

Expediente Nº: E/01938/2018

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas *[de oficio]* por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **FLASH MEDIA EUROPA, S.L., XTRA TELECOM, SAU, XFERA MÓVILES, S.A., CELLCOM ESPAÑA 2000 S.L.**, en virtud de denuncia presentada por Don **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 20/02/2018 tiene entrada un escrito de Don **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante), en el que manifiesta que desde hace un par de meses está recibiendo llamadas comerciales de MAS MOVIL en la línea de su titularidad *****TELEFONO.1**. En concreto, señala que sobre las 18:15 horas del día 20/01/2018 ha recibido una llamada comercial desde la línea *****TELEFONO.2** y que la semana anterior recibió otra llamada desde la línea *****TELEFONO.3**.

El denunciante indica que las llamadas no deseadas se producen a pesar de que el número de teléfono receptor de las llamadas comerciales no deseadas está inscrito en el Servicio de Lista Robinson, circunstancia que éste justifica aportando documento procedente del Servicio Lista Robinson de ADIGITAL en el que se confirma que la línea *****TELEFONO.1** figura inscrita en dicho fichero desde el 02/02/2017 a los efectos de exclusión publicitaria.

El operador que le presta el servicio es VODAFONE ESPAÑA, SAU, (en adelante VODAFONE), lo que justifica aportando copia de una factura emitida por dicha compañía con fecha 01/02/2018 por el servicio de la reseñada línea de teléfono en el período de facturación del 01/01/2018 al 31/01/2018.

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. Consultado el registro de operadores de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se verifica que la línea *****TELEFONO.2** figura asociada al operador FLASH MEDIA EUROPA y que la línea *****TELEFONO.3** figura asociada al operador XTRA TELECOM SAU.

2. Solicitada información a VODAFONE ESPAÑA SAU, mediante escrito de fecha 24/04/2018 informan lo siguiente:

- I. Confirman que el denunciante es titular de la línea *****TELEFONO.1**. En sus sistemas no les consta la realización de llamadas desde el número *****TELEFONO.2** en fecha de 20/01/2018, entre las 16:30 y las 19:00 horas, ni desde el número *****TELEFONO.3** del 12 al 18/02/2018 al número de línea del denunciante.

3. Solicitada información a FLASH MEDIA EUROPA, S.L. mediante escrito de fecha 02/07/2018 informa lo siguiente:

- I. El número *****TELEFONO.2** no está activo desde diciembre de 2016. Las últimas llamadas salientes realizadas desde ese número son de diciembre de 2016. El citado número está bloqueado actualmente, puesto que después de esa fecha se asignó a otro cliente que se quejó de que mucha gente le llamaba quejándose de que se hacía spam telefónico desde esa línea, aunque realmente el cliente no realizaba dichas llamadas.
- II. Indican que alguien a ha podido estar usando la mencionada línea como identificador de llamada sin poseer dicho número (porque está bloqueado) Algunos operadores dejan hacer llamadas salientes identificadas desde cualquier número. La solución pasaría por pedir a los operadores que reciben las llamadas que identifiquen a la compañía que les está enviando la llamada y por esa vía llegar a conocer quien está realmente llamando identificándose con ese número.

4. Solicitada información a XFERA MOVILES, SAU, (en adelante MASMOVIL), mediante escrito de fecha 10/07/2018 informa lo siguiente:

- I. MASMOVIL no dispone en sus ficheros de datos relativos al titular del número *****TELEFONO.1**.
- II. El reclamante dice haber recibido llamadas comerciales de MASMOVIL desde los números *****TELEFONO.2** y *****TELEFONO.3** en determinadas fechas de enero y febrero de 2018, sin embargo, los citados números no se corresponden con ningún número utilizado en campañas comerciales de MASMOVIL, por lo que no es posible con los datos facilitados la identificación del agente emisor de la llamada.
- III. No obstante, lo anterior, los ficheros de las bases de datos que se utilizan para la realización de las llamadas son filtrados con el fin de excluir a todas las personas inscritas en Listas Robinson y/o que hubieran ejercitado su derecho a la oposición del uso de los datos personales con fines comerciales.
- IV. Manifiestan que adjuntan el correo electrónico enviado a las agencias en el que se incluye el fichero Robinson del día 15 de enero de 2018 donde aparece el número titularidad del denunciante como excluido de toda comunicación comercial, recordando que dichos números deben estar excluidos de toda comunicación comercial realizada en nombre de MASMOVIL. Por tanto, afirman que las llamadas comerciales realizadas al número *****TELEFONO.1** no han sido autorizadas por MASMOVIL.

5. Solicitada información a XTRA TELECOM, SAU, (en adelante XTRA), en relación con las llamadas que el denunciante afirma haber recibido desde la línea *****TELEFONO.3**, mediante escrito de fecha de entrada 03/09/2018 informan lo siguiente:

- I. No tienen conocimiento de que la línea *****TELEFONO.3** realice comunicaciones comerciales en las campañas de televenta de XTRA, dado que no pertenece a ninguno de los teléfonos que nuestros distribuidores usen en llamadas de emisión.



- II. El número *****TELEFONO.3** está asignado como cliente de XTRA a la empresa CELLCOM, sin que XTRA tenga con esa compañía un contrato para que se hagan llamadas comerciales en nombre de XTRA.
- III. Las llamadas denunciadas entre el 12 y 18 de febrero de 2018 desde la línea anteriormente indicada no han podido identificarse en relación a una determinada campaña comercial de XTRA.
- IV. El número *****TELEFONO.1** está excluido de cualquier campaña comercial desde el mes de enero de 2018.

6. Solicitada información a CELLCOM ESPAÑA 2000 S.L., (en adelante CELLCOM) en relación con las llamadas que el denunciante afirma haber recibido desde la línea *****TELEFONO.3**, mediante escrito de fecha 12/09/2018 informan lo siguiente:

- I. No es ni ha sido titular de la línea *****TELEFONO.3**. Todo parece que se ha cometido un fraude por la comercializadora. Niegan haber realizado llamadas desde ese número entre el 12 y el 18 de febrero de 2018. Aportan copia del email de XTRA en el que se indica *"Certificamos que nuestro cliente CELLCOM ESPAÑA, S.L. con CIF *****CIF.1** no ha realizado llamada desde el CLI *****TELEFONO.3** a ningún número nacional, móvil e internacional en el periodo comprendido entre los días 12 de febrero de 2018 a 18 de febrero de 2018"*.
- II. XTRA no les ha aportado contrato ni ningún otro documento que pruebe que CELLCOM era titular de la línea *****TELEFONO.3**.
- III. Aportan copia de las facturas emitidas por XTRA a CELLCOM correspondientes a los servicios y líneas contratados con XTRA, pudiéndose constatar que entre los mismos no consta la línea *****TELEFONO.3**.

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

El artículo 122.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, (RDLOPD en lo sucesivo) establece: *1. Con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionador, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos que pudieran justificar la incoación del procedimiento, identificar la persona u órgano que pudiera resultar responsable y fijar*

las circunstancias relevantes que pudieran concurrir en el caso. (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

A su vez, el artículo 126.1, apartado segundo, del RDLOPD, establece: *Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.*

III

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 Asociación Española de Economía Digital (en adelante, ADIGITAL).

IV

En este supuesto, si bien de las actuaciones de investigación practicadas ha quedado acreditado que desde el 02/02/2017 la línea de teléfono titularidad del denunciante número *****TELEFONO.1** figura registrada, a los efectos de exclusión publicitaria, en el Fichero “Servicio de Listas Robinson” de ADIGITAL, sin embargo, no ha podido acreditarse que el denunciante recibiera en la misma las llamadas comerciales no deseadas de MASMOVIL en las fechas reseñadas en su denuncia.

Así, el operador VODAFONE, con el que el denunciante tiene contratado el servicio de la reseñada línea de teléfono, ha informado a esta Agencia que en sus sistemas no le consta la recepción en la línea titularidad del denunciante de llamadas procedentes del número *****TELEFONO.2**, en fecha 20/01/2018, ni del número *****TELEFONO.3**, entre el 12 y 18 de febrero de 2018.

Paralelamente, de las actuaciones practicadas por esta Agencia tanto con las empresas titulares de las líneas supuestamente llamantes como con la entidad cuyos servicios, según lo manifestado por el denunciante, se publicitaban a través de dichas llamadas, tampoco ha resultado posible obtener elementos de prueba que permitan acreditar, ni tan siquiera a nivel indiciario, la realización de las citadas llamadas desde las líneas llamantes citadas.

De este modo, el operador FLASH MEDIA EUROPA, S.L., titular de la línea *****TELEFONO.2**, según la información obtenida a través del registro de numeración y operadores de Telecomunicaciones de la CNMC, ha señalado que dicho número estaba inactivo desde diciembre de 2016.

A su vez, el operador XTRA, titular de la línea *****TELEFONO.3**, según la información obtenida a través del registro de numeración y operadores de Telecomunicaciones de la CNMC, niega que desde esa línea se efectúen llamadas comerciales vinculadas a campañas comerciales de las que sea beneficiaria. En relación con el número *****TELEFONO.2** indica que está excluido de cualquier campaña comercial desde el mes de enero de 2018.

Por su parte, la empresa CELLCOM niega la afirmación vertida por XTRA de que era titular de la línea *****TELEFONO.3**, lo que justifica acreditando que entre la facturación girada por XTRA a su nombre no figura ningún cargo correspondiente a ese número. Asimismo, presenta un certificado de XTRA conforme no consta que haya realizado llamadas desde la citada línea a ningún número nacional, móvil e internacional en el periodo comprendido entre los días 12 al 18 de febrero de 2018.

Por último, MASMOVIL ha indicado a esta Agencia que en sus ficheros no le consta información referida al número titularidad del denunciante, a la vez que ha

afirmado que ninguno de los dos números desde los que supuestamente se realizaron las llamadas comerciales no deseadas denunciadas se encuentra autorizado para realizar llamadas comerciales en nombre de MASMOVIL. Además, ha reseñado que el número de teléfono del denunciante se encuentra registrado en los ficheros de excluidos que remite a las empresas que llevan a cabo dichas campañas publicitarias.

En consecuencia, las actuaciones practicadas no han permitido obtener elementos de prueba de los que se desprenda que el denunciante recibió en la línea de su titularidad las llamadas comerciales de MASMOVIL en las fechas reseñadas por el mismo en su denuncia. A lo anterior, se suma que tampoco se han obtenido pruebas que vinculen las empresas investigadas con la posible realización de dichas llamadas.

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 las empresas investigadas 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:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a las entidades **FLASH MEDIA EUROPA, S.L., XTRA TELECOM, SAU, XFERA MÓVILES, S.A., CELLCOM ESPAÑA 2000 S.L.** y a Don **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