

Expediente Nº: E/05529/2012

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A** en virtud de denuncia presentada ante la misma por D. **A.A.A.** y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 6 de agosto de 2012 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** (en adelante, el denunciante), por el que presenta denuncia contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, TELEFÓNICA) y en el que declara lo siguiente:

<<Desde el 22/10/10 estoy inscrito en lista Robinson y he remitido expresamente a "Telefónica Mviles España SAU", "Telefónica de España SAU" y "Telefónica Serv. Integr. Distrib." la correspondiente notificación de mi inclusión en la lista. En un par de meses se ha eliminado completamente la publicidad en el móvil y en el email. En el caso del tlf fijo llevo dos años recibiendo una media de dos llamadas por semana, pero recientemente se multiplican: la semana pasada fueron 9 llamadas y la anterior 12, todas ellas desde el 1004 e incluso sábados a las 22.13 horas, lo que me parece completamente inexplicable. En todas las llamadas recibidas les indico que no pueden llamarme según la LOPD, pero movistar es la única empresa que no lo respeta.).>>

Aporta el denunciante:

- Copia de un correo electrónico de fecha 22/10/2010 enviado desde la cuenta info@listarobinson.es en que se informa al denunciante que han sido incluido en dicha lista sus números de teléfono *****TEL.1** y *****TEL.2**.
- Copia de tres correos electrónicos de fecha 22/10/2010 en los que aparecen un mensaje supuestamente enviados a TELEFONICA, TME y TELEFONICA SERV. INTEGR. DISTRIB. en los que solicita el cese de las llamadas telefónicas a dichos números de teléfono. Los correos electrónicos aparecen emitidos desde la cuenta@.... con destino a la misma cuenta.
- Relación de llamadas recibidas.

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. Solicitada información a FRANCE TELECOM respecto a la petición de datos relativos a las llamadas cursadas con destino a la línea *****TEL.1** en las fechas y horas informadas por el denunciante, manifiesta la entidad que no constan datos en sus ficheros pues la línea es operada por TELEFONICA al tratarse de un acceso indirecto.
2. Mediante diligencia de fecha 8/4/2013 se realiza una consulta a la página web de la CMT verificándose que la línea telefónica número *****TEL.1** es operada por TELEFONICA.
3. Solicitada información a TELEFONICA, la entidad manifiesta:
 - a. Que el denunciante ha figurado como titular de la línea *****TEL.1**, con fecha de alta 29/04/2006 y fecha de baja 27/10/2010.
 - b. Dada la antigüedad de la línea no es posible localizar ni la autorización ni, en su caso, el rechazo de llamadas publicitarias.
 - c. Debido a que la baja de la línea data de octubre de 2010 no hay contactos en relación a la línea *****TEL.1**.

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 6.1 y 2 de la LOD dispone que:

"1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa".

"2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se

vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, Fundamento Jurídico 7 primer párrafo, *“(...) consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)”.*

El artículo 6 de la LOPD consagra el principio del consentimiento o autodeterminación, piedra angular en la construcción del derecho fundamental a la protección de datos que alude a la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para que puedan tratarse sus datos personales. Conforme al citado precepto el tratamiento de datos sin consentimiento de su titular o sin otra habilitación amparada en la Ley constituye una vulneración de este derecho, pues sólo el consentimiento, con las excepciones contempladas en la ley, legitima el tratamiento de los datos personales.

Por tanto, el tratamiento de datos de carácter personal tiene que contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público, que existe una Ley que ampara ese tratamiento o una relación contractual o negocial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

III

En el presente caso, el denunciante indica que TELEFÓNICA le está realizando llamadas publicitarias aun cuando sus datos se encuentran inscritos en el Servicio de Lista Robinson.

Sobre este particular ha de resaltarse que el artículo 49 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, prevé la creación de ficheros comunes, de carácter general o sectorial, de exclusión publicitaria, en los que se podrán registrar las personas que no deseen recibir comunicaciones comerciales y hayan manifestado su negativa u oposición a recibir publicidad, al disponer en su apartado 1 lo siguiente:

“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"

A fin de evitar el envío de comunicaciones comerciales a quienes se hayan registrado en los citados ficheros, el apartado 4 del citado artículo 49 dispone que *"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"*

En el supuesto examinado, TELEFÓNICA no ha acreditado que cuente con el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos con fines publicitarios, por lo que resultaría contrario al principio del consentimiento que la citada entidad tratara los datos del denunciante con la aludida finalidad.

Dicho lo anterior decir que, en este caso, resultaría, asimismo, contrario a la normativa de protección de datos que TELEFÓNICA tratara los datos del denunciante con fines publicitarios mediante la realización de llamadas con contenido comercial, al encontrarse registrada la línea telefónica del denunciante en el Servicio de Lista Robinson y carecer TELEFÓNICA, como anteriormente se expuso, de su consentimiento.

No obstante, de las actuaciones previas de inspección no queda acreditado que las llamadas que indica el denunciante en su escrito de denuncia hayan sido realizadas, en la medida en que, de un lado France Telecom (como proveedor de servicios de telefonía fija en el número en el que recibe las llamadas) señala, tras requerimiento de la Agencia, que en esas fechas y horas no constan datos en sus ficheros; y por otro, Telefónica señala que no hay contactos en relación a la línea en la que recibe las llamadas.

En este orden de ideas, 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, resultando clara la plena virtualidad de los principios de presunción de inocencia. La presunción de inocencia debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, pues 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 130.1 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 *"Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de*

simple inobservancia.”

Conforme señala el Tribunal Supremo (STS 26/10/98) el derecho a la 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.”*

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20/02/1989 indica que *“Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurre aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate.”*

En definitiva, aquellos principios impiden imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan dicha imputación o la intervención en los mismos del presunto infractor, aplicando el principio *“in dubio pro reo”* en caso de duda respecto de un hecho concreto y determinante, y que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

Por ello, dada la ausencia de elementos de cargo que permitan imputar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A la presunta infracción de lo previsto en el artículo 6 de la LOPD procede acordar el archivo de las actuaciones practicadas.

IV

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** 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 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.