

Expediente Nº: E/05078/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **JAZZ TELECOM, S.A.**, en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 10/07/2013 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) escrito de **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante) en el que expone que es cliente de **JAZZ TELECOM, S.A.**, (en lo sucesivo, JAZZTEL o la denunciada) con la que tiene contratado el servicio telefónico para la línea número *****TEL.1**; que comunicó a la denunciada telefónicamente su oposición a que continuaran tratando sus datos personales, asociados al citado número de teléfono, con fines comerciales; que desde el 19/02/2013 está inscrito en la Lista Robinson y que, pese a ello, en fecha 09/07/2013, a las 18:50 horas, ha recibido una nueva llamada comercial de la denunciada desde el teléfono *****TEL.2**.

Aporta con la denuncia copia de un correo electrónico de fecha 02/04/2013 enviado por Jazztel a la dirección electrónica del denunciante (**.....@gmail.com**) del que se extrae el siguiente fragmento:

“Sirva el presente mail como confirmación de lo indicado el día 02/04/2013, fecha en la cual nos hemos comprometido al envío de información referida al servicio que le hemos ofrecido:

Se solicita al área comercial la eliminación de su dni y nombre y número de teléfono para llamadas ofertas comerciales para su comodidad”.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a realizar Actuaciones Previas de Investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados teniendo conocimiento de los siguientes extremos que constan en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproduce:

<< ANTECEDENTES

*Con fecha de 10 de julio de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara:*

*<<El pasado día 9 de julio a las 18:50, recibí una llamada publicitaria (spam telefónico) en mi línea *****TEL.1** que tengo contratada con la compañía Jazz Telecom, S.A.U desde el número de teléfono *****TEL.2**, en la que un comercial de la misma empresa, de la que soy cliente, intentó convencerme de que contratase sus servicios. Dicha llamada no ha sido la única desde el citado*

número y todo esto se produce además estando inscrito desde el 19/02/20013 a la lista Robinson.

Segundo: dicha llamada se ha producido a pesar de que en su día ya manifesté a la empresa mi oposición a que siguiesen contactando conmigo telefónicamente para presentarme ofertas comerciales recibiendo por parte de la empresa Jazz Telecom, S.A.U. la contestación por escrito (adjunto copia del email) en la que se comprometían a la eliminación de mi DNI y número de teléfono para llamadas comerciales.>>

Aporta copia de la siguiente documentación:

- Correo electrónico de fecha 2 de abril de 2013 remitido desde una cuenta de@..... con destino a la cuenta@**gmail.com** y con el asunto "JAZZTEL - ENVIO POLITICA RETENCION". En dicho correo electrónico se manifiesta que:

<<se solicita al área comercial la eliminación de su dni y nombre y número de teléfono para llamadas de ofertas comerciales para su comodidad >>

Aunque el correo aportado aparece en formato Microsoft Word, contiene un link alternativo, para el caso en el que no se pudiese visualizar en al aplicación cliente de correo electrónico de que disponga el receptor. En dicho link se ha podido comprobar que está disponible una copia del correo electrónico.

ACTUACIONES PREVIAS

1 Mediante la correspondiente diligencia se ha podido comprobar que:

- a. Se ha accedido al link incluido en el fichero proporcionado por el denunciante conteniendo el correo electrónico recibido del dominio lumata.com, en donde se comprueba que existe una copia de dicho correo en el servidor list.lumata.com. Se ha podido comprobar que tanto el dominio lumata.com, como el servidor list.lumata.com, según su dirección IP, están ubicados en Italia.
- b. Según la información obrante en el DNS, el dominio lumata.com corresponde Lumata Italia Srl, empresa con sede en Italia, y tanto el servidor web como el servidor list.lumata.com están ubicados igualmente en Italia.

Dicha empresa tiene sede en España, en Calle (C/.....**1**)Madrid y teléfono *****TEL.3.**

c. Según la página principal de la web www.lumata.com, dicha entidad se dedica, entre otras actividades, al marketing.

2 En fecha 27 de junio de 2013 se realizó una visita de inspección a JAZZTEL, durante cual los inspectores de la Agencia solicitaron al representante de la entidad que les permitiera el acceso sus sistemas de información, en donde se realizaron las siguientes comprobaciones:

- a. Se solicita el acceso al sistema de consulta a los datos de tráfico respecto de las llamadas cursadas en fecha 9 de julio de 2013 desde la línea número *****TEL.2**, comprobándose que no parecen llamada alguna que se corresponda a dicha consulta, de forma on-line.

Informan los representantes de la entidad que no han aparecido llamadas en dicha consulta porque al tratarse de una gran cuenta la solicitud ha de hacerse a través de una consulta a Dto. de Sistemas.

*Se solicita a los representantes de la entidad que cursen la solicitud de las llamadas cursadas en fecha 9 de julio de 2013 desde la línea número *****TEL.2**, con destino a la línea *****TEL.1**.*

- b. Se realiza una consulta respecto de la titularidad de la línea telefónica número *****TEL.2** en fecha 9 de julio de 2013, comprobándose que dicha línea estaba asignada a ORTELEC COMUNICACIONES S.L. con fecha de alta 2/2/2013, no constando fecha de baja.*
- c. Se realiza una consulta respecto de la titularidad de la línea *****TEL.1** comprobándose que dicha línea estuvo asignada a D. **A.A.A.** con fecha de alta 3/8/2012, continuando activo y siendo facturado periódicamente sin problemas.*
- d. Se consulta el histórico de contactos de D. **A.A.A.** con la entidad, verificándose que figuran los siguientes contactos:*
 - De fecha 2/4/2013, figurando en el asunto: "SE ESCALA AL TL PARA ELIMINAR DE LA LISTA DE OFERTAS COMERCIALES".*
 - De fecha 2/4/2013, figurando en el asunto "ENVIO POLITICA RETENCIÓN."*
 - De fecha 9/7/2013 (19:03), figurando en el asunto "CLIENTE INFORMA QUE ESTABA RECIBIENDO LLAMADAS DE JAZZTEL DEL AREA COMERCIAL, SIENDO CLIENTE. INFORMA QUE SOLICITÓ QUE NO LE LLAMARAN MAS, PERO SIGUE RECIBIENDO LLAMADAS SE ESCALA A SUPERVISOR".*
 - De fecha 9/7/2013 (19:13), figurando en el asunto "CLIENTE SOLICITA RECLAMAR PORQUE NO QUIERE QUE LE LLEGUEN LLAMADAS DEL AREA COMERCIAL. LE INFORMO QUE MANDE UN FAX CON UNA CARTA SOLCITANDO ESTE SERVICIO AL NUMERO 900***** DERECHOS ARCO."*
 - De 18/8/20123, figurando en el asunto "CL INDICA QUE YA SE ENCUENTRA ACTIVO CON LOS SERVICIOS DE JAZZTEL Y LO SIGUEN LLAMANDO PARA QUE UNA A JAZZTEL, CL INDICA QUE SE ENCUENTRA INCOMODO YA QUE LO LLAMAN TRES VECES AL DIA, CL INDICA QUE SI NO LO DEJAN DE LLAMAR DARA DE BAJA EL SERVICIO PORQUE YA ESTÁ CABREADO. SE LE INDICAN LOS DERECHOS ARCO PERO EL CLIENTE INDICA QUE SI LO LLAMAMOS ES PORQUE TENEMOS TODOS LOS DATOS. CLIENE INFORMA QUE NO ENVIARÁ NINGUNA COPIA DE NIF QUE LE PARECE UN ABUSO."*
- e. Consultado los derechos ARCO que figuran en la ficha de cliente de D. **A.A.A.** se verifica que no consta como ejercido ninguno de ellos.*

Manifiestan los representantes de la entidad que entienden que la petición de

oposición realizada por el cliente a través del centro de atención al cliente, al no cumplir con los requisitos formales para el ejercicio del derecho, por lo que se le informó que lo ejerciera de conformidad con la normativa de protección de datos.

- f. Se realiza una consulta respecto de la titularidad de la línea *****TEL.3** comprobándose que dicha línea estuvo asignada a LUMATA SPAIN S.L.U. (en adelante LUMATA).*
- 3 Se muestra a los representantes de la entidad el correo electrónico aportado por el denunciante, manifestando estos que dicho correo indica que se envía la política de retención, que no se corresponde con la respuesta a una solicitud de ejercicio de derechos ARCO y que el departamento no es el competente para el ejercicio de dichos derechos.*
- 4 Solicitados los contratos suscritos con ORTELEC COMUNICACIONES S.L. y con LUMATA, se aporta copia del primero, aportando copia de un segundo contrato con BUONGIORNO MARKETING SERVICES SRL (actual LUMATA).*
- 5 Mediante correo electrónico de fecha 30/6/2014 JAZZTEL aporta:*
- a. Copia del resultado de la consulta enviada al Dto. de Sistemas, según la cual en fecha 9/7/2013 (18:51 horas) se cursó por parte de la entidad una llamada desde la línea *****TEL.2** con destino a la línea *****TEL.1** con una duración de 84 segundo.*
- b. Aporta igualmente una copia del fichero proporcionado a ORTELEC. Se comprueba que el fichero contiene 40.000 registros. Realizada una consulta sobre el mismo respecto de la línea número *****TEL.1**, se comprueba que dicho número no figura en el fichero.>>*

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 dispone lo siguiente:

“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 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.

2. Cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 5.5 de esta Ley, en cada comunicación que se dirija al interesado se informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten.

3. En el ejercicio del derecho de acceso los interesados tendrán derecho a conocer el origen de sus datos de carácter personal, así como del resto de información a que se refiere el artículo 15.

4. 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."

Por su parte, el Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por el R.D. 1720/2007 (RLOPD) dedica el Título III, artículos 23 a 36, a los Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, y establece en el artículo 24.4, a propósito de las condiciones generales a las que debe ajustarse el ejercicio de estos derechos:

"4. Cuando el responsable del fichero o tratamiento disponga de servicios de cualquier índole para la atención a su público o el ejercicio de reclamaciones relacionadas con el servicio prestado o los productos ofertados al mismo, podrá concederse la posibilidad al afectado de ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a través de dichos servicios. En tal caso, la identidad del interesado se considerará acreditada por los medios establecidos para la identificación de los clientes del responsable en la prestación de sus servicios o contratación de sus productos."

III

En el presente caso, de la documentación que obra en el expediente consta acreditado que JAZZTEL suscribió con la mercantil ORTELEC COMUNICACIONES, S.L., el 01/08/2009, un contrato de Agencia para la comercialización de sus productos. Una copia del citado contrato y del Anexo firmado en 2010 relativo a los protocolos de actuación en materia de protección de datos obran en el expediente.

Resulta acreditado, asimismo, a la vista de la documentación recabada durante la Inspección, que el 09/07/2013 se cursó una llamada telefónica desde el número *****TEL.2** al número del que el denunciante es titular, a las 18:51:09 horas y con una duración de 84 segundos.

Por otra parte, la inspección practicada en la sede de Jazztel permitió acceder al Histórico de contactos que el denunciante mantuvo con la operadora denunciada y comprobar que existen registros de dos contactos entre ambos en fecha 02/04/2013. Uno de éstos incorpora la siguiente anotación:

"SE ESCALA A TL PARA ELIMINAR DE LA LISTA DE OFERTAS COMERCIALES". (El subrayado es de la AEPD)

De esa misma fecha, 02/04/2013, es también el correo electrónico que el denunciante dice haber recibido de JAZZTEL confirmándole que se atendía su solicitud de oposición telefónica al tratamiento de sus datos con fines comerciales. En el correo electrónico, cuya copia el denunciante ha aportado, JAZZTEL le informa de que "Se solicita al área comercial la eliminación de su dni y nombre y número de teléfono para

llamadas ofertas comerciales para su comodidad”.

IV

El artículo 122 del RLOPD establece en sus apartados 1 y 4, respectivamente:

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.

4. Estas actuaciones previas tendrán una duración máxima de doce meses a contar desde la fecha en la que la denuncia o petición razonada a las que se refiere el apartado 2 hubieran tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos o, en caso de no existir aquéllas, desde que el Director de la Agencia acordase la realización de dichas actuaciones. (El subrayado es de la AEPD)

El vencimiento del plazo sin que haya sido dictado y notificado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador producirá la caducidad de las actuaciones previas”

En relación a los hechos que nos ocupan, cuya denuncia tuvo entrada en este organismo el 10/07/2013, **se ha producido la caducidad de las actuaciones previas de investigación por el transcurso de más de doce meses** desde la fecha de interposición de la denuncia, tal y como dispone el artículo 122.4 del RLOPD.

Ahora bien, con el objeto de comprobar si concurren circunstancias que justifiquen la apertura de un procedimiento sancionador y de concretar los aspectos relevantes en aras a la determinación de la conducta infractora y del sujeto responsable, el Director de la AEPD, al amparo del artículo 122.4 del RLOPD, **acuerda ordenar a la Subdirección de Inspección que en el marco del expediente E/04808/2014 lleve a cabo las actuaciones de investigación encaminadas a tal fin.**

Debe advertirse, asimismo, que conforme a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (LRJPAC) artículo 92.3, *“La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción”.*

A este respecto se indica que la denuncia que nos ocupa, que ha dado origen a las actuaciones de investigación del E/5078/2013, han versado sobre la presunta comisión por JAZZTEL de una infracción grave de la LOPD, presuntamente del artículo 6.1 de la citada Ley Orgánica, cuyo plazo de prescripción (ex artículo 47.1) es de dos años, siendo su término inicial o dies ad quem la fecha de la llamada publicitaria: el 09/07/2013. De tal modo que la infracción presuntamente cometida prescribiría el 09/07/2015 y ningún impedimento existe –con arreglo al artículo 92.3 de la LRJPAC- para que pueda acordarse la apertura de un procedimiento sancionador dentro del plazo de prescripción indicado. Así lo ha confirmado el Tribunal Supremo en Sentencia de 12/06/2013 (Rec 18/2002) dictada en interés de la Ley, en la que afirma taxativamente que *“la caducidad declarada en un procedimiento sancionador no constituye obstáculo*

alguno para la posibilidad de iniciar o reiniciar otro procedimiento sobre el mismo objeto dentro del plazo de prescripción". En el mismo sentido, por todas, STS de 24 de febrero de 2004 (Rec 3754/2001) o STAN de 15 de abril de 2010 (Rec 353/2010).

En consideración a lo expuesto, se acuerda archivar las presentes actuaciones de investigación previa por el transcurso del plazo de caducidad establecido en el artículo 122.4 del RLOPD y se insta a la Subdirección General de Inspección de Datos a que inicie nuevas actuaciones de investigación en el marco del E/04808/2014.

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 y a la práctica de nuevas actuaciones de investigación en el marco del expediente E/04808/2014.
- 2. NOTIFICAR** la presente Resolución a **JAZZ TELECOM, S.A., ORTELEC COMUNICACIONES 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