

- **Procedimiento N°: E/00659/2020**

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: La reclamación interpuesta por **A.A.A.** (en adelante, el reclamante) tiene entrada con fecha 28 de septiembre de 2019 en la Agencia Española de Protección de Datos.

La reclamación se dirige contra **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.**, con NIF **A82009812** (en adelante, el reclamado).

Los motivos en que basa la reclamación son que tras haber facilitado su teléfono para recibir información comercial y recibir numerosas llamadas en la línea *****TELEFONO.1** de la que es titular el reclamante, éste aunque no lo acredita, manifiesta que ha decidido ejercer su derecho de supresión de su datos para que cesen estas llamadas comerciales, pero estas continúan, siendo la última llamada recibida el día 28/09/2019 a las 14:40 horas desde la línea 931316180.

SEGUNDO: De conformidad con el artículo 65.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD), con número de referencia E/10513/2019, se dio traslado con fecha 6 de noviembre de 2019 de dicha reclamación al reclamado, para que procediese a su análisis e informase a esta Agencia en el plazo de un mes, de las acciones llevadas a cabo para adecuarse a los requisitos previstos en la normativa de protección de datos.

TERCERO: Con fecha 22 de enero de 2020, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó admitir a trámite la reclamación presentada por el reclamante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.3 de la LGT, se atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer las sanciones establecidas por la vulneración de los derechos de los usuarios finales, reconocidos en el artículo 48 de la citada LGT.

II

De conformidad con lo establecido en el artículo 55 del Reglamento (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), (en lo sucesivo RGPD), la Agencia Española

de Protección de Datos es competente para desempeñar las funciones que se le asignan en su artículo 57, entre ellas, la de hacer aplicar el Reglamento y promover la sensibilización de los responsables y los encargados del tratamiento acerca de las obligaciones que les incumben, así como tratar las reclamaciones presentadas por un interesado e investigar el motivo de las mismas.

III

El artículo 95 del RGPD, referido a la relación con la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), establece lo siguiente:

El presente Reglamento no impondrá obligaciones adicionales a las personas físicas o jurídicas en materia de tratamiento en el marco de la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación de la Unión en ámbitos en los que estén sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE.

Con carácter general, si una persona física no desea recibir llamadas comerciales o publicitarias de carácter promocional debe dirigirse, previamente, a la persona física o jurídica, sea o no cliente de la misma, identificándose como titular de la línea telefónica en la que no desea recibir llamadas comerciales y, manifestada dicha oposición, sus datos personales no podrán ser utilizados con dicha finalidad.

Tanto el RGPD como la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) regulan el derecho de oposición.

De conformidad con lo señalado en el apartado 1 del artículo 21 del RGPD, el responsable del tratamiento estará obligado a dejar de tratar los datos personales del interesado que se haya opuesto por motivos relacionados con su situación particular, salvo que acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones. Es decir, será el responsable del tratamiento el que tenga la carga de acreditar que sus intereses prevalecen sobre los del interesado.

En el apartado 2 del artículo 21 se establece que, cuando el tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa, el interesado tendrá derecho a oponerse en todo momento al tratamiento de los datos personales que le conciernan, incluida la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con la citada mercadotecnia.

Y en el apartado 3 se determina que cuando el interesado se oponga al tratamiento de sus datos con fines de mercadotecnia directa, los datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines.

El artículo 18 de la LOPDGDD, referido al “Derecho de Oposición”, remite específicamente al articulado del RGPD.

Debe también tenerse en cuenta que el artículo 23 de la LOPDGDD establece en cuanto a los sistemas de exclusión publicitaria, que será lícito el tratamiento de datos

personales que tenga por objeto evitar el envío de comunicaciones comerciales a quien se hubiesen opuesto a recibirlas, de modo que se podrán conservar parte de los datos en sistemas de exclusión publicitaria que deberán ser previamente consultados por quienes pretendan realizar comunicaciones de mercadotecnia directa, para que se puedan excluir a aquellos afectados que manifestasen su oposición.

IV

Sentado lo anterior, la conducta objeto de reclamación, consistente en la realización de llamadas comerciales efectuada por una persona jurídica a terceros (el reclamante no facilitó esos datos de terceros), podría vulnerar el artículo 48 de la LGT.

La 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 48.1.b) de la LGT, bajo la rúbrica “Derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas con los datos de tráfico y de localización y con las guías de abonados”, dispone:

“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) (...)

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)

En el Anexo II de la LGT se recogen, entre otras, las siguientes definiciones:

“Abonado: cualquier persona física o jurídica que haya celebrado un contrato con un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público para la prestación de dichos servicios.”

“Usuario: una persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público.”

“Usuario final: el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revende.”

En el presente supuesto, de lo actuado no se desprenden elementos de prueba, ni tan siquiera a nivel indiciario, de que, con anterioridad a la recepción de las llamadas analizadas, los destinatarios de las mismas hubieran manifestado ante el reclamado su oposición a la recepción de llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial, de forma que quedase constancia de esta oposición y pudiese acreditarse tal oposición. El ejercicio de los derechos es personalísimo, debiendo efectuarse por el afectado o por quien le represente.

El derecho de oposición está expresamente previsto, en particular, en la normativa específica de telecomunicaciones, respecto de las llamadas telefónicas no deseadas con fines de comunicación comercial. Con carácter general, si no desea recibir llamadas

comerciales de carácter promocional puede dirigirse a la entidad promocionada, sea o no cliente de la misma, identificándose como usuario de la línea telefónica en la que no desea recibir las llamadas y manifestándole su negativa u oposición al tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios.

Si sus datos personales identificativos figuran en las guías de telecomunicaciones disponibles al público, también puede ejercitar sus derechos ante el operador que le presta el servicio de telefonía, para que le excluya de los ficheros que emplean las entidades autorizadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para elaborar las guías de abonados o bien para que se haga constar en los mismos su oposición al tratamiento comercial de los datos. De la misma forma, puede solicitar la omisión en las guías de algunos de sus datos.

Los afectados también pueden registrar sus datos en sistemas de exclusión publicitaria como el gestionado por la Asociación Española de Economía Digital (www.listarobinson.es), con objeto de limitar la publicidad de las empresas adheridas que no hayan obtenido directamente del afectado el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios o con las que el afectado no mantenga o no haya mantenido ninguna relación comercial, resultando eficaz transcurridos tres meses desde la fecha de la inscripción.

Lo anteriormente expuesto, 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 recaer 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”.

Igualmente, se debe tener en cuenta lo que establece 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”.

Con arreglo a lo previsto en los preceptos anteriormente citados, procede acordar el archivo de este procedimiento al no estimarse probado que por parte del reclamado se haya vulnerado el derecho de los receptores de las llamadas publicitarias, en su condición de usuario final de los servicios de comunicaciones electrónicas, a lo previsto en el artículo 48.1.b) de la LGT.

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

SE ACUERDA:

PRIMERO: PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución al reclamante y reclamado.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública 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 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 de la referida Ley.

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