



Expediente Nº: E/05448/2015

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 25/03/2015 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante) en el que expone que desde hace un mes recibe en su línea móvil, *****TEL.1**, llamadas publicitarias de **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.**, (en lo sucesivo, ORANGE o la denunciada) desde el número *****TEL.2**. Aclara en la denuncia que su número de móvil está incluido en el Servicio Lista Robinson y que en la mayoría de las llamadas que recibe se corta la comunicación al responder, excepto en una de las ocasiones, en la que le informaron que llamaban de ORANGE para ofertarle sus servicios.

Aporta una captura de pantalla de un terminal móvil en la que figuran registradas llamadas entrantes desde el número *****TEL.2** en las siguientes fechas y horas: 16/03/2015 a las 11:38 h.; 20/03/2015 a las 16:17 h., y el 25/03/2015 a las 14:18 h.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos realizó actuaciones encaminadas al esclarecimiento de los hechos teniendo conocimiento de los siguientes extremos que constan en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproduce:

<<ANTECEDENTES

*Con fecha de 25 de marzo de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara que desde hace un mes está recibiendo llamadas en su móvil, y en la mayoría de los casos al cogerlas se cortan, excepto una vez que le dijeron que llamaban de "ORANGE" para una oferta. Sigue recibiendo llamadas desde el mismo número *****TEL.2** en su línea *****TEL.1**. Aporta copia de una impresión de pantalla con los detalles de llamadas desde el número *****TEL.2**.*

ACTUACIONES PREVIAS

De la impresión de los datos de las llamadas aportada por el denunciante se verifica la existencia de tres llamadas:

-llamada entrante 25 de marzo de 2015 14:18 duración 0 min y 5 s

-llamada entrante 20 de marzo de 2015 16:17 duración 0 min y 3 s

llamada perdida 16 de marzo de 2015 11:38

Se trata, por tanto, de llamadas de una duración máxima de 5 segundos, por lo

que no puede haberse facilitado información comercial en ninguna de ellas.

*Se verifica que el teléfono *****TEL.1** consta incluido en la Lista Robinson de Adigital desde el 7/11/2014, según la documentación aportada por Adigital.*

*Se verifica que el teléfono llamante *****TEL.2** se encuentra asignado a la operadora ORANGE ESPAGNE SAU. El teléfono del denunciante *****TEL.1** se encuentra contratado con XFERA MOVILES SA (en adelante YOIGO). Solicitada información a ambas compañías sobre las llamadas que consten registradas en las fechas y horas (aproximadas) especificadas, de la línea *****TEL.2** a la línea *****TEL.1** ORANGE no ha contestado al requerimiento de esta Agencia, y YOIGO ha contestado indicando que no constan llamadas entre las líneas de teléfono referenciadas en las fechas indicadas.>>*

En fecha 12/02/2016 tuvo entrada en la AEPD la respuesta de ORANGE ESPANE, S.A.U., al requerimiento informativo que la Inspección de Datos de la AEPD le remitió en fecha 30/11/2015, en la que hace las siguientes manifestaciones:

*“Que no se ha localizado en los sistemas de ORANGE tráfico de llamadas entre la línea *****TEL.2** y la línea *****TEL.1** en las fechas y horas aproximadas indicadas en el Requerimiento objeto de la contestación”. “Que la línea *****TEL.2** es titularidad de ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (...) y se utiliza en el Departamento de Televenta”.*

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 84.3 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, que atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos la competencia sancionadora por la comisión de infracciones graves del artículo 77 tipificadas en el artículo 37 y de las infracciones leves del artículo 78 tipificadas en el apartado 11, cuando se vulneren los derechos de los usuarios finales sobre protección de datos y privacidad reconocidos en el artículo 48.

II

La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT) 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:

“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:

- a) *A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de comunicación comercial sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.*

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”*.

El procedimiento para el ejercicio del derecho de oposición se encuentra regulado en el artículo 25 RLOPD, pudiendo utilizar si lo desea para ejercitar este derecho los modelos que figuran en el siguiente enlace: www.agpd.es

En cuanto a la segunda, el artículo 49 del 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”, gestionado por la Asociación Española de Economía Digital (ADIGITAL). El Reglamento interno de funcionamiento de este fichero precisa que la inclusión en él 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 eficaz en el plazo de tres meses a partir de la fecha en la que se notifique la inclusión. Quienes lo deseen pueden registrarse en el fichero de exclusión publicitaria denominado “Servicio de Listas Robinson”, a través del sitio web www.listarobinson.es.

III

La denuncia que nos ocupa versa sobre las llamadas comerciales que el denunciante declara haber recibido de ORANGE, desde la línea *****TEL.2**, en su número móvil *****TEL.1**, pese a que este número de línea estaba registrado en el fichero Lista Robinson de ADIGITAL y él no era cliente de la operadora denunciada. El contrato del servicio telefónico de la línea de móvil receptora de las supuestas llamadas estaba suscrito con XFERA MÓVILIES, S.A. (YOIGO).

Ha quedado acreditado en el expediente, en virtud de la respuesta de ADIGITAL al requerimiento informativo de la Inspección de Datos de la AEPD, que el 07/11/2014 los datos del denunciante se registraron en el fichero de exclusión publicitaria del que la asociación es titular figurando inscritas tres líneas telefónicas con la finalidad de no recibir llamadas publicitarias, entre ellas el número *****TEL.1**.

Asimismo, ha quedado acreditado en el curso de la investigación, en virtud de la consulta realizada a la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que el número desde el que presuntamente el denunciante recibió las llamadas comerciales, *****TEL.2**, estaba operado en la fecha de la consulta por ORANGE ESPAGNE, S.A. Unipersonal.

Sobre estas premisas, la Inspección realizó diversas actuaciones ante las operadoras que tienen asignados los números de línea receptora y emisora de las comunicaciones comerciales que se denuncian, respectivamente YOIGO y ORANGE. Sin embargo, **el resultado de tales actuaciones no corrobora los hechos que el denunciante relata.**

Así, se solicitó a YOIGO que confirmara que los días 16/04/2015 a las 14:18 horas, 20/04/2015 a las 12:54 horas y 25/04/2015 a las 14.18 horas, se habían cursado a su cliente, a la línea *****TEL.1**, llamadas desde el número *****TEL.2**.

YOIGO negó que las llamadas se hubieran cursado y en escrito de fecha 19/01/2015 dijo *“Que en atención al requerimiento efectuado se confirma que no existen llamadas entre los números de teléfono a que se hace referencia en el requerimiento, en las fechas indicadas”*. (El subrayado es de la AEPD)

Paralelamente se requirió a ORANGE para que confirmara que había cursado desde el número que tiene asignado, *****TEL.2**, a la línea *****TEL.1** llamadas en las fechas y horas antes indicadas. Se solicitó también identificación del titular de la línea *****TEL.2**.

En su respuesta, ORANGE declara que *“no se ha localizado en los sistemas tráfico de llamadas entre la línea *****TEL.2** y la línea *****TEL.1** en las fechas y horas aproximadas indicadas en el Requerimiento objeto de contestación”*. Añade que la titular de la línea presuntamente emisora de las llamadas comerciales es la misma operadora ORANGE y que el número lo utiliza el Departamento de Televenta de la compañía.

La circunstancia de que ORANGE confirme que el número de teléfono desde el cual el denunciante dice estar recibiendo llamadas publicitarias le pertenece y lo utiliza su Departamento Televenta, en principio, podría constituir un indicio sobre la realidad de los hechos que el denunciante ha relatado.

Ahora bien, en el presente caso, no sólo ORANGE sino, lo que es especialmente significativo, la operadora YOIGO -que es quien presta al denunciante el servicio

telefónico de la línea receptora de las supuestas llamadas publicitarias sobre las que versa su denuncia- niega que se hayan llegado a cursar las llamadas en las fechas y horas indicadas por el denunciante. Este extremo priva de virtualidad probatoria –en relación a la presunta vulneración del artículo 48.1.b de la LGT- el hecho de que el número de teléfono desde el que presuntamente se hacían las llamadas comerciales perteneciera a ORANGE y lo utilizara un departamento de marketing.

Esto, porque lo relevante a efectos poder acreditar la comisión de la infracción de la LGT es que la conducta que se denuncia, las llamadas telefónicas al número del que es titular el denunciante, resulten plenamente probadas. Sin embargo no se ha obtenido indicio razonable alguno sobre esta cuestión.

Así las cosas hay que señalar que en el Derecho Administrativo sancionador están vigentes - con alguna matización pero sin excepciones- los principios que inspiran el Derecho Penal, entre ellos el de presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, 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 y que ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones.

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.”*

En atención a lo expuesto, habida cuenta de que no se han obtenido elementos probatorios o indicios razonables de los que se infiera la realidad de lo manifestado por el denunciante -la recepción en su línea móvil *****TEL.1** de llamadas publicitarias de ORANGE procedente de la línea *****TEL.2** - corresponde 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 **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** y a **D. 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 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