



Expediente Nº: E/02950/2018

## RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos en virtud de denuncia presentada por Don **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

### HECHOS

**PRIMERO:** Con fecha 3 de mayo de 2018 tiene entrada en esta Agencia escrito formulado por Don **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante), poniendo de manifiesto que viene recibiendo llamadas comerciales no deseadas de la entidad XFERA MÓVILES, S.A.U., (en lo sucesivo MÁSMÓVIL), en la línea de teléfono número **\*\*\*TELEFONO.1**, ello a pesar de que dicha línea figura inscrita en el fichero común de exclusión del “Servicio Lista Robinson” y de haber manifestado al mencionado operador su oposición a la recepción de las mismas mediante correos electrónicos de fechas 8, 13 y 21 de marzo de 2018.

En concreto, el denunciante señala que recibió tres llamadas comerciales con fechas 12, 16 y 17 de abril de 2018 desde la línea llamante **\*\*\*TELEFONO.2** y una cuarta llamada comercial con fecha 3 de mayo de 2018 desde la línea llamante **\*\*\*TELEFONO.3**.

El denunciante, entre otra, anexa la siguiente documentación:

Impresión de pantalla de la confirmación del alta en el canal telefónico del “Servicio Lista Robinson” de ADIGITAL de la línea **\*\*\*TELEFONO.1** con fecha 9 de agosto de 2017, la cual aparece asociada a los datos personales del denunciante como “Teléfono principal”.

Correo electrónico enviado por el denunciante con fecha 8 de marzo de 2018 a MASMOVIL solicitando no recibir más llamadas comerciales.

Correo electrónico de MASMOVIL al denunciante de fecha 13 de marzo de 2018 solicitándole su número de teléfono a fin de poder tramitar su solicitud, que fue contestado por el afectado con esa misma fecha.

Correo electrónico de MASMOVIL enviado al denunciante el día 19 de marzo de 2018 indicándole que habían trasladado su queja al departamento correspondiente “para evitar” que le sigan llamando.

Correo electrónico enviado por el denunciante con fecha 21 de marzo de 2018 a MASMOVIL reiterando su solicitud de no recibir más llamadas comerciales en la citada línea de teléfono fijo, que además es un número Robinson.

Correo electrónico de MASMOVIL enviado al denunciante el día 23 de marzo de 2018 informándole que se había reclamado la inclusión de su teléfono en las listas Robinson de la entidad y que “el plazo para que todo se gestione correctamente es de 7 a 10 días”.

**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:

- Las cuatro llamadas denunciadas se recibieron en la citada línea de teléfono fijo transcurridos diez días hábiles desde la confirmación por MÁSMÓVIL al denunciante, con fechas 19 y 23 de marzo de 2018, del inicio de las gestiones necesarias para cursar su ejercicio de oposición a la recepción de llamadas comerciales en esa línea.

- Realizada con fecha 29 de mayo de 2018 una búsqueda relativa al número **\*\*\*TELEFONO.3** en el sitio web <https://numeracionyoperadores.cnmc.es>, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), se verifica que no muestra ningún resultado relativo al operador que pueda estar gestionando esa línea.

- Con fecha 29 de mayo de 2018 se incorpora al expediente copia de la información facilitada por TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU y por MASMOVIL en las actuaciones previas de investigación de referencia E/XXXXX/2018, la cual tiene relación con la identidad del titular de la línea **\*\*\*TELEFONO.2**.

## 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

La mencionada Ley 9/2014, de 9 de mayo, dedica el Capítulo V del Título III a los “*Derechos de los usuarios finales*” y les otorga, entre otros, el derecho a oponerse a las llamadas no deseadas con fines publicitarios o comerciales. Así, el artículo 48 de la LGT, bajo la rúbrica “*Derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas*”, dispone, en su apartado 1.b):

*“1. Respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos: (...)*

*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 Agencia Española de Protección de Datos)*

La infracción del artículo 48.1.b) de la LGT se encuentra tipificada en los artículos 77.37 y 78.11, respectivamente, como infracción grave y leve.

La normativa de protección de datos contempla dos vías para que los particulares puedan oponerse al tratamiento de sus datos con fines publicitarios: a) dirigiendo una solicitud a la persona física o jurídica que utiliza los datos con fines publicitarios, o b) registrando los datos que no se desea que sean utilizados con tal finalidad en un fichero de exclusión publicitaria.



La primera de las modalidades se contempla en el artículo 30.4 de LOPD que dispone: *“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 modalidad, el artículo 49 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, (RLOPD) prevé la creación de ficheros comunes de exclusión publicitaria de carácter general o sectorial en los que se podrán registrar las personas que no deseen recibir comunicaciones comerciales, precepto que dispone: *“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”*.

El efecto jurídico que deriva de que el afectado incluya sus datos en un fichero de exclusión publicitaria lo recoge 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”*

A día de hoy solo existe un fichero común de exclusión publicitaria creado al amparo del artículo 49.1 del RLPOD: el Fichero *“Servicio de Listas Robinson”* de ADIGITAL. El Reglamento interno de funcionamiento de este fichero precisa que la inclusión en el mismo evita la publicidad de las entidades con las que el afectado no mantenga o haya mantenido ningún tipo de relación y advierte que el registro en el *“Servicio Lista Robinson”* será efectiva en el plazo de tres meses desde el día siguiente a la inscripción.

### III

En este supuesto, a través de la documentación obrante en el procedimiento ha quedado acreditado que, con anterioridad a la recepción de las llamadas comerciales analizadas, el denunciante había comunicado a MASMOVIL, en concreto el día 21 de marzo de 2018, su oposición a recibir llamadas publicitarias en el número de teléfono de su titularidad **\*\*\*TELEFONO.1**, estando probado también que, con fecha 23 de marzo de 2018, dicho operador le confirmó la tramitación de dicha solicitud en el plazo de 7 a 10 días. Asimismo, consta probado que la mencionada línea de teléfono fijo figura registrada en el Fichero *“Servicio de Listas Robinson”* de ADIGITAL desde el día 9 de agosto de 2017.

No obstante lo cual, el denunciante ha indicado que el período comprendido entre el 12 de abril y el 3 de mayo de 2018 recibió en dicha línea de teléfono fijo un total de cuatro llamadas comerciales en nombre de dicha compañía procedentes de los números **\*\*\*TELEFONO.2** y **\*\*\*TELEFONO.3**.



En relación con los hechos denunciados, se significa que a raíz de las actuaciones de inspección E/XXXXX/2018 practicadas por esta Agencia con motivo de la recepción de una denuncia formulada por hechos similares a los que ahora se analizan, no fue posible identificar al titular de la línea **\*\*\*TELEFONO.2**. De este modo, si bien se obtuvo información referente al titular de dicha línea hasta el 6 de febrero de 2018, sin embargo TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU informó del cambio de numeración de la línea asignada a dicho cliente a partir de esa fecha, cambio motivado por la queja comunicada por éste ante las constantes llamadas que se originaban desde la línea **\*\*\*TELEFONO.2** a números desconocidos de distintas zonas sin su participación y sin su conocimiento.

A lo anterior, hay que sumar que MÁSMÓVIL comunicó a la AEPD que el reseñado número de teléfono no estaba autorizado para la realización de llamadas comerciales en nombre de esa empresa, como tampoco estaba asociado a ninguna agencia de telemarketing con la que MÁSMÓVIL mantuviera vinculación contractual con dicha finalidad.

En cuanto a la línea de teléfono **\*\*\*TELEFONO.3**, con fecha 29 de mayo de 2018 se ha comprobado que en el registro de numeración y operadores de Telecomunicaciones de la CNMC no figuraba ninguna información referente a dicha línea, no constando la misma asignada a ningún operador de telecomunicaciones.

En consecuencia, la información obtenida con motivo de las actuaciones de investigación reseñadas no ha permitido obtener indicios razonables de una posible vinculación del operador denunciado con las llamadas telefónicas comerciales no deseadas objeto de denuncia.

La consideración anterior 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 recaer 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 atención a lo expuesto, habida cuenta de que no existen elementos probatorios o indicios razonables que permitan determinar la responsabilidad de MÁSMÓVIL en la realización de las llamadas publicitarias no deseadas efectuadas desde las dos líneas estudiadas, procede 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:**

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a Don **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 Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), 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