente:

- La línea **E.E.E.** estuvo dada de alta en TME hasta el 6 de febrero de 2018, fecha en la que se procede a dar de baja la misma por un cambio de numeración.
- Con fecha 5 de febrero de 2018 el titular de la línea, persona física cuya identificación obra en el procedimiento, informó al Centro de Atención al Cliente de Movistar de la existencia de un problema con esa línea de teléfono que realiza constantes llamadas a números desconocidos de distintas zonas. Debido a lo cual desde el servicio de asistencia técnica se realizó un cambio de numeración al cliente.
- Adjuntan documentación acreditativa del citado cambio, así como impresión de pantallas con el detalle de la información que obra en el repositorio documental y de los contactos mantenidos con motivo de la notificación de la incidencia técnica comunicados por el titular de la línea.

Aporta impresión de las cabeceras de las facturas emitidas por TDE con fechas 4 de febrero y 4 de marzo de 2018 a dicho cliente, apreciándose en esta segunda factura que ya no figuraba el número de teléfono **E.E.E.**

Entre las impresiones de pantalla aportadas figuran las correspondientes a dos contactos de fecha 5 de febrero de 2018, en los que aparecen recogidas las siguientes observaciones de contacto:

En uno de ellos aparece *“Cliente indica que ha recibido más de 50 llamadas de gente diciendo que él les ha llamado, y no tiene a esos contactos en su agenda. “*

En el otro se observa “Cliente indica su teléfono hace constantes llamadas solo a números desconocidos de distintas zonas. Transfiero con Servicio Técnico Móvil. (...)”

- En respuesta a solicitud de requerimiento de información de esta Agencia, con fecha 9 de mayo de 2018 XFERA MOVILES, S.A.U. (MÁSMÓVIL) informa de lo siguiente:

- Los números objeto del requerimiento no se corresponden con números utilizados por ninguna de las plataformas que trabajan para MÁSMÓVIL, ni tienen autorización para la realización de llamadas comerciales en nombre de MÁSMÓVIL, ni están asociadas a ninguna empresa de telemarketing con la que MÁSMÓVIL tenga vinculación contractual.
- En virtud de lo expuesto, desconocen la identidad de los llamantes que efectuaron las acciones comerciales objeto de denuncia.
- Han comprobado la existencia de 7 reclamaciones en relación al número **F.F.F.**, 15 reclamaciones en relación al número **B.B.B.**, 9 reclamaciones en relación con el número **E.E.E.** y ninguna en relación con el número **D.D.D.**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De conformidad con lo establecido en el artículo 84.3) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGT), la competencia para resolver el presente Procedimiento corresponde a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

II

La mencionada Ley 9/2014, de 9 de mayo, dedica el Capítulo V del Título III a los *“Derechos de los usuarios finales”* y les otorga, entre otros, el derecho a oponerse a las llamadas no deseadas con fines publicitarios o comerciales. Así, el artículo 48 de la LGT, bajo la rúbrica *“Derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas”*, dispone, en su apartado 1.b):

“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: (...)

b) A oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en la letra anterior y a ser informado de este derecho.” (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

La infracción del artículo 48.1.b) de la LGT se encuentra tipificada en los artículos 77.37 y 78.11, respectivamente, como infracción grave y leve.

La normativa de protección de datos contempla dos vías para que los

particulares puedan oponerse al tratamiento de sus datos con fines publicitarios: a) dirigiendo una solicitud a la persona física o jurídica que utiliza los datos con fines publicitarios, o b) registrando los datos que no se desea que sean utilizados con tal finalidad en un fichero de exclusión publicitaria.

La primera de las modalidades se contempla en el artículo 30.4 de LOPD que dispone: *“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 modalidad, el artículo 49 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, (RLOPD) 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, precepto que dispone: *“Será posible la creación de ficheros comunes, de carácter general o sectorial, en los que sean objeto de tratamiento los datos de carácter personal que resulten necesarios para evitar el envío de comunicaciones comerciales a los interesados que manifiesten su negativa u oposición a recibir publicidad”*.

A tal efecto, los citados ficheros podrán contener los mínimos datos imprescindibles para identificar al afectado”.

El efecto jurídico que deriva de que el afectado incluya sus datos en un fichero de exclusión publicitaria lo recoge el apartado 4 del artículo 49 conforme al cual *“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”*

A día de hoy solo existe un fichero común de exclusión publicitaria creado al amparo del artículo 49.1 del RLPOD: el Fichero “Servicio de Listas Robinson” de ADIGITAL. El Reglamento interno de funcionamiento de este fichero precisa que la inclusión en el mismo evita la publicidad de las entidades con las que el afectado no mantenga o haya mantenido ningún tipo de relación y advierte que el registro en el “Servicio Lista Robinson” será efectiva en el plazo de tres meses desde el día siguiente a la inscripción.

III

En este supuesto, a través de la documentación obrante en el procedimiento ha quedado acreditado que, con anterioridad a los hechos denunciados, la denunciante había comunicado a MÁSMÓVIL su oposición a recibir llamadas publicitarias en el número de teléfono fijo **C.C.C.**, estando probado también que dicho operador le confirmó la tramitación de su solicitud de dar de baja dicha línea a efectos publicitarios con fecha 7 de noviembre de 2017. A lo que se suma que la mencionada línea figura registrada en el Fichero “Servicio de Listas Robinson” de ADIGITAL desde el 20 de noviembre de 2015.

No obstante lo cual, la denunciante ha indicado que el período comprendido entre el 18 de enero y el 13 de febrero de 2018 recibió en dicha línea de teléfono

fijo de su titularidad un total de siete llamadas comerciales en nombre de dicha compañía procedentes de los números **F.F.F.**, **B.B.B.**, **D.D.D.** y **E.E.E.**

Asimismo, si bien a través de las actuaciones de investigación practicadas la entidad ORANGE, operador del número de teléfono receptor de las llamadas estudiadas, ha confirmado la recepción de las mismas en la línea titularidad de la denunciante en las fechas y franjas horarias señaladas en el Hecho Primero de esta resolución, sin embargo como fruto de dichas actuaciones no ha podido identificarse a los titulares de las líneas llamantes citadas.

De este modo, a través de la información obtenida con fechas 23 de febrero y 7 de marzo de 2018 en el registro de numeración y operadores de Telecomunicaciones de la CNMC, se ha verificado que las líneas de teléfono **B.B.B.** y **D.D.D.**, además de no seguir el plan de numeración vigente en España, no figuraban asignadas a ningún operador de telecomunicaciones.

En cuanto a la línea de teléfono **F.F.F.**, el operador LYCAMOVILE, S.L. comunicó a esta Agencia con motivo de una denuncia formulada por hechos similares a los que ahora se analizan que en el periodo comprendido entre noviembre de 2017 y enero de 2018 no figuraba ningún abonado asociado a dicha numeración en sus ficheros.

Finalmente, respecto de la línea **E.E.E.** se conoce la identidad del titular de la misma hasta el 6 de febrero de 2018, fecha en la que TDE procedió a dar de baja la misma por un cambio de numeración al cliente a raíz de la irregularidad comunicada por éste el día 5 de febrero de 2018, ya que se quejó de las llamadas que desde esa línea se efectuaban sin su participación y sin su conocimiento a números de distintas zonas que no figuraban entre sus contactos, conforme pudo averiguar a través de las llamadas recibidas en las que le indicaban que él les había llamado. A la vista de lo cual, tampoco ha podido conocerse la identidad del responsable de la llamada que consta como efectuada a la denunciada desde ese número de teléfono con fecha 7 de febrero de 2018.

A lo expuesto, se suma que MÁSMÓVIL ha comunicado que ninguno de los números de teléfono llamantes está autorizado para la realización de llamadas comerciales en nombre de la misma ni, tampoco, están asociados a ninguna agencia de telemarketing con la que MÁSMÓVIL mantenga vinculación contractual con dicha finalidad.

En consecuencia, las actuaciones practicadas no han permitido obtener indicios razonables de una posible vinculación del operador denunciado con las llamadas telefónicas comerciales no deseadas objeto de denuncia.

La consideración anterior ha de conectarse con la vigencia en nuestro Derecho Administrativo sancionador del principio de presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, de modo que el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, 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 principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo que acredite los hechos que motivan la imputación o la intervención en los mismos del presunto infractor.

El Tribunal Constitucional (SSTC 131/2003 y 242/2005, por todas) se ha

pronunciado en ese sentido al indicar que una de las exigencias inherentes al derecho a la presunción de inocencia es que la sanción esté fundada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta imputada y que recaen sobre la Administración pública actuante la carga probatoria de la comisión del ilícito administrativo y de la participación en él del denunciado.

Por su parte, el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece como uno de los principios de la potestad sancionadora el de la "Responsabilidad", determinando al respecto que:

"Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa".

En esta misma línea el artículo 53.2 la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que: *"Además de los derechos previstos en el apartado anterior, en el caso de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables, tendrán los siguientes derechos: (...) b) A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario".*

En atención a lo expuesto, habida cuenta de que no existen elementos probatorios o indicios razonables que permitan determinar la responsabilidad de MÁSMÓVIL en la realización de las llamadas publicitarias no deseadas estudiadas, procede acordar el archivo de las actuaciones de investigación practicadas.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **XFERA MÓVILES, S.A.U.** y a Dña. **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 Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 del referido texto legal.

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