



Expediente Nº: E/03372/2019

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **XFERA MÓVILES, S.A.** y TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 04/04/2018, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante) **XFERA MÓVILES, S.A.** (en lo sucesivo, XFERA) en el que denuncia que en la línea de teléfono número *****TELEFONO.1**, de su titularidad, ha recibido llamadas comerciales de la marca Masmóvil (propiedad de XFERA) a pesar de haber registrado dicha línea en el Fichero “Servicio de Listas Robinson” de la Asociación Española de Economía Digital (ADIGITAL) el día 25/05/2011.

El denunciante manifiesta que en la mencionada línea de teléfono fijo se recibieron las siguientes llamadas comerciales procedentes del número de teléfono *****TELEFONO.2**:

- El día 27/03/2018 a las 21:51h
- El día 20/03/2018 a las 21:44h
- El día 15/03/2018 a las 21:56h

El denunciante, en escrito que tuvo entrada en la Agencia con fecha 28/05/2018, adjunta la siguiente documentación:

Copia de una factura de fecha 1 de abril de 2018, por el periodo de 18/02/2018 al 17/03/2018, emitida por MOVISTAR (TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.) a nombre de D. **A.A.A.** por el servicio, entre otras, de la línea de telefonía fija receptora de las llamadas objeto de denunciada.

Escrito de ADIGITAL certificando la inscripción en el canal para no recibir llamadas del Servicio de lista Robinson del número de teléfono *****TELEFONO.1** realizada en la fecha 25/05/2011 a nombre del denunciante.

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:

- En el ámbito de las actuaciones previas del expediente E/06528/2018, relacionado con la realización de llamadas comerciales, se solicitó a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en lo sucesivo, TELEFÓNICA) la confirmación de la existencia de las llamadas indicadas por el denunciante en su escrito de denuncia. Contestando a esta solicitud, se presentó escrito ante la Agencia en nombre de TELEFÓNICA el día 08/03/2019 verificando que el titular de la línea con número *****TELEFONO.1** era el denunciante en el momento de producirse las llamadas. En esta contestación, también se verifica la existencia de las siguientes llamadas con número de origen el *****TELEFONO.2** y recibidas por el número *****TELEFONO.1**:



- o El día 27/03/2018 a las 21:51h
 - o El día 15/03/2018 a las 21:57h
- En el ámbito de las actuaciones previas del expediente E/06528/2018, relacionado con la realización de llamadas comerciales, se solicitó a TELEFÓNICA la titularidad del número de teléfono que realiza estas llamadas. Contestando a esta solicitud, se presentó escrito ante la Agencia en nombre de TELEFÓNICA el día 26/02/2019 con número de entrada 009917/2019. En esta contestación se informa de que el número de teléfono *****TELEFONO.2** fue dado de baja por su titular el día 06/02/2018, y que, en el momento de contestar al requerimiento de información el número se encontraba aún vacante.
- En respuesta al traslado de la denuncia a XFERA, con fecha 19/07/2018, XFERA manifiesta lo siguiente:
 - El número *****TELEFONO.2** no se corresponde con ninguna agencia que trabaje con XFERA para la realización de llamadas comerciales. De este modo, XFERA no ha autorizado a ninguna agencia a realizar llamadas en su nombre desde ese número de teléfono.
 - El número *****TELEFONO.1**, en el momento en que se realizaron las llamadas, no aparecía en las bases de datos utilizadas para realizar llamadas comerciales.
 - En los sistemas de XFERA, anteriormente a la recepción de esta denuncia, no constaba que el reclamante hubiese solicitado el ejercicio de sus derechos en virtud de los artículos 15 al 22 del Reglamento General de Protección de Datos.

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 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo, 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, ha quedado acreditado por parte de la entidad TELEFÓNICA, operador del número de teléfono receptor, que el denunciante recibió llamadas en su número de teléfono *****TELEFONO.1** con número de origen *****TELEFONO.2** en los días 15/03/2018 y 27/03/2018.

Asimismo, en cuanto a la línea de teléfono *****TELEFONO.2**, el operador TELEFÓNICA ha informado a esta Agencia que, en el periodo en que se realizaron las llamadas, no figuraba ningún abonado asociado a dicha numeración en sus ficheros.

A lo expuesto, ha de sumarse que XFERA ha comunicado que el número de teléfono llamante no 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 XFERA mantenga vinculación contractual con dicha finalidad.

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

Esta consideración 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 XFERA en la realización de las llamadas con fines comerciales 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 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