



Expediente N°: E/04902/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U, TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U y VODAFONE ESPAÑA SAU** en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 4 de abril de 2014, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que manifiesta que desde el año 2008 es titular de dos números de teléfono móvil, *****TEL.1** y *****TEL.2**. Entonces ya solicitó el derecho de exclusión de repertorios telefónicos y la exclusión de sus datos para fines de publicidad y prospección comercial.

El día 4 de marzo de 2014 recibió una llamada desde el número *****TEL.3** a su número *****TEL.1** para ofrecerle propaganda de un producto llamado “Disfruta + por –”. Tras hablar con la persona que le llamó manifestó su deseo de no aceptar la oferta.

Aporta cartas de Telefónica Móviles de España de fechas 13/10/2009, 26/3/2009, 15/12/2011 donde le confirman que desde el 8/7/2008 han tramitado su derecho de oposición a la recepción de promociones y ofertas de productos y servicios propios de Movistar a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalente (SMS/MMS), dan trámite a su oposición al tratamiento de datos de carácter personal con fines promocionales de productos y servicios de Telefónica Móviles, también le informan que dan cumplimiento a su derecho de oposición respecto de la recepción del tratamiento de sus datos personales en relación a la no cesión de datos.

Asimismo adjunta copia de carta de fecha 21/11/2011 donde tramitan su derecho de oposición a recepción de llamadas con fines de venta directa, recepción de promociones y ofertas de productos y servicios de TME a través de correo electrónico y SMS. Copia de carta de 20/3/2014 donde le informan que sus datos de tráfico y facturación no serán objeto de análisis con fines de promoción comercial de productos y servicios de Telefónica de España, no se le contactara telefónicamente con fines de publicidad, no se le enviará encarte publicitario.

A pesar de lo anterior aporta copia de un mensaje recibido en su dirección de correo electrónico@.... con publicidad recibida los días 3 y 10 de abril de 2014.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

“El día 29 de enero 2015, se realiza visita de inspección a TELEFONICA DE ESPAÑA,

SAU, en adelante TELEFONICA. Los inspectores comunican al representante de TELEFÓNICA que su visita tiene relación con una denuncia presentada por D. A.A.A. ante la Agencia Española de Protección de Datos y solicitan acceder al fichero que gestiona los datos personales de los clientes, se realizan las siguientes actuaciones:

1. Se realiza una búsqueda por el DNI: **“***DNI.1”** y se comprueba que constan datos asociados a D. **A.A.A.**. Tiene actualmente una línea fija activa, *****TEL.1**. Asimismo consta como dirección e-mail la siguiente: **....1@....**.
2. Se realiza una consulta al objeto de verificar las marcas que constan en el fichero asociadas al cliente relacionadas con la oposición al envío de publicidad. Se comprueba que constan las siguientes:

“2” exclusión contacto telefónico

“L” no cesión datos empresas del grupo. No exclusión en guías

“Q” no cesión datos facturación para promociones comerciales

3. Se solicita información sobre la fecha en la que se han realizado las marcas. Se realiza una consulta al fichero y se comprueba que las mismas se han realizado en 14/09/2011.
4. Los representantes de MOVISTAR realizan las siguientes manifestaciones en respuesta a las cuestiones planteadas por los inspectores una vez que han mostrado el correo recibido por el cliente:

La dirección de correo que aparece en el documento aportado por el denunciante **....@....** actualmente no consta en fichero.

En el caso de que el cliente tuviese una dirección para recibir publicidad aparecería en el fichero la dirección e-mail para recibir la misma con el comentario “publicidad o correspondencia”. Actualmente no disponen de ninguna dirección de correo para envíos publicitarios.

En el fichero sólo consta una dirección de correo **....1@....** para el servicio e-factura.

No obstante, este cliente tiene contratado MOVISTAR TV, por lo que MOVISTAR le envía semanalmente información sobre las novedades asociadas a ese producto, no es considerado un envío publicitario porque no se intenta vender nada. No obstante si el cliente no desea recibir información asociada al producto contratado, MOVISTAR en el pie de página le permite oponerse a recibir este tipo de comunicaciones.

Aportan copia de las facturas de marzo, abril y mayo de 2014 donde se comprueba que el cliente tiene contratado el servicio Fusión Fibra Máxima TV.

El mismo día 29 de enero 2015, se realiza visita de inspección a TELEFONICA MOVIES, SAU, en adelante MOVISTAR. Los inspectores comunican al representante de TELEFÓNICA que su visita tiene relación con una denuncia presentada ante la Agencia Española de Protección de Datos y solicitan acceder al fichero que gestiona los datos de los clientes al objeto de verificar las marcas que constan relacionadas con llamadas publicitarias para un cliente.

1. *Se realiza una consulta por NIF: “*****DNI.1**” y se comprueba que el cliente es **A.A.A.***
2. *Respecto de los derechos ejercidos por este cliente se comprueba que constan varios derechos entre los que se encuentra “No llamadas de telemarketing” Con fecha de alta 08/07/2008.*
3. *Se realiza una comprobación al objeto de verificar la información que consta asociada a este cliente en relación con el ejercicio de sus derechos. Se constata que tiene activos distintos códigos y que desde el día 8/7/2008 tiene activado el 014 que corresponde a “no llamadas de telmarketing”*
4. *Se realiza una comprobación al objeto de verificar si el número *****TEL.1** corresponde a este cliente. Se verifica que el titular de este número es **A.A.A.***
5. *Los inspectores ponen en conocimiento a los representantes de MOVISTAR que este cliente ha recibido una llamada el día 4 de marzo de 2014 desde el número de teléfono *****TEL.3** al número *****TEL.1** ofreciéndole el producto “Disfruta + por –”.*
6. *Los representantes de MOVISTAR realizan una consulta en sus sistemas al objeto de verificar si consta alguna llamada promocional el día 4/3/2014 al número de teléfono *****TEL.1**. En esa fecha no consta ninguna llamada entrante realizada a ese número de teléfono.*
7. *Los representantes de la entidad manifiestan que ese día pudieron haber intentado contactar con él sin lograrlo, este intento de llamada no deja rastro ya que sólo queda rastro de las llamadas en las que se consigue contactar con el cliente para ofrecerle el producto. Pudiera ser que el cliente al ver el intento de llamada contactase con Movistar para interesarse por el objeto de la llamada.*

*Con fecha 2/2/2015 se solicita a Vodafone la siguiente información: “Si desde la línea *****TEL.3** se ha realizado un contacto telefónico el día 5/3/2014 a la línea móvil *****TEL.1**. En caso afirmativo, detallar hora y duración de la misma. De la respuesta facilitada por Vodafone se desprende que desde el número *****TEL.3**, número desde el que el denunciante manifiesta haber recibido las llamadas telefónicas a su número *****TEL.1**, se hicieron un total de nueve llamadas pero no al servicio *****TEL.1**.”*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

En el caso que nos ocupa, el denunciante manifiesta haber recibido, el 4 de marzo de 2014, una llamada telefónica publicitaria de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U (MOVISTAR), con objeto de ofrecerle un producto denominado “Disfruta + por – “. En relación con la citada llamada publicitaria cabe señalar que, la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) recoge en su artículo 30.1, en cuanto al tratamiento de datos con fines de publicidad, lo siguiente: *“Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento”*.

Añade el referido artículo en su apartado 4 que *“los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud”*.

Si bien, en el presente caso, el denunciante aporta copia de una carta de fecha 21/11/2011 de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U (MOVISTAR) donde dicha entidad le comunica que han tramitado su derecho de oposición a la recepción de llamadas con fines de venta directa, entre otros, siendo por tanto la llamada que el denunciante manifiesta haber recibido (04/03/2014), posterior a que éste ejercitase su derecho de oposición al tratamiento de sus datos con fines comerciales.

No obstante lo anterior, en la inspección llevada a cabo por esta Agencia ante TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U (MOVISTAR), se ha constatado que en los sistemas de dicha entidad no consta ninguna llamada realizada, con fecha 04/03/2014, desde la línea ***TEL.3 al número de teléfono del denunciante (*****TEL.1**), por lo que en este caso no se ha podido acreditar la realización de la llamada publicitaria objeto de denuncia. Asimismo se ha constatado que en los sistemas de TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U (MOVISTAR) figura que el denunciante se ha opuesto al tratamiento de sus datos para la realización de llamadas publicitarias, constando un código asociado al denunciante que corresponde a “no llamadas telemarketing”.

III

Por otro lado, en relación con el envío de comunicaciones comerciales por vía electrónica, el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI), modificado por la Ley 9/2014 de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, señala lo siguiente:

“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita

los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.

Añade el artículo 22.1, que “El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos”.

A su vez procede señalar que, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) en su artículo 30.4 dispone que: “los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que les conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquél, a su simple solicitud”.

En el caso que nos ocupa, el denunciante manifiesta haber recibido dos correos electrónicos de fecha 3 y 10 de abril de 2014 respectivamente, cuyo remitente es MOVISTAR, aportando copia de los mismos. A este respecto debemos señalar que, tal y como consta en la documentación obrante en el expediente, TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U (MOVISTAR) confirmó al denunciante, a través de diversos escritos que, desde el 08/07/2008 habían tramitado su derecho oposición a la recepción de promociones y ofertas de productos y servicios propios de Movistar a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

No obstante lo anterior, en el transcurso de las actuaciones de inspección llevadas a cabo por esta Agencia se ha constatado que la dirección del destinatario que figura en los e-mails aportados (...@...) no consta en los ficheros de la entidad denunciada. De hecho, en los citados ficheros no consta ninguna dirección de correo asociada al denunciante para el envío de publicidad, constando tan sólo en sus ficheros una dirección de correo para el servicio e-factura, siendo la misma la siguiente:

....1@.....

A su vez, en relación con los e-mails remitidos al denunciante en fechas 3 y 10 de abril de 2014, la entidad denunciada manifiesta que el denunciante tiene contratado el servicio de MOVISTAR TV, por lo que Movistar le envía semanalmente información sobre las novedades asociadas a dicho producto, no considerándose por tanto envíos publicitarios los correos remitidos, puesto que no se intenta vender nada ni se ofrece ningún producto, al ser ya el denunciante cliente del servicio MOVISTAR TV (se aportan facturas correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de 2014, en las que se constata que el denunciante tiene contratado el servicio Fusión Fibra Máxima TV). Por tanto, del examen del contenido de las citadas comunicaciones se desprende que no pueden ser calificadas como “*comunicaciones comerciales*”, a tenor de la definición contenida en el apartado f) del Anexo de la LSSI, por lo que los envíos de dichas comunicaciones electrónicas quedan excluidos de la prohibición contenida en el artículo 21 de la LSSI ya citado.

Asimismo añadir que, en caso de que el cliente (denunciante) no desee recibir información asociada al producto contratado, Movistar, en el pie de página de los e-mails remitidos, permite oponerse a recibir este tipo de comunicaciones, mediante la cumplimentación de un formulario.

Por tanto, sobre la base de lo expuesto debemos concluir que, en el caso que nos ocupa, no se aprecia la existencia de infracción a la LOPD ni a la LSSI.

IV

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U.,** y a D. **A.A.A..**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de



Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos