

- **Procedimiento N°: E/04699/2019**

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 21 de marzo de 2019 en la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra HISPAKOM INTERMEDIARIOS JURÍDICOS S.L. (en adelante, el reclamado).

Los motivos en que basa la reclamación son que, el día 18 de marzo, en torno a las 13:30h recibe una llamada publicitaria desde el número de teléfono *****TELEFONO.2** en su línea *****TELEFONO.1** que tiene contratada con Orange. En dicha llamada una comercial de la supuesta empresa SALUD CENTER de Granada, de la cual no es cliente, intentó convencerla de que les permitiese la entrada en su domicilio al día siguiente, después de sacar información como su edad, estado de salud y personas que viven en casa. A fecha de 19 de marzo vuelven a llamar hacia las 10:30h.

Que han podido comprobar en internet el enorme historial de estafas desde al menos 2016.

Que la persona llamante no ha utilizado ningún sistema que le permita como consumidor dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo sus propuestas comerciales.

SEGUNDO: Con fecha 29 de abril de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó admitir a trámite la reclamación presentada por el reclamante.

TERCERO: La Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos objeto de la reclamación, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. Con fecha 8 de noviembre de 2019, se comprueba en la url https://www.listaspam.com/busca.php?Telefono=***TELEFONO.2 la existencia de diversas quejas respecto a las llamadas desde el número *****TELEFONO.2**.

2. Con fecha 8 de noviembre de 2019, se remite requerimiento de información a SALUD CENTER, S.L. La notificación se realiza electrónicamente a través de [notific@](mailto:notific@saludcenter.es). Según este sistema de notificación, se ha producido el rechazo automático al haber transcurrido diez días naturales desde su puesta a disposición.

3. Con fecha 12 de noviembre de 2019, ALISYS DIGITAL, S.L.U., remite a esta Agencia la siguiente información y manifestaciones:

1. Que carecen de relación contractual directa con el titular del número *****TELEFONO.2**.
2. Que prestan, respecto al número indicado, el servicio de mayorista a la mercantil PISTA CERO, S.L. cuyos datos se han incluido en el apartado de Entidades Investigadas.
3. Que la sociedad PISTA CERO, S.L. presta a su vez presumiblemente los servicios al titular del número de teléfono y debería proporcionar los datos precisos para identificarle.
4. Que la línea fue portada el 12 de abril de 2019 siendo el operador donante IBERCOM TELECOM, S.A.U.

4. Con fecha 19 de noviembre de 2019, ORANGE ESPAGNE S.A.U. remite a esta Agencia la siguiente información y manifestaciones:

1. Que los datos que constan en sus ficheros relativos al tráfico entrante del número *****TELEFONO.1** procedente del número *****TELEFONO.2** reflejan una llamada el día 18 de marzo de 2019 a las 13:04:32h y otra llamada el día 19 de marzo de 2019 a las 10:20:50h

5. Con fecha 14 de febrero de 2020, XFERA MÓVILES, S.A.U. remite a esta Agencia la siguiente información y manifestaciones:

1. Que en respuesta a la pregunta sobre los datos del titular de la línea *****TELEFONO.2** a fecha de 18 y 19 de marzo de 2019, contestan que corresponde a PISTA CERO, S.L.

Aporta copia de la primera página del contrato firmado entre XTRA TELECOM, S.A.U. (GRUPO MASMOVIL) y PISTA CERO, S.L.

Aporta sendas copias de facturas con fechas de emisión 1 de marzo de 2019 y 1 de abril de 2019 dirigidas a PISTA CERO, S.L.

2. Que la línea fue portada en fecha 12 de abril de 2019 siendo el operador donante IBERCOM y el operador receptor ALISYS DIGITAL, S.L.U.

6. Con fecha 9 de marzo de 2020, PISTA CERO S.L. remite a esta Agencia la siguiente información y manifestaciones:

1. Que el pasado 1 de diciembre de 2018, PISTA CERO S.L., suscribió un acuerdo de prestación de servicios de telefonía IP con la empresa HISPACOM INTERMEDIARIOS JURÍDICOS S.L.

Aporta copia de contrato firmado de prestación de servicio Voz IP de fecha 1 de diciembre de 2018 entre PISTA CERO S.L. como prestador de servicios, **B.B.B.** con NIF *****NIF.1** como revendedor del servicio e HISPACOM INTERMEDIARIOS JURÍDICOS S.L. como cliente del servicio, en el cual se recoge:

- a. En su punto 6 *“La instalación del servicio será realizada por el revendedor...”*

- b. En su punto 7 *“El mantenimiento del servicio al cliente será prestado por el revendedor...”*
 - c. En su punto 12 *“Uso del Servicio”, se recoge que:*
 - i. *“El CLIENTE es el único responsable de cualquier uso que se haga del nombre de usuario y contraseña facilitados y del servicio en sí...”*
 - ii. *“El CLIENTE será responsable por el uso no autorizado del Servicio que pueda realizar un tercero con fines maliciosos o fraudulentos.”*
 - iii. *“PISTA CERO no se hace responsable en ningún caso de ningún daño que se pudiera causar a un tercero o a sus propios clientes como consecuencia del uso ilegal o inadecuado del mismo, ni como consecuencia de cualquier actuación de hacking o uso fraudulento.”*
 - d. En su punto 17 *“Condiciones para la prestación del servicio”, se recoge que:*
 - i. *“El cliente manifiesta que es el titular de la numeración de cabecera que solicita, y por tanto es el único responsable de los daños y/o perjuicios que puedan surgir en caso contrario, así como del uso que haga de la misma. El cliente informará a PISTA CERO inmediatamente en caso de que deje de ser titular de alguno de los números solicitados como números de cabecera. El cliente se compromete a controlar la numeración y a utilizarla en la forma establecida en la regulación vigente.”*
2. Que no tiene conocimiento de la actividad empresarial de HISPACOM INTERMEDIARIOS JURÍDICOS S.L.

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.

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 a terceros (el reclamante no facilitó esos datos de terceros), 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, los destinatarios de las mismas hubieran 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), 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 recaen 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 del reclamado 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 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