

- Procedimiento Nº: E/09177/2019

940-0419

## RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos y teniendo como base los siguientes

### HECHOS

PRIMERO: La reclamación interpuesta por Doña **A.A.A.** (en adelante el reclamante) tiene entrada con fecha 12 de julio de 2019 en la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra ALEJADA, S.L., con NIF B38586095 (en adelante, el reclamado).

Los motivos en que basa la reclamación son la recepción de llamadas telefónicas en su móvil: **\*\*\*TELÉFONO.1**, de TAROTISTA **B.B.B.**, desde la línea **\*\*\*TELÉFONO.2**, sin que ella haya autorizado esas llamadas. Ejerce durante las llamadas su derecho de acceso, pero no le facilitan ningún tipo de información. Manifiesta su oposición, pero las llamadas no cesan. Última llamada recibida el 12 de julio 2019 a las 19:07 horas. Tras búsqueda en internet localizo a la Tarotista **B.B.B.** en la siguiente página web: **\*\*\*URL.1**

SEGUNDO: De conformidad con el artículo 65.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD), con número de referencia E/08061/2019, se dio traslado de dicha reclamación al reclamado, para que procediese a su análisis e informase a esta Agencia en el plazo de un mes, de las acciones llevadas a cabo para adecuarse a los requisitos previstos en la normativa de protección de datos.

La reclamada responde que es una empresa dedicada al tarot desde hace años que opera con la única marca comercial de "**B.B.B.**" registrada desde 2001 como ALEJADA, S.L., por lo que la marca o nombre que se denuncia "Tarotista **B.B.B.**" no coincide con la citada. Su empresa no realiza llamadas publicitarias ni para recabar datos, sino que las recibe y cuando así ocurre se informa de que está llamando a **B.B.B.**, facilitando toda la información exigida por la normativa de protección de datos. Toda solicitud de ejercicio de derechos de protección de datos es atendida en un plazo máximo de 72 horas. Además, el número de teléfono que se indica en la reclamación: **\*\*\*TELÉFONO.2** no coincide con ninguno de los números de los que es titular ALEJADA. Aporta todos los números que tiene contratados con VODAFONE (20 líneas y correo de la operadora certificando las líneas asignadas), NETELIP (10 líneas y copia factura certificada de la empresa con el desglose de los números) y Movistar (193 líneas fijas y 4 móviles y correo de Movistar con desglose de los números). El equipo de ALEJADA ha realizado una llamada al número denunciado resultando que la operadora no da información del titular de la línea ni del responsable, indicando que es una central de llamadas de cobro aunque les informó que si querían contactar debían hacerlo al correo **\*\*\*EMAIL.1**; ese dato aparece asociado a la mercantil Sinergyne Global Communications, S.L. que según la reclamada podría ser el titular de la línea denunciada.

TERCERO: Con fecha 19 de septiembre de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó admitir a trámite la reclamación presentada por el reclamante.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.3 de la LGT, se atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer las sanciones establecidas por la vulneración de los derechos de los usuarios finales, reconocidos en el artículo 48 de la citada LGT.

### II

Los hechos que son objeto de esta resolución son los referentes a la recepción de llamadas publicitarias y al ejercicio del derecho de acceso.

El artículo 95 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, RGPD), referido a la relación con la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), establece lo siguiente:

*El presente Reglamento no impondrá obligaciones adicionales a las personas físicas o jurídicas en materia de tratamiento en el marco de la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación de la Unión en ámbitos en los que estén sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE.*

Con carácter general, si una persona física no desea recibir llamadas comerciales o publicitarias de carácter promocional debe dirigirse, previamente, a la persona física o jurídica, sea o no cliente de la misma, identificándose como titular de la línea telefónica en la que no desea recibir llamadas comerciales y, manifestada dicha oposición, sus datos personales no podrán ser utilizados con dicha finalidad.

Tanto el RGPD como la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD) regulan el derecho de oposición.

De conformidad con lo señalado en el apartado 1 del artículo 21 del RGPD, el responsable del tratamiento estará obligado a dejar de tratar los datos personales del interesado que se haya opuesto por motivos relacionados con su situación particular, salvo que acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan

sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones. Es decir, será el responsable del tratamiento el que tenga la carga de acreditar que sus intereses prevalecen sobre los del interesado.

En el apartado 2 del artículo 21 se establece que, cuando el tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa, el interesado tendrá derecho a oponerse en todo momento al tratamiento de los datos personales que le conciernan, incluida la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con la citada mercadotecnia.

Y en el apartado 3 se determina que cuando el interesado se oponga al tratamiento de sus datos con fines de mercadotecnia directa, los datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines.

El artículo 18 de la LOPDGDD, referido al “Derecho de Oposición”, remite específicamente al articulado del RGPD.

Debe también tenerse en cuenta que el artículo 23 de la LOPDGDD establece en cuanto a los sistemas de exclusión publicitaria, que será lícito el tratamiento de datos personales que tenga por objeto evitar el envío de comunicaciones comerciales a quien se hubiesen opuesto a recibirlas, de modo que se podrán conservar parte de los datos en sistemas de exclusión publicitaria que deberán ser previamente consultados por quienes pretendan realizar comunicaciones de mercadotecnia directa, para que se puedan excluir a aquellos afectados que manifestasen su oposición.

### III

Sentado lo anterior, la conducta objeto de reclamación, consistente en la realización de llamadas comerciales efectuada por una persona jurídica al reclamante, podría vulnerar el artículo 48 de la LGT.

La 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 48.1.b) de la LGT, bajo la rúbrica “Derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas con los datos de tráfico y de localización y con las guías de abonados”, dispone:

*“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:*

- a) (...)
- 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)

En el Anexo II de la LGT se recogen, entre otras, las siguientes definiciones:

*“Abonado: cualquier persona física o jurídica que haya celebrado un contrato con un proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público para la prestación de dichos servicios.”*

*“Usuario: una persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público.”*

*“Usuario final: el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revende.”*

En el presente supuesto, de lo actuado no se desprenden elementos de prueba, ni tan siquiera a nivel indiciario, de que, con anterioridad a la recepción de las llamadas analizadas, la destinataria de las mismas hubiera manifestado ante el reclamado su oposición a la recepción de llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial, de forma que quedase constancia de esta oposición y pudiese acreditarse tal oposición. El ejercicio de los derechos es personalísimo, debiendo efectuarse por el afectado o por quien le represente.

El derecho de oposición está expresamente previsto, en particular, en la normativa específica de telecomunicaciones, respecto de las llamadas telefónicas no deseadas con fines de comunicación comercial. Con carácter general, si no desea recibir llamadas comerciales de carácter promocional puede dirigirse a la entidad promocionada, sea o no cliente de la misma, identificándose como usuario de la línea telefónica en la que no desea recibir las llamadas y manifestándole su negativa u oposición al tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios.

Si sus datos personales identificativos figuran en las guías de telecomunicaciones disponibles al público, también puede ejercitar sus derechos ante el operador que le presta el servicio de telefonía, para que le excluya de los ficheros que emplean las entidades autorizadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para elaborar las guías de abonados o bien para que se haga constar en los mismos su oposición al tratamiento comercial de los datos. De la misma forma, puede solicitar la omisión en las guías de algunos de sus datos.

Los afectados también pueden registrar sus datos en sistemas de exclusión publicitaria como el gestionado por la Asociación Española de Economía Digital ([www.listarobinson.es](http://www.listarobinson.es)), con objeto de limitar la publicidad de las empresas adheridas que no hayan obtenido directamente del afectado el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios o con las que el afectado no mantenga o no haya mantenido ninguna relación comercial, resultando eficaz transcurridos tres meses desde la fecha de la inscripción. La reclamada expone que cruza los datos de los potenciales receptores de sus ofertas con la Lista Robinson, como figura en su protocolo de actuación.

Lo anteriormente expuesto, 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 242/2005, 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”.*

Igualmente, se debe tener en cuenta lo que establece 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”.*

Con arreglo a lo previsto en los preceptos anteriormente citados, procede acordar el archivo de este procedimiento sancionador al no estimarse probado que por parte de la entidad que realizó las llamadas publicitarias (parece que persona jurídica distinta de la reclamada, pero que en nada modifica el sentido de la resolución) se haya vulnerado el derecho de los receptores de las llamadas publicitarias, en su condición de usuario final de los servicios de comunicaciones electrónicas, según lo dispuesto en el artículo 48.1.b) de la LGT.

Por último, indicar que el ejercicio de los derechos recogidos en el RGPD, entre ellos el acceso y oposición, se deben realizar de forma que quede constancia de su solicitud. En el caso denunciado, indica el reclamante que preguntaba por teléfono el origen del mismo y se oponía a que le siguieran llamando, a lo que no le contestaban y seguían llamando. Deberá ejercer cualquier derecho de forma que se pueda acreditar su ejercicio.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PRIMERO: PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución al reclamante.

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 según lo preceptuado por el art. 114.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de conformidad con lo establecido en los arts. 112 y 123 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, 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 de la referida Ley.

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