

Expediente N°: E/09264/2018

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **11811 NUEVA INFORMACIÓN TELEFÓNICA S.A.U.** y **11888 SERVICIO CONSULTA TELEFÓNICA S.A.U.**, en virtud de denuncia presentada por **DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 28 de mayo de 2018, tuvo entrada en esta Agencia escrito de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) dando traslado de la siguiente documentación:

- Denuncia formulada con fecha 13 de enero de 2017 por DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A. (en lo sucesivo DIALOGA) contra varias entidades por el supuesto uso indebido de numeración geográfica para prestar servicios de tarificación adicional (PSTA). En esta denuncia, DIALOGA también manifestaba que había detectado que las llamadas realizadas a los números cortos 11811 y 11888 habían originado la recepción, en los números de los usuarios que habían realizado las llamadas, de numerosas llamadas efectuadas desde los números geográficos *****TELEFONO.1**, *****TELEFONO.2** y *****TELEFONO.3**, así como la recepción de múltiples SMS en los que se ofrecía el servicio de consulta de Tarot, facilitándose en los propios SMS la numeración geográfica desde la que se ofrecía dicho servicio.

- Copia del acuerdo adoptado con fecha 23 de mayo de 2018 por la CNMC por el que se ponía fin al periodo de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia de DIALOGA, y en virtud del cual la citada Comisión acordó archivar citada denuncia por no apreciarse vulneración al plan nacional de numeración telefónica y trasladar el reseñado acuerdo al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital y a la Agencia Española de Protección de Datos a fin de que consideraran los hechos descritos en el cuerpo del acuerdo a la luz del análisis efectuado.

Respecto de dicho traslado, en el Fundamento Jurídico Quinto del citado acuerdo se señalaba que *“en relación con la presunta venta de datos de usuarios llamantes a números de información sobre números de abonados a los que se habría accedido para solicitar información sobre números de tarificación adicional, lo que podría constituir una infracción, entre otras, de la legislación vigente sobre protección de datos de carácter personal, del artículo 48 de la LGTel y del artículo 31.d) de la Carta de Derechos de los Usuarios, se informa que esta Comisión no dispone de habilitación competencial para investigar estos hechos y tramitar el correspondiente expediente, sin embargo, dará traslado de la denuncia a la Agencia Española de Protección de Datos para que lleve a cabo las actuaciones que mejor convenga, por ser el órgano competente según dispone el art. 84.3 de la LGTel.”*

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:

2.1 En contestación al requerimiento de información efectuado, con fecha 25 de Julio de 2018 se registra de entrada en esta Agencia escrito de la mercantil 11888 SERVICIO DE CONSULTA TELEFÓNICA, S.A., (en lo sucesivo 11888 SCT), facilitando la siguiente información en relación con los hechos denunciados:

- Intuyen que las causas que han motivado la incidencia notificada se vinculan con la denuncia presentada en la CNMC por DIALOGA, con resultado de archivo de la misma por no apreciarse vulneración del plan nacional de numeración telefónica.

- La entidad no cede ningún dato personal ni realiza ninguna venta irregular de las bases de datos de llamantes al servicio 11888 a ningún prestador de servicios de Valor Añadido (Esotéricos).

- La entidad tiene adoptadas las medidas técnicas y organizativas necesarias para resolver cualquier incidencia. Se insiste en que no se ha producido ninguna acción que requiera un plus de diligencia respecto de los hechos denunciados.

- Han recibido un escrito de DIALOGA exonerándoles de cualquier tipo de responsabilidad en relación con el citado asunto.

2.2 En relación con lo indicado por 11888 SERVICIO DE CONSULTA TELEFÓNICA, S.A., con fecha 12 de julio de 2018 se ha recibido en esta Agencia un escrito de DIALOGA comunicando que:

- Pone en conocimiento de la Agencia que todas las cuestiones planteadas en su denuncia respecto a la sociedad 11888 SCT han sido resueltas.

- Tras las oportunas comprobaciones, se ha constatado que las eventuales irregularidades observadas estaban exclusivamente relacionadas con terceras entidades ajenas a dicha empresa, que no han podido identificar a posteriori.

- Solicitan que por parte de la Agencia se proceda a archivar y dejar sin efectos el expediente relacionado con entidad 11888 SCT.

2.3 En contestación al requerimiento de información efectuado, con fecha 8 de agosto de 2018 se registra de entrada en esta Agencia escrito de la mercantil 11811 NUEVA INFORMACIÓN TELEFÓNICA S.A.U, (en lo sucesivo 11811 NIT), facilitando la siguiente información en relación con los hechos denunciados por DIALOGA:

- La compañía es un operador de telecomunicaciones titular del número corto 11811, siendo uno de los principales agentes del mercado de servicios de consulta telefónica sobre números de abonados.

- DIALOGA denuncia sin ser el afectado de la supuesta conducta irregular, ya que los “supuestos” afectados serían los usuarios del número 11811 que habrían recibido las supuestas llamadas y mensajes ofreciéndoles servicios esotéricos.

- No existen causas que hayan motivado la supuesta incidencia que se les ha notificado, ya que 11811 NIT nunca ha vendido sus bases de datos a terceros, limitándose su gestión a lo autorizado por la normativa sobre protección de datos vigente en cada momento. En consecuencia, no se han adoptado medidas adicionales para su corrección, como tampoco se ha facilitado información a los afectados debido a su inexistencia.

- Rechaza la afirmación de DIALOGA relativa a que ha podido constatar de forma “fehaciente” la conducta irregular denunciada. A este respecto, 11811 NIT aduce que ha analizado los datos de las llamadas realizadas a dicho número corto por usuarios de la red fija DIALOGA, y que, por tanto, utilizan alguno de los números geográficos asignados o portados al operador DIALOGA, obteniendo como resultado para los últimos cuatro años *“una ausencia de realización de llamadas al número “11811” procedentes de usuarios de la red DIALOGA, lo cual evidencia la inverosímil constatación por parte de dicho operador de que los mismos usuarios que llaman a “11811” reciben posteriormente publicidad de contenido esotérico. En otras palabras, si ningún usuario de DIALOGA llama al número corto “11811” es imposible deducir que este usuario recibe las comunicaciones publicitarias por haber llamada a dicho número corto”*.

- DIALOGA no ha aportado ningún tipo de prueba que permita justificar los hechos denunciados. No ha facilitado la identificación de las numeraciones que habrían recibido mensajes y llamadas tras solicitar información al número 11811, como tampoco ha presentado ninguna evidencia sobre la “supuesta” venta por parte de 11811 NIT de sus bases de datos de llamantes a otros prestadores de servicios telefónicos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De conformidad con lo establecido en el artículo 84.3) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGT), la competencia para resolver el presente Procedimiento corresponde a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

II

El artículo 48 de la mencionada LGT, bajo la rúbrica *“Derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas, con los datos de tráfico y de localización y con las guías de abonados”*, dispone lo siguiente en su apartado 2.b):

“2. Respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con los datos de tráfico y los datos de localización distintos de los datos de tráfico, los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos:

a) (...)

b) *A que sus datos de tráfico sean utilizados para promoción comercial de servicios de comunicaciones electrónicas o para la prestación de servicios de valor añadido, en la medida y durante el tiempo necesarios para tales servicios o promoción comercial únicamente cuando hubieran prestado su consentimiento informado para ello. Los usuarios finales dispondrán del derecho a retirar su consentimiento para el tratamiento de los datos de tráfico en cualquier momento y con efecto inmediato.”*

El artículo 74.c) de la LGT establece que:

“La responsabilidad administrativa por las infracciones de las normas reguladoras de las telecomunicaciones será exigible: (...)

c) En las cometidas por los usuarios, por las empresas instaladoras de telecomunicación, por los agentes económicos relacionados con equipos y aparatos de telecomunicación o por otras personas que, sin estar comprendidas en los párrafos anteriores, realicen actividades reguladas en la normativa sobre telecomunicaciones, a la persona física o jurídica cuya actuación se halle tipificada por el precepto infringido o a la que las normas correspondientes atribuyen específicamente la responsabilidad.”

A su vez, el artículo 78.11 de la LGT tipifica como infracción leve “El incumplimiento de las obligaciones de servicio público, de las obligaciones de carácter público y la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el Título III de la Ley y su normativa de desarrollo. “

III

En el Anexo II de la LGT se recogen, entre otras, las siguientes definiciones:

“Abonado: cualquier persona física o jurídica que haya celebrado un contrato con un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público para la prestación de dichos servicios.”

“Usuario: una persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público.”

“Usuario final: el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revende.”

“Número geográfico: el número identificado en el plan nacional de numeración telefónica que contiene en parte de su estructura un significado geográfico utilizado para el encaminamiento de las llamadas hacia la ubicación física del punto de terminación de la red.”

A su vez, el artículo 2 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, define datos de tráfico y datos de localización como:

“b) «datos de tráfico»: cualquier dato tratado a efectos de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o a efectos de la facturación de la misma;

c) «datos de localización»: cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas o por un servicio de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público;”

IV

En el presente caso, de la valoración conjunta de los elementos de juicio resultantes de las actuaciones previas de investigación practicadas, se evidencia que

no está acreditada, en forma fehaciente, la existencia de las llamadas y SMS denunciadas por DIALOGA, y a través de las cuales supuestamente se ofertarían servicios de consulta de Tarot utilizando las numeraciones de los usuarios que, previa y presuntamente, -ya que no hay prueba al respecto-, habían usado el servicio de consulta telefónica del número corto gestionado por la entidad 11811 NIT. Ello habida cuenta que DIALOGA no ha aportado ninguna información referida a los números de líneas telefónicas supuestamente receptoras de dichas llamadas y mensajes promocionales, ni sobre las fechas y horas exactas de su recepción por los usuarios finales cuyos datos de tráfico pudieran haber sido utilizados por 11811 NIT para cederlos a terceros con la finalidad de promocionar servicios de tarificación adicional después de haber utilizado el número corto 11811.

A la vista de dichas circunstancias, no constan en el expediente elementos de prueba de los que se pueda inferir la venta de bases de datos a terceros por parte de la entidad 11811 NIT, y cuyo origen se encontraría en los números llamantes al servicio de consulta telefónica gestionado por dicho operador de telecomunicaciones, el cual, además, ha negado llevar a cabo dicha conducta

De lo que se colige que, en el presente supuesto no ha podido constatar, en forma fehaciente, que por parte de la mercantil 11811 NIT se hayan cedido a terceros los datos de tráfico concernientes a los usuarios llamantes al número corto 11811 para su uso posterior con fines de promoción comercial.

Esta consideración ha de conectarse con la vigencia en nuestro Derecho Administrativo sancionador del principio de presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, de modo que el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en sus diversas manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. El principio de presunción de inocencia 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.

El Tribunal Constitucional (SSTC 131/2003 y 242/205, por todas) se ha pronunciado en ese sentido al indicar que una de las exigencias inherentes al derecho a la presunción de inocencia es que la sanción esté fundada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta imputada y que recaen sobre la Administración pública actuante la carga probatoria de la comisión del ilícito administrativo y de la participación en él del denunciado.

Por su parte, el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece como uno de los principios de la potestad sancionadora el de la "Responsabilidad", determinando al respecto que:

“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”.

En esta misma línea el artículo 53.2 la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que: *“Además de los derechos previstos en el apartado anterior, en el caso de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables, tendrán los siguientes derechos: (...) b) A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”.*

En conclusión, no puede atribuirse a 11811 NIT la vulneración del derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con los datos de tráfico de los usuarios del servicio de consulta telefónica prestado por dicha entidad a través del número corto 11811, procediendo 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:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a las entidades **DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS, S.A., 11811 NUEVA INFORMACIÓN TELEFÓNICA S.A.U.** y **11888 SERVICIO CONSULTA TELEFÓNICA S.A.U.**

Con arreglo a lo establecido en el artículo 50 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, (en adelante LOPDGDD) la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.6 de la LOPDGDD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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