



Expediente N°: E/05593/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **CABLEUROPA, S.A.U.**, en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 14/06/2013, tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que manifiesta haber recibido en sus teléfonos fijo y móvil llamadas comerciales de CABLEUROPA, S.A.U., (en lo sucesivo ONO o la denunciada) cuando ya no era cliente de la entidad y con posterioridad a haber ejercido en forma el derecho de oposición al tratamiento de sus datos con fines publicitarios. Aporta con su denuncia los siguientes documentos,

- Copia de un formulario de ONO denominado “*Autorización y Tratamiento de Datos*”, debidamente cumplimentando, que remitió por fax a la denunciada el 09/05/2013 junto a una copia de su DNI y en el que se opone al tratamiento de sus datos con fines de promoción comercial tanto por correo postal o electrónico como por sms y llamadas telefónicas.
- Copia de la carta de ONO, fechada el 09/05/2013, informando al denunciante que “*En cumplimiento de su solicitud de exclusión de guías telefónicas, ONO ha procedido conforme a lo interesado...*”
- Copia de la denuncia presentada en la Comisaría de Policía el 07/06/2013.

Estos documentos estuvieron precedidos por el envío que el denunciante hizo a ONO el 02/05/2013 del mismo formulario, pero sin adjuntar copia del DNI, y de la respuesta de la denunciada, de fecha 03/05/2013, acusando recibo de su solicitud y advirtiéndole que no se le podía dar trámite en tanto no les hiciera llegar copia del DNI u otro documento identificativo a fin de acreditar su identidad

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, por la Subdirección General de Inspección de Datos se efectuaron actuaciones encaminadas al esclarecimiento de los hechos teniendo conocimiento de los siguientes extremos que constan en el Informe de Actuaciones Previas que se reproduce:

<<ACTUACIONES PREVIAS

La denuncia recibida en fecha de 14/6/2013 es asignada al inspector en fecha de 16/1/2014 realizándose las siguientes actuaciones:

1. En fecha de 31/3/2014 se practica una diligencia en la que se constata la siguiente información de la página web de la Comisión del Mercado de las

Telecomunicaciones:

- 1.1. *Sobre el número *****TEL.1** obteniéndose que, a la fecha de la consulta, corresponde al operador **JAZZ TELECOM S.A.***
- 1.2. *Sobre el número *****TEL.2** obteniéndose que, a la fecha de la consulta, corresponde al operador **CABLEEUROPA, S.A.U. (ONO).***
- 1.3. *Sobre el número *****TEL.3** obteniéndose que, a la fecha de la consulta, corresponde al operador **YOIGO***
2. *En fecha de 3/4/2014 se solicita información a **JAZZ TELECOM S.A.** para que confirme si se le constan llamadas desde el número *****TEL.2** al número *****TEL.1** durante los meses de **mayo y junio de 2013** y en su caso indique la fecha y hora de dichas llamadas. En fecha de 14/4/2014 se recibe escrito de respuesta en el que informan que no le constan llamadas.*
3. *En fecha de 3/4/2014 se solicita información a **XFERA MOVILES SA (YOIGO)** para que confirme si se le constan llamadas desde el número *****TEL.2** al número *****TEL.3** durante los meses de **mayo y junio de 2013** y en su caso indique la fecha y hora de dichas llamadas. En fecha de 24/4/2014 se recibe escrito de respuesta en el que informan que no le constan llamadas.*
4. *En fecha de 26/5/2014 se produce una inspección a **CABLEEUROPA SAU (ONO)** en la que se averigua lo siguiente:*
 - 4.1. ***ONO** realiza comunicaciones comerciales a clientes y potenciales clientes de forma directa.*
 - 4.2. *Para la gestión de dichas comunicaciones, **ONO** cuenta con una serie de marcas en sus sistemas que permite gestionar para cada cliente la oposición a la recepción de correos electrónicos comerciales, correos postales comerciales, llamadas telefónicas, envío de SMS, publicidad de terceros, realización de perfiles, encuestas un cliente, etc. El procedimiento para el ejercicio de dichos derechos puede hacerse vía web y tras un proceso de identificación del cliente o por escrito adjuntado copia del DNI.*
 - 4.3. *Se realizan consultas a los ficheros de la entidad constatándose lo siguiente:*
 - 4.3.1. *Se accede al fichero de clientes por los datos del **NIF ***NIF.1** comprobándose que asociado a dicho NIF figuran los datos de **A.A.A.** respecto del cual consta la siguiente información:*

*Dicha persona se dio de alta como cliente en diversos productos (móvil, fijo, internet y televisión) de **ONO** con anterioridad a 2012.*

*Entre las fechas de 4/4/2013 y 2/5/2013 dio de baja los diversos productos contratados con **ONO.***

En fecha de 6/3/2014 consta en los sistemas una reconexión del cliente en diferentes servicios produciéndose una baja definitiva de todos ellos en fecha de 5/4/2014.
 - 4.3.2. *Respecto de la gestión de los derechos de oposición consta la recepción de un fax en fecha de 2/5/2013 remitido por **A.A.A.** en el que solicita la oposición en determinados aspectos sin poder precisar a cuales. Consta que no se pudo atender dicha petición al no incluir copia de su DNI en el fax. Remitiéndole **ONO** un escrito en fecha de 3/5/2013 solicitando dicha copia*



de DNI.

4.3.3. En fecha de 9/5/2013 consta la recepción de un fax de **A.A.A.** relativo a consentimientos para el tratamiento de datos personales que es atendido al venir acompañado de fotocopia del DNI.

4.3.4. A fecha de la inspección constan las siguientes marcas de privacidad relativas a **A.A.A.**:

Con permiso para promociones comerciales vía correo postal.

Sin permiso para promociones comerciales vía e-mail.

Con permiso para promociones comerciales vía SMS.

Con permiso para promociones comerciales vía teléfono fijo/móvil.

Con permiso para promociones comerciales pos sistemas automáticos.

Con permiso para envío de publicidad por terceros.

Sin permiso para realizar análisis de perfiles.

Sin permiso para encuestas.

Sin permiso para el envío de la revista ONO.

4.3.5. La representante de **ONO** manifiesta que estos consentimientos fueron establecidos a fecha de 7/2/2014 y tras un proceso de regularización de consentimientos para publicidad propia de ONO y de terceros excepto para los envíos por email. Dicho proceso consistió en el envío de un escrito solicitando el consentimiento para el envío de comunicaciones comerciales por diferentes vías excepto email. No es posible saber que consentimientos había con anterioridad a la fecha de 7/2/2014.

4.3.6. Se consulta acerca de la titularidad de la línea número ***TEL.4 correspondiendo a **ONO** y en concreto a sus oficinas de Valencia. Desde dichas oficinas se realizan labores de preventa, retención y atención al cliente incluyendo las reclamaciones.

4.3.7. Se consulta las campañas realizadas a **A.A.A.** en el periodo mayo y junio de 2013 obteniéndose que entre el 19/3/2013 y 30/6/2013 se le hicieron 5 envíos:

19/3/2013: envío de información relativo a la disponibilidad de su factura electrónica.

22/4/2013: recogida de consentimiento tácito para el envío de comunicaciones comerciales vía correo electrónico.

24/4/2013: envío de información relativo a la disponibilidad de su factura electrónica.

30/4/2013 envío de un SMS con publicidad.

14/4/2014 Correo electrónico con un regalo en compensación por una caída de servicio.

4.3.8. La representante de **ONO** manifiesta que ninguna de las comunicaciones citadas corresponde a una llamada telefónica con fines publicitarios.

4.3.9. Consta también en el sistema la realización de dos llamadas:

2/5/2013 llamada de retención.

4/5/2013 llamada al cliente para resolver una duda sobre el proceso de baja relativa al cobro/abono del compromiso del permanencia.

4.3.10. La representante de ONO manifiesta que las denominadas llamadas de retención, es decir las llamadas que se realizan para intentar recuperar a un cliente que ha solicitado la baja, no se consideran comunicaciones comerciales, por lo que se realizan independientemente de que el cliente haya ejercido o no su oposición al envío de llamadas telefónicas comerciales.

4.3.11. Se realiza una consulta al fichero que recoge el tráfico telefónico de ONO por las llamadas realizadas desde el número ***TEL.2 a los números ***TEL.3 y ***TEL.1 entre mayo y junio de 2013 remitiéndose el resultado al día siguiente debido a que el gran volumen de información a procesar impide obtener el resultado en el momento. El resultado comunicado por ONO es que no constan llamadas desde el número ***TEL.2 a los números ***TEL.3 y ***TEL.1 desde el 26/5/2013 hasta la fecha de la inspección, manifestando que, al disponer únicamente de histórico de llamada durante un año, no disponen de las llamadas realizadas con anterioridad al 26/5/2013 al realizarse la inspección a fecha de 26/5/2014.>>

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 30 de la LOPD, sobre el “*Tratamiento con fines de publicidad y de prospección comercial*”, dispone:

“1. 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.

(...)

4. 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 subrayado es de la AEPD)

El Reglamento de Desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007 (RLOPD) dispone en el artículo 51:

"1. 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.

2. Cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 5.5 de esta Ley, en cada comunicación que se dirija al interesado se informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten."

El RLOPD considera el derecho de oposición como un derecho personalísimo (artículo 23) y detalla (artículo 25) el procedimiento al que debe ajustarse su ejercicio:

"1. Salvo en el supuesto referido en el párrafo 4 del artículo anterior, el ejercicio de los derechos deberá llevarse a cabo mediante comunicación dirigida al responsable del fichero, que contendrá:

- a) Nombre y apellidos del interesado; fotocopia de su documento nacional de identidad, o de su pasaporte u otro documento válido que lo identifique y, en su caso, de la persona que lo represente, o instrumentos electrónicos equivalentes; así como el documento o instrumento electrónico acreditativo de tal representación. La utilización de firma electrónica identificativa del afectado eximirá de la presentación de las fotocopias del DNI o documento equivalente. (..)*
- b) Petición en la que se concreta la solicitud.*
- c) Dirección a efectos de notificaciones, fecha y firma del solicitante.*
- d) Documentos acreditativos de la petición que formula, en su caso.*

2. El responsable del tratamiento deberá contestar a la solicitud que se le dirija en todo caso, con independencia de que figuren o no datos personales del afectado en sus ficheros.

3. En el caso de que la solicitud no reúna los requisitos especificados en el apartado primero, el responsable del fichero deberá solicitar la subsanación de los mismos." (El subrayado es de la AEPD)

Debe indicarse que, con posterioridad a que acontecieran los hechos sobre los que versa la denuncia, ha entrado en vigor la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones (L.T.) La nueva norma dedica el Capítulo V del Título III a los "Derechos de los usuarios finales" entre los cuales figura el derecho a oponerse a las llamadas no deseadas con fines publicitarios o comerciales.

Así, el artículo 48 de L.T., bajo la rúbrica "Derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas" dispone lo siguiente:



“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 no 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 AEPD)

III

En el presente caso, consta acreditado que el denunciante ejerció en forma legal ante ONO, en fecha **09/05/2013**, el derecho de oposición al tratamiento de sus datos con fines publicitarios.

En esa fecha remitió a la denunciada por fax copia de su DNI - requisito indispensable para acreditar su identidad-, junto con el formulario denominado “Autorización y Tratamiento de Datos” en el que había marcado la casilla que dice literalmente: “3.No deseo el tratamiento de mis datos personales para la promoción comercial de los productos y servicios de ONO, a través de los siguientes medios: (marque aquellos donde no quiere recibir publicidad)”. El denunciante marcó todos los medios que se relacionan en el documento: “Dirección postal. Dirección correo electrónico. SMS número de teléfono móvil. Llamadas número de teléfono fijo/móvil”. Al pie del formulario consta manuscrita la siguiente leyenda: “He dejado de ser cliente vuestro, pero de todas formas quiero que respeten mi derecho a la protección de datos”.

La inspección practicada en la sede de ONO acredita que los datos personales del denunciante figuraban en el fichero de clientes de la entidad con fecha de alta en el año 2012 en varios productos de la empresa, causando baja en todos ellos entre el 04/04/2013 y el 02/05/2013.

La inspección efectuada también pone de manifiesto que en los sistemas de ONO consta una *reconexión* del cliente en diferentes servicios con fecha 06/03/2014 produciéndose la baja definitiva de todos ellos el 05/04/2014.

En la fecha en la que se llevó a cabo la Inspección -el 26 de mayo de 2014-, y en relación a la privacidad de los datos del denunciante, los ficheros de la entidad informan que ONO estaba autorizada para realizar promociones comerciales por vía postal, correo electrónico, sms, teléfono fijo y móvil, sistemas automáticos, y para el envío de publicidad por terceros.

Por lo que respecta a los hechos denunciados es preciso poner de relieve dos cuestiones: Por una parte, que acontecieron antes de la fecha en la que –tal y como resulta de los registros de ONO- el denunciante volvió a ser cliente de esa compañía (esto es, el 06/03/2014), pues la denuncia entró en la AEPD el 14/06/2013. Por otra, que según las manifestaciones hechas por el denunciante las llamadas publicitarias de ONO tuvieron lugar los días 6 y 7 de junio de 2013, por tanto casi un mes después de la fecha en la que había ejercido en forma el derecho de oposición, el 09/05/2013.



Centrándonos en el examen de las llamadas que ONO hizo al denunciante, que según sus declaraciones se efectuaron desde el número *****TEL.2** y se dirigían a sus teléfonos fijo y móvil (números *****TEL.1y ***TEL.3**) se obtienen las siguientes conclusiones:

La operadora con quien el denunciante tenía contratado el servicio para la línea fija era JAZZ TELECOM S.A.U. (JAZZTEL) y YOIGO para el móvil. La inspección de la AEPD requirió a ambos operadores para que informaran si durante los meses de mayo y junio de 2013 se recibieron en esos números llamadas desde el *****TEL.5**. Ambos operadores respondieron que en ese periodo de tiempo no constaban llamadas recibidas desde el citado número.

Por lo que respecta al número de línea desde el que se hacían las llamadas publicitarias, *****TEL.5**, los inspectores verificaron que era titularidad de ONO, que correspondía a sus oficinas de Valencia y que desde él se hacían labores de preventa, retención y atención al cliente, incluyendo las reclamaciones.

Con ocasión de la inspección practicada en la sede de ONO se comprobó que según los registros informáticos de la entidad desde el número *****TEL.5** se hicieron al denunciante entre mayo y junio de 2013 las siguientes llamadas:

El 19/03/2013, (relativa a información sobre disponibilidad de factura electrónica), 22/04/2013, (relativa al consentimiento tácito para comunicaciones comerciales por correo electrónico), 24/04/2013, (de información sobre la disponibilidad de la factura electrónica), 30/04/2013, (sobre sms de publicidad), 14/04/2013 (sobre un correo electrónico con regalo por la caída del sistema), 02/05/2013 (llamada de retención) y del 04/05/2013, (para resolver dudas sobre el proceso de baja relativa al cobro/abono del compromiso de permanencia). Debe añadirse que las llamadas de retención -que se efectúan con la finalidad de intentar recuperar a un cliente- sí tienen la consideración de llamadas publicitarias por más que la denunciada les niegue este carácter.

Por tanto, de todas las comunicaciones que ONO hizo al denunciante desde el número *****TEL.5** de las que se tiene constancia, solo tenían contenido publicitario la llamada de retención del **02/05/2013** y el sms de fecha **30/04/2013**.

Como ha quedado acreditado el denunciante ejerció en forma legal el derecho de oposición al tratamiento de sus datos con fines publicitarios el 09/05/2013, días después de que recibiera las comunicaciones comerciales de las que la AEPD ha podido tener constancia tras las actuaciones de investigación practicadas, sin que existan indicios razonables de que con posterioridad a esa fecha –el 09/05/2013- y antes del 06/03/2014 –fecha en la que el denunciante vuelve a ser cliente de la denunciada hasta el 05/04/2014- ONO hubiera continuado efectuando llamadas publicitarias.

En este orden de ideas debe tenerse en cuenta que en el ámbito administrativo sancionador son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, teniendo plena virtualidad el principio de presunción de inocencia, que debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetado en la imposición de cualesquiera sanciones. Esto, porque 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 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”*.

De acuerdo con este planteamiento el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC), establece que *“1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”*

Como ha precisado el Tribunal Supremo en STS de 26 de octubre de 1998 la vigencia del principio de presunción de inocencia *“no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados – no puede tratarse de meras sospechas – y tiene que explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria pueda entenderse de cargo.”*

Por su parte el Tribunal Constitucional en STC 24/1997 ha manifestado que *“los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:*

- a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados.*
- b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras).”*

A la luz de las consideraciones precedentes se concluye que el principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo que acredite los hechos que motivan la imputación o la intervención en los mismos del presunto infractor.

En el asunto que nos ocupa procede acordar el archivo de las presentes actuaciones toda vez que **no se aprecia en la conducta de ONO sometida a la valoración de esta Agencia vulneración de la normativa de protección de datos**, en particular infracción del derecho de oposición al tratamiento de los datos personales del denunciante con fines publicitarios, dado que la única llamada cuya existencia ha sido constatada, en la que se habría materializado el tratamiento con esa finalidad, fue una llamada de retención de fecha 02/05/2013, anterior a la fecha en la que el denunciante ejerció el derecho de oposición, el 09/05/2013.

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 **CABLEUROPA, 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