

Expediente Nº: E/05605/2012

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Ha tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos, con fecha de 10 de agosto y de 16 de octubre de 2012, tres escritos presentados por D. **A.A.A.** (en adelante el denunciante) en los que denuncia a la compañía Telefónica de España, S.A. manifestando lo siguiente:

La compañía Telefónica de España da respuesta a la solicitud del denunciante, con fecha de 26 de marzo de 2012, informando que *“se han cursado las instrucciones necesarias, a fin de que sus datos de tráfico y facturación no sean objeto de análisis y tratamiento automatizado por parte de Telefónica de España con fines de promoción comercial de nuestros propios productos y servicios, del mismo modo que no sean objeto de cesión (...). Asimismo, se han cursado la s instrucciones necesarias para que sus datos personales, aparezcan en la próxima edición de la guía impresa acompañados del indicativo “U”, que expresa su deseo de que sus datos no sean utilizados por terceros con fines de venta directa (...).”*

Si bien recibe llamadas publicitarias de la citada operadora en el número particular **E.E.E.** en las siguientes fechas:

El día 26 de julio de 2012 a las 15:45h desde el número 1004, la operadora se identifica como por Roció Sánchez.

El día 29 de septiembre de 2012 a las 18:40h desde el número **C.C.C..**

El día 2 de octubre de 2012 a las 15:20h desde el número **C.C.C..**

El día 3 de octubre de 2012 a las 20:20h desde el número **C.C.C..**

Se adjunta cuatro fotografías de un terminal de sobremesa con indicación de los datos de las citadas llamadas entrantes constando: fecha, hora y número emisor de la

llamada, si bien no figura información del número de línea destinatario de la llamada.

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 La Inspección de Datos ha verificado que los datos de **A.A.A.** constan en el repertorio electrónico de clientes del Servicio Telefónico, denominado *paginasblancas*, con domicilio en la calle **B.B.B.** y nº de línea **E.E.E.**, constando el distintivo "U" (no recibir publicidad). Según se detalla en la Diligencia de fecha 12 de febrero de 2013.
- 2 La Inspección de Datos ha comprobado que figura información en internet del número de línea **C.C.C.** relativa a comentarios y denuncias de diversas personas referentes a que reciben reiteradas llamadas del citado número, entre otros, ofreciendo ofertas de Movistar y/o de Jazztel o de otros operadores de una empresa ubicada en Sudamérica, que los interlocutores son extranjeros, que el teléfono se les bloquea y que les solicitan datos que ya han proporcionado como la cuenta corriente. También, manifiestan que en las facturas constan llamadas que no han realizado y que les indica la operadora que les habrán pinchado la línea. Dichas circunstancias constan en la Diligencia de fecha 4 de junio de 2013.
- 3 La Inspección de Datos ha verificado que Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones consta que el operador propietario del número **C.C.C.** es la compañía Telefónica de España, S.A.U. Según se detalla en la Diligencia de fecha 21 de junio de 2013.
- 4 La Inspección de Datos ha verificado con fecha de 5 a las 11h y de 27 a las 12:40h de junio y de 1 a las 13:32h de julio de 2013 que realizadas llamadas al nº **C.C.C.** son atendidas por un contestador indicando *Movistar informa "yet" de que en este momento hay sobrecarga en la red rogamos vuelva a marcar pasados unos minutos*. Dichas circunstancias se detallan en la Diligencia de fecha 1 de julio de 2013.
- 5 La sociedad Telefónica de España ha informado a la Inspección de Datos, con fecha de 27 de mayo, 1 y 5 de julio de 2013, en relación con los hechos objeto de investigación lo siguiente:

El número de teléfono **E.E.E.** recibió una única llamada, el día 26 de julio de 2012, cuyo origen no era el número **1004**, titularidad de Telefónica de España, sino el **D.D.D.**, cuyo titular es una persona física cuyo nombre y apellidos se indica así como el domicilio de instalación.

Con respecto a las otras tres llamadas confirman que en los días y horas indicadas por el denunciante, el número **E.E.E.** recibió llamadas desde la línea **C.C.C.**, llamadas que fueron proporcionadas por la operadora XTRA TELECOM, S.L.U.

Añaden que Telefónica de España no ha realizado campaña publicitaria alguna al denunciante, sino que ha respetado su voluntad de no contactar telefónicamente con el mismo para realizarle acciones publicitarias.

Si bien, indican que el número **C.C.C.**, aun siendo titularidad de Telefónica de

España, siempre, desde su origen, ha estado vacante, por lo que no ha sido utilizado por la operadora.

Con motivo del presente requerimiento de información de la AEPD han abierto una investigación que les permita descubrir quien estaba utilizando dicha numeración, figurando una interconexión con el operador XTRA TELECOM, toda vez que si Telefónica de España hubiese cursado la llamada, al ser el destinatario también abonado de Telefónica de España, carecería de sentido pasar por una interconexión, es decir se entrega a un operador para que este lo entregue en un punto, y tener que pagar a un tercer operador.

Todo ello demuestra que detrás de las llamadas existe un fraude en el que se utiliza como número pantalla, numeración vacante de Telefónica de España, fraude realizado por un revendedor de tráfico que en el momento actual no pueden imputar a ningún operador concreto, aunque tengan sospechas de la entidad que haya podido ser, toda vez que las llamadas fueron realizadas hace casi un año. Si bien, se están realizando traceos a éste y otros números, la investigación es muy compleja, con objeto de impedir futuros fraudes, que producen daños a Telefónica de España y a sus clientes.

- 6 La compañía XTRA TELECOM, con fecha de 14 de julio de 2013, ha comunicado a la Inspección de Datos que la numeración **C.C.C.**, en las fechas que se realizaron las llamadas al denunciante, pertenecía a la operadora Telefónica de España.

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 comercial, 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 supuesto que nos ocupa, el denunciante pone de manifiesto que Telefónica de España S.A.U ha realizado un tratamiento de sus datos sin su consentimiento, puesto que recibe llamadas publicitarias de esta entidad aun cuando le solicitó que no tratara sus datos con fines publicitarios.

De las actuaciones previas de inspección practicadas por esta Agencia se ha podido comprobar que las llamadas fueron realizadas desde el número **F.F.F.**, que, si bien la titularidad es de Telefónica, no se ha podido comprobar que esta entidad haya hecho uso del mismo en la medida en que estaba vacante, es decir, no ha sido asignado a ningún cliente ni tampoco usado por la misma. Además, Telefónica indica que detrás de las llamadas existe un fraude ya que se utilizan sus números vacantes para realizar llamadas. Por ello, desde Telefónica están realizando una investigación mediante la realización de traceos a éste y a otros números con objeto de impedir futuros fraudes.

Asimismo, la Inspección de esta Agencia ha comprobado que figura información en internet del número de línea **C.C.C.** relativa a comentarios y denuncias de diversas personas referentes a que reciben reiteradas llamadas del citado número, entre otros, ofreciendo ofertas de Movistar y/o de Jazztel o de otros operadores de una empresa ubicada en Sudamérica, que los interlocutores son extranjeros, que el teléfono se les bloquea y que les solicitan datos que ya han proporcionado como la cuenta corriente. También, manifiestan que en las facturas constan llamadas que no han realizado y que les indica la operadora que les habrán pinchado la línea.

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.

Mencionar, por último, que con motivo del requerimiento practicado por la Agencia ante Telefónica esta entidad ha abierto una investigación para descubrir quien estaba haciendo uso del número **F.F.F.**, y así evitar futuros fraudes y el uso indebido de esta línea. Al efecto de hacer un seguimiento del resultado de la citada investigación y de las posibles circunstancias relevantes a efectos de protección de datos se abre el **E/04522/2013**.

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 **TELEFONICA DE ESPAÑA, 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 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.