



Expediente Nº: E/00678/2010

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad Telefónica Móviles España, S.A.U. en virtud de dos denuncias presentadas ante la misma y con en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fechas 22/05/2009 y 17/06/2009 tuvieron entrada en esta Agencia dos escritos de fecha 22/05/2009 del denunciante 1, en los que manifestaba que, tras haber ejercido su derecho de oposición en el mes de febrero al envío de publicidad por parte de Telefónica Móviles España, S.A. (en adelante TME), a través de su portal web www.protecciondatos.movistar.es, había continuado recibiendo comunicaciones comerciales, tres de ellas en su teléfono móvil y otra en su cuenta de correo electrónico. Con la denuncia aportaba impresión de tres fotografías correspondientes a una pantalla del móvil con tres mensajes cortos de texto y de un correo electrónico, así como de impresiones de pantalla de la página web protecciondatos.movistar.es en las que aparece que no presta su consentimiento para ningún tipo de envío comercial por parte de TME. Tal denuncia motivó el inicio de las actuaciones E/02523/2009.

SEGUNDO: Con fecha 16/12/2008 tuvo entrada escrito presentado por el denunciante 2, en el que manifestaba que TME había remitido a su móvil mensajes publicitarios (SMS y MMS) no deseados con posterioridad a comunicar a la empresa, por los canales establecidos y en reiteradas ocasiones, que dieran de baja sus datos a fin de que éstos no fueran utilizados para campañas publicitarias por ninguna empresa del grupo Telefónica ni por ninguna otra empresa. Junto a la denuncia aportaba copia de la página web de [movistar](http://movistar.es) donde se establecen los cauces para consultas o reclamaciones, copia del correo electrónico remitido por su parte con fecha 24/09/2008 a ...movistar@... con sus correspondientes acuses de recibo, copia de la factura de Movistar donde figuran las llamadas realizadas a los teléfonos 4407 y 609 entre el 18/11/2008 y el 26/11/2008, copia del correo electrónico de ...movistar@... de fecha 01/12/2008 comunicándole el traslado de su solicitud de baja al departamento responsable de su tramitación con motivo de los correos electrónicos enviados por el denunciante a dicha cuenta de correo los días 21, 25, 26, y 27 de noviembre de 2008. Posteriormente, el denunciante 2 aportó impresión de una serie de mensajes cortos de texto que, según sus manifestaciones, había recibido en su número de teléfono móvil y un listado que refleja los mensajes de texto y mensajes multimedia, tanto de naturaleza informativa como publicitaria guardados en la memoria de su teléfono. Tal denuncia motivó el inicio de las actuaciones E/00071/2009.

TERCERO: Con fechas 04/12/2009 y 14/12/2009, se acordó el archivo de las

actuaciones E/00071/2009 y E/02523/2009, respectivamente. No obstante, con el objeto de contrastar el grado de accesibilidad, dificultad o facilidad existente para que los usuarios de los servicios de TME puedan conocer, y ejercitar, los procedimientos y canales de oposición para al tratamiento de sus datos habilitados por dicha operadora, se dieron instrucciones a la Subdirección General de Inspección de Datos para que se realizaran las actuaciones de investigación oportunas, que se han tramitado bajo la referencia E/ 00678/2010.

CUARTO: En las actuaciones de investigación se ha tenido conocimiento de los siguientes extremos:

1. TME ha dispuesto diferentes medios para que sus clientes puedan ejercer el derecho de oposición al tratamiento de sus datos: correo postal, teléfono e Internet, y también tiene en cuenta las peticiones de clientes y no clientes que incluyen sus datos en el fichero común de exclusión de tratamientos publicitarios, denominado también Fichero Robinson.
2. En todos los modelos de contratos utilizados por TME figura una cláusula de “protección de datos”, cuyos aspectos más destacables son los siguientes:
 - 2.1. En todos los casos se da por supuesto el consentimiento del cliente para, entre otros tratamientos, los correspondientes a promociones comerciales, siempre que no se oponga a dichos tratamientos.
 - 2.2. En todos los casos se informa de que los medios por los que puede oponerse a dicho tratamiento de sus datos con fines publicitarios son tres:
 - a) Escrito dirigido a TME, Ronda de la Comunicación s/n. Distrito C. Edificio Sur 3. 2ª planta. 28050 Madrid.
 - b) Llamada al teléfono gratuito al 22****.
 - c) Acceso a la web www.movistar.es
3. TME ha aportado copia de los contratos de tarjeta prepago, contrato de línea postpago y Pymes. Los representantes de TME han manifestado que existen otros tipos de contratos en razón del tipo de cliente (Grandes cuentas, Administraciones Públicas, etc.) pero que la cláusula de protección de datos es idéntica a la modelo de Pymes.
4. TME dispone de un sitio web específico para facilitar a sus clientes el ejercicio de su derecho de oposición. El sitio, accesible desde un enlace en la página principal de Movistar (www.movistar.es), se encuentra en la URL www.protecciondatos.movistar.es.

En el texto de “Aviso Legal” que figura en el sitio web se informa de que “...esta compañía no se compromete a la actualización inmediata de la información contenida en la publicación digital.” y de que “El correo electrónico no será considerado como medio válido a los efectos de presentación de reclamaciones. Para ello, deberá dirigirse a los Centros de Relación con el Cliente, llamando desde su móvil Movistar al 609 (llamadas gratuitas) ó desde un teléfono de la red básica al 609*****que indicará, en cada caso, los cauces a seguir. ”



El sitio también dispone de una página de ayuda que ofrece explicaciones sobre cómo obtener la clave de acceso, cómo utilizar la web y que indica que para ejercer otros derechos debe dirigirse por escrito tal y como se indica en el punto 3.

En la información ofrecida respecto a la obtención de la clave de acceso se indica que:

“Únicamente clientes particulares pueden hacer uso de esta web. Las personas jurídicas provistas de CIF, deberán dirigirse por escrito a Telefónica Móviles España S.A., (C/.....1) Madrid, adjuntando fotocopia de CIF y copia del título de representación de la mercantil para ejercitar los derechos recogidos en la legislación vigente en materia de protección de datos.”.

“Si usted es Cliente de Tarjeta Móviles Movistar, únicamente deberá facilitar su número de móvil y la clave de acceso. En el caso de que usted sea Cliente de Contrato Móviles Movistar (de una o varias líneas), es necesario que además introduzca su tipo y número de identificador fiscal. En este caso, su gestión se aplicará a todas las líneas de las que sea titular. Por otra parte, en el caso de que usted posea más de una línea a su nombre y desee que la oposición a recibir promociones comerciales y/o publicidad por alguno de los medios habilitados y detallados en la web (postal, sms, email, telefónico) sólo afecte a una/algunas de sus líneas, tiene la opción de realizarlo marcando el número de móvil y clave de acceso, sin introducir el número de identificador fiscal. De este modo, únicamente dejará de recibir promociones comerciales y/o publicidad por los medios que usted desee en la/s línea/s marcadas.”.

5. Para poder acceder a los servicios disponibles en el sitio web www.protecciondatos.movistar.es, es necesario identificarse primero.

Para ello es necesario el número de móvil y una clave de acceso, si el cliente lo es porque tiene una línea de contrato, puede proporcionar además un NIF, NIE o número de pasaporte.

El enlace con el texto “pulse aquí” en el formulario de identificación nos muestra una segunda página web donde se nos informa de que para obtener la clave de acceso debe solicitarse mediante un tercer formulario al que se accede mediante un enlace con el texto “aquí”.

Si desea más información relacionada con el ejercicio de derechos o sobre el funcionamiento de la Web, consulte la [Ayuda](#).

Para obtener su clave de acceso o si la ha olvidado [pulse aquí](#).

Número de Móvil:

Clave de acceso: **◀CONECTAR▶**

Si usted es Cliente de contrato, además debe introducir su tipo y número de identificador fiscal:

Seleccione

? CLAVE ACCESO

Para acceder a este servicio necesita una clave de acceso. Para obtener su clave de acceso pulse [aquí](#).

Le informamos que también puede ejercer sus derechos llamando desde su móvil Movistar al número 224407 (llamada gratuita).

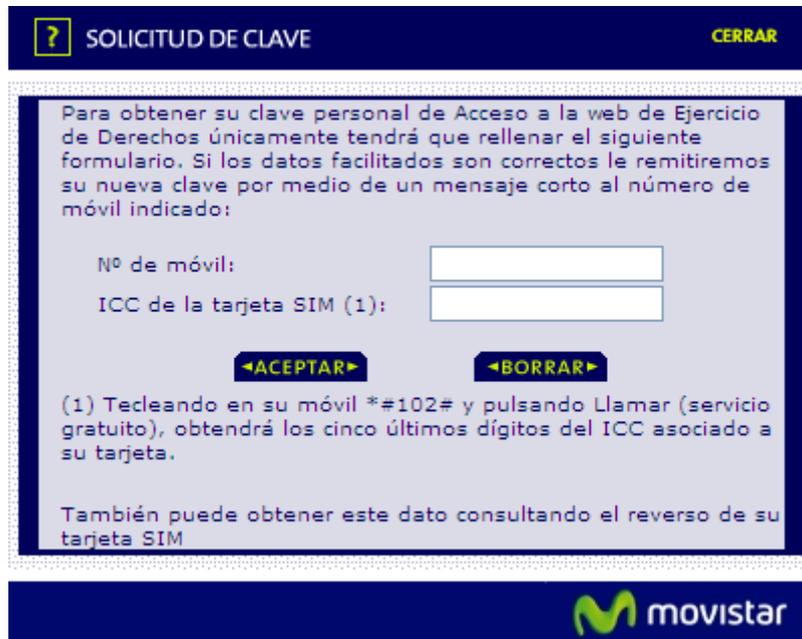
◀CERRAR▶

 **movistar**

- Formulario de identificación -- Segunda página -

En el segundo formulario se indica que también pueden ejercerse los derechos ARCO llamando al número 22****.

El formulario que sirve para conseguir la clave de acceso solicita el número de línea móvil y el "ICC de la tarjeta SIM". Este último dato puede obtenerse bien mirando el reverso de la tarjeta SIM del teléfono (para lo cual hay que quitar la tapa y sacar la batería y la tarjeta) o bien llamando al número gratuito *#102#.



? SOLICITUD DE CLAVE **CERRAR**

Para obtener su clave personal de Acceso a la web de Ejercicio de Derechos únicamente tendrá que rellenar el siguiente formulario. Si los datos facilitados son correctos le remitiremos su nueva clave por medio de un mensaje corto al número de móvil indicado:

Nº de móvil:

ICC de la tarjeta SIM (1):

◀ACEPTAR▶ **◀BORRAR▶**

(1) Teclando en su móvil *#102# y pulsando Llamar (servicio gratuito), obtendrá los cinco últimos dígitos del ICC asociado a su tarjeta.

También puede obtener este dato consultando el reverso de su tarjeta SIM

M movistar

Una vez obtenido el ICC y rellenado el formulario y tras pulsar el botón “Aceptar” en el formulario, se recibe un mensaje corto o SMS en el terminal con la línea especificada. El mensaje contiene la clave de acceso que se solicita en el formulario de identificación.

Una vez identificado el cliente aparece una pantalla en la cual se muestra el “Estado de derechos” que es un listado de siete tratamientos distintos sobre los que se puede dar o revocar el consentimiento.

Los tratamientos se diferencian en base al fin (publicidad o prestación de servicios de valor añadido), el medio (postal, correos electrónicos y SMS, o llamadas automatizadas y fax) y el origen de la publicidad, en su caso, (Movistar o terceros).

Para modificar el estado debe pulsarse el botón “Modificar estado de derechos” y, tras realizar los cambios oportunos, confirmar los cambios. Al hacerlo el sistema muestra un mensaje con el texto “Los cambios han sido efectuados con éxito”.

6. El sitio web www.protecciondatos.movistar.es no proporciona información sobre la fecha actual o la fecha desde la que es efectivo el “Estado de derechos” mostrado con lo que el cliente no puede acreditar desde cuando se da o revoca un consentimiento.
7. El inspector actuante realizó varias llamadas al número 22**** desde una línea contratada por la Agencia Española de Protección de Datos pero la única respuesta que obtuvo fue una locución con el siguiente mensaje *“Información Movistar. El número que ha marcado no corresponde a ningún cliente.”*.

Al realizar la llamada al número 22407 desde una línea asociada a un cliente particular la respuesta fue una locución en la que, tras identificarse utilizando el número

de línea y la clave de acceso descrita en el punto 5, se ofrece la posibilidad de consultar y modificar los derechos descritos en ese mismo punto.

8. Los aspectos más destacables del argumentario que se entrega a los operadores que dan servicio en los números de atención al cliente de Movistar son los siguientes:
 - 8.1. Si quien llama no es cliente se le indica que debe de inscribirse en el Fichero Robinson de la FECEMD dirigiéndose a la dirección www.fecemd.org.
 - 8.2. Se proporciona al cliente la información sobre como ejercer sus derechos de oposición indicándole los mismos medios que se señalan en el punto 2.2.
 - 8.3. Se indica al operador que si el cliente insiste en realizar el trámite telefónicamente proceda a realizarlo de acuerdo con las instrucciones que consta en el argumentario.
9. A fin de verificar la accesibilidad y claridad de la información disponible en el número gratuito 609, el inspector actuante realizó una llamada en la que el operador que le atendió le proporcionó la siguiente información:
 - 9.1. En el caso de que el cliente sea un particular se le solicita el número de abonado, el número de DNI y el nombre y apellidos para identificarlo.

Una vez identificado se actualizan los datos del cliente de forma que se resuelva el ejercicio del derecho de oposición al tratamiento o tratamientos indicados.
 - 9.2. En el caso de que se trate de una empresa, la persona que llama debe tratarse de uno de los interlocutores autorizados.
10. Los procedimientos a seguir para poder identificarse y ejercer los derechos están pactados con los clientes y constan en el contrato.
11. Ni en el sitio web www.protecciondatos.movistar.es ni en el número 22**** se ofrece la posibilidad de oponerse a la recepción de llamadas telefónicas publicitarias.
12. Movistar no dispone de ningún formulario estándar para quienes deseen solicitar la no recepción de comunicaciones comerciales.

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

El artículo 12 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, dispone lo siguiente:

El responsable del tratamiento deberá obtener el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos de carácter personal salvo en aquellos supuestos en que el mismo no sea exigible con arreglo a lo dispuesto en las leyes.

La solicitud del consentimiento deberá ir referida a un tratamiento o serie de tratamientos concretos, con delimitación de la finalidad para los que se recaba, así como de las restantes condiciones que concurran en el tratamiento o serie de tratamientos.

2. Cuando se solicite el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos, éste deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario. En caso contrario, el consentimiento será nulo.

3. Corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

Por su parte el artículo 14, Forma de recabar el consentimiento. señala:

1. El responsable del tratamiento podrá solicitar el consentimiento del interesado a través del procedimiento establecido en este artículo, salvo cuando la Ley exija al mismo la obtención del consentimiento expreso para el tratamiento de los datos.

2. El responsable podrá dirigirse al afectado, informándole en los términos previstos en los artículos 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y 12.2 de este reglamento y deberá concederle un plazo de treinta días para manifestar su negativa al tratamiento, advirtiéndole de que en caso de no pronunciarse a tal efecto se entenderá que consiente el tratamiento de sus datos de carácter personal.

En particular, cuando se trate de responsables que presten al afectado un servicio que genere información periódica o reiterada, o facturación periódica, la comunicación podrá llevarse a cabo de forma conjunta a esta información o a la facturación del servicio prestado, siempre que se realice de forma claramente visible.

3. En todo caso, será necesario que el responsable del tratamiento pueda conocer si la comunicación ha sido objeto de devolución por cualquier causa, en cuyo caso no podrá proceder al tratamiento de los datos referidos a ese interesado.

4. Deberá facilitarse al interesado un medio sencillo y gratuito para manifestar su negativa al tratamiento de los datos. En particular, se considerará ajustado al presente reglamento los procedimientos en el que tal negativa pueda efectuarse, entre otros, mediante un envío prefranqueado al responsable del tratamiento, la llamada a un número telefónico gratuito o a los servicios de atención al público que el mismo hubiera establecido.

5. Cuando se solicite el consentimiento del interesado a través del procedimiento establecido en este artículo, no será posible solicitarlo nuevamente respecto de los mismos tratamientos y para las mismas finalidades en el plazo de un año a contar de la fecha de la anterior solicitud.

El artículo 15 del citado Reglamento, bajo el epígrafe “Solicitud del consentimiento en el marco de una relación contractual para fines no relacionados directamente con la misma” dispone lo siguiente:

Si el responsable del tratamiento solicitase el consentimiento del afectado durante el proceso de formación de un contrato para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos.

En particular, se entenderá cumplido tal deber cuando se permita al afectado la marcación de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se le entregue para la celebración del contrato o se establezca un procedimiento equivalente que le permita manifestar su negativa al tratamiento.

En cuanto al derecho de oposición el artículo 34 señala:

El derecho de oposición es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo en los siguientes supuestos:

a) Cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, como consecuencia de la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, siempre que una Ley no disponga lo contrario.

b) Cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, en los términos previstos en el artículo 51 de este reglamento, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación.

c) Cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, en los términos previstos en el artículo 36 de este reglamento.

Por su parte el artículo 35 recoge lo siguiente:

1. El derecho de oposición se ejercitará mediante solicitud dirigida al responsable del tratamiento.

Cuando la oposición se realice con base en la letra a) del artículo anterior, en la solicitud deberán hacerse constar los motivos fundados y legítimos, relativos a una concreta situación personal del afectado, que justifican el ejercicio de este derecho.

2. El responsable del fichero resolverá sobre la solicitud de oposición en el plazo máximo de diez días a contar desde la recepción de la solicitud. Transcurrido el plazo sin que de forma expresa se responda a la petición, el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

En el caso de que no disponga de datos de carácter personal de los afectados deberá igualmente comunicárselo en el mismo plazo.

3. El responsable del fichero o tratamiento deberá excluir del tratamiento los datos relativos al afectado que ejercite su derecho de oposición o denegar motivadamente la solicitud del interesado en el plazo previsto en el apartado 2 de este artículo.”



III

El sistema descrito habilitado por TME para que los afectados puedan ejercer el derecho de oposición al tratamiento de sus datos con fines publicitarios, posee las siguientes carencias:

a)- TME dispone de un sitio web específico para facilitar el ejercicio del citado derecho a sus clientes, www.protecciondatos.movistar.es, pero no puede ser utilizado por las personas que no son clientes de la entidad y están recibiendo publicidad de TME.

b)-Además el sistema no facilita al solicitante ninguna acreditación ni de haber ejercitado el derecho ni del momento en que se ha realizado por lo que no dispone de prueba alguna frente a un eventual incumplimiento

c)- Ni en el citado sitio web ni en el número de teléfono 22**** habilitado para ejercer el derecho de oposición se ofrece la posibilidad de oponerse a la publicidad realizada a través de llamadas de telefonía vocal.

d)- La cláusula informativa utilizada por TME en los contratos adolece de carencias al no permitir al contratante que muestre su negativa al tratamiento de los datos con fines publicitarios en el propio contrato. Tampoco indica los sectores de actividad respecto de los cuales puede recibir publicidad.

Se recomienda la adopción de las siguientes medidas:

a) Que la web posibilite el ejercicio del derecho de oposición a las personas que no son clientes ya que pueden estar recibiendo publicidad de TME. Por ejemplo en los supuestos en que la campaña publicitaria se realiza con los datos obtenidos de los directorios de abonados o en que los datos proceden de una tercera entidad que obtuvo el consentimiento de los afectados para que sus datos fueran tratados con fines publicitarios en el sector de las telecomunicaciones.

b) Que posibilite al solicitante que ejercite el derecho a través de Internet la obtención de una prueba de haber ejercido el derecho y de la fecha en que ha sido ejercido. Esta previsión debiera hacerse efectiva mediante la generación de un documento PDF en el que conste tal información que deberá conservar la compañía durante el tiempo necesario para hacer frente a las posibles responsabilidades. Asimismo, con objeto de evitar su manipulación posterior, el documento PDF deberá estar firmado electrónicamente por la compañía.

Si bien puede hacerse efectivo mediante una descarga del documento por parte del cliente se considera más recomendable la remisión de un correo electrónico al solicitante con la información relevante referida al ejercicio de su derecho de oposición.

c) Se recomienda que en el sitio web, www.protecciondatos.movistar.es y en el número de teléfono 22****, ofrecidos para ejercer el derecho de oposición, se habilite la posibilidad de oponerse a la publicidad realizada a través de llamadas de telefonía vocal.

A tal fin se informara al afectado de que se esta grabando la conversación y, en su caso se le comunicará un número de referencia indicativo que se asociará cuando se requiera con una grabación inalterable. El afectado podrá asimismo grabar la conversación.

d) Por otro lado, se recuerda que, de acuerdo con el artículo 15 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, cuando el responsable del tratamiento solicite al afectado durante el proceso de formación del contrato el consentimiento para fines publicitarios se deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento en el propio contrato, considerándose recomendable que se permita al afectado la marcación de una casilla claramente visible en el documento y que no se encuentre ya marcada o se establezca un procedimiento equivalente que le permita manifestar su negativa al tratamiento.

Finalmente se recuerda que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1.b) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, cuando se recabe el consentimiento para el tratamiento de los datos con fines publicitarios se debe informar a los afectados sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información y publicidad.

IV

En el caso que nos ocupa, procede el archivo de las presentes actuaciones en la medida en que no existe la constancia requerida para la correspondiente apertura de un procedimiento sancionador, de que los fallos detectados en las presentes actuaciones hayan impedido a ningún denunciante en concreto ejercitar su derecho de oposición a través de los canales establecido por la misma, por lo que no se ha acreditado la existencia de infracción específica.

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 **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.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.