



Procedimiento nº.: PS/00262/2018

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00123/2019

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **XFERA MÓVILES, S.A.U.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00262/2018, y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 26 de diciembre de 2018, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00262/2018, en virtud de la cual se imponía a XFERA MÓVILES, S.A.U., una sanción de 12.000 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 48.1.b) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGT) en su relación con lo dispuesto en el artículo 30.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), infracción tipificada como leve en el artículo 78.11 de la citada norma, de conformidad con lo establecido en los artículos 79.1.d) y 80 de la citada Ley .

Dicha resolución, que fue notificada a la mencionada empresa el 12 de enero de 2019, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDO: Con anterioridad a la transcripción de los hechos que han resultado probados en el procedimiento sancionador PS/00262/2018, se señala que los Anexos I, II y III citados en los mismos se refieren a la siguiente información:

Anexo I: Denunciante 1: Don **A.A.A.**;
Denunciante 2 Don **B.B.B.**

Anexo II: Teléfono Móvil 1 Denunciante 1: *****TELEFONO.1**

Anexo III: Teléfono Fijo 1 Denunciante 2: *****TELEFONO.2**
Teléfono Móvil 2 Denunciante 2: *****TELEFONO.3**

TERCERO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00262/2018, quedó constancia de los siguientes:

<<HECHOS PROBADOS

“PRIMERO: EN RELACIÓN CON EL DENUNCIANTE 1:

1.1 *Con fecha 10 de noviembre de 2017 se registra de entrada escrito del Denunciante 1, cuya identidad se detalla en el Anexo I, denunciando la recepción de llamadas comerciales de MASMOVIL en el teléfono móvil nº 1 que se detalla*

en el Anexo II, con posterioridad a haber solicitado ante dicha entidad el cese de las mismas. El Denunciante 1 afirma que dichas llamadas se producen “a raíz de que un día que solicité información sobre un producto vía telefónica”.

- 1.2 Con fecha 9 de octubre de 2017 el Denunciante 1 ejerció a través del perfil corporativo en Facebook, Messenger, de MASMOVIL su derecho de oposición a recibir llamadas publicitarias de esa entidad en el teléfono móvil 1 que aparece indicado en el Anexo II.

Dicha petición se contestó por MASMOVIL a través del mismo canal, con fecha 9 de octubre de 2017, indicando al Denunciante 1 la apertura de solicitud con número *****SOLICITUD.1** para que dejase de recibir llamadas comerciales en el citado teléfono móvil, trámite que se advertía se cumplimentaría por esa empresa en un plazo de entre 7 y 10 días a contar desde la solicitud.

- 1.3 El Denunciante 1 no se encuentra dado de alta en el Servicio Lista Robinson de ADIGITAL.

- 1.4 ORANGE ESPAGNE, SAU ha confirmado a la AEPD la siguiente información:

El Denunciante 1 era titular del teléfono móvil 1 en noviembre de 2017.

El Denunciante 1 recibió en el teléfono móvil 1 las siguientes llamadas de voz:

Desde el número **983456433**:

Una llamada realizada con fecha 07/11/2017 a las 16:19 horas

Desde el número **955275792**:

Una llamada realizada con fecha 08/11/2017 a las 17:58 horas

Otra llamada realizada con fecha 10/11/2017 a las 16:41 horas

- 1.5 Los números de teléfono **983456433** y **955275792** están asignados al proveedor de servicio mayorista CRISTALWARE CONSULTING SERVICE S.L.

- 1.6 CRISTALWARE CONSULTING SERVICE S.L. ha informado a la AEPD que la mercantil ALMINORA COMUNICACIONES S.L., (en adelante ALMINORA), ha sido titular de los números de teléfono **983456433** y **955275792** entre el 06/02/2013, fecha del contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones suscrito entre ambas entidades, y el 31/01/2018, fecha en que ALMINORA solicitó la baja del servicio de telefonía contratado.

- 1.7 MASMOVIL ha aportado copia de “Contrato de Prestación de Servicios de Telemarketing” suscrito con fecha 11 de mayo de 2016 entre las entidades MÁS MOVIL TELECOM 3.0, SAU (MASMOVIL u Operadora en el contrato) e INNOVACIÓN DIGITAL Y DESARROLLO TECNOLÓGICOS, S.L. (EL PROVEEDOR en el contrato), que tenía como objeto “la prestación por parte de EL PROVEEDOR a MASMOVIL (...) de diversos servicios de telemarketing, los cuales son descritos con más precisión en el Anexo 1 del Contrato (...)”.

En los puntos 2 y 3.1 de la cláusula 11 del citado contrato, referida a “Protección de Datos” se señala:

“11.2 Con el fin de poder prestar a MASMOVIL los Servicios, EL PROVEEDOR deberá tratar datos de carácter personal contenidos en ficheros de MASMOVIL, en nombre y por cuenta de éste, asumiendo la consideración de encargado del tratamiento, conforme el art. 12 de la LOPD.



11.3 EL PROVEEDOR, como encargado del tratamiento, se compromete a:

1.- Tratar los datos personales incluidos en los ficheros de MASMOVIL siguiendo, en todo momento, las instrucciones que EL PROVEEDOR reciba de ésta, y no aplicar o utilizar dichos datos con fin distinto al previsto en el objeto de este Contrato.”

En la cláusula 13 del Contrato, relativo a la “Subcontratación y Cesión”, se señala que:

“13.1 EL PROVEEDOR no podrá (i) subcontratar todos o parte de los Servicios con otras empresas para su ejecución; ni (ii) ceder el Contrato ni cualesquiera derechos y obligaciones derivadas del mismo.

13.2 Ambas Partes, como excepción a lo anterior en cuanto a lo que respecta al PROVEEDOR, tendrán la facultad de ceder el Contrato a favor de una empresa de su mismo grupo empresarial. Se entenderá que existe control en caso de producirse cualquiera de los supuestos previstos en el art. 42 del Código de Comercio.”

- 1.8 AGENCIA B12 ha presentado copia del “Contrato de Prestación de Servicios de Telemarketing” reseñado en el hecho 1.7 que consta como firmado por las entidades MÁS MOVIL TELECOM 3.0, SAU e INNOVACIÓN DIGITAL Y DESARROLLO TECNOLÓGICOS, S.L. el día 25 de mayo de 2016.

La redacción de la cláusula 13 del Contrato, relativo a la “Subcontratación y Cesión”, señala que:

“13.1 EL PROVEEDOR no podrá (i) subcontratar todos o parte de los Servicios con otras empresas para su ejecución; ni (ii) ceder el Contrato ni cualesquiera derechos y obligaciones derivadas del mismo.

13.2 Ambas Partes tendrán la facultad de ceder el Contrato a favor de una empresa de su mismo grupo empresarial. Se entenderá que existe control en caso de producirse cualquiera de los supuestos previstos en el art. 42 del Código de Comercio.”

- 1.9 MASMOVIL y AGENCIA B12 han aportado copia de documentación que justifica que, con fecha 27 de diciembre de 2016, INNOVACIÓN DIGITAL Y DESARROLLO TECNOLÓGICOS, S.L. (en adelante INNOVACIÓN DIGITAL) comunicó a MÁS MOVIL TELECOM 3.0, SAU su intención de proceder, con efectos de 1 de enero de 2017, a la cesión del “Contrato de Prestación de Servicios de Telemarketing” de 25 de mayo de 2016 a favor de AGENCIA B12 ONLINE, S.L., sociedad de su mismo grupo empresarial, que en virtud de dicha cesión quedará subrogada, desde dicha fecha, en los derechos y obligaciones derivados del mencionado contrato de prestación de servicios.

La copia del escrito de comunicación de cesión figura suscrito por INNOVACIÓN DIGITAL y, en muestra de aceptación, por MÁS MOVIL TELECOM 3.0, SAU.

- 1.10 Con fecha 1 de enero de 2017, las mercantiles AGENCIA B12 ONLINE, S.L., (AGENCIA B12, en el contrato), y ALMINORA COMUNICACIONES, S.L. (EL PROVEEDOR, en el contrato) suscribieron “Contrato de Prestación de Servicios Outbound”, que tenía como objeto “la prestación por parte de EL PROVEEDOR a AGENCIA B12 (...) de diversos servicios de telemarketing”, los cuales se describen en el Anexo 1 del Contrato.

En los puntos 2 y 3.1 de la cláusula 11 de dicho Contrato, referida a “PROTECCIÓN DE DATOS” se señala:



“11.2 Con el fin de poder prestar a AGENCIA B12 los Servicios, EL PROVEEDOR deberá tratar datos de carácter personal contenidos en ficheros de AGENCIA B12, en nombre y por cuenta de éste, asumiendo la consideración de encargado del tratamiento, conforme el art. 12 de la LOPD.

11.3 EL PROVEEDOR, como encargado del tratamiento, se compromete a:

1.- Tratar los datos personales incluidos en los ficheros de AGENCIA B12 siguiendo, en todo momento, las instrucciones que EL PROVEEDOR reciba de ésta, y no aplicar o utilizar dichos datos con fin distinto al previsto en el objeto de este Contrato.”

1.11 *Con fecha 13 de septiembre de 2017 se acordó la fusión por absorción de MÁS MOVIL TELECOM 3.0, SAU por XFERA MÓVILES, SAU*

1.12 *MASMOVIL ha afirmado no mantener relación contractual alguna con ALMINORA.*

1.13 *MASMOVIL mantiene que con fecha 6 de noviembre de 2017 remitió un correo electrónico dando las instrucciones oportunas a su proveedor de servicios de telemarketing AGENCIA B12 para que excluyera el teléfono móvil 1 del Denunciante 1 de las acciones publicitarias a realizar en su favor.*

1.14 *MASMOVIL ha aportado impresión de un correo electrónico en cuyo encabezamiento figura como remitido a las 11:40 del día 6 de noviembre de 2017 desde la cuenta *****EMAIL.1** a las siguientes cuentas de correo **“***EMAIL.2; ***EMAIL.3; ***EMAIL.4; ***EMAIL.5”** y con CC a *****EMAIL.6; ***EMAIL.7”**, con asunto: *“Listado de teléfonos a excluir”, y como “Datos Adjuntos” el fichero “EXCLU_ROB_CLIENTES_171106.7z”. El cuerpo del mensaje muestra el siguiente texto:**

“Estimado distribuidor,

Adjuntamos el listado de numeraciones sobre las que no está permitida la emisión de llamadas, por lo que desde la fecha de recepción de este email, está obligado a no realizar llamadas a ninguna de estas numeraciones en nombre de Masmovil o cualesquiera de las empresas del Grupo MasMovil. Un saludo. “

Los destinatarios de este envío, incluidos los reseñados en CC, están asociados a cuentas de correo del dominio masmovil.com, excepción hecha del correo perteneciente al dominio bluetat.net, según constatación de fecha 8 de noviembre de 2018,

1.15 *Con fecha 13 de septiembre de 2018 se ha verificado que el fichero “EXCLU_ROB_CLIENTES_171106.7z”, adjuntado al correo electrónico reseñado en el Hecho Probado 1.13 anterior, incluía el número de teléfono móvil 1 del Denunciante 1 entre las líneas a excluir de las campañas comerciales a realizar en nombre y por cuenta de MASMOVIL.*

SEGUNDO: EN RELACIÓN CON EL DENUNCIANTE 2

2.1 *Con fechas 10/10/2017 y 13/10/2017 el Denunciante 2 remitió desde la cuenta identificada como correo electrónico del Denunciante 2, detallada en el Anexo III a la dirección **hola@masmovil.es** dos correos electrónicos con el siguiente asunto: *“Petición de suspensión inmediata de acoso telefónico por parte de Masmovil”.**



En dichos correos el denunciante se oponía a la recepción de llamadas telefónicas comerciales de MASMOVIL en las líneas fija y móvil de su titularidad identificadas como teléfono fijo 1 y teléfono móvil 2 del Denunciante 2, en las que venía recibiendo llamadas desde los números de teléfono fijo que señalaba en las solicitudes de fechas 10/10/2017 y 13/10/2017, antes citadas.

2.2 Con fecha 16/10/2017 MASMOVIL remitió a la cuenta de correo electrónico del Denunciante 2 desde la dirección **hola@masmovil.es** el siguiente escrito:

*“Hola, Hemos recibido tu petición de Cancelación de Datos en nuestros sistemas, te confirmamos que será efectiva en el plazo máximo de 10 días a contar desde la fecha de hoy en que se ha cursado tu solicitud al Departamento responsable del tratamiento de datos. Tu número de petición es el *****SOLICITUD.2**. Un saludo, C.C.C.. Equipo MASMOVIL”*

2.3 El denunciante no se encuentra dado de alta en el Servicio Lista Robinson de ADIGITAL.

2.4 En enero de 2018 el Denunciante 2 era titular del teléfono fijo 1 y del teléfono móvil 2 reseñados en el Anexo III, según ha confirmado a esta Agencia el operador TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU.

2.5 TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. ha confirmado a esta Agencia que el día 15/01/2018 el Denunciante 2 recibió desde la línea **621205766** las siguientes llamadas:

- Una llamada en el teléfono móvil 2 a las 17:33 horas.
- Una llamada en el teléfono fijo a las 19:30 horas

2.6 CELLCOM es titular de la línea **621205766** desde el 15/11/2017.

2.7 MASMOVIL ha aportado impresión de un correo electrónico en cuyo encabezamiento figura como remitido a las 17:20 del día 23 de octubre de 2017, desde la cuenta **business.intelligence@masmovil.com**, a las siguientes cuentas de correo *****EMAIL.2; ***EMAIL.3; ***EMAIL.4; ***EMAIL.5** y con CC a *****EMAIL.6; ***EMAIL.8; ***EMAIL.9**, con asunto: “Lista Robinson 171023, y como “Datos Adjuntos” el fichero **“EXCLU_ROB_CLIENTES_171023.7z”**. El cuerpo del mensaje muestra el siguiente texto:

“Estimado distribuidor,

Adjuntamos el listado de numeraciones sobre las que no está permitida la emisión de llamadas, por lo que, desde la fecha de recepción de este email, está obligado a no realizar llamadas a ninguna de estas numeraciones en nombre de MasMovil o cualesquiera de las empresas del Grupo MasMovil. Sin otro particular, reciba un cordial saludo “

2.8 Con fecha 9 de septiembre de 2018 se verifica que el fichero el fichero **“EXCLU_ROB_CLIENTES_171023.7z”**, adjuntado al correo electrónico de fecha 23 de octubre de 2017 reseñado en el hecho Probado 2.7 anterior, incluye el número de teléfono móvil 2 del Denunciante 2 a los efectos de su exclusión de las campañas de telemarketing, pero no contiene el número de teléfono fijo 1 del Denunciante 2.

*Los destinatarios de este envío, incluidos los reseñados en CC, están asociados a cuentas de correo del dominio **masmovil.com**, excepción hecha del correo que*

tiene como destinatario a *****EMAIL.9**, según constatación de fecha 8 de noviembre de 2018.

2.9 CELLCOM ha manifestado que con fecha 5 de enero de 2018 recibió de MASMOVIL la base de datos que incluía los números de teléfono de potenciales clientes a utilizar para la realización de las llamadas comerciales de la campaña en cuyo marco el Denunciante 2 recibió con fecha 15 de enero de 2018 las dos llamadas reseñadas en el hecho probado 2.5.

2.10 CELLCOM ha manifestado que con fecha 8 de enero de 2018 recibió de MASMOVIL la "Lista Robinson" con los números de teléfono a excluir de la campaña en la que se enmarcan las dos llamadas comerciales recibidas por el Denunciante 2 con fecha 15/01/2018 desde la línea **621205766**, detalladas en el Hecho Probado 2.5 anterior. Dicha entidad ha reconocido que en dicha "Lista Robinson" aparecía incluido el teléfono móvil 2 del Denunciante 2, no apareciendo incluido el teléfono fijo 1 del Denunciante 2

2.11 Consta que con fecha 1 de octubre de 2016 MASMOVIL TELECOM 3.0, S.A.U. y CELLCOM ESPAÑA 2000, S.L. suscribieron "Contrato de Prestación de Servicios de Telemarketing", en el que MASMOVIL acordó con CELLCOM (en el contrato EL PROVEEDOR), que éste le prestaría los servicios de telemarketing-outbound descritos en el Anexo 1 del Contrato.

En las cláusulas 7.5 y 7.9 del Contrato se señala

"7.5. Inspección de la ejecución DE LOS Servicios. EL PROVEEDOR está obligado a permitir a MASMOVIL examinar directamente, en cualquier momento, el cumplimiento por EL PROVEEDOR de las obligaciones derivadas del Contrato y la adecuación de la prestación de los Servicios a los términos pactados y a a las instrucciones impartidas por MASMOVIL en cada momento. Por tanto, EL PROVEEDOR permitirá a MASMOVIL realizar las inspecciones que considere oportunas a tal efecto, con el menor impacto razonablemente posible en la normal prestación de los servicios por EL PROVEEDOR. (...)"

"7.9 Legislación. EL PROVEEDOR se obliga a cumplir escrupulosamente con la legislación vigente que sea de aplicación a la actividad objeto del presente Contrato, en concreto toda aquella normativa en materia de consumo, (...). La Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo, la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, así como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal y su normativa de desarrollo."

A su vez, en la cláusula 1 del reseñado Anexo 1 del contrato consta:

"1. Requerimientos operativos

El objeto del contrato es la contratación de los servicios necesarios para realizar una actividad comercial telefónica a bases de datos de particulares, potenciales usuarios de servicios y productos de voz fija y móvil, internet de banda ancha, servicios convergentes.

1.1 Antecedentes:

1.1.1. Tipología de Servicios de emisión de llamadas a realizar por el proveedor:



- o Campañas de llamadas a Clientes potenciales dentro de las BBDD especializadas en el segmento Residencial.
- o Campañas de llamadas a ex clientes para volver a contratar los productos del GRUPO MASVOVIL
- o Campañas de llamadas a clientes que cancelaron la solicitud de los servicios contratados.
- o Campañas de llamadas a leads/consultas de cobertura realizadas por todos los canales de venta del GRUPO MASMOVIL.

(...)

1.3 **Compromisos:**

(...)

1.3.6 EL PROVEEDOR únicamente comercializará los servicios y productos respecto a la numeración contenida en las bases de datos que MASMOVIL le entregue. Dichas bases de datos podrán utilizarse por el PROVEEDOR durante el mes en el que se produzca su entrega y los 15 días posteriores a la finalización de dicho mes, salvo que MASMOVIL indique otro plazo distinto. Pasado dicho plazo el PROVEEDOR no podrá utilizar dichas bases de datos, salvo autorización expresa de MASMOVIL. De este modo, el PROVEEDOR no podrá utilizar bases de datos propias, salvo que, de forma previa y por escrito, MASMOVIL autorice dicho uso y realice los filtros necesarios sobre la numeración contenida en las mismas.

(...)

1.3.8 En el caso de que MASMOVIL así lo solicite al PROVEEDOR, éste deberá permitir que MASMOVIL realice los controles de calidad sobre la actividad del proveedor que MASMOVIL indique, adoptando para ello las medidas que sean necesarias. Estos controles podrán ser, entre otros, facilitar a MASMOVIL el acceso necesario a las llamadas telefónicas cursadas por el PROVEEDOR, bien desde las propias instalaciones del PROVEEDOR. “>>

CUARTO: XFERA MÓVILES, S.A.U. (en lo sucesivo, el recurrente) ha presentado en fecha 12 de febrero de 2019, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo en los argumentos que a continuación se indican, y que, básicamente, reproducen los ya utilizados al contestar la Propuesta de Resolución:

- Tras dar por reiteradas las alegaciones vertidas a lo largo de la tramitación del procedimiento, el recurrente manifiesta su disconformidad frente a lo que considera una valoración distinta de los hechos por parte de la AEPD ante un esquema de conducta idéntico del recurrente.
- Vulneración de los principios de presunción de inocencia y de tipicidad.
- Subsidiariamente, solicita la atenuación de la sanción impuesta a 900 euros, entendiéndolo que concurren supuestos para dicha minoración al estar acreditada la emisión por la recurrente del correo electrónico con las instrucciones debidas y, “por

tanto, la disponibilidad a expensas de su receptor, tal y como ha confirmado CELLCOM.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por el recurrente, reiterándose básicamente en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho del IV al VIII, ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<IV

En lo que respecta al Denunciante 1, de la instrucción del procedimiento se constata que las tres llamadas comerciales de MASMOVIL que el Denunciante 1 recibió con fechas 7, 8 y 10 de noviembre de 2017 en el teléfono móvil 1 de su titularidad se efectuaron por ALMINORA por encargo de AGENCIA B12, mercantil ésta que, desde el 1 de enero de 2017, actuaba como proveedor de servicios de telemarketing de MASMOVIL, al haber quedado subrogada en los derechos y obligaciones de INNOVACIÓN DIGITAL derivados del “Contrato de Prestación de Servicios de Telemarketing” suscrito, según figura en la copia del mismo aportada por MASMOVIL, con fecha 11 de mayo de 2016, entre INNOVACIÓN DIGITAL y MÁS MOVIL TELECOM 3.0, SAU. Por lo tanto, estas tres llamadas comerciales a favor y por cuenta de MASMOVIL se produjeron con posterioridad a que el Denunciante 1 hubiera manifestado ante esa operadora su oposición a recibir llamadas publicitarias no deseadas en la línea de teléfono móvil 1 de su titularidad, y MASMOVIL le hubiera confirmado su tramitación en un plazo máximo de 10 días.

*Consta acreditado en el procedimiento que, con fechas 7, 8 y 10 de noviembre de 2017, el Denunciante 1 recibió un total de tres llamadas publicitarias no deseadas procedentes de las líneas números **983456433** y **955275792** de (Hecho Probado 1.4) en la línea de teléfono móvil 1 reseñada en el Anexo II. Dichas acciones publicitarias se llevaron a cabo a pesar de que, con anterioridad, el Denunciante 1 había ejercido su derecho de oposición ante MASMOVIL para no recibir llamadas comerciales no deseadas en dicho número de teléfono móvil referidas a productos y servicios de MASMOVIL. De este modo, consta en el procedimiento documentación acreditativa tanto de que con fecha 09/10/2017 el Denunciante 1 se había opuesto ante MASMOVIL a la recepción de llamadas publicitarias no deseadas en la reseñada línea de su titularidad, como de que MASMOVIL le confirmó, con esa misma fecha, que en el plazo de diez días se haría efectiva la tramitación de dicha solicitud (Hecho Probado 1.2).*



Por otra parte, el operador ORANGE ESPAGNE, SAU ha confirmado la recepción de las tres llamadas anteriormente reseñadas en el teléfono móvil 1 del Denunciante 1 desde las líneas llamantes números **983456433** y **955275792**. Estas dos líneas estaban asignadas en noviembre de 2017 a ALMINORA, empresa que durante las actuaciones previas de investigación E/06820/2017 manifestó a esta Agencia que tenía “firmado con la mercantil AGENCIA B12 ONLINE, SL un Contrato de Prestación de Servicios Outbound, celebrado con fecha 1 de enero de 2017. (...) Por lo tanto, Alminora comunicaciones, SL realiza llamadas con el objetivo de contratación de los servicios de voz y datos de MASMOVIL.”. Asimismo, ALMINORA reconoció haber realizado los días 7, 8 y 10 de noviembre de 2017 las llamadas comerciales de MASMOVIL al teléfono móvil del Denunciante 1. Paralelamente, MASMOVIL y AGENCIA B12 han aportado al procedimiento documentación acreditativa de que AGENCIA B12 tiene la condición de proveedor de servicios de telemarketing de MASMOVIL desde el 1 de enero de 2017 (Hecho Probado 1.9).

MASMOVIL rechaza su responsabilidad en la realización de las tres llamadas descritas alegando que con fecha remitió un correo electrónico dando instrucciones a AGENCIA B12 para que no realizara llamadas a los números de teléfono que figuraban en el fichero Robinson de excluidos que se adjuntaba a dicho correo electrónico. A este respecto, si bien se ha verificado por esta Agencia que el fichero Robinson de excluidos aportado por MASMOVIL como anexo a dicho correo incluía registrado el teléfono móvil 1 del Denunciante 1 para que no fuera incluido en las campañas comerciales de MASMOVIL, sin embargo MASMOVIL no ha probado la efectiva recepción del reseñado correo electrónico por AGENCIA B12, al igual que tampoco ha justificado mediante ningún medio de prueba la vinculación, fehaciente, de los destinatarios, incluidos los que figuran en CC, del reseñado envío con su proveedor de servicios AGENCIA B12.

No basta para la acreditación de las reseñadas circunstancias la mera y genérica afirmación por parte de MASMOVIL de la recepción de tal envío por dicho proveedor de servicios o indicar que la cuenta de correo **sistemas@telestant.com** mantiene vinculación con AGENCIA B12 sin probar en modo alguno su relación con AGENCIA B12, máxime cuando se ha comprobado que los destinatarios que figuran en la copia del reseñado correo electrónico aportado por MASMOVIL con fecha 4 de octubre de 2018 se vinculan a cuentas del dominio **masmovil.com**, con excepción del vinculado al dominio **bluetab.net**, del que MASMOVIL tampoco ha acreditado su posible vinculación con AGENCIA B12.

Por lo tanto, al no estar probada la efectiva recepción del reseñado correo electrónico de fecha 06/11/2017 con el fichero de excluidos adjuntado al mismo por AGENCIA B12, y no haberse acreditado tampoco por MASMOVIL la realización de alguna actuación tendente a verificar la efectiva recepción de dicho envío por sus destinatarios, se considera que MASMOVIL no mostró la diligencia que le resultaba exigible para adoptar las medidas de control necesarias para velar por el cumplimiento del derecho del Denunciante 1 a no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial en la línea de teléfono móvil 1, puesto que, en cualquier caso, no se aseguró de que la Lista Robinson de Excluidos que indica remitió a AGENCIA B12 había sido recibida por este proveedor. No debe olvidarse que el Denunciante 1, usuario final de los servicios de comunicaciones electrónicas, había comunicado a MASMOVIL su oposición a recibir ese tipo de llamadas con anterioridad a la recepción de las llamadas comerciales no deseadas analizadas. En consecuencia, se considera que MASMOVIL ha vulnerado el derecho reconocido en el

artículo 48.1.b) de la LGT.

V

En lo que respecta al Denunciante 2, de la instrucción del procedimiento se constata que las dos llamadas comerciales de MASMOVIL recibidas por el Denunciante 2 en dos líneas de su titularidad, con fecha 15/01/2018, se efectuaron por CELLCOM actuando como proveedor de servicios de telemarketing de MASMOVIL, empresa con la que CELLCOM suscribió "Contrato de Prestación de Servicios de Telemarketing" con fecha 1 de octubre de 2016. Por lo tanto, estas dos llamadas comerciales a favor y por cuenta de MASMOVIL se produjeron después de que el Denunciante 2 hubiera manifestado ante dicha operadora su oposición a recibir llamadas publicitarias no deseadas en las reseñadas líneas, y MASMOVIL le hubiera confirmado su tramitación en un plazo máximo de 10 días.

Consta acreditado en el procedimiento que, con fecha 15/01/2018, el Denunciante 2 recibió desde la línea de teléfono **621205766** un total de dos llamadas publicitarias no deseadas, una en el teléfono fijo 1 y otra en el teléfono móvil 2 reseñados en el Anexo III. Dichas acciones publicitarias se llevaron a cabo a pesar de que, con anterioridad, el Denunciante 2 había ejercido su derecho de oposición frente a MASMOVIL para no recibir llamadas comerciales no deseadas en dichos números de teléfono referidas a productos y servicios de MASMOVIL. Así, obra en el procedimiento documentación acreditativa de que, con fechas 10/10/2017 y 13/10/2017, el Denunciante 2 se había opuesto ante MASMOVIL a la recepción de llamadas publicitarias no deseadas en las reseñadas líneas de su titularidad, constando también que MASMOVIL le confirmó, con fecha 16/10/2017, que en el plazo de diez días se haría efectiva la tramitación de dicha solicitud.

Por otra parte, el operador TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU ha confirmado la recepción con fecha 15/01/2018 de dos llamadas en las dos líneas titularidad del Denunciante 2 desde el número emisor **621205766** reseñado, línea cuya titularidad recaía sobre CELLCOM, empresa ésta que, a su vez, ha reconocido, tanto durante las actuaciones previas de investigación E/01065/2018 como en las alegaciones al acuerdo de inicio del PS/00265/2018 y la contestación a las pruebas cuya práctica le fue requerida, la realización de ambas llamadas al Denunciante 2 en el marco del "Contrato de Prestación de Servicios de Telemarketing" suscrito con MASMOVIL el 01/10/2016.

En el presente supuesto MASMOVIL no ha acreditado por ningún medio de prueba la efectiva recepción del correo electrónico de fecha 23/10/2017 que adjuntaba la "Lista Robinson 171023" de números excluidos que ha alegado remitió a CELLCOM, y que incluía registrado el teléfono móvil 1 del Denunciante 2, pero no el teléfono fijo 1 del Denunciante 2, circunstancias éstas constatadas por esta Agencia a través del acceso efectuado a la "Lista Robinson 171023" con fecha 9 de septiembre de 2018. En relación con este correo electrónico, MASMOVIL tampoco ha probado que alguno de los destinatarios del citado envío estuviera vinculado al mencionado proveedor de servicios de telemarketing.

Sentado lo anterior, en el presente caso hay que valorar la información obtenida a partir de la documentación procedente del procedimiento sancionador nº PS/00265/2018 que se cita en el Antecedente Décimo Tercero, y que se ha incorporado al presente procedimiento. En esa documentación, relacionada con los hechos que nos ocupan, obran las manifestaciones efectuadas por CELLCOM



referidas a que con fecha 8 de enero de 2018 recibió un correo electrónico enviado por MASMOVIL adjuntando el fichero de excluidos "Lista Robinson180107", el cual incluía los números de teléfono que no debían ser utilizados por CELLCOM durante la campaña publicitaria en la que enmarcan las dos llamadas realizadas por este proveedor de servicios con fecha 15 de enero de 2018 al teléfono fijo y teléfono móvil 2 del denunciante 2.

En esta documentación, CELLCOM también reconoce que el fichero con la "ListaRobinson180107" remitido vía correo electrónico por MASMOVIL incluía el teléfono móvil 2 del Denunciante 2 a los efectos de su exclusión de las llamadas publicitarias a realizar en nombre y a favor de MASMOVIL, y al que CELLCOM llamó, según aduce, por error, no apareciendo, sin embargo, registrado en dicho fichero de excluidos la línea de teléfono fijo 1 del Denunciante 2.

A la vista de lo reconocido por CELLCOM, cabe afirmar que esta empresa recibió el correo electrónico que MASMOVIL le remitió con fecha 08/01/2018, y al que se adjuntaba el fichero con la "ListaRobinson180107". Atendido que, según lo señalado por CELLCOM, esa Lista Robinson incluía registrado el teléfono móvil 2 del Denunciante 2 a los efectos de su exclusión de las llamadas publicitarias a realizar en nombre y a favor de MASMOVIL, debe entenderse que esta compañía no resulta responsable de la conducta mostrada por CELLCOM al efectuar una llamada comercial al teléfono móvil 2 del Denunciante 2 con fecha 15/01/2018, a pesar de estar incluido en la reseñada "ListaRobinson180107", apartándose de este modo de las instrucciones de MASMOVIL y de las cláusulas y estipulaciones contractuales fijadas en el "Contrato de Prestación de Servicios de Telemarketing" suscrito, con fecha el 1 de octubre de 2016, entre ambas entidades.

Sin embargo, no puede afirmarse lo mismo en relación con la llamada comercial efectuada con esa misma fecha 15/01/2018 por CELLCOM, a favor y por cuenta de MASMOVIL, al teléfono fijo 1 del Denunciante 2, toda vez que MASMOVIL no incluyó en el mencionado fichero de exclusión la citada línea, lo que acaeció a pesar de ser conocedora de la negativa del usuario final a recibir llamadas con fines publicitarios en esa línea de teléfono fijo 1 del Denunciante 2.

En cuanto a la alegación de MASMOVIL a la falta de responsabilidad en su conducta debido a que la infracción ha sido consecuencia de un error o anomalía en el procedimiento de exclusión de usuarios Robinson implantado por la entidad, conviene traer a colación lo señalado por la Audiencia Nacional en la Sentencia de fecha 19 de enero de 2015, Rec. 178,2013, en un supuesto en el que también se alegó esta circunstancia:

"La concurrencia de un supuesto error informático como justificante de la remisión indebida de correos electrónicos no puede ser admitida por esta Sala y ellos pues son muchas las sentencias en las que se han insistido en que los errores informáticos no son suficientes para eliminar la antijuridicidad de las conductas sancionadas. Así en las sentencias dictadas en los recursos 110/2013 ó 368/2012.

La existencia de un supuesto error informático, que también alega la parte recurrente en su escrito de demanda, no es suficiente para entender justificada la conducta de la recurrente y ello pues los referidos errores informáticos generan responsabilidad en quien los padece cuando producen daños a los titulares de otros bienes jurídicos, como, en el caso presente, es el derecho a no recibir comunicaciones no deseadas (así se ha dicho por esta Sala en multitud de sentencias de entre las que cabe citar las correspondientes a los recursos 110/2013 ó 368/2012.)"



Tampoco se entendió por la Audiencia Nacional en su Sentencia de fecha 27 de marzo de 2015, Rec. 72/2014, que no existiera responsabilidad en la conducta infractora imputada por la existencia de un fallo del sistema de bloqueo en un caso referido a la LOPD, y que, a los efectos pretendidos por MASMOVIL, resulta de aplicación a este supuesto. En dicha Sentencia se señalaba:

“Una vez constatado que la parte demandante realizó la conducta infractora que aparece descrita en la resolución recurrida, en el curso de este proceso no se ha puesto de manifiesto la concurrencia de circunstancias que permitan excluir la culpabilidad de la misma, limitándose la parte atora a alegar que se debió a un fallo del sistema de bloqueo de datos personales.

VI

En el presente caso, de la valoración conjunta de los elementos fácticos obrantes en el procedimiento, ha quedado acreditado que las cuatro llamadas comerciales no deseadas de MASMOVIL recibidas por los Denunciantes 1 y 2 en sus respectivos teléfonos móvil y fijo se produjeron con posterioridad no sólo a que éstos hubieran ejercido ante esa compañía su derecho de oposición a no recibir ese tipo de llamadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.4 de la LOPD, sino también después de que esa entidad les hubiese confirmado la tramitación de sus solicitudes en un plazo de diez días.

Conviene recordar que el elemento de la exigibilidad de una conducta diferente es considerado por el Tribunal Supremo como un elemento delimitador de la culpabilidad de las conductas sancionables (TS de fecha 23 de octubre de 2006 o 22 de noviembre de 2004), ya que desde el punto de vista material, la culpabilidad consiste en la capacidad que tiene el sujeto obligado para obrar de modo distinto y, por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, esta Agencia considera que a MASMOVIL le era exigible otra conducta diferente de la que observó, puesto que en el procedimiento sancionador no consta ningún elemento de prueba del que se desprenda que, con anterioridad a la realización de las llamadas telefónicas comerciales en cuestión, dicha empresa adoptase alguna medida tendente a contrastar la efectiva recepción por AGENCIA B12 del reseñado correo electrónico de fecha 06/11/2017 con el fichero de excluidos adjuntado al mismo, en lo que respecta al Denunciante 1, ni que tampoco lo hiciera respecto del correo electrónico de fecha 23/10/2017 con el fichero de excluidos adjuntado al mismo que indica remitió a CELLCOM con el listado de excluidos, en lo que respecta al Denunciante 2. A lo anterior, hay que sumar que MASMOVIL no ha justificado mediante ningún medio de prueba la implementación de controles para asegurarse que en la “ListaRobinson180107” remitida al proveedor CELLCOM mediante correo electrónico de fecha 8 de enero de 2018 se incluían las dos líneas de teléfono del Denunciante 2, lo que hubiera permitido comprobar que en dicho fichero de excluidos no figuraba la línea de teléfono fijo del mismo.

Por lo que, si bien no puede acreditarse una conducta dolosa por parte de MASMOVIL, si ha quedado probada la responsabilidad de dicha empresa en la comisión de la infracción objeto de inculpación a título de culpa, ya que no desplegó la diligencia y el deber de cuidado que le eran exigibles para implantar los mecanismos necesarios tendentes a garantizar que no se vulneraba el mencionado derecho en lo que respecta a los denunciantes. Todo lo cual lleva a considerar la existencia de culpabilidad en su conducta, pues cabe pensar que actuando de otro modo hubiera podido protegerse el derecho de oposición manifestado por los Denunciantes 1 y 2 a



no recibir llamadas publicitarias en la línea de teléfono móvil 1 del primero y la línea de teléfono fijo 1 del segundo.

En conclusión, MASMOVIL resulta responsable, a título de culpa, de vulnerar el derecho de los citados denunciantes, como usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas, a oponerse no recibir llamadas comerciales no deseadas recogido en el artículo 48.1.b) de la LGT a fin de proteger sus datos personales y privacidad.

La conducta descrita se ajusta al tipo de infracción establecida en el artículo 78.11 de la LGT, que tipificada como infracción leve “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”.

VII

MASMOVIL alega vulneración de los artículos 27 y 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, (en adelante LRJSP).

El artículo 27 de la LRJSP establece lo siguiente:

“Artículo 27. Principio de tipicidad

1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves.

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.”

El artículo 28.1 de la LRJSP establece lo siguiente:

“Artículo 28. Responsabilidad

1. 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.”

Se reitera que aunque MASMOVIL haya podido remitir a AGENCIA B 12 y CELLCOM los correos electrónicos que ha aportado en sus alegaciones con las instrucciones a seguir respecto de las numeraciones contenidas en los ficheros de exclusión adjuntados a dichos envíos, dicha circunstancia únicamente probaría su

remisión, pero no la recepción de los mismos por dichos proveedores.

En relación con esta cuestión se estima oportuno puntualizar lo siguiente:

-MASMOVIL no ha acreditado, al menos en lo que se refiere a los correos electrónicos de fechas 06/11/2017 y 23/10/2017 citados en sus alegaciones como, respectivamente, remitidos a sus proveedores AGENCIA B12 y CELLCOM a fin de facilitarles los ficheros con las numeraciones a excluir de las acciones publicitarias contratadas (Hechos Probados números 1.13, 1.14, 2.7 y 2.8), que dichos envíos hubieran sido efectivamente recibidos por dichas empresas, a lo que hay que añadir que tampoco ha probado que alguno de los destinatarios de los correos electrónicos reseñados estuviera vinculado a dichos proveedores.

-Los hechos tenidos en cuenta respecto de las llamadas publicitarias realizadas por CELLCOM al Denunciante 2 en nombre y a favor de MASMOVIL no fueron aportados por esa operadora, sino que fueron incorporados al presente procedimiento por la AEPD al estar vinculados al resultado del procedimiento sancionador PS/00265/2018 seguido a CELLCOM con motivo de los hechos denunciados, y en el que resultaron probados, entre otros hechos, los siguientes:

“DUODÉCIMO: CELLCOM ha manifestado que con fecha 08/01/2018 recibió de MASMOVIL la “Lista Robinson 180107” con los números de teléfono a excluir de la campaña en la que se enmarcan las dos llamadas comerciales recibidas por el denunciante con fecha 15/01/2018 desde la línea **621205766**, detalladas en el Hecho probado nº 5 anterior. Dicha entidad ha reconocido que en dicha “Lista Robinson” aparecía incluido el teléfono móvil *****TELEFONO.3**, no apareciendo incluido el teléfono fijo *****TELEFONO.2**.

DÉCIMOTERCERO: CELLCOM ha aportado impresión de captura de un email remitido con fecha 8 de enero de 2018 desde **mailto:business.intelligence@masmovil.com** a CELLCOM, adjuntando la “Lista Robinson 180107” con las numeraciones a excluir de las llamadas a realizar. “

-CELLCOM manifestó, en el reseñado expediente, que la línea móvil del Denunciante 2 se incluyó por un error en el sistema de carga automático, mientras que la línea fija del Denunciante 2 no aparecía registrada en el fichero de excluidos (Lista Robinson) de fecha 07/01/2018 remitido por MASMOVIL el 08/01/2018. De lo cual se evidencia que CELLCOM se está refiriendo a la recepción de un fichero de excluidos distinto de los indicados por MASMOVIL a lo largo de la tramitación del presente procedimiento sancionador.

-Finalmente, no consta que MASMOVIL haya realizado ninguna actuación a los efectos de justificar la recepción de los dos ficheros de exclusión a los que se refiere en sus alegaciones.

Por todo lo cual, MASMOVIL no ha probado el establecimiento de medidas para controlar que los correos electrónicos citados a lo largo del presente procedimiento como remitidos a sus proveedores para enviarles los ficheros de exclusión eran efectivamente recibidos por los mismos. Lo que delata la falta de diligencia en orden a controlar dicha circunstancia, y consecuentemente, su responsabilidad a título de culpa en la comisión de la infracción imputada, conforme ya se ha razonado.

Asimismo, se rechaza que se haya producido un tratamiento distinto respecto



de idéntica conducta, ya que en el caso de CELLCOM se cuenta con elementos de juicio procedentes del PS/00265/2018 seguido a dicha empresa, y de cuya valoración se considera probado que CELLCOM recibió de MASMOVIL la "Lista Robinson 180117", no existiendo, en lo que respecta a AGENCIA B12 ningún elemento de prueba que permita estimar, ni tan siquiera a nivel indiciario, que esa empresa recibió los listados Robinson alegados por MASMOVIL.

En el presente caso la descripción de la conducta que establece el artículo 78.11 de la LGT en relación con el artículo 48.1.b) de la misma norma, cumple las exigencias derivadas del citado principio de tipicidad, debiendo rechazarse, por tanto, que se haya vulnerado dicho principio de tipicidad.

Respecto de esta cuestión en la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 17 de octubre de 2007, Recurso 23/2006, se indicaba:

"Por tanto, concurre la tipicidad cuya infracción se denuncia en el escrito de demanda, pues hay predeterminación normativa, que desempeña la función de garantía mediante la cual se tiene una predicción razonable de la conducta ilícita y de las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la comisión de dicha conducta, dicho de otra forma, la tipicidad es suficiente si consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra."

Invoca también MASMOVIL la aplicación del principio de presunción de inocencia que garantiza el artículo 24.2 de la Constitución Española (CE) y el artículo 53.2.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

El artículo 24.2 de la CE establece que: "2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos."

Por su parte, el artículo 53.2.b) de la LRJSP establece, bajo la rúbrica "Derechos del interesado en el procedimiento administrativo" lo siguiente:

"2. Además de los derechos previstos En el apartado anterior, en el caso de los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables tendrán los siguientes derechos:

- a) (...)
- b) A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario."

Lo que garantiza el principio de presunción de inocencia es que ésta sólo puede destruirse, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/1994, de 25 de abril, "cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías, al cual se aporte una suficiente prueba de cargo"; pero en ningún caso significa que existiendo prueba de cargo suficiente obtenida en base a medios probatorios lícitos, el sancionado esté exento de actividad probatoria tendente a

justificar su conducta. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26/07/1988, sostiene que “frente a las pruebas no solo indiciarias, sino también de cargo..., el interesado en su momento no llevó a cabo la imprescindible contraprueba, incidiendo en el error tantas veces observado por este Tribunal, de entender que este principio presuntivo supone, sin más, una inversión de la carga de la prueba”.

Siguiendo dicho criterio, en el presente caso, el principio de presunción de inocencia ha quedado enervado a través de las pruebas de cargo obtenidas a lo largo de la instrucción del procedimiento y las consideraciones realizadas en los anteriores Fundamentos de Derecho, que acreditan la responsabilidad de MASMOVIL, a título de culpa, en la comisión de los hechos constitutivos de la infracción leve descrita, por lo que también ha de rechazarse que se haya vulnerado el principio de responsabilidad contemplado en el artículo 28.1 de la LRJSP invocado por MASMOVIL.

De todo lo cual, se concluye que en el presente procedimiento, concurren el elemento objetivo y subjetivo necesarios para la imposición de una sanción administrativa a MASMOVIL, en tanto que responsable, a título de culpa, de la comisión de una infracción a lo previsto en el artículo 48.1.b) de la LGT.

VIII

A tenor de lo establecido en el artículo 79.1.d) de la LGT las infracciones leves pueden ser sancionadas con multa por un importe de hasta 50.000 €, estableciéndose los criterios para su graduación en el artículo 80.1 de la misma norma que dispone:

“1. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo siguiente:

a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.

b) La repercusión social de las infracciones.

c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

d) El daño causado y su reparación.

e) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.

f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.

g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador...”

Sentado lo anterior, la multa a imponer deberá graduarse de conformidad con los criterios de graduación de las sanciones recogidos en el transcrito artículo 80.1 de la LGT y lo dispuesto en el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, precepto este último que en relación con el principio de proporcionalidad establece que:

“3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la



debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.*

d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.”

En el presente caso, al estar frente a un procedimiento sancionador instruido por la comisión de una infracción leve a lo previsto en el artículo 48.1.b) de la LGT procede la aplicación del régimen sancionador contenido en esa norma para la vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios finales, y, consecuentemente, la fijación de la sanción a imponer de conformidad con los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 80 de la LGT. En consecuencia, se rechaza la aplicación del régimen sancionador previsto en la LOPD al que MASMOVIL se refería en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio.

De conformidad con los criterios de graduación de las sanciones recogidos en el citado artículo 80.1 de la LGT, se considera opera como agravante el criterio previsto en el artículo 80.2 de la LGT, referido a la situación económica del infractor, ya que se trata de una gran empresa del sector de las telecomunicaciones con elevados ingresos como fruto de su actividad. A los mismos efectos, resulta de aplicación lo previsto en el artículo 29.3.a) de la Ley 40/2015 de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, referido al grado de culpabilidad de esa empresa, a la que le resulta exigible un especial cuidado a la hora de velar por los derechos de los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas destinatarios de las llamadas publicitarias, especialmente teniendo en cuenta que MASMOVIL, habituada a realizar acciones publicitarias vía telemarketing, debe extremar las precauciones para hacer efectivo el derecho de los mismos a oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial, lo que no se ha producido en este caso en el que los Denunciantes 1 y 2 recibieron llamadas comerciales no deseadas con posterioridad a que MASMOVIL les hubiera confirmado la tramitación, en un plazo máximo de 10 días a contar desde su recepción, de sus respectivas solicitudes de oposición a recibir este tipo de llamadas en las líneas de teléfono de su titularidad que figuran en los Anexos II y III.

MASMOVIL discrepa de la aplicación como agravante de este criterio al entender que consta acreditado en el expediente la emisión del correo electrónico con las instrucciones debidas y, por tanto, la disponibilidad a expensas de su receptor, como ha confirmado CELLCOM. Sobre este particular se reitera lo expresado en los Fundamentos de Derecho VI y VII anteriores.

Paralelamente, se estima que operan como atenuantes los criterios b) y g) del artículo 80.1 de la LGT, atendiendo a la falta de elementos de prueba que permitan afirmar que la infracción descrita ha tenido algún tipo de repercusión social o que los denunciantes hayan recibido nuevas llamadas comerciales no deseadas de MASMOVIL.



Frente al alegato relativo a que la empresa ha actuado bajo el principio de la buena fe debe señalarse que en la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 27 de mayo de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1º rec. 421/2010, se señalaba que:

“El argumento de la buena fe es claramente insuficiente sobre todo en un caso como el presente en que se trata de una gran empresa que maneja multitud de datos y que debió actuar con más prudencia para justificar la legalidad de los tratamientos efectuados. La inexistencia de dolo, tan escuetamente planteada en el escrito de contestación a la demanda, no puede ser suficiente para justificar la estimación de la demanda pues procede aplicar lo dicho por el artículo 130 de la Ley 30/92 según el cual: “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”.

Por todo lo cual, se considera adecuado a la gravedad de los hechos estudiados imponer una multa de 12.000 euros a MASMOVIL, lo que resulta, a su vez, conforme al principio de proporcionalidad recogido en el artículo 29.4 de la Ley 40/2015, citada.>>

III

En consecuencia, en el presente recurso de reposición, el recurrente no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada. De este modo, en la resolución recurrida ya se enervaban tanto la vulneración de los principios de presunción de inocencia y tipicidad como se detallaban, pormenorizadamente, los criterios de ponderación valorados para determinar la cuantía de la multa impuesta. Asimismo, en la resolución impugnada se razonan los motivos por los cuales se considera a la recurrente responsable, a título de culpa, de la comisión de la infracción descrita en el antecedente de hecho primero de esta resolución.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

La Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **XFERA MÓVILES, S.A.U.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 26 de diciembre de 2018, en el procedimiento sancionador PS/00262/2018.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **XFERA MÓVILES, S.A.U.**

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº ES00 0000 0000 0000 0000 0000, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.



Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

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.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada LPACAP. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos