

Expediente N°: E/04522/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas de oficio por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** y **XTRA TELECOM, S.L.**, y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: El Director de la Agencia Española de Protección de Datos en Resolución de 31/07/2013 acordó el archivo del expediente E/05605/2012, seguido a raíz de la denuncia formulada por **A.A.A.** contra Telefónica de España, S.A.U., (en lo sucesivo TDE o la denunciada), así como la apertura del expediente de investigación E/04522/2013 con el fin de valorar, a la vista del resultado de la investigación interna que TDE estaba llevando a cabo y de la que pudiera desprenderse información relevante, si los hechos denunciados vulneraban la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

SEGUNDO: La Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos, teniendo conocimiento de los siguientes extremos que se recogen en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproduce:

<<ANTECEDENTES

*El Director de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) acuerda el Archivo de las actuaciones, con fecha de 31 de julio de 2013, en relación con la denuncia formulada por D. **A.A.A.** contra la compañía Telefónica de España, S.A. por la recepción de llamadas publicitarias dada la ausencia de elementos de cargo que permitan imputar a la operadora la presunta infracción de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, referencia E/05605/2012. Si bien, se procede a la apertura de actuaciones de investigación con objeto de descubrir quien estaba haciendo uso del número *****TEL.1** y así evitar futuros fraudes y el uso indebido de la línea *****TEL.1** (referencia E/4522/2013).*

En el Archivo de las actuaciones con referencia E/05605/2012 se detalla lo siguiente:

*El denunciante había recibido en el número particular *****TEL.2** desde el número *****TEL.1** llamadas los días 29 de septiembre a las 18:40h, 2 de octubre a las 15:20h y 3 de octubre a las 20:20h todas ellas en el año 2012. El número de teléfono *****TEL.2** consta en el repertorio electrónico de clientes del servicio telefónico, denominado paginasblancas, con distintivo "U" (no recibir publicidad).*

*Por otra parte, figura información en internet del número de línea *****TEL.1** relativa a comentarios y denuncias de diversas personas referentes a que reciben reiteradas llamadas del citado número (**spam**), entre otros, ofreciendo ofertas de Movistar y/o de*

Jazztel o de otros operadores de una empresa ubicada en Sudamérica, que el teléfono se bloquea y que les solicitan datos que ya han proporcionado como la cuenta corriente.

ACTUACIONES PREVIAS DE INSPECCIÓN

De las actuaciones realizadas por la Inspección de Daros en los locales de la compañía Telefónica de España, S.A.U., el día 29 de enero de 2014, y en la compañía XTRA Telecom, S.A.U., el día 18 de junio de 2014, y de la documentación remitida por dichas empresas se desprende lo siguiente:

- *El número de teléfono ***TEL.2 recibió tres llamadas del número ***TEL.1 que aun siendo titularidad de Telefónica de España, según consta en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, siempre, desde su origen, ha estado **vacante**, por lo que no ha sido utilizado por la operadora ni por ningún cliente de la misma.*
- *Por ello la compañía Telefónica de España ha realizado una investigación para determinar quién estaba utilizando dicha numeración, figurando una interconexión con el operador XTRA Telecom quién les ha comunicado que se han puesto en contacto con el operador cliente para que no vuelvan a realizar dichas prácticas.*

*El tráfico no se ha generado en España, son rutas internacionales, por lo que podría ser un **fraude** que utiliza como pantalla numeración vacante de la operadora, fraude realizado por un revendedor de tráfico, toda vez que si Telefónica de España hubiera cursado la llamada, al ser el destinatario abonado también de la misma carecería de sentido pasar por una interconexión internacional.*

- *Telefónica de España no puede actuar para evitar este tipo de actuaciones de terceros, ya que se trata de un agente procedente del exterior por lo que es complejo acometer acciones legales para la cesación de este tipo de prácticas. Para actuar cuando se detecten estas actuaciones se deberá informar a los operadores de procedencia. Telefónica de España es un mero transitador, careciendo del control sobre las numeraciones origen que se presentan en red y por ello lo comunicaron a la operadora XTRA Telecom con objeto de que tomara las medidas al respecto.*
- *La compañía XTRA Telecom presta servicios, entre otros, de operador de tránsito en el mercado mayorista de tráfico (mercado wholesale) es decir cursa a través de su red, llamadas de telecomunicaciones que se originan en operadores clientes y tienen destino en otros operadores. En estos casos, XTRA Telecom no puede realizar modificaciones sobre los números de línea que identifican el origen ni el destino, ya que se limitan a transitar el tráfico por su red.*

*Cuando tienen conocimiento de estar cursando algún tráfico irregular o fraudulento, investigan el origen de dicho tráfico, si procede de un cliente directo actúan sobre dicho cliente y si el origen es otro operador, se limitan a **trasladar** la incidencia a dicho operador para que tome las acciones oportunas como el presente caso.*

- *Entre los clientes de XTRA TELECOM, S.L.U. se encuentra el operador OCEAN ´S NETWORKS, S.L. con sede en La Coruña, con quien tienen suscrito un acuerdo marco de prestación de servicios en telecomunicaciones, si bien en la*

actualidad sigue activo lo cierto es que no están cursando tráfico a través de la red de la citada operadora.

- *Se ha verificado por parte de la Inspección de Datos que en los Sistemas de Información de XTRA Telecom consta que desde el número origen *****TEL.3** se realizaron dos llamadas destino *****TEL.2**, que han transitado por la red de la citada operadora procedentes de la compañía OCEANS NETWORKS, el día 29 de septiembre de 2012 a las 18:40h y el día 2 de octubre de 2012 a las 15:20 horas. A partir del día 26 de diciembre de 2012 no figuran llamadas que presenten como origen el número de línea *****TEL.3**.*

*También, se ha comprobado que durante los meses de septiembre, octubre y diciembre de 2012 transitaron por la red de XTRA Telecom procedentes del número origen *****TEL.3** un total de 10.371 llamadas siendo 775 procedentes de la operadora Telefónica de España, 7.733 de OCEANS NETWORKS, S.L. y el resto de otros operadores.*

- *Con respecto a la llamada recibida por el denunciante en el número *****TEL.2** el día 3 de octubre de 2012 a las 20:20, procedente del *****TEL.3**, indican que el número de origen que figura en los registros de llamada es modificable de forma que no es posible garantizar que el número que aparece como origen en los registros sea el número real desde el que se ha originado la llamada.*

En el mercado de interconexión de llamadas es habitual que el tráfico con un origen determinado se trocee y se curse a través de distintos operadores, de forma que un grupo de llamadas viaje por un operador y otro grupo viaje por otro. De esta forma el que no conste en los sistemas de XTRA Telecom la mencionada llamada no significa que no haya existido ya que puede simplemente haber sido cursada a través de la red de otro operador.>>

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director 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 30 de la LOPD, "Tratamiento de datos con fines de publicidad y de prospección comercial" dispone:

"1. Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán nombres y direcciones de u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento.

(..)

4. Los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al

tratamiento de los datos que les conciernan en cuyo caso será dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél a su simple solicitud”

III

La denuncia presentada por **A.A.A.** contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (TDE) que dio origen al E/05605/2012 versaba sobre las llamadas telefónicas de carácter publicitario efectuadas, presuntamente, por la citada operadora desde el número *****TEL.1** a su teléfono particular, *****TEL.2**, después de que TDE, entidad que le prestaba el servicio telefónico, le hubiera comunicado en carta de fecha 26/03/2012 que había cursado las instrucciones para que sus datos de tráfico y facturación no fueran objeto de tratamiento automatizado por parte de esa operadora con fines de promoción comercial de sus productos y servicios.

Las llamadas publicitarias en las que se concreta la conducta denunciada tuvieron lugar el 29/09/2012, 2/10/2012 y 03/10/2012.

Las investigaciones que la Subdirección de Inspección de la AEPD realizó en el año 2013 en el marco del E/05605/2012 pusieron de manifiesto, entonces, que según información de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), el operador propietario del número *****TEL.1** desde el que el denunciante recibió las tres llamadas publicitarias pertenecía a TDE. Por su parte, TDE informó a la AEPD que no había llevado a cabo ninguna campaña publicitaria dirigida al denunciante, que había respetado su voluntad de no contactar con él con esa finalidad y que si bien el número *****TEL.1** era de su titularidad había estado “vacante” desde su origen.

De la Inspección realizada por la Subdirección de Inspección de la AEPD en la sede de TDE el 29/01/2014 y de la investigación interna que esta operadora ha llevado a cabo a fin de determinar quién utilizaba una numeración que estaba “vacante” desde su origen se concluye que el tráfico de estas llamadas no se generó en España sino que son rutas internacionales y que existía una interconexión del número citado con el operador XTRA TELECOM, con el que TDE se puso en contacto para que no volvieran a repetirse esas prácticas.

La operadora ha informado que en relación con las llamadas TDE interviene como un simple “transitador” de éstas y que carece de control sobre las numeraciones que están en el origen y que se presentan en red.

La denunciada ha informado a la AEPD que podría ser un fraude realizado por un revendedor de tráfico que se vale, como pantalla, de números vacantes de TDE y advierte que no puede operar frente a este tipo de llamadas del exterior siendo necesario, cuando se detecten tales conductas, que el abonado informe a los operadores de procedencia.

Según la investigación llevada a cabo por la AEPD en la sede de XTRA TELECOM, S.L.U. (XTRA) esta sociedad presta servicios de operador de tránsito en el mercado mayorista de tráfico por lo que a través de su red se cursan llamadas que se originan en operadores clientes y que tienen como destino otros operadores, de modo que, en tales casos, XTRA se limita a transitar el tráfico y no puede hacer modificaciones sobre los números de línea que identifican el origen o el destino. XTRA informa que si detecta que existe un tráfico irregular o fraudulento de llamadas investiga su origen y

actúa sobre el cliente si éste es un “cliente directo”, limitándose de no ser así a trasladar la incidencia a tal operador.

La inspección efectuada en la sede de XTRA permitió conocer que a través de uno de sus clientes –OCEAN’S NETWORKS, S.L.-, se realizaron, desde el número ***TEL.1, dos llamadas con destino al ***TEL.2 en fechas 29/08/2012 y 02/10/2012.

No obstante, la Inspección comprueba también que en el periodo septiembre/diciembre 2012 transitaban por la red de XTRA procedentes del número ***TEL.1 más de 10.000 llamadas, de las cuales figuran como procedentes de TDE 775, 7.733 de OCEANS y las restantes de diversas operadoras.

Se añade a lo anterior que según informa XTRA el **número de origen** de los registros de llamada es **modificable**, de manera que **no es posible garantizar que el número de teléfono que figura como “origen” en los registros sea en realidad el número desde el que las llamadas se originaron**. Así, manifiestan que en el mercado de interconexión de llamadas es habitual que el tráfico con un determinado origen se fragmente y se curse a través de diferentes operadores, de modo que un grupo de llamadas vaya por un operador y otro grupo por otras.

IV

De lo expuesto se concluye que las investigaciones llevadas a cabo no han arrojado indicios razonables sobre la pretendida intervención de TDE en las llamadas publicitarias que el denunciante recibió en septiembre/octubre de 2012 en su teléfono particular, meses después de que esa operadora hubiera respondido afirmativamente a su oposición al tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios en relación con productos de la compañía.

La exigencia de responsabilidad administrativa sancionadora presupone que el hecho constitutivo de la infracción pueda imputarse a una persona (principio de personalidad) y que su conducta pueda ser calificada de culpable (principio de culpabilidad). El principio de personalidad se traduce en la existencia de un nexo entre el hecho constitutivo de la infracción y la persona responsable y ha sido consagrado por el Tribunal Constitucional como principio de responsabilidad por hechos propios (por todas STC 219/1988).

Llegados a este punto debe tenerse en cuenta que en el ámbito administrativo sancionador son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, teniendo plena virtualidad el principio de presunción de inocencia, que debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones. Esto, porque 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 Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990, considera que 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 propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”*.

De acuerdo con este planteamiento el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC), establece que *"1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario."*

Como ha precisado el Tribunal Supremo en STS de 26 de octubre de 1998 la vigencia del principio de presunción de inocencia *"no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados – no puede tratarse de meras sospechas – y tiene que explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria pueda entenderse de cargo."*

Por su parte el Tribunal Constitucional en STC 24/1997 ha manifestado que *"los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:*

- a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.*
- b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras)."*

A la luz de lo expuesto, habida cuenta de que las investigaciones llevadas a cabo no han facilitado evidencias o indicios razonables de que las llamadas publicitarias que el denunciante recibió hubieran sido efectuadas por TDE o por alguna empresa contratada por TDE para la venta y promoción de sus productos, conforme al principio de presunción de inocencia que 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 en relación con el de personalidad de la sanción, no es posible exigir responsabilidad sancionadora a TDE por los hechos sobre los que versó la denuncia dirigida contra ella debiendo acordar el archivo de las actuaciones practicadas.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

- 1. PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
- 2. NOTIFICAR** la presente Resolución a **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., XTRA TELECOM, S.L.,** y a **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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director 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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos