

- **Expediente N°: E/00037/2021**

- RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** (en adelante reclamada) en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** (en adelante reclamante) y teniendo como base los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 5/10/2020, tuvo entrada en esta Agencia escrito del reclamante contra el reclamado en el que manifiesta lo siguiente:

- 1) Haber sido cliente del reclamado en el pasado.
- 2) La recepción de correos electrónicos (desde la dirección de correo electrónico *****EMAIL.1**) y llamadas comerciales no deseadas en nombre del reclamado en su número de teléfono, *****TELEFONO.1**,
- 3) La línea llamada del reclamante se encuentra inscrita en la lista Robinson de Adigital desde 10/10/2010.
- 4) El reclamante refiere llamadas procedentes de múltiples números de teléfono sin concretar fechas y horas de las llamadas, entre las cuales apunta seis llamadas desde el número de teléfono *****TELEFONO.2** el día 2 de octubre de 2020.
- 5) Con posterioridad el reclamante especifica la recepción de las siguientes llamadas:
 - El día 5 de febrero de 2021 a las 14:38 desde el número *****TELEFONO.3**.
 - El día 9 de febrero de 2021 a las 15:24 desde el número *****TELEFONO.4**.

Documentación relevante aportada por el reclamante:

- Impresión de pantalla en la que se lista un conjunto de números de teléfono “bloqueados”.
- Copia de un correo electrónico recibido por el reclamante con fecha de 11 de junio de 2020 desde la dirección *****EMAIL.1** en el que se le traslada una oferta de servicios de telecomunicaciones.
- Copia de un correo electrónico dirigido por el reclamante a *****EMAIL.2** con fecha de 26 de agosto de 2010 en el que solicita “[...]la eliminación total de mis datos personales guardados por la compañía Vodafone y que paren de llamarme”.

- Copia de una factura de fecha 31 de agosto de 2020 de PEPEMOBILE, S.L a nombre del reclamante en la que consta, entre otros, el número de teléfono *****TELEFONO.1** en el que se habrían recibido las llamadas objeto de reclamación.
- Copia de un correo electrónico recibido por el reclamante con fecha de 3 de octubre de 2020 desde la dirección *****EMAIL.3** en el que se le traslada una oferta de servicios de telecomunicaciones.

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:

ANTECEDENTES

Fecha de entrada de la reclamación: 5 de octubre de 2020

Reclamado: VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, el reclamado)

Los antecedentes que constan en los sistemas de información son los siguientes:

En el marco del procedimiento E/08776/2020 la AEPD, en virtud del artículo 65.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, dio traslado de la reclamación al reclamado. Éste, en respuesta del 13 de enero de 2021 (número de registro de entrada en la AEPD O00007128e2100001153) manifestó, con respecto a la línea del reclamante que *“consta inscrita en la Lista Robinson oficial de ADigital desde el 10 de octubre de 2010. No obstante, no constaba inscrita en la Lista Robinson interna de Vodafone, llevándose a cabo su inscripción en ella por Vodafone tras recibir el requerimiento de esta Agencia.”*

Por otro lado, en relación con los correos electrónicos recibidos por el reclamante, señala que *“no están asociados de ninguna manera a Vodafone. En este sentido, lo primero que ha de destacarse es que la dirección remitente, no corresponde a ninguna dirección utilizada y/o gestionada por mi representada. De hecho, el dominio bajo el que opera el correo electrónico es un dominio genérico de “Gmail”, el cual no es utilizado en ningún correo por mi representada al contar ésta con los suyos propios “@vodafone.es o @vodafone.com”.*

Además, en cuanto al listado de números de teléfono llamantes facilitado por el reclamante en su escrito (O00007128e2000004755) objeto de traslado al reclamado, éste apunta que *“ha verificado que ninguna de estas numeraciones se encuentra asociadas a colaboradores de Vodafone”.*

En relación con la falta de atención por parte de Vodafone al ejercicio del derecho de supresión alegado por el reclamante, señala la reclamada que la dirección *“protecciondatos@vodafone.com” no corresponde a ninguna de las direcciones ofrecidas por Vodafone para poder atender los derechos de los interesados”.*

INTERVINIENTES

Han intervenido durante las presentes actuaciones (además del reclamante y el reclamado):

- ASOCIACIÓN DE OPERADORES PARA LA PORTABILIDAD (en adelante AOP)
- *B.B.B.* (en adelante *B.B.B.*)
- LEAST COST ROUTING TELECOM, S.L. (en adelante Least)
- ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (en adelante Orange)
- RUMBATEL COMUNICACIONES, S.L. (en adelante Rumbatel)
- SOLIVESA MASTER FRANCHISE, S.L. (en adelante Solivesa)
- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante Telefónica)
- TELEMARKETING TANGER SARL (en adelante TmTanger)
- UNIVERSAL TELECOM EXPERTS, S.L. (en adelante Universal)

RESULTADO DE LAS ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN

Se resume a continuación la información obtenida en el marco de las presentes actuaciones de investigación.

AOP informa, con fecha 2 de marzo de 2021 (escrito con número de registro de entrada en la AEPD O00007128e2100009256) que la operadora de telecomunicaciones que tiene asignado el número de teléfono *****TELEFONO.2** es Least. Igualmente señala que el número *****TELEFONO.3** está asignado a Orange, y el *****TELEFONO.4** a Telefónica.

En relación con las llamadas objeto de reclamación con origen en el número de teléfono *****TELEFONO.2** se señala lo siguiente:

- Least informa, con fecha de 16 de marzo de 2021 (escrito con número de registro de entrada en la AEPD O00007128e2100011965) que el número de teléfono *****TELEFONO.2** está “asignada” a Solivesa desde el 27 de agosto de 2020 “apareciendo como abonado” *B.B.B.* (iniciales de persona física ubicada en Perú). En relación con la modalidad de uso del número de teléfono manifiesta que “la línea se utiliza a través de conexión SIP trunking (Conexión de protocolo de inicio de sesión que consiste en el uso de voz sobre una IP) mediante un servicio VoIP. La tecnología VoIP es el equivalente virtual de una

*línea tradicional para empresas, permite realizar llamadas a través de internet. Mediante esta tecnología se presta al Usuario el servicio de telefonía de la línea *****TELEFONO.2**. No existe una instalación y conexión física en un domicilio, existe una conexión a servicios de voz a través del internet del Usuario o abonado para que la señal de voz se envíe de forma digital por su red IP."*

- Además, en relación con las llamadas referidas en la reclamación, confirma que en sus sistemas consta una única llamada el día 2 de octubre de 2020 a las 16:11 horas de 39 segundos de duración.
- Solivesa informa, con fecha de 30 de marzo de 2021 (escrito con número de registro de entrada en la AEPD O00007128e2100014314), de los siguientes aspectos:
 - Entre las actividades que realiza Solivesa está la reventa de tráfico telefónico como operador autorizado por la CNMC.
 - Como revendedor de tráfico telefónico vendió la numeración *****TELEFONO.2** a B.B.B.. Adjunta (documento anexo número 1) copia del "CONTRATO SERVICIOS IP" suscrito el 27 de enero de 2020 entre Solivesa y **B.B.B.**, en el que se contrata el servicio "TRUNK SIP" y un bono de 20.000 minutos de tráfico telefónico. El anexo de este contrato, de fecha 28 de agosto de 2020, apunta una ampliación de la contratación con la numeración *****TELEFONO.2**.
 - Además de lo anterior, Solivesa también presta servicios de marketing telefónico a terceras empresas con el objetivo de conseguir la contratación por parte de potenciales clientes de los productos y servicios de estas empresas. Añade que, en el marco de esta actividad, Solivesa "subcontrata terceras empresas que forman parte de sus canales de distribución y que, en prácticamente la totalidad de los casos, utilizan sus propias bases de datos para la captación de clientes".
 - Como prestador de servicios de marketing telefónico Solivesa mantiene una relación comercial con B.B.B. desde el 25 de julio de 2019. Adjunta (documento anexo número 2) copia del "CONTRATO MERCANTIL DE DISTRIBUCIÓN CANAL VODAFONE" suscrito el 25 de julio de 2019 entre Solivesa y B.B.B.. Se subraya la siguiente información contenida en el contrato (en el marco de dicho contrato ha de entenderse a B.B.B. como el subagente):

"SOLIVESA MASTER FRANCHISE, S.L.U., es distribuidor oficial autorizado de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., y VODAFONE ONO, S.A.U."

“El SUBAGENTE se compromete frente a SOLIVESA MASTER FRANCHISE, S.L.U., a desarrollar, a cambio de la remuneración que más adelante se pacta y durante el período de vigencia del presente Contrato, la actividad de intermediación en altas de clientes para el operador de Vodafone, mediante la realización de llamadas telefónicas de captación comercial utilizando bases de datos propias del Subagente.”

“Ambas partes reconocen y aceptan que la cartera de clientes que pueda obtenerse con motivo de la actividad desarrollada por el SUBAGENTE es propiedad de SOLIVESA MASTER FRANCHISE, S.L.U., sin que pueda producirse por el SUBAGENTE reclamación de cantidad alguna por tal concepto y en particular en relación con la indemnización por clientela prevista en la Ley sobre el Contrato de Agencia.”

El contrato contiene un anexo, “ANEXO A POLÍTICA DE SEGURIDAD CORPORATIVA PARA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y REQUERIMIENTOS MÍNIMOS DE SEGURIDAD EXIGIDOS POR SOLIVESA MASTER FRANCHISE S.L” que contiene las exigencias en materia de protección de datos personales que Solivesa impone a “Encargados del Tratamiento y/o Subencargados de Tratamiento que presten servicios o colaboren” con ella.

El contrato contiene un anexo, “ANEXO C NOMBRAMIENTO DEL RESPONSABLE DE PRIVACIDAD” que contiene el nombramiento como responsable de privacidad del propio **B.B.B.**

El contrato contiene un anexo, “ANEXO D ADHESIÓN DE NUEVA LÍNEA AUTORIZADA PARA EMITIR LLAMADAS COMERCIALES/BAJA DE LÍNEAS AUTORIZADAS” que contiene la autorización de Solivesa para el uso de la línea *****TELEFONO.2** “para comercializar las campañas de Vodafone sujetas al CONTRATO MERCANTIL DE DISTRIBUCIÓN CANAL VODAFONE”. Éste contiene asimismo un listado de números que “desde la fecha de hoy dejará de emitir llamadas comerciales en nombre de SOLIVESA MASTER FRANCHISE, S.L., en el marco del CONTRATO MERCANTIL DE DISTRIBUCIÓN CANAL VODAFONE”.

El contrato contiene un anexo, “ANEXO E ADHESIÓN DE NUEVO USUARIO AUTORIZADO PARA ACCEDER A APLICACIONES Y BAJA DE USUARIOS AUTORIZADOS” en el que **B.B.B.** “solicita un identificador de usuario para poder acceder a las distintas aplicaciones propiedad de SOLIVESA MASTER FRANCHISE, S.L., y/o de Vodafone España S.A.U, para cargar las ventas que realice en el marco del CONTRATO MERCANTIL DE DISTRIBUCIÓN CANAL VODAFONE

firmado entre SOLIVESA MASTER FRANCHISE, S.L., y el Subagente". Además, "SOLIVESA MASTER FRANCHISE, S.L., y, en su caso, Vodafone España S.A.U., a través de aquélla, facilita" un conjunto de identificadores de acceso al "CRM SOLIVESA" y al "CRM MARTEL - VODAFONE".

El contrato contiene un anexo, "ANEXO F INFORMACIÓN SOBRE OBLIGACIONES DEL SUBAGENTE AL REALIZAR LLAMADAS DE CAPTACIÓN CON BASES DE DATOS PROPIAS" que contiene, entre otra, la siguiente información:

"Solivesa Master Franchise, S.L., en adelante Solivesa, es una empresa comprometida con el cumplimiento de sus obligaciones en materia de protección de datos personales y privacidad.

Además, con este comunicado, queremos hacer especial foco en las campañas de captación y recordarle las obligaciones que deben cumplirse de forma estricta. Así pues, en el caso de que realice una campaña comercial utilizando sus propias bases de datos, no facilitadas por Solivesa, deberá asegurarse de:

- *Que cuentan con la aprobación previa y expresa de Solivesa para realizar la campaña concreta de que se trate.*
- *Que disponen de los datos de forma lícita, informando y obteniendo el consentimiento de los titulares para poder realizar acciones comerciales en nombre de Vodafone. Le recordamos que está prohibida la realización de llamadas comerciales sin contar con el consentimiento del interesado.*
- *Filtrar sus bases de datos con las listas Robinson Públicas, por ejemplo, la gestionada por Adigital, con carácter previo al inicio de la campaña.*
- *No utilizar medios de comunicación que no hayan sido consentidos por los destinatarios de la campaña.*
- *Trasladar a Solivesa inmediatamente los datos de aquellos destinatarios que les hayan comunicado que no desean recibir más comunicaciones comerciales y asegurarse de que no vuelven a contactar con ellos en futuras emisiones.*
- *Si alguien decide ejercer su derecho de oposición al tratamiento de sus datos o de supresión de éstos, deberá informarle de los sistemas de exclusión publicitaria existentes, remitiéndole a la*

información publicada por la Agencia Española de Protección de Datos.

- *Realizar las llamadas telefónicas de captación de clientes, exclusivamente, a través de la numeración telefónica que Solivesa haya autorizado por contrato o en anexo al contrato de distribución. En ningún caso se pueden realizar llamadas comerciales desde numeraciones no autorizadas expresamente por Solivesa.*
- *Realizar las llamadas dentro del horario legalmente permitido (de lunes a viernes laborables, de 9:00 a 21:00 horas) e identificando la llamada como de naturaleza comercial. En concreto, el subagente se identificará como agente de Solivesa Master Franchise, S.L., distribuidor autorizado de Vodafone.*

Solivesa no puede mantener su relación contractual con aquellos subagentes que no cumplan estrictamente con estas exigencias, por lo que auditaremos, en cualquier momento, las actividades de tratamiento de datos personales que los subagentes realicen por cuenta de Solivesa en campañas comerciales de Vodafone, a fin de verificar el cumplimiento de dichas exigencias. [...]"

- *Solivesa manifiesta que la relación comercial que mantiene con **B.B.B.** no supone "en ningún caso, que la llamada comercial que da origen al requerimiento de información haya sido realizada en el marco de esta relación comercial, ya que el titular de la línea puede emitir llamadas desde la numeración vendida por Solivesa para diferentes cuestiones que nada tienen que ver con ésta última".*
- *Adjunta copia del "CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CANAL PRESENCIAL" suscrito entre Vodafone y Solivesa con fecha de 1 de mayo de 2019. Entre otras, este contrato contiene las siguientes cláusulas:*

"5.3 El COLABORADOR deberá comunicar expresamente a VODAFONE las nuevas incorporaciones de terceros colaboradores. Asimismo, el COLABORADOR deberá remitir a VODAFONE con carácter trimestral la relación de terceros colaboradores con los que en ese momento cuente."

"6.1 El COLABORADOR podrá utilizar terceros colaboradores, avisadores, referenciadores así como cualquier otra figura para el desarrollo de su actividad, siempre que exista notificación previa, expresa y escrita a VODAFONE."

El contrato incluye asimismo un anexo, “ANEXO II” en el que se detalla el listado de terceros colaboradores de Solivesa que se encuentra vacío.

El contrato incluye asimismo un anexo, “ANEXO IV” que refiere el “ACUERDO DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES DE VODAFONE”.

- El día 5 de abril de 2021 se dirigió a **B.B.B.** un requerimiento de información a través de certificado internacional (número de registro de salida de la AEPD O00007128s2100022917).
- A la fecha de firma del presente informe no consta respuesta al requerimiento referido en el párrafo anterior.

En relación con la llamada objeto de reclamación con origen en el número de teléfono *****TELEFONO.3** se señala lo siguiente:

- Orange informa, con fecha de 18 de marzo de 2021 (escrito con número de registro de entrada en la AEPD O00007128e2100012685) que el número de teléfono *****TELEFONO.3** se encuentra asignado al “reseller” Rumbatel. Además, señala que en sus sistemas consta, para el día 5 de febrero de 2021 a las 14:38 horas, una llamada de 17 segundos de duración al número de teléfono *****TELEFONO.1**.
- Rumbatel informa, con fecha de 23 de marzo de 2021 (escrito con número de registro de entrada en la AEPD O00007128e2100013240), que el número de teléfono *****TELEFONO.3** se encuentra asignado a Universal. Además, manifiesta que *“nuestro cliente con el fin de facilitar la tarea de identificación nos indica que, en el sistema de numeración estaba asignada la numeración en esas fechas a su abonado “TELEMARKETING TANGER, SARL”.* Y añade que *“Universal Telecom nos informa que les consta una llamada al *****TELEFONO.1** realizada 05/02/2021 14:37 y con duración de 16s realizada a través de sus sistemas.”* Facilita adjunto al escrito, asimismo, el contrato suscrito entre TmTanger y Universal.
- Universal facilita, con fecha de 25 de marzo de 2021 (escrito con número de registro de entrada en la AEPD O00007128e2100013678), la siguiente información:
 - Universal es *“un operador autorizado por la CNMC para prestar servicios de Telefonía IP, que presta servicios a empresas, particulares y otros operadores”.*
 - El número de teléfono *****TELEFONO.3** se encuentra asignado a su cliente, TmTanger, al que ofrecen un *“servicio virtual en la nube”.*

- Facilita los datos de contacto de TmTanger, cuyo domicilio se encuentra en Marruecos.
- Confirma que desde el número *****TELEFONO.3** se realizó una llamada el día 5 de febrero de 2021 a las 14:37 16 segundos de duración al número *****TELEFONO.1**.
- El día 24 de marzo de 2021 se dirigió a TmTanger un requerimiento de información a través de certificado internacional (número de registro de salida de la AEPD O00007128s2100020222).
- A la fecha de firma del presente informe no consta respuesta al requerimiento referido en el párrafo anterior.

En relación con la llamada objeto de reclamación con origen en el número de teléfono *****TELEFONO.4** se señala lo siguiente:

- Telefónica informa, con fecha de 22 de marzo de 2021 (escrito con número de registro de entrada en la AEPD O00007128e2100013004) que el número de teléfono *****TELEFONO.4** *“se encuentra vacante y no consta ningún titular asociado a la misma”* el día 9 de febrero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del RGPD reconoce a cada autoridad de control, y según lo establecido en los artículos 47 y 48 de la LOPDGDD, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para iniciar y para resolver este procedimiento.

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), la competencia para resolver el presente Procedimiento corresponde a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

II

El artículo 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSICE), señala lo siguiente:

<<Artículo 21.

Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

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>>.

El artículo 38.4.d) de la LSSICE, señala lo siguiente:

<<38.4 Son infracciones leves:

(...) d) El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave>>.

El artículo 45 de la LSSICE, señala lo siguiente:

<<Artículo 45. Prescripción.

Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.>>.

De lo anterior, se infiere que el envío de los correos electrónicos de tipo comercial al reclamante supuestamente sin autorización expresa de fechas 11/06/2020, 26/08/2021 y 3/10/2020 superan el plazo de seis meses de prescripción de la supuesta infracción leve, por lo que no procede su análisis.

III

Respecto de las llamadas telefónicas al reclamante desde diferentes líneas llamantes, es de aplicación la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGT).

El artículo 48.1.b) de la LGT, señala lo siguiente:

<<Artículo 48. 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.

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 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.>>.

Si bien, el citado artículo 48 de la LGT no configura el derecho de oposición, por lo que debemos acudir a las normas de protección de datos en las que se regula el derecho de oposición: artículo 21 del RGPD, (Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27/04/2016, 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 artículo 23 de la LOPDGDD (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales).

El artículo 21 del RGPD, señala lo siguiente:

<< Artículo 21 Derecho de oposición

1. El interesado tendrá derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f), incluida la elaboración de perfiles sobre la base de dichas disposiciones. El responsable del tratamiento dejará de tratar los datos personales, 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.

2. 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.

3. Cuando el interesado se oponga al tratamiento con fines de mercadotecnia directa, los datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines.

4. A más tardar en el momento de la primera comunicación con el interesado, el derecho indicado en los apartados 1 y 2 será mencionado explícitamente al interesado y será presentado claramente y al margen de cualquier otra información.

5. En el contexto de la utilización de servicios de la sociedad de la información, y no obstante lo dispuesto en la Directiva 2002/58/CE, el interesado podrá ejercer su derecho a oponerse por medios automatizados que apliquen especificaciones técnicas.

6. Cuando los datos personales se traten con fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos de conformidad con el artículo 89, apartado 1, el interesado tendrá derecho, por motivos relacionados con su situación particular, a oponerse al tratamiento de datos personales que le conciernan, salvo que sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada por razones de interés público.>>.

El artículo 23 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), señala lo siguiente:

<<Artículo 23. Sistemas de exclusión publicitaria.

1. Será lícito el tratamiento de datos personales que tenga por objeto evitar el envío de comunicaciones comerciales a quienes hubiesen manifestado su negativa u oposición a recibirlas. A tal efecto, podrán crearse sistemas de información, generales o sectoriales, en los que solo se incluirán los datos imprescindibles para identificar a los afectados. Estos sistemas también podrán incluir servicios de preferencia, mediante los cuales los afectados limiten la recepción de comunicaciones comerciales a las procedentes de determinadas empresas.

2. Las entidades responsables de los sistemas de exclusión publicitaria comunicarán a la autoridad de control competente su creación, su carácter general o sectorial, así como el modo en que los afectados pueden incorporarse a los mismos y, en su caso, hacer valer sus preferencias. La autoridad de control competente hará pública en su sede electrónica una relación de los sistemas de esta naturaleza que le fueran comunicados, incorporando la información mencionada en el párrafo anterior. A tal efecto, la autoridad de control competente a la que se haya comunicado la creación del sistema lo pondrá en conocimiento de las restantes autoridades de control para su publicación por todas ellas.

3. Cuando un afectado manifieste a un responsable su deseo de que sus datos no sean tratados para la remisión de comunicaciones comerciales, este deberá informarle de los sistemas de exclusión publicitaria existentes, pudiendo remitirse a la información publicada por la autoridad de control competente.

4. Quienes pretendan realizar comunicaciones de mercadotecnia directa, deberán previamente consultar los sistemas de exclusión publicitaria que pudieran afectar a su actuación, excluyendo del tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa al mismo. A estos efectos, para considerar cumplida la obligación anterior será suficiente la consulta de los sistemas de exclusión incluidos en la relación publicada por la autoridad de control competente.

No será necesario realizar la consulta a la que se refiere el párrafo anterior cuando el afectado hubiera prestado, conforme a lo dispuesto en esta ley orgánica, su consentimiento para recibir la comunicación a quien pretenda realizarla.>>

El art. 28.1 del RGPD, señala lo siguiente:

<<Artículo 28 Encargado del tratamiento

1. Cuando se vaya a realizar un tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento, este elegirá únicamente un encargado que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado>>.

IV

En el presente caso, respecto de las llamadas telefónicas de carácter comercial realizadas por las entidades B.B.B. (persona física ubicada en Perú) y TmTanger (entidad jurídica ubicada en Tánger) supuestamente para promocionar productos de Vodafone España, S.A.U., estando la línea llamada incluida en el listado de exclusión publicitaria Lista Robinson de Adigital desde el 10/10/2010, se debe señalar lo siguiente:

En primer lugar, respecto de la falta de atención del derecho de oposición ejercido por el reclamante en la dirección electrónica *protecciondatos@vodafone.com*, se significa que no consta dicha dirección como habilitada por la reclamada para atender los derechos de los interesados.

En segundo lugar, no consta acreditado que las citadas llamadas comerciales se realizaran en nombre y por cuenta de VDF (en calidad de responsable del tratamiento) ni de Solivesa (en calidad de Encargado del tratamiento), toda vez que el número de la línea llamante es de titularidad las citadas personas ubicadas en Perú y Tanger, y no ha sido posible acreditar que se realizaran en calidad de encargados del tratamiento y siguiendo las instrucciones del responsable (VDF). A este respecto, hay antecedentes en esta AEPD de casos similares, en concreto el expediente de referencia PS/00006/2021, en el que en el FD III se dice lo siguiente:

<< En el presente caso, de las alegaciones al acuerdo de inicio y documentación aportada por la entidad Solivesa, ha quedado acreditado que dicha entidad no era la responsable de la llamada publicitaria realizada al reclamante en fecha 17 de enero de 2020, toda vez que la llamada la efectuó otra entidad que dispone de sus propias bases de datos para realizar los servicios, vulnerando el contrato de servicios celebrado, toda vez que comenzó a distribuir, los servicios de Vodafone, a través de CT, S.L. y a través de Solivesa simultáneamente, generando la imposibilidad de conocer con certeza si las llamadas realizadas al reclamante se realizaron en nombre CT, S.L. o de Solivesa>>.

Por último, en relación con la reclamación ahora presentada y admitida a trámite por esta Agencia, le informamos de la incoación del procedimiento sancionador de referencia nº PS/00059/2020 contra la reclamada por hechos iguales.

Asimismo, se informa que con fecha 11 de febrero de 2021 se ha dictado la resolución del citado procedimiento, que ha sido publicada en la página web de la Agencia <http://www.aepd.es>.

En la citada resolución del expediente de referencia PS/00059/2020, se hace constar que "...Los hechos expuestos, suponen la comisión por parte de VDF, de una infracción del artículo 48.1.b) de la Ley LGT, recogido en su Título III, que señala del derecho: (...) 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". Si bien, el citado artículo no configura de forma explícita tal derecho, se debe acudir a las normas de protección de datos ya indicadas en los Fundamentos anteriores en las que se regula el derecho de oposición: artículo 21 del RGPD, y artículo 23 de la LOPDGDD. Esta Infracción se

encuentra tipificada como “grave”, en el artículo 77.37) de dicha norma, que considera como tal: “37. La vulneración grave de los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el título III de la Ley y su normativa de desarrollo”. pudiendo ser sancionada con multa de hasta 2.000.000 €, de acuerdo con el artículo 79.1.c) de la citada LGT.”

De esta forma, se da cumplimiento a lo establecido en el art. 77.2 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos), que establece que la autoridad de control ante la que se haya presentado la reclamación informará al reclamante sobre el curso y el resultado de la reclamación.

Finalmente, el artículo 31 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, sobre la concurrencia de sanciones, establece:

“1. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.”

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 a reclamante y reclamado.

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.

897-150719

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