

Expediente Nº: E/01312/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **MAS MOVIL TELECOM 3.0 S.A.U.** en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 17/02/2017, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D./Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante), en el que denuncia a **MAS MOVIL TELECOM 3.0 S.A.U.** (en lo sucesivo MAS MOVOIL), por los siguientes hechos: recepción de llamadas publicitarias no consentidas.

Que según el denunciante tuvieron lugar a fecha del 10/2/2017 al 23/2/2017.

Y, entre otra, anexa la siguiente documentación:

*Copia de factura del operador de la línea **C.C.C.** que identifica como titular de la línea a la denunciante.*

*Copia de contrato de portabilidad con MASMOVIL de la línea **D.D.D.** fechado a día 5/2/2017 sin firmar y con casilla marcada de "Si deseo recibir información comercial".*

*Copia de las comunicaciones realizadas por correo electrónico el día 5/2/2017 entre la denunciante y la dirección hola@masmovil.com en el que la denunciante manifiesta: "[...] he indicado expresamente que **no quiero recibir publicidad (ni por correo ni en el móvil)** ni que mis datos sean facilitados a terceros, sin embargo acabo de recibir el contrato en pdf donde marcan la casilla de que **Si quiero recibirla**". A lo que recibe por contestación: "[...] en cuanto la línea esté portada contacte con el servicio de atención al cliente, para desactivar cualquier servicio en que puedan enviarle algún tipo de información comercial. Por tanto, hasta que la línea no esté portada, no podemos modificar nada con respecto a la su línea".-*

*Copia de las comunicaciones realizadas por correo electrónico el día 7/2/2017 entre la denunciante y la dirección hola@masmovil.com en el que solicita "[...] **NO DESEO recibir publicidad ni que mis datos sean facilitados a terceros [...]**" Siendo contestada "[...] hemos gestionado su derecho de oposición. El número de identificación de la petición es 8742820".*

*Copia del correo electrónico enviado el día 15/2/2017 por la denunciante a la dirección hola@masmovil.com en el que solicita "[...] **Dejar de recibir estas llamadas de inmediato. Que den de baja el número **C.C.C.** de su base de datos ya que me están llamando en contra de mi voluntad**".*

Copia de la contestación a este correo el día 21/2/2017 desde hola@masmovil.com en el que manifiesta: "Se ha solicitado al departamento correspondiente que dejen de realizar estas llamadas comerciales".

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. La denunciante manifiesta la recepción de llamadas publicitarias en su línea **C.C.C.** por parte de MAS MOVIL, pese a haberse opuesto a ello. Se confirma por parte de la operadora SIMYO, la recepción de las siguientes llamadas por parte de dos de los números denunciados:

 Teléfono **F.F.F.** / fecha llamada 20/2/2017

 Teléfono **E.E.E.** / fecha llamada 15/2/2017

2. Como respuesta a la solicitud de información solicitada a MAS MOVIL, esta aporta la siguiente información:

 2.1 Locución de fecha 5/2/2017 entre la denunciante y MAS MOVIL, como doc.1, en la que solicita la portabilidad de la línea **D.D.D.**. En dicha locución, la denunciante manifiesta literalmente en el minuto 10:50: *“No quiero recibir publicidad ni por teléfono ni por correo electrónico”*.

 2.2 Locución sin fecha entre la denunciante y MAS MOVIL, como doc.4, en la que la denunciante manifiesta que desde que se solicitó la portabilidad está recibiendo llamadas publicitarias en el número **C.C.C.** pese a haberse opuesto expresamente, a lo que contestan que al no ser una línea de MAS MOVIL no pueden hacer nada. La denunciante vuelve a expresar su oposición a recibir llamadas publicitarias en ese número por parte de MAS MOVIL y el operador manifiesta literalmente en el minuto 5:50 *“Háblelo con su compañía”*. En el minuto 6:06 añade *“Póngase en contacto con su compañía y decir que no quiere recibir información promocional, para que le saquen de la lista de distribuidores. Nosotros de esa lista no te podemos sacar[...] Yo no te puedo sacar de esa lista desde aquí porque no eres cliente nuestro”*.

MAS MOVIL manifiesta que en ningún momento previo a esa llamada, solicitó la exclusión de llamadas comerciales en dicho número de teléfono.

 2.3 En doc.3. MAS MOVIL adjunta correos electrónicos enviados a plataformas encargadas de las campañas publicitarias, con listados de teléfonos excluidos. El nombre del fichero acaba con la fecha en la que fue enviado por correo con el formato *****FICHERO.1**.

La recurrencia de los teléfonos de abonado en dichos ficheros es la siguiente:



D.D.D.

***FICHERO.2

***FICHERO.3

***FICHERO.4

***FICHERO.5

***FICHERO.6

C.C.C.

***FICHERO.5

***FICHERO.6

2.4 MAS MOVIL manifiesta que la campaña publicitaria del mes de febrero la realiza la empresa AON MOBILE, adjunta contrato de prestación de servicio en doc.2.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora 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 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), el cual 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 (...)”.

III

En el presente caso, el afectado denuncia la recepción de llamadas comerciales o publicitarias sin su consentimiento.

Consta acreditado que el 05/02/2016 solicito a MAS MOVIL la portabilidad de la línea asociada al número **D.D.D.** oponiéndose a recibir publicidad por cualquier medio; no obstante, hecha efectiva la portabilidad comenzó a recibir llamadas publicitarias en la línea asociada al número **C.C.C.**, línea desde la que se realizó la solicitud de portabilidad, aunque tal circunstancia no consta acreditada y que además se encuentra contratada con otro operador telefónico que manifiesta ser titular de la misma. Cuando la denunciante se dirige a MAS MOVIL para que cese en este tipo de prácticas le manifiestan que al no estar contratado con ellos lo resuelva con su operadora.

Por otra parte, si bien la denunciante aporta contrato en papel donde consta el número **D.D.D.** a portar; sin embargo, no consta en el citado documento referencia alguna a la línea asociada al número **C.C.C.**. Además, MAS MOVIL señala que en ningún momento anterior a la llamada realizada para solicitar la portabilidad se instó la exclusión de llamadas comerciales en dicho número de teléfono.

MAS MOVIL aporta e-mails enviados a las plataformas encargadas de realizar campaña de publicidad con los listados de teléfonos excluidos entre los que se encuentra los de la denunciante.

Se hace necesario señalar que al Derecho Administrativo Sancionador, por su especialidad, le son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad del principio de presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1990, de 26 de abril, en relación con el derecho a la presunción de inocencia y del principio de culpabilidad establece: *“No puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular, 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 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 inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.”*

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 acreditado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación o de 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, que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

Por todo lo cual, se ha de concluir, que tras el análisis de los hechos denunciados y de las actuaciones de investigación llevadas a cabo por esta Agencia, no se han acreditado elementos probatorios que permitan atribuir a MAS MOVIL una vulneración de la normativa en materia de protección de datos, ya que no se ha podido constatar que MAS MOVIL conozca que el titular de la línea telefónica **C.C.C.** sea la denunciante.

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

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a **MAS MOVIL TELECOM 3.0 S.A.U.. y 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