



Expediente Nº: E/03231/2016

**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 Dña. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

**HECHOS**

**PRIMERO:** Con fecha 11 de mayo de 2016, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) contra **VODAFONE ONO, S.A.U.** (en lo sucesivo el denunciado) por la recepción de llamadas comerciales no solicitadas. Aporta datos de las fechas y horas de recepción de las llamadas, que según la denunciante tuvieron lugar en abril y mayo de 2016

**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, realizando visita de inspección y levantando Acta E/03231/2016/I/01 teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. Constan en los sistemas de información de ONO la realización de las siguientes llamadas a la denunciante:

Fecha	Número	Fecha	Número
11/04/2016	***TEL.1	26/04/2016	0
12/04/2016	***TEL.2	26/04/2016	***TEL.10
15/04/2016	0	26/04/2016	***TEL.11
16/04/2016	***TEL.3	27/04/2016	***TEL.12
19/04/2016	***TEL.4	27/04/2016	***TEL.13
19/04/2016	0	29/04/2016	0
20/04/2016	***TEL.5	07/06/2016	***TEL.1
20/04/2016	***TEL.6	07/06/2016	***TEL.1
21/04/2016	***TEL.7	08/06/2016	***TEL.1
22/04/2016	0	09/06/2016	***TEL.1
22/04/2016	0	09/06/2016	***TEL.1
22/04/2016	***TEL.8	10/06/2016	***TEL.1
23/04/2016	***TEL.9	13/06/2016	***TEL.1
23/04/2016	0	13/06/2016	***TEL.1



2. Se realiza una consulta respecto del titular de la línea \*\*\*TEL.1 comprobándose que dicha línea figura asignada a Cableuropa.

Informan los representantes de la entidad que dicha línea es de uso de calls centers externos para campañas propias.

3. Se realiza una consulta respecto del cliente con NIF **D.D.D.** verificándose que está asociado a Dña. **B.B.B.** siendo un cliente activo a fecha de la presente inspección.

Se realiza una consulta respecto del ejercicio de derechos ARCO verificándose que consta la oposición a la recepción de llamadas promocionales por teléfono fijo y móvil (entre otros). Entre los comentarios consta que el cliente ejerció los derechos en fecha 23/7/2014 donde no adjuntó copia de su DNI y el 25/8/2014 donde sí lo hizo y se atendió.

4. Los representantes de la entidad informan que, debido a un cambio de infraestructura de la red, era necesario que se realizase un cambio de configuración de los terminales de los clientes. En la mayor parte de los casos se podía realizar de forma automática, pero en algunos de ellos debían realizarse manualmente o realizar un cambio de SIM. En estos casos se realizaron campañas informativas para que los clientes realizaran los cambios necesarios, o perderían el servicio de telefonía móvil.

A fin de acreditar dichos extremos, se realizan una serie de consultas en el sistema de gestión de contactos con los clientes en los que se comprueba, respecto de Dña. **B.B.B.** las siguientes acciones e interacciones:

- En fecha 1/4/2016 consta una anotación respecto de un proyecto denominado MVNO. Informan los representantes de la entidad que este es el proyecto por el que se está realizando la actualización de los clientes a la nueva red, lo que implica el contactar con los clientes para informarles de las actuaciones que deben realizar. A partir de este momento se encomienda a los call center que contacten con el cliente.
- En fecha 30/4/2016 se marca al cliente para que cualquier operador que reciba una llamada informe al cliente de las acciones que debe realizar.
- En fecha 9/5/2016 se envía al cliente un correo electrónico informativo de las acciones a realizar.
- En fecha 30/5/2016 se remite al cliente una carta por correo postal informándole de la necesidad de realizar los cambios.
- En fecha 1/6/2016 vuelve a entrar en una nueva campaña de call centers para informarle de la necesidad de realizar los cambios.
- En fecha 2/6/2016 se remite al cliente un SMS informativo.
- En fecha 13/6/2016 se incluye una locución en el IVR (sistema de respuesta vocal inteligente) que oír el cliente cada vez que llame a ONO.
- En fecha 1/9/2015 se realiza el cambio de la SIM del cliente.

Los representantes de la entidad manifiestan que las anotaciones de 1/4/2016 y 1/6/2016 no implican la realización de una única llamada sino el encargo a los calls centers de contactar con el cliente a fin de informarle de las acciones oportunas,



realizando las llamadas que sean necesarias. Los representantes de la entidad que, tal y como se puede observar, la acciones de 1 de abril y 1 de junio se codifican haciendo resaltar que el cliente es Robinson.

5. Mediante escrito con entrada en fecha 20/10/2016 ONO aporta nueva documentación, según la cual:

a. En fecha 2/6/2016 se remitió un SMS a la denunciante con el contenido siguiente:

*<<VF Info: La SIM asociada a esta línea dejara de estar activa y es necesario que la renueves. En los próximos días te llamaremos para gestionar tu cambio de SIM, con la que podrás seguir disfrutando de tu servicio y navegar a máxima velocidad 4G+.>>*

b. En fecha 6/6/2016 la entidad remitió un correo electrónico a la cuenta **C.C.C.** para informarle sobre el mismo asunto.

## **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).

El artículo 126.1, apartado segundo, del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal 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.”*

### II

La Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT) dedica el Capítulo V del Título III a los “*Derechos de los usuarios finales*” y les otorga, entre otros, el derecho a oponerse a las llamadas no deseadas con fines publicitarios o comerciales.

Así, 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 en su apartado 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:*



a) *A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de comunicación comercial sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.*

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.*" (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

La infracción del artículo 48.1.b) de la LGT se encuentra tipificada en los artículos 77.37 y 78.11, respectivamente, como infracción grave y leve.

La normativa de protección de datos contempla dos vías para que los particulares puedan oponerse al tratamiento de sus datos con fines publicitarios: a) dirigiendo una solicitud a la persona física o jurídica que utiliza los datos con fines publicitarios, o b) registrando los datos que no se desea que sean utilizados con tal finalidad en un fichero de exclusión publicitaria.

La primera de las modalidades se contempla en el artículo 30.4 de LOPD que dispone: *"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"*.

El procedimiento para el ejercicio del derecho de oposición se encuentra regulado en el artículo 25 RLOPD, pudiendo utilizar si lo desea para ejercitar este derecho los modelos que figuran en el siguiente enlace: [www.agpd.es](http://www.agpd.es)

En cuanto a la segunda, el artículo 49 del RLOPD prevé la creación de ficheros comunes de exclusión publicitaria de carácter general o sectorial en los que se podrán registrar las personas que no deseen recibir comunicaciones comerciales, precepto que dispone: *"Será posible la creación de ficheros comunes, de carácter general o sectorial, en los que sean objeto de tratamiento los datos de carácter personal que resulten necesarios para evitar el envío de comunicaciones comerciales a los interesados que manifiesten su negativa u oposición a recibir publicidad."*

*A tal efecto, los citados ficheros podrán contener los mínimos datos imprescindibles para identificar al afectado"*.

El efecto jurídico que deriva de que el afectado incluya sus datos en un fichero de exclusión publicitaria lo recoge el apartado 4 del artículo 49 conforme al cual *"Quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento"*

A día de hoy solo existe un fichero común de exclusión publicitaria creado al amparo del artículo 49.1 del RLPOD: el Fichero "Servicio de Listas Robinson", gestionado por la Asociación Española de Economía Digital (ADIGITAL). El Reglamento interno de funcionamiento de este fichero precisa que la inclusión en él evita la publicidad de las entidades con las que el afectado no mantenga o haya mantenido ningún tipo de relación y advierte que el registro en el "Servicio Lista Robinson" será



eficaz en el plazo de tres meses a partir de la fecha en la que se notifique la inclusión. Quienes lo deseen pueden registrarse en el fichero de exclusión publicitaria denominado “Servicio de Listas Robinson”, a través del sitio web [www.listarobinson.es](http://www.listarobinson.es).

### III

El artículo 6 de la LOPD, determina:

*“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 de carácter personal tiene que contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público, que existe una Ley que ampara ese tratamiento o una relación contractual o negocial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

En el presente caso el denunciado ha comunicado que las llamadas realizadas a la denunciante, con la que mantiene una relación negocial no eran publicitarias, sino que eran necesarias para informar a la denunciante de la necesidad de cambiar la SIM para poder seguir recibiendo el servicio de telefonía, lo que constituye un tratamiento de datos amparado en la excepción prevista en el art. 6.2 de la LOPD.

### IV

En primer lugar, se ha de tener en cuenta 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.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990 considera que 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 propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”*.

En definitiva, la aplicación del principio de presunción de inocencia impide



imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y comprobado la existencia de una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación.

En atención a lo expuesto, habida cuenta de que no existen elementos probatorios o indicios razonables sobre la realidad de lo manifestado por la denunciante -la recepción en sus líneas de llamadas publicitarias efectuadas por el denunciado- procede acordar el archivo de las actuaciones de investigación practicadas.

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 Dña. **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