



Expediente Nº: E/00446/2010

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad JAZZ TELECOM, 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 12 de noviembre de 2009, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que denuncia que con fecha 1 de julio de 2009 se dio de alta en el servicio "Lista Robinson" y que tres meses después sigue recibiendo llamadas publicitarias. Manifiesta que con fechas 2 de octubre de 2009, 27 de octubre de 2009 y 7 de noviembre de 2009 ha recibido llamadas de JAZZ TELECOM S.A. (en lo sucesivo Jazztel)

El denunciante aporta copia de la confirmación del registro de sus datos, a través de Internet, en la "lista Robinson" de la FECEMD de fecha 1 de julio de 2009, en la que consta su número de teléfono #####.

Asimismo aporta copia de correos electrónicos, de fechas 2 y 27 de octubre, dirigidos a@listarobinson.es, ciudadano@agped.es y@jazztel.com, en los que manifiesta haber recibido llamadas comerciales de Jazztell a pesar de que sus datos están incluidos en la "Lista Robinson" y de que no consta en los repertorios de abonados, y copia impresa del correo electrónico recibido de@jazztel.com, de fecha 28 de octubre de 2009, en el que le piden disculpas en el caso de que no le hayan tratado correctamente o si no le han facilitado la información solicitada.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

- Con fecha 24 de marzo de 2010, se realizó una inspección en el establecimiento de jazztel, teniendo constancia de los siguientes extremos.
1. Según manifestaciones de Jazztel, los datos utilizados para realizar llamadas comerciales a los clientes de la compañía se obtienen los datos del fichero de clientes, excluyendo a aquellos que han solicitado no recibir publicidad.
 2. Los datos de los "Clientes Potenciales", en la actualidad, se obtienen de un fichero que les facilita la empresa SCHOBBER PDM IBERIA S.A. (en adelante PDM), con la que se suscribió un contrato al efecto con fecha 15 de septiembre de 2009. Según lo establecido en el mismo, cada tres meses PDM entregará a Jazztel un nuevo fichero que recoge las nuevas altas que se hayan producido en los repertorios telefónicos. Así mismo se acuerda que PDM confrontará antes de la

entrega, a fin de excluir a las personas que se hayan inscritas, los datos con la "LISTA ROBINSON" de la FECEMD o con cualquier otro fichero de exclusión común, también PDM se compromete a remitir quincenalmente a Jazztel los datos de las personas que han ejercido los derechos de oposición que se dirijan a PDM directamente o que estén incluidos en los ficheros de exclusión mencionados.

3. Con anterioridad a septiembre de 2009, la entidad que les facilitaba el fichero con los datos de los potenciales clientes era EXPERIAN MARKETING SOLUTIONS, S.L., con la que suscribieron el consiguiente contrato de fecha 8 de agosto de 2008. En el contrato se establece que EXPERIAN garantiza que los datos no incluyen los registros de los afectados incluidos en el Servicio de Listas Robinson de FECEMD. También se comprometen a excluir a aquellas personas que han solicitado ante EXPERIAN o ante el responsable del fichero, que según consta en el contrato es MEYDIS, S.L.

Al cambiar de compañía, se borraron todos los datos aportados por EXPERIAN realizándose una carga completa del fichero con los datos suministrados por PDM.

4. Las campañas publicitarias se realizan o bien desde la propia compañía o bien desde su canal de distribución, en ambos casos el fichero que se utiliza es el facilitado por PDM y especificado en el punto anterior. A este respecto JAZZTEL actualiza cada 7 días este fichero a efectos de excluir a las personas que han solicitado la exclusión.
5. En la Inspección se verificó que los datos relativos al denunciante no constan en el fichero de clientes de la entidad y que tampoco constan datos asociados al número de teléfono #####.
6. También se comprobó que en el fichero de "clientes potenciales", figuran datos relativos al número de teléfono ##### del denunciante. Sin embargo se comprueba que dichos datos se encuentran marcados para su exclusión de las campañas publicitarias desde la fecha de 5 de octubre de 2009.
7. En la Inspección se accedió al fichero en el que se conserven las referencias a las llamadas comerciales realizadas, comprobando que la última llamada que consta realizada al citado número de teléfono es de fecha 20 de abril de 2009.
8. Finalmente, se solicitó a la compañía el acceso a los ficheros que les facilita PDM, que manifestó que dichos ficheros sólo se conservan durante un plazo de tres meses. No obstante aportaron copia impresa, del fichero recibido denominado "TJ_DM_MARCADOS_ROBINSON, en el que consta una referencia al número de teléfono ##### con fecha 2 de octubre de 2009. Los representantes de JAZZTEL manifestaron que a través de ese fichero, PDM les comunicó la exclusión del citado número de teléfono con fecha 2 de octubre de 2009.

- Respecto a la exclusión de los datos relativos al denunciante de los repertorios telefónicos, TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. manifestó lo siguiente:

- 1 La última fecha en la que se comunicaron los datos del denunciante para su inclusión en los repertorios de abonados, fue el 31 de marzo de 2009.
- 2 Con fecha 6 de octubre, a petición del cliente, se cursó una orden de exclusión de



guías, por lo que con fecha 23 de octubre de 2009, se enviaron al citado fichero los datos relativos al denunciante para ser dados de baja.

- 3 En la carga posterior del fichero (total), de fecha 20 de noviembre de 2009, no se remitió ningún dato relativo al denunciante.

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

En cuanto al tratamiento de datos con fines de publicidad y de prospección comercial, precisa el artículo 30.1 de la LOPD que *“Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento”* (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

El concepto de fuente accesible al público se encuentra recogido en el artículo 3.j) de la LOPD, que considera como tal *“aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes accesibles al público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos en la normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.”* (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

Añade el artículo 28.3 que *“las fuentes de acceso público que se editen en forma de libro o algún otro soporte físico, perderán el carácter de fuente accesible con la nueva edición que se publique.”*

En el caso de que se obtenga telepáticamente una copia de la lista en formato electrónico, ésta perderá el carácter de fuente de acceso público en el plazo de una año, contado desde el momento de su obtención”

Ahora bien, tales datos no podrán ser utilizados si el afectado se ha opuesto previamente a que sus datos sean tratados con fines comerciales.

La LOPD prevé la posibilidad de que los destinatarios de la publicidad se opongan al tratamiento de sus datos con fines publicitarios de dos formas distintas: dirigiendo una solicitud a la persona física o jurídica que utiliza los datos con fines publicitarios, o registrando los datos que no se desea que sean utilizados con dicha finalidad en un fichero de exclusión de publicidad.

La primera de las modalidades se encuentra recogida en el artículo 30.4 de la LOPD que dispone que *“los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud”*.

En cuanto a la segunda, 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, en los que se podrán registrar las personas que no deseen recibir comunicaciones comerciales.

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”*

De lo anteriormente expuesto se infiere que los interesados que no deseen recibir publicidad pueden manifestar a una concreta entidad su negativa u oposición al tratamiento de sus datos con fines de publicidad o prospección comercial, para que les excluya de los tratamientos que vaya a realizar con fines comerciales, o pueden solicitar la inclusión en un fichero común de exclusión de publicidad, a fin de que las entidades que van a realizar actividades de publicidad les excluyan de las mismas.

En el supuesto examinado, el denunciante se inscribió en el Servicio de Lista Robinson que es un servicio de exclusión publicitaria gestionado por la Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD). El artículo 32 del Reglamento que regula el funcionamiento del citado servicio indica, en cuanto a la vigencia de la información, que *“FECEMD editará y facilitará por medios electrónicos a las entidades usuarias la información contenida en el fichero de Lista Robinson la cual tendrá una vigencia de dos meses desde el momento de su obtención”*

A lo anterior ha de añadirse, en cuanto a los abonados al servicio de telecomunicaciones, que el artículo 69 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (Reglamento de Servicios de Comunicaciones Electrónicas), aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, relativo a las llamadas no solicitadas con fines de venta directa, afirma, en su apartado 2, lo siguiente:



<<Las llamadas no solicitadas por los abonados con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en el apartado anterior –llamadas automáticas sin intervención humana o fax – podrán efectuarse salvo las dirigidas a aquellos que hayan manifestado su deseo de no recibir dichas llamadas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, para realizar las llamadas a las que este se refiere a quienes hubiesen decidido no figurar en las guías de comunicaciones electrónicas disponibles al público o a los que hubiesen ejercido su derecho a que los datos que aparecen en ellas no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial, será preciso contar con el consentimiento expreso de aquellos>>

En consecuencia la citada normativa de telecomunicaciones, al igual que la LOPD, permite la realización de este tipo de llamadas a los abonados que figuran en las guías disponibles al público, si bien recoge el derecho de los abonados a que sus datos que aparezcan en guías no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial. Por ello, tales llamadas con fines comerciales pueden realizarse siempre que el destinatario de las mismas no se haya opuesto a su realización.

III

En el supuesto examinado el denunciante se registró en el fichero “Lista Robinson”, con fecha 1 de julio de 2009. Asimismo consta que los datos del denunciante fueron comunicados por Telefónica de España S.A.U. para su inclusión en guías hasta el 31 de marzo de 2009.

En la inspección realizada en Jazztel se constató que los datos del denunciante se encontraban marcados para su exclusión de las campañas publicitarias desde el 5 de octubre de 2009 y que la última llamada que se realizó al denunciante fue el día 20 de abril de 2009.

De tales hechos no se infiere la existencia de infracción de la LOPD, pues no se han hallado elementos de prueba de los que pueda deducirse que el denunciante recibió llamadas comerciales procedentes de Jazztel con posterioridad al registro de sus datos en el fichero “Lista Robinson”.

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, 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.”*

En definitiva, este principio impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación o de la intervención en los mismos del presunto infractor.

En el supuesto examinado, no existen indicios suficientes para enervar el principio de presunción de inocencia, por lo que 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 dicha duda del modo más favorable al interesado, procede el archivo de las presentes actuaciones previas de inspección.

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 JAZZ TELECOM, 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.

Madrid, 1 de junio de 2010

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte