



Expediente Nº: E/03801/2010

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A** en virtud de denuncia presentada ante la misma por DON **B.B.B.** y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 31 de agosto de 2010 tiene entrada en la Agencia Española de Protección de Datos un escrito remitido por DON **B.B.B.** (en adelante el denunciante) en el que denuncia a la compañía TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TELEFÓNICA) manifestando que recibe de modo continuo y persistente llamadas telefónicas de dicha compañía en su número de teléfono **D.D.D.**, ofreciéndole diversos productos.

Añade que recibe llamadas de TELEFÓNICA sin su consentimiento y habiendo comunicado a esta entidad su negativa expresa a que sus datos personales sean tratados para fines publicitarios o comerciales.

El afectado remitió a la compañía sendos escritos, recepcionados en la entidad, con fecha de 1 de marzo y de 23 de abril de 2010, en los que ejercitaba el derecho de exclusión de la utilización de sus datos para fines de publicidad y prospección comercial.

Como ejemplo cita las llamadas recibidas en las siguientes fechas: 30/3 (16:30h), 12/4 (16 y 21h), 22/4 (18:30h), 24/4 (13:25h), 3/5 (13:50h), 18/5 (17:50h), 7/6 (dos veces), 6/7 (dos veces), 22/7 (21:45h), 28/7 (16:45h) y 18/8 (22h).

También, el denunciante aporta escrito remitido por TELEFONICA DE ESPAÑA en el que le solicitan el consentimiento para ceder a TELEFONICA MOVILES DE ESPAÑA, S.A.U. sus datos personales y que, según manifiesta el denunciante, devolvió a TELEFONICA DE ESPAÑA marcando la casilla que indicaba que no consiente dicha cesión.

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:

El afectado ha comunicado a la Inspección de Datos, con fecha de 3 de febrero de 2011, que continua recibiendo llamadas de TELEFONICA DE ESPAÑA y de MoviStar en el número **D.D.D.** y a título de ejemplo los días 15 y 25 de septiembre de 2010, a las 16horas y a las 12:30horas; los días 8, 11 y 26 de noviembre, a las 16:45horas, a las 20horas y a las

10horas; y los días 5, 12 y 14 de enero de 2011, esta última a las 17:30. También indica que el número emisor desde el que le llaman no queda reflejado en su teléfono.

La Inspección de Datos ha verificado que los datos del afectado constan en el repertorio electrónico de clientes del Servicio Telefónico Básico de la compañía Telefónica de España, S.A.U. con domicilio en C **A.A.A.** y número de línea **D.D.D.**.

De las actuaciones realizadas por la Inspección de Datos en la compañía TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. se desprende lo siguiente:

- Se ha verificado que el titular de la línea **D.D.D.** es el afectado y que tiene los siguientes indicativos con respecto al tratamiento de los datos personales con fines publicitarios:
 - “2 Exclusión contacto telefónico”, que significa que no se puede realizar llamadas telefónicas con fines publicitarios.
 - “Q No cesión datos facturación para promociones comerciales”.
 - “A No cesión datos empresas del grupo”.
 - “U No utilización datos insertados en guías”.
 - “J No tratamiento de datos para promociones comerciales de productos de terceros”.

- También, se ha verificado que, con fecha 5 de marzo de 2010, consta una orden de servicio de la línea **D.D.D.** con código “33” y que corresponde con un cambio de datos administrativos tras la recepción de la carta del afectado solicitando no recibir publicidad.

- Se ha comprobado que no constan llamadas entrantes al número de línea **D.D.D.** realizadas desde las compañías TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFONICA MÓVILES DE ESPAÑA S.A.U., sin embargo constan llamadas realizadas por clientes de otros operadores en las siguientes fechas y horas:
 - 30/III/2010 de 13horas a 18horas.
 - 15/IX/2010 de 0horas a 24horas.
 - 25/IX/2010 de 0horas a 24horas.
 - 8/XI/2010 de 16horas a 17horas.
 - 26/XI/2010 a las 10horas.
 - 5/I/2011 de 0horas a 24horas.
 - 12/I/2011 de 0horas a 24horas.
 - 14/I/2011 de 17horas a 18horas.

Por otra parte no constan llamadas entrantes al número de línea **D.D.D.** los días 18 de agosto de 2010 de 20 a 24horas y el día 11 de noviembre de 2010 de 19 a 21horas.



- La representante de TELEFONICA DE ESPAÑA manifiesta que las llamadas con finalidad publicitaria, a teléfonos de clientes residenciales como es el presente caso, realizadas por las compañías que utilizan la marca MoviStar (TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. y TELEFONICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U.) se efectúan desde el número 1004, titularidad de ambas compañías, y se reflejaría como número llamante en las comprobaciones realizadas y descritas en el apartado anterior.
- Po todo ello se podría concluir que se ha verificado por parte de la Inspección de Datos que ni TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. ni TELEFONICA MÓVILES DE ESPAÑA, S.A.U. ha realizado diez llamadas de las detalladas por el denunciante, en el periodo comprendido entre el 30 de marzo de 2010 y el 14 de enero de 2011, al número de línea receptor **D.D.D.**.

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

El artículo 6.1 de la LOPD regula uno de los principios básicos en la protección de datos, el principio del consentimiento del afectado, en los siguientes términos:

“1.- El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.”

En el caso que nos ocupa, el denunciante manifiesta que recibe llamadas de TELEFÓNICA sin su consentimiento y habiendo comunicado a esta entidad su negativa expresa a que sus datos personales sean tratados para fines publicitarios o comerciales.

III

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 del principio de presunción de inocencia.

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."

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 constatado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta 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 sentido y para este caso concreto no se aprecian indicios de vulneración a la normativa vigente en materia de protección de datos, ya que no queda acreditado que TELEFÓNICA realizara llamadas al número de línea indicado por el denunciante, por lo que, de acuerdo con el principio de presunción de inocencia reseñado y a la doctrina establecida al respecto, se procede al archivo de las actuaciones.

Y ello en base a las comprobaciones que tuvieron lugar en la inspección realizada por Subdirección General de Inspección de Datos a la entidad denunciada. En la misma se pudo comprobar que en las fechas y en las horas que el denunciante manifiesta recibir llamadas publicitarias de TELEFÓNICA, no consta que la misma las haya realizado, sin embargo si que existen llamadas realizadas en estas fechas y horas de otras operadoras, como VERIZON



BUSINESS (ESTADOS UNIDOS), XTRA TELECOM, EUSKALTEL S.A o KOMPACTIUM TECNOLOGÍA 2008.

IV

Por último, cabe señalar que la LOPD provee la posibilidad de que los destinatarios de la publicidad, para evitar que distintas entidades realicen llamadas con fines comerciales sin consentimiento del que las recibe, 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 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.

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”*

Sobre este punto ha de precisarse que a día de hoy sólo existe un fichero común de exclusión publicitaria, creado al amparo del citado artículo 49, gestionado por la Asociación Española de Economía Digital, que evita la publicidad de entidades con las que el afectado no mantenga o haya mantenido ningún tipo de relación. Quienes lo deseen pueden registrarse en dicho fichero de exclusión publicitaria, denominado “Servicio de Lista Robinson”, a través del sitio web www.listarobinson.es.

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 publicitarios o de prospección comercial, para que les excluya de los tratamientos que vaya a realizar con dicha finalidad, o pueden solicitar la inclusión de sus datos en un fichero común de exclusión publicitaria, a fin de que las entidades que van a realizar actividades de publicidad les excluyan de las mismas.

De este modo, la persona que recibe las llamadas comerciales puede dirigirse a la entidad que las realiza identificándose como titular de la línea y solicitar el cese en la

realización de las mismas. En este caso la entidad quedaría obligada a tramitar la solicitud del titular de la línea al haber quedado identificado.

Por los mismos motivos queda obligada la entidad que va a realizar una acción publicitaria, mediante llamadas de telefonía vocal, de excluir de dicha campaña a las personas que se hallen inscritas en el "Servicio de Lista Robinson" y hayan registrado el número de línea en el que no desean recibir llamadas con contenido comercial.

V

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 **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A** y a **DON B.B.B..**

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, 16 de marzo de 2011

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA



DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte