



Expediente N°: E/00316/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 18/10/2013 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que manifiesta que el 08/10/2013, a las 10:39 horas, recibió en su teléfono particular (*****TEL.1**) una llamada no solicitada desde el número *****TEL.2** en la que una operadora le facilitó información sobre los productos para empresas ofertados por ONO, pese a que –según declara- sus datos están incluidos en la Lista Robinson y la empresa Auna Telecomunicaciones, S.A.U., de la que fue cliente en el pasado, le comunicó en escrito de 20/06/2005 que en cumplimiento de la Resolución del Director de la AEPD de 07/06/2005, recaída en la Tutela de Derecho 00017/2005, procedía a la cancelación de sus datos personales de los ficheros de la compañía.

El denunciante aporta una grabación de la llamada denunciada y copia de una factura de Telefónica de España, S.A.U., (TDE) relativa al servicio telefónico que tiene contratado para su número particular.

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, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

<<ANTECEDENTES

*Con fecha de 18 de octubre de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara lo siguiente:*

*Que se encuentra dado de alta en la LISTA ROBINSON y que el día 8/10/2013 a las 10:39 horas tuvo una llamada desde el número *****TEL.2** a su número *****TEL.3** en el que una operadora llamada *****NOMBRE.1** le llamó ofreciéndole una promoción de ONO para empresas. Añade que no tiene ninguna empresa.*

Junto a su denuncia aporta los siguientes documentos:

Copia del escrito de fecha 20/6/2005 remitido por AUNA TELECOMUNICACIONES (actualmente ONO) a su nombre en el que exponen que, como consecuencia de la Resolución R/00292/2005 de la AEPD, proceden a cancelar todos sus datos

personales.

*Copia de la factura de MOVISTAR relativa al número *****TEL.3** del que es titular y en el que ha recibido la llamada publicitaria denunciada.*

Copia de unas grabaciones en soporte casete cuyo contenido es el siguiente:

Se escucha una primera grabación con un dialogo entre una voz masculina, se entiende que corresponde al denunciante y una voz femenina correspondiente a una teleoperadora. El dialogo que aparece en esta primera grabación es el siguiente:

*TELEOPERADORA: Tras los buenos días dice que su nombre es *****NOMBRE.1** y que llama del departamento de ONO para empresas solicitando hablar con el encargado o responsable.*

DENUNCIANTE: dice que solicitó la cancelación de datos personales y que va a grabar la llamada, solicitando que cancele todos sus datos personales y afirma que va a denunciar la llamada.

TELEOPERADORA: dice que ha llamado por que le sale el número de teléfono en la pantalla y que por eso llama.

DENUNCIANTE: dice que el número al que llama está en la LISTA ROBINSON de Barcelona.

TELEOPERADORA: dice que desconoce que es la LISTA ROBINSON y que ha llamado por que le ha aparecido el número y que por eso ha llamado.

Posteriormente, se escucha una segunda grabación correspondiente a una segunda llamada, esta vez entre el denunciante y un teleoperador de MOVISTAR con el siguiente contenido:

*DENUNCIANTE: solicita saber si su número de teléfono *****TEL.3** está en la LISTA ROBINSON.*

TELEOPERADOR DE MOVISTAR: manifiesta que tras consultar los sistemas de TELEFONICA el mencionado número aparece marcado para la no remisión de llamadas comerciales.

ACTUACIONES PREVIAS

La denuncia recibida en fecha de 18/10/2013 y ampliada mediante escrito recibido en fecha de 24/1/2014 es asignada al inspector actuante en fecha de 26/5/2014 realizándose desde entonces las siguientes actuaciones

- 1. En fecha de 6/8/2014 se solicita información a la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA ECONOMIA DIGITAL, sociedad que gestiona la LISTA ROBINSON, recibándose respuesta en fecha de 6/8/2014 en la que comunican que A.A.A. está inscrito en el servicio de LISTA ROBINSON desde el 24/1/2014 y que incluyó el número de teléfono *****TEL.3** desde el 29/1/2014.*
- 2. En fecha de 7/8/2014 se solicita información a la TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU, operador que explota el número de teléfono *****TEL.3**, recibándose respuesta en fecha de 4/9/2014 en la que confirman que en fecha de 8/10/2013 se recibió una llamada en el número *****TEL.3** procedente del número *****TEL.2** con hora de inicio 10:39 y de finalización a las 10:42.*
- 3. En fecha de 7/8/2014 se solicita información a la JAZZTEL, operador que explota el número de teléfono *****TEL.2**, recibándose respuesta en fecha de 14/8/2014 en la que afirman que en fecha de 8/10/2013 no se produjeron llamadas desde el número*

****TEL.2 al número *****TEL.3**. Comunica también que el titular del número ***TEL.2 es la sociedad SONISTAR COMUNICACIONES SL.*

- 4. En fecha de 7/8/2014 se solicita información a la CABLEEUROPA SAU, operador supuestamente beneficiario de la llamada publicitaria, recibíendose respuesta en fecha de 2/9/2014 en la que afirman que no constan en sus sistemas dato alguno relativo al número *****TEL.3** ni a D. A.A.A.. Añaden que tampoco constan datos en las bases de datos adquiridas a terceros proveedores para la realizar emisiones comerciales telefónicas a potenciales clientes del sector empresa y residencial ni en los distintos distribuidores online con los que CABLEEUROPA trabaja. Añade también que el número *****TEL.2** del que supuestamente se originó la llamada comercial no pertenece a ninguna plataforma ni propia ni de terceros con la que CABLEEUROPA trabaja*
- 5. En fecha de 17/9/2014 se solicita información a la SONISTAR COMUNICACIONES SL., titular del número *****TEL.2**, sin que a la fecha del presente informe se haya obtenido respuesta alguna.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en los artículos 36 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y 84.3 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones (L.G.T.) que atribuye a la AEPD la competencia sancionadora respecto a las infracciones por vulneración de los derechos que el artículo 48 reconoce a los usuarios finales en materia de protección de datos y privacidad.

II

La L.G.T. dedica el Capítulo V del Título III a los “*Derechos de los usuarios finales*” y dispone en su artículo 48, 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*”:

“1.Respecto a la protección de datos personales y 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 AEPD)

La L.G.T. tipifica en los artículos 77.37 y 78.11, como infracción grave o leve, respectivamente, la “vulneración” de “los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el Título III de esta Ley y su normativa de desarrollo”.

III

La denuncia que nos ocupa versa sobre la llamada telefónica no deseada, con fines de comunicación comercial, que el denunciante afirma haber recibido el 08/10/2013 desde el número ***TEL.2 relativa a productos de la empresa ONO (CABLEUROPA, S.A.U.)

De la documentación aportada por el denunciante y de las investigaciones llevadas a cabo por la Inspección ha quedado acreditado que, tal y como afirma el denunciante, recibió en la fecha indicada una llamada desde el número ***TEL.2. Así, TDE ha confirmado la recepción en el número particular del denunciante de una llamada hecha desde el número ***TEL.2 el 08/10/2013, con hora de inicio 10:39 y que finalizó a las 10:42.

Respecto a la naturaleza de la llamada recibida, la grabación aportada por el denunciante, en la que una persona, ***NOMBRE.1, dice actuar en nombre del departamento de empresas de ONO y solicita hablar con el “*encargado o responsable*”, pone de manifiesto que estamos ante una llamada *no automática* de carácter comercial.

A tenor de la información recabada de JAZZ TELECOM, S.A.U., JAZZTEL, operador que tiene asignado el número ***TEL.2, se conoce que el titular de la línea emisora es la sociedad SONISTAR COMUNICACIONES, S.L., entidad que no ha respondido al requerimiento informativo de la AEPD.

Por otra parte, de la información ofrecida por ONO –que es la aparente beneficiaria de la llamada comercial- se evidencia que no existe vinculación entre esta entidad y la llamada sobre la que versa la denuncia. En este sentido, la compañía ha informado que en sus ficheros no constan los datos del denunciante (nombre y apellidos o número de teléfono) y que tampoco aparecen recogidos en las bases de datos que han adquirido a terceros para realizar emisiones comerciales para clientes potenciales, tanto las dirigidas a empresas como a particulares. Añade que los datos del denunciante no constan tampoco en los distribuidores on line con los que trabaja y que el número de procedencia de la llamada, ***TEL.2, no pertenece a ninguna plataforma de telecomunicaciones con la que la compañía trabaje.

Se desprende de lo expuesto que efectivamente el denunciante recibió en su teléfono particular una llamada comercial emitida desde un número de teléfono del que es titular la sociedad SONISTAR COMUNICACIONES, S.L., sin que se haya podido acreditar conexión o vinculación de algún género entre esa llamada y la compañía ONO (sucesora de la antigua Auna Telecomunicaciones, S.A.U.), por lo que de las actuaciones practicada no se evidencia la comisión de una infracción por parte de esa operadora.

En cuanto a la actuación de SONISTAR COMUNICACIONES, S.L., que según todos los indicios parece ser responsable de la llamada telefónica, hay que indicar que, según ha declarado el denunciante, su número de teléfono particular –destinatario de la llamada- estaba incluido en la Lista Robinson. Circunstancia que, de acreditarse, significaría que, en tanto el denunciante se había opuesto al tratamiento de ese dato, la llamada publicitaria recibida sería constitutiva de una infracción del artículo 48.1.b) de la L.G.T.

Como se ha indicado anteriormente el artículo 48.1.b) de la L.G.T. reconoce a los usuarios finales (definidos en su Anexo, apartado 42 en relación con el 41, como la

persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público y no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni las revende) el derecho a oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial, hipótesis en la que se encuadra la llamada que nos ocupa.

La vulneración de este derecho se tipifica como infracción leve en el artículo 78.11 de la L.G.T., precepto que dispone: *“Se consideran infracciones leves: (...) 11.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”*

Llegados a este punto corresponde examinar si efectivamente el denunciante se opuso al tratamiento de su número de teléfono con fines publicitarios.

La LOPD y su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1720/2007 (RLOPD) ofrecen a las personas físicas (condición que tiene el denunciante) dos vías para oponerse al tratamiento de sus datos con fines comerciales: a) dirigir una solicitud a la persona física o jurídica que utiliza los datos con fines publicitarios (artículo 30 de la LOPD) o b) registrar los datos que no se desea que sean utilizados con tal finalidad en un fichero de exclusión publicitaria (artículo 49 del RLPOD).

“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”.

La consecuencia que deriva de la inclusión de los datos en un fichero de esta naturaleza se detalla en 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”*

En la actualidad el único fichero común de exclusión publicitaria creado al amparo del artículo 49.1 del RLPOD que existe es el Fichero Lista Robinson, gestionado por la Asociación Española de Economía Digital (ADIGITAL). El Reglamento interno de funcionamiento del fichero precisa que la inclusión en él evita la publicidad de entidades con las que el afectado no mantenga o haya mantenido ningún tipo de relación y advierte (artículo 14.2) que ADIGITAL comunicará al afectado que la inclusión de la información facilitada en este fichero será eficaz en el plazo de tres meses a partir de la fecha en la que se le notifique la inclusión. Quienes lo deseen pueden registrarse en el fichero de exclusión publicitaria denominado “Servicio de Lista Robinson”, a través del sitio web www.listarobinson.es.

En el presente caso, y en relación con el alegato del denunciante según el cual su número de teléfono (*****TEL.3**), receptor de la llamada publicitaria, estaba incluido en el Servicio Lista Robinson, se ha comprobado ante ADICAE que el número del denunciante está incluido en la citada Lista desde el 29/01/2014, mucho tiempo después de haber recibido la llamada publicitaria que está en el origen de la denuncia, que data

de 08/10/2013. En consecuencia, habida cuenta de que cuando tuvo lugar la llamada publicitaria el denunciante aún no se había opuesto al tratamiento de su número de teléfono con esa finalidad, **no se aprecia en los hechos denunciados infracción del artículo 48.1.b) de la L.G.T., por lo que debe acordarse el archivo de las actuaciones.**

IV

Finalmente, sobre la razón de aplicar las disposiciones de la vigente L.G.T., de 09/05/2014, a unos hechos que acontecieron antes de su publicación, indicar que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en lo sucesivo, RJPAC) acoge el principio de **aplicación retroactiva de la norma más favorable** y establece en el artículo 128.2 que *“las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*.

Este precepto está en consonancia con los principios reconocidos en la Constitución Española que en su artículo 9.3 *“(…) garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

El principio de retroactividad *in bonam partem* o retroactividad de la disposición sancionadora más favorable, obliga a optar por aplicar las disposiciones de la L.G.T. y prescindir de valorar la conducta que se denuncia conforme al régimen jurídico anterior que calificaba el tratamiento de un dato personal con fines publicitarios, cuando el afectado se había opuesto al tratamiento con esa finalidad, como una infracción grave del artículo 6 de la LOPD; infracción más grave, por tanto, que la descrita en el artículo 78.11 de la reciente L.G.T.

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 **CABLEEUROPA, S.A.U.**, y a **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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos