

Expediente N°: E/06528/2018

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas de oficio por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **XFERA MÓVILES, S.A.** y teniendo como base los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Entre los días 23 de abril de 2018 y el 3 de diciembre de 2018 se recibieron reclamaciones sobre 114 posibles llamadas telefónicas publicitarias realizadas por **XFERA MÓVILES, S.A.** (en adelante, la reclamada), efectuadas entre el *****FECHA.1** y el *****FECHA.2**, las cuales dieron lugar a la apertura de 56 expedientes en esta Agencia.

En estas reclamaciones los reclamantes manifestaron, en general, haber recibido llamadas no solicitadas con fines de comunicación comercial, bien cuando el reclamante y el número de teléfono que recibe la llamada estaban inscritos previamente en la lista Robinson, o bien cuando el reclamante se había opuesto previamente ante la reclamada a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial.

SEGUNDO: En relación con el análisis de varios expedientes abiertos por reclamaciones relativas a llamadas comerciales no deseadas con publicidad de la reclamada, a pesar de constar los datos del reclamante en la lista Robinson o haber ejercido el derecho de oposición ante la reclamada, y al identificar un procedimiento con posibles deficiencias en el tratamiento de las campañas comerciales telefónicas por parte de la reclamada, con fecha 3 de octubre de 2018 la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar actuaciones previas de investigación para determinar la adecuación del tratamiento en cuestión a la normativa aplicable de protección de datos.

TERCERO: Posteriormente, se incorporaron a esta investigación otros 22 expedientes, que se corresponden con escritos recibidos en esta Agencia sobre la misma cuestión, entre el 28 de noviembre de 2018 y el 22 de mayo de 2019.

Asimismo, se recibieron otras dos reclamaciones de dos reclamantes que ya habían presentado previamente una reclamación, en las que la reclamada había afirmado que se habían tomado las medidas oportunas para que no se recibieran más llamadas publicitarias en las líneas telefónicas de los reclamantes, pero que con posterioridad reclamaron nuevamente por haber recibido nuevas llamadas comerciales de marcas pertenecientes a la reclamada.

CUARTO: La Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de las actuaciones previas de investigación E/06528/2018 para el esclarecimiento de los hechos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De conformidad con lo establecido en el artículo 84.3) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGT), 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.

Entre los derechos con los que cuentan estos usuarios finales, se encuentra el derecho a oponerse a no recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial. Al respecto, el artículo 48 de la LGT, bajo la rúbrica *“Derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas”* dispone lo siguiente en su apartado 1.b):

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

b) A oponerse a no 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.”

Es decir, el artículo 48.1.b) de la LGT reconoce a los usuarios finales (definidos en su Anexo II, apartado 42 en relación con el apartado 41, como la persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público y no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni los revende) el derecho a oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial y, ejercitada y manifestada dicha oposición, sus datos no pueden ser utilizados con dicha finalidad.

II

El artículo 67 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo, LOPDGDD) determina lo siguiente, respecto a las actuaciones previas de investigación:

“1. Antes de la adopción del acuerdo de inicio de procedimiento, y una vez admitida a trámite la reclamación si la hubiese, la Agencia Española de Protección de Datos podrá llevar a cabo actuaciones previas de investigación a fin de lograr una mejor determinación de los hechos y las circunstancias que justifican la tramitación del procedimiento.

La Agencia Española de Protección de Datos actuará en todo caso cuando sea precisa la investigación de tratamientos que implique un tráfico masivo de datos personales.

2. Las actuaciones previas de investigación se someterán a lo dispuesto en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título VII de esta ley orgánica y no podrán tener una duración superior a doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de

admisión a trámite o de la fecha del acuerdo por el que se decida su iniciación cuando la Agencia Española de Protección de Datos actúe por propia iniciativa o como consecuencia de la comunicación que le hubiera sido remitida por la autoridad de control de otro Estado miembro de la Unión Europea, conforme al artículo 64.3 de esta ley orgánica.”

III

Por su parte, el artículo 25 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP) en su apartado 1.b) establece que:

“1. En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

(...) b) En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95”.

En el presente supuesto el cómputo de los doce meses de duración máxima de las actuaciones previas E/06528/2018 se inició el día 3 de octubre de 2018 y al presente aún están pendientes de finalización, por lo que éstas deben declararse caducadas.

Todo ello de conformidad con la interpretación que al respecto ha realizado la Audiencia Nacional en su Sentencia de 19 de julio de 2013, en la que establece que *“el hecho de que tras la denuncia se acordara por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos no incoar actuaciones inspectoras y no iniciar procedimiento sancionador, para a continuación, en respuesta al recurso de reposición formalizado por el denunciante contra tal acuerdo, resolver su estimación y ordenar a la Subdirección General de Inspección de Datos que se procediera a realizar actuaciones de inspección, no enerva aquella conclusión”*. Esto es, que las actuaciones previas de investigación deben entenderse caducadas si transcurridos doce meses desde el día inicial del cómputo no se ha procedido a dictar y notificar acuerdo de inicio de procedimiento sancionador.

IV

No obstante, el artículo 95. 3 de la citada LPACAP, determina que:

“La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.

En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán

cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado.”

Al respecto la Audiencia Nacional considera (Sentencia de 10 de julio de 2013) que *“declarada la caducidad de las actuaciones previas de investigación iniciadas por la Agencia Española de Protección de Datos, tal circunstancia no supone obstáculo alguno para que dicha entidad proceda a iniciar o reiniciar otras actuaciones previas de investigación sobre los mismos hechos, siempre y cuando no hubiere transcurrido el plazo de prescripción de la infracción administrativa objeto de investigación”*.

En consecuencia, dado que los hechos objeto de investigación no se encuentran prescritos, se dan instrucciones a la Subdirección General de Inspección de Datos para que inicie nuevas actuaciones de investigación.

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: ABRIR nuevas actuaciones de investigación e incorporar a estas nuevas actuaciones la documentación que integra las actuaciones previas que se declaran caducadas mediante el presente acto.

TERCERO: NOTIFICAR la presente Resolución a **XFERA MÓVILES, S.A.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, (en adelante 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