

Expediente Nº: E/05401/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **VODAFONE ONO, S.A.U.** en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 08/09/2017, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante), en el que denuncia a **VODAFONE ONO, S.A.U.** (en lo sucesivo VODAFONE ONO), por los siguientes hechos: a pesar de haber presentado una tutela de derechos ante la Agencia Española de Protección de Datos TD/00128/2017, solicitando la oposición a no recibir llamadas de Vodafone, ha recibido llamadas comerciales en sus números *****TELF.1** y *****TELF.2** procedentes de *****TELF.3**, *****TELF.4** y *****TELF.5** en agosto de 2017 ofreciendo publicidad de la entidad.

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:

1. Sobre el sistema de información de la entidad que registra las campañas comerciales realizadas sobre un número se ha verificado:

1.1. Se consultan las campañas comerciales realizadas durante todo el 2017 sobre el número *****TELF.2** y sobre el número *****TELF.1** comprobándose que no consta ningún registro.

A la vista de esta información los representantes de la entidad manifiestan que no se han realizado campañas comerciales sobre estos números.

1.2. Los números desde los que se han realizado las llamadas, *****TELF.3**, *****TELF.4** y *****TELF.5** no son titularidad de VODAFONE ONO. Todos los Call Center y agentes comerciales de la entidad utilizan numeración perteneciente a VODAFONE ONO.

Según han comprobado el número *****TELF.3** pertenece a Telcia Comunicaciones y los números *****TELF.4** y *****TELF.5** pertenecen a la numeración de Orange.

A raíz de las presentes Actuaciones Previas, VODAFONE ONO ha incluido en su listado Robinsón los números de teléfono del reclamante.

Se ha acreditado que el número *****TELF.1** ha recibido llamadas del número *****TELF.3** en fechas 15 y 25/08/2017 y del número *****TELF.4** en fecha 25/08/2017.

El número *****TELF.2** ha recibido 10 llamadas del número *****TELF.5** en fechas 11, 14, 16, 17 y 24/08/2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora 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

El artículo 126.1, apartado segundo, del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD) establece:

“Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.”

III

El artículo 6.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), el cual dispone que:

“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”.

“2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, Fundamento Jurídico 7 primer párrafo, “(...) consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)”.

IV

De la documentación obrante en el expediente se desprende ausencia del elemento subjetivo de culpabilidad necesario en la actuación de VODAFONE ONO para ejercer la potestad sancionadora.

En el presente caso, el denunciante manifiesta que a pesar de haberse tramitado un procedimiento de tutela de derecho contra la denunciada, estar incluido en la Lista Robinson y de haber solicitado la oposición a no recibir llamadas de VODAFONE, lleva soportando llamadas a uno de sus terminales móviles y también a terminal fijo ofreciéndole servicios de VODAFONE ONO.

Hay que señalar que las actuaciones inspectoras llevadas a cabo en la misma sede de la entidad denunciada no ha dado sus frutos puesto que no se ha logrado determinar, ni desvelar o identificar al responsable del tratamiento efectuado.

De la documentación aportada, se desprende que los números desde los que se han realizado las llamadas no son titularidad de VODAFONE ONO, señalando sus representantes que todos sus Call Center así como sus agentes comerciales utilizan numeración perteneciente a VODAFONE ONO manifestando desconocer la identidad de las entidades o comerciales que han efectuado llamadas en su nombre, si bien señalan que pudieran ser afiliados a la entidad que se dedican por cuenta propia a ofrecer servicios de diferentes operadoras y a cobrar una comisión por cada alta que consiguen.

Por otra parte, VODAFONE ONO ha incluido en su propio listado Robinson los números de teléfono del reclamante, lo que parece demostrar una razonable diligencia en su actuación.

Además, el denunciante acredita que se encuentra en el Servicio Lista Robinson desde el 05/09/2017 y las llamadas se realizaron con anterioridad a la misma y, a más a más, la efectividad del fichero de Adigital se produce a partir de los tres meses de su inclusión.

Se hace necesario señalar que al Derecho Administrativo Sancionador, por su especialidad, le son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad del principio de presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1990, de 26 de abril, en relación con el derecho a la presunción de inocencia y del principio de culpabilidad establece: *“No puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.”*

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20/02/1989 indica que *“Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia*

cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurre aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate.”

En definitiva, aquellos principios impiden imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y acreditado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación o de la intervención en los mismos del presunto infractor, aplicando el principio *“in dubio pro reo”* en caso de duda respecto de un hecho concreto y determinante, que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

Por todo lo cual, se ha de concluir, que tras el análisis de los hechos denunciados y de las actuaciones de investigación llevadas a cabo por esta Agencia, no se han acreditado elementos probatorios que permitan atribuir a VODAFONE ONO una vulneración de la normativa en materia de protección de datos, ya que no se ha podido constatar que VODAFONE ONO sea titular de las líneas desde las que se hicieron las llamadas.

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

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a **VODAFONE ONO, S.A.U. y 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 Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 del referido texto legal.



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