



E/01298/2011

Recurso de Reposición Nº RR/00157/2012

Examinado el recurso de reposición interpuesto por FACUA CONSUMIDORES EN ACCIÓN, en nombre y representación de su asociado Don **A.A.A.**, contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de fecha 18 de enero de 2012, y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 18 de enero de 2012 se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente de actuaciones previas de inspección E/01298/2011, las cuales se siguieron con motivo de la denuncia formulada por FACUA CONSUMIDORES EN ACCIÓN, en nombre y representación de Don **A.A.A.** (en adelante el recurrente) contra la entidad **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.**, al entender que resultaba de aplicación del principio de presunción de inocencia, ya que no había quedado probada la efectiva recepción por parte de la entidad denunciada de las solicitudes de baja efectuadas por el recurrente.

Dicha resolución consta como notificada al recurrente en fecha 13 de febrero de 2012 y a FACUA en fecha 23 de enero de 2012.

SEGUNDO: FACUA CONSUMIDORES EN ACCIÓN (en lo sucesivo FACUA) presentó en fecha 27 de febrero de 2012 en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición, fundamentándolo, básicamente, en los siguientes motivos:

- *“ que existen evidencias más que manifiestas que acreditan que la empresa reclamada tenía conocimiento de la baja solicitada por parte del **C.C.C.**. Entre otra, el código facilitado por la propia empresa como prueba de la baja realizada por el **C.C.C.** a través del apartado de bajas de la Webmail de la empresa (**B.B.B.**) o la propia referencia suministrada por la reclamada en la solicitud de baja telefónica realizada por parte de nuestro representado (**D.D.D.**).”*
- Que la resolución entra en contradicción con la normativa en materia de telecomunicaciones que *“obliga a la empresa a tramitar las bajas solicitada por los usuarios hasta telefónica o telemáticamente si esa fue la forma de contratación (artículo 11.3.3º de la Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril)”*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto 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 (en lo sucesivo LRJPAC).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por el recurrente, que reiteran básicamente las ya realizadas en el escrito de denuncia, debe señalarse que las mismas ya fueron analizadas y desestimadas en la resolución impugnada, basada en los fundamentos jurídicos que se transcriben a continuación:

<< III

En este caso, se denuncia que se ha realizado un tratamiento de datos para la emisión de facturas a nombre del denunciante con posterioridad a las reiteradas solicitudes de baja del servicio de Internet contratado y que como consecuencia del impago de las referidas facturas TME ha instado el alta de sus datos en el fichero de morosidad ASNEF.

A tenor de lo dispuesto en los preceptos citados, el tratamiento de datos para la emisión de facturas posteriores a la fecha en que debió hacerse efectiva la baja del servicio implica un tratamiento de datos sin consentimiento de su titular, al haberse extinguido la relación contractual y no encontrarse amparado dicho tratamiento en el consentimiento del titular de los datos. Asimismo, la incorporación de los datos, relativos al impago de las citadas facturas, en ficheros de solvencia patrimonial y crédito resulta contraria al principio de calidad de datos, ya que hacen referencia a una deuda generada cuando ya no se es usuario del servicio facturado.

Ahora bien, respecto de tales circunstancias, se ha tener en cuenta que al Derecho Administrativo Sancionador, por su especialidad, le son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad del principio de presunción de inocencia.

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 aun a título de simple inobservancia."

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.”

Asimismo, se debe tener en cuenta, en relación con el principio de presunción de inocencia, el artículo 137.1 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), que dispone lo siguiente: “Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”

En definitiva, la aplicación del principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y comprobado la existencia de una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación.

*De las funciones de investigación y averiguación realizadas por la Agencia Española de Protección de Datos y de la documentación obrante en el expediente se desprende que si bien el denunciante ha justificado que solicitó la baja del servicio del contrato de Internet número **E.E.E.** por correo electrónico de fecha 10/12/2009 y por escrito de fecha 15/03/2010, sin embargo, éste no ha acreditado, tal y como se le solicitó por esta AEPD la efectiva recepción por parte de TME de dichas solicitudes de baja.*

Al no haberse aportado por el denunciante ningún documento de confirmación de recepción por parte de TME de los reseñados correos electrónicos de solicitud de baja ni el recibí del Servicio de Correos, justificativo de la entrega de la carta certificada mencionada por el denunciante, no ha quedado probado que TME tuviera conocimiento de dicha solicitud de baja con anterioridad a la fecha en que dicha operadora recibió la comunicación de reclamación interpuesta ante la SETSI, hecho ocurrido a partir del 02/12/2010.

Téngase en cuenta que el documento del Servicio de Correos aportado por el denunciante sólo prueba que se envió a TME una carta certificada con fecha 23/03/2010, pero no justifica su ni su contenido ni su entrega al destinatario, sin que la impresión del “Report de Transmisión” de un Fax enviado con esa misma fecha permita vincular dicho documento con el envío de la solicitud de baja.

En este sentido y para este caso, cabe concluir que no se han aportado en sus escritos de denuncia elementos probatorios suficientes que permitan establecer de forma fehaciente que se han producido los hechos denunciados, en concreto la constatación fehaciente de que la solicitud de baja del servicio contratado haya sido recibida por el operador. Por tanto, en aplicación del citado principio y del principio “in dubio pro reo”, que obliga en caso de duda, respecto de un hecho concreto y determinante, a resolver del modo más favorable para el denunciado, no procede iniciar un procedimiento sancionador, al no poder acreditarse suficientemente vulneración alguna de la LOPD.

Por otro lado, debe valorarse que tan pronto como la operadora denunciada conoció a través de la SETSI la reseñada solicitud procedió a dar de baja con efectividad económica del día 12/12/2009 la mencionada línea y a anular las facturas emitidas con posterioridad a tal fecha, conforme comunicó al denunciante con fecha 28/01/2011, a lo que cabe sumar que la anotación de la deuda imputada al denunciante en el fichero ASNEF ya había sido dada de baja desde el 21/09/2010 a petición de la entidad

acreedora.

De todo lo cual, se desprende la actitud diligente con la que obró TME a fin de dar cumplimiento a la solicitud de baja a partir del momento en que conoció su existencia.

A todo lo anterior hay que añadir que la inclusión de los datos del denunciante en el fichero ASNEF obedecía a la existencia, en principio, de elementos de juicio suficientes para considerar que había una deuda impagada, cierta, vencida y exigible derivada del impago de las facturas emitidas por un servicio contratado, puesto que TME desconocía en la fecha que solicitó el alta de la inscripción de la deuda en el fichero de solvencia patrimonial ASNEF que el denunciante había solicitado la baja del mismo.

Habida cuenta de lo expuesto, y para este caso particular, el hecho de incorporar datos en un fichero que contiene datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias en las circunstancias expuestas no supone, en principio, vulneración de la LOPD.>>

III

Hay que tener en cuenta que la resolución impugnada no cuestiona que el recurrente solicitara la baja del servicio de acceso a Internet-móvil a TME a través de los diversos medios permitidos por la normativa de telecomunicaciones y puestos a disposición del abonado por la operadora, valoración que, por otra parte excedería de la competencia de esta Agencia, sino que se limita a manifestar que de las gestiones de investigación practicadas y de la documentación aportada por el afectado no quedada acreditado de forma fehaciente que la empresa denunciada hubiera recibido dichas solicitudes de baja con anterioridad al día 02/12/2010, fecha en la que la operadora tuvo conocimiento de la reclamación interpuesta por el recurrente ante la SETSI.

En la mencionada resolución ya se señalaban los motivos por los que, a juicio de esta Agencia, no había quedado probado que las solicitudes de baja efectuadas por el recurrente a través de correo electrónico, correo certificado o Fax hubieran sido efectivamente recibidas por TME, los cuales no se modifican a la vista del contenido del recurso presentado. A lo anterior hay que añadir que la operadora indicó durante las actuaciones de investigación previas a la resolución impugnada que no tuvo conocimiento de la petición de baja hasta el momento en que le fue notificada a través de la SETSI.

Se invoca en el recurso lo previsto en el artículo 11.3.3º de la Orden ITC/1030/2001, de 12 de abril, por la que se regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores. Este artículo se refiere a la "Atención telefónica al cliente", y en particular señala que "3. *En el momento de contratar el servicio, cuando la contratación se haga telefónica o telemáticamente, se informará al cliente de: (...) 3º. Su derecho a poner fin al contrato a través de la misma forma en que celebra, así como las otras formas de darse de baja del servicio, encaso de existir.*"

En este caso se ignora si el recurrente contrató el servicio por vía telefónica o telemática, sin perjuicio de lo cual, en lo que se refiere a la protección de datos, la simple mención a una referencia suministrada por TME (**D.D.D.**) al solicitar la baja telefónica no



constata por si misma que ésta se refiera a ese trámite. Además dicho alegato no viene acompañado de ningún soporte documental que pruebe tal circunstancia. A este respecto ha de tenerse en cuenta que en los apartados 1 y 2 del mismo artículo 11 de la Orden ITC/1030/2001, se dispone:

“1. Si el medio habilitado por el operador para la atención de quejas, reclamaciones o incidencias es telefónico, éste estará obligado a informar al consumidor de su derecho a solicitar un documento que acredite la presentación y contenido de la queja o reclamación mediante cualquier soporte que permita tal acreditación. Dicho documento deberá ser remitido al usuario final en el plazo de 10 días desde su solicitud.

2. A efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior, se admitirán en cualquier caso, como soporte documental que acredita el contenido de la queja o reclamación, así como la fecha de realización de la misma, los siguientes formatos:

a) El documento electrónico enviado telemáticamente mediante la utilización de firma electrónica reconocida.

b) El formato de papel impreso, mediante carta dirigida al abonado.

Para cualquier otro soporte, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información analizará para cada caso concreto, si el mismo permite acreditar la presentación o contenido de la queja o reclamación a efecto de comprobar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.”

Por otro lado, el recurrente no ha aportado ningún elemento de prueba que permita comprobar que solicitó la baja del servicio a través del apartado de bajas de la Webmail de la empresa (**código *******), por lo que sin dudar de la veracidad de tal manifestación, esta circunstancia no ha quedado probada, limitándose a ser una afirmación de parte cuya verificación no resulta posible con la documentación presentada.

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 acreditado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan la imputación o de 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, que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

En este supuesto, aunque el recurrente ha aportado documentación en la que se insta a TME la baja del servicio, sin embargo la misma no evidencia que las peticiones de baja hayan sido recibidas por esa empresa, y, por lo tanto, no enervan el principio de presunción de inocencia que ampara a la entidad denunciada.

En definitiva, de acuerdo con los principios señalados procede ratificar el archivo de las actuaciones de investigación efectuadas al no haber quedado acreditado que TME haya vulnerado con su actuación lo previsto en los artículos 6 y 4.3 en su relación con el 29.4 de la LOPD.

IV

Por tanto, dado que, en el presente recurso de reposición, no se han aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada, procede acordar su desestimación.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por Don **A.A.A.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 18 de enero de 2012, acordando el archivo de la denuncia nº E/01298/2011.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a FACUA CONSUMIDORES EN ACCIÓN y a Don **A.A.A.**

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

Madrid, 5 de marzo de 2012

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS



Fdo.: José Luis Rodríguez Álvarez