

- Expediente nº.: RR/00763/2022

RESOLUCIÓN DE RECURSO DE REPOSICIÓN

Examinado el recurso de reposición interpuesto por CASMAR TELECOM S.L. (en lo sucesivo, la parte recurrente o CASMAR) contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 27 de octubre de 2022, y en base a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 27 de octubre de 2022, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00223/2022, en virtud de la cual se imponía a CASMAR TELECOM S.L. con NIF B98617079, por una infracción del del art. 48.1.b) de la LGT, en relación con el artículo 23 de la LOPDGDD, tipificada en el artículo 77.37 de la LGT (infracción grave), una multa de 30.000,00 € (TREINTA MIL euros).

Dicha resolución, que fue notificada a la parte recurrente en fecha fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), y supletoriamente en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP), en materia de tramitación de procedimientos sancionadores.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00223/2022, quedó constancia de los siguientes:

1º. Adigital certifica el 23 de febrero de 2021 que el número de teléfono *****TELÉFONO.1** de la parte reclamante, está activo en la Lista Robinson en el canal de llamadas telefónicas desde el 18 de enero de 2020.

Acuerdo de mediación de Autocontrol, con fecha de firma del 7 de septiembre de 2020, entre la parte reclamante y Vodafone, en el que Vodafone se compromete a no realizar llamadas comerciales al número de teléfono de la parte reclamante *****TELÉFONO.1**.

2º. CASMAR ha realizado llamadas en nombre de Vodafone al número *****TELÉFONO.1**, que estaba inscrito en la fecha de la llamada en la Lista Robinson, careciendo entonces de legitimación para efectuar dichas llamadas.

La línea de teléfono *****TELÉFONO.1** recibió las siguientes llamadas desde números de teléfono cuyo titular era CASMAR TELECOM S.L.:

- desde el número *****TELÉFONO.2** el día 2 de octubre de 2020 a las 18:11 horas con una duración de 7 segundos.

- desde el número *****TELÉFONO.2** el día 6 de noviembre de 2020 a las 13:30 horas con una duración de 28 segundos.
- desde el número *****TELÉFONO.3** el día 27 de octubre de 2020 a las 17:58 horas con una duración de 11 segundos.
- desde el número *****TELÉFONO.3** el día 9 de noviembre de 2020 a las 14:41 horas con una duración de 2 segundos.
- desde el número *****TELÉFONO.4** el día 15 de octubre de 2020 a las 16:17 horas con una duración de 28 o 29 segundos.
- desde el número *****TELÉFONO.4** el día 3 de noviembre de 2020 a las 17:29 horas con una duración de 5 segundos.

El reclamante indica que estas llamadas tenían contenido promocional de Vodafone. Casmar Telecom S.L. tenía un contrato para la promoción de productos de VODAFONE en el momento en que se produjeron las llamadas.

3º. CASMAR indica que VODAFONE obliga a todos los colaboradores que tienen la consideración de Call Center a suscribir un contrato con la empresa OASIP que es la suministradora de las soluciones de Voz IP y filtrado a través de los ficheros de exclusión publicitaria. Sin dicho contrato la compañía telefónica no autoriza la subcontratación de los tratamientos de televenta.

TERCERO: La parte recurrente ha presentado en fecha 28 de noviembre de 2022, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición, en el que muestra su disconformidad con la resolución, reiterando los argumentos expuestos en sus alegaciones, fundamentándolo básicamente en los siguientes motivos:

- 1.- Considera que la resolución impugnada no ha valorado correctamente la prueba. No ha quedado probado que CASMAR fuera la autora de las llamadas.
- 2.- Que CASMAR no era titular de dichas líneas siendo fraudulento el contrato aportado por OASIP.

Considera a CASMAR autora de las llamadas, cuando la línea desde la que se realizaron supuestamente las llamadas telefónicas pertenecía a Grupo Estradicall SAC en virtud del contrato entre dicha entidad y OASIP.

- 3.- Que Casmar no es responsable del tratamiento, ya que en todo caso ha estado actuando por cuenta de Vodafone y ostentaba la condición de encargado del tratamiento.

Considera que sí adquiriría la condición de responsable de tratamiento Oasip sobre el tratamiento de filtrado de llamadas, puesto que, siendo concedora de la problemática surgida con el listado Robinson facilitado por Vodafone, ha continuado hasta la fecha realizando el mismo tratamiento sobre los números incluidos en el listado con fines lucrativos y sin corregir las deficiencias a las que estaba obligado.

4.- La autoría de las llamadas no ha sido probada, y mucho menos resulta atribuible a Casmar.

Por lo que la sanción impuesta en la resolución impugnada claramente vulnera el derecho a la presunción de inocencia, reconocido como derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución Española.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I Competencia

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP) y el artículo 48.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD).

II Contestación a las alegaciones presentadas

En relación con las manifestaciones efectuadas por la parte recurrente, reiterándose básicamente en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho II, III y IV, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

II

<<En respuesta a las alegaciones presentadas por la entidad reclamada se debe señalar lo siguiente:

Casmar manifiesta que Vodafone obliga a todos los colaboradores que tienen la consideración de Call Center a suscribir un contrato con la empresa OASIP, que es la suministradora de las soluciones de Voz IP y filtrado a través de los ficheros de exclusión publicitaria. Sin dicho contrato la compañía telefónica no autoriza la subcontratación de los tratamientos de televenta.

Sin embargo, Casmar indica que no tiene ningún contrato firmado con la empresa Oasip, son los subagentes quienes formalizan el contrato de prestación de servicios directamente con dicha empresa.

Y Oasip aporta contrato de prestación de los servicios de tráfico telefónico y centralita virtual entre Oasip y Casmar con fecha de firma del 1 de noviembre de 2019.

*Oasip manifiesta el 13 de octubre de 2020 que el titular de las líneas telefónicas *****TELÉFONO.2** y *****TELÉFONO.3** era CASMAR.*

ADIGITAL certifica que el número de teléfono de la parte reclamante está activo en la Lista Robinson en el canal de llamadas telefónicas desde el 18 de enero de 2020.

Casmar, no niega ser el titular de los números llamantes, ni la relación contractual con Oasip.

En consecuencia, las alegaciones de Casmar deben ser rechazadas.

III

El artículo 23 de la LOPDGDD prevé la creación de sistemas de exclusión publicitaria en los que se podrán registrar las personas que no deseen recibir comunicaciones comerciales, disponiendo que:

“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.”

IV

Casmar ha realizado llamadas en nombre de Vodafone al número *****TELÉFONO.1**, que estaba inscrito en la fecha de la llamada en la Lista Robinson, careciendo entonces de legitimación para efectuar dichas llamadas.

La línea de teléfono *****TELÉFONO.1** recibió las siguientes llamadas desde números de teléfono cuyo titular era CASMAR TELECOM S.L.:

- desde el número *****TELÉFONO.2** el día 2 de octubre de 2020 a las 18:11 horas con una duración de 7 segundos.

- desde el número *****TELÉFONO.2** el día 6 de noviembre de 2020 a las 13:30 horas con una duración de 28 segundos.

- desde el número *****TELÉFONO.3** el día 27 de octubre de 2020 a las 17:58 horas con una duración de 11 segundos.

- desde el número *****TELÉFONO.3** el día 9 de noviembre de 2020 a las 14:41 horas con una duración de 2 segundos.

- desde el número *****TELÉFONO.4** el día 15 de octubre de 2020 a las 16:17 horas con una duración de 28 o 29 segundos.

- desde el número *****TELÉFONO.4** el día 3 de noviembre de 2020 a las 17:29 horas con una duración de 5 segundos.

El reclamante indica que estas llamadas tenían contenido promocional de Vodafone. Casmar Telecom S.L. tenía un contrato para la promoción de productos de Vodafone en el momento en que se produjeron las llamadas.

Los hechos constituyen una infracción, imputable a Casmar Telecom, S.L., por vulneración del artículo 48.1.b) de la LGT, incluido en su Título III, que 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:

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.”

La infracción se tipifica como grave en el artículo 77.37 de dicha norma, que considera como tal: “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”.

Esta infracción puede ser sancionada con multa de hasta dos millones de euros, de acuerdo con el artículo 79.1.c) de la citada LGT>>.

III Conclusión

Conviene reseñar que CASMAR tenía firmado un contrato de agencia con Vodafone para comercializar los servicios de Vodafone, en el que se especifica que CASMAR tenía la responsabilidad de filtrar con la Lista Robinson de ADIGITAL las llamadas a potenciales clientes; y que, adicionalmente, Vodafone propuso un sistema para realizar el filtrado de la lista Robinson interna de Vodafone (esta lista contiene los números de teléfono de personas que han indicado directamente a Vodafone que no quieren recibir comunicaciones comerciales) a través del prestador de servicios de centralita virtual que seleccionase CASMAR, que, en este caso, fue OASIP. En esta manifestación, Vodafone indica que el filtrado de los números presentes en la Lista Robinson de ADIGITAL era responsabilidad de CASMAR, y que únicamente se remitía a CASMAR la lista Robinson interna de VODAFONE.

Hay que manifestar que en la contestación al requerimiento de información de esta Agencia (E/01743/2020), de fecha 27 de abril de 2021, CASMAR expone lo siguiente

“A raíz del procedimiento con número de Expediente Nº: E/08519/2019, Vodafone implantó las siguientes medidas:

- Obligar a todos los colaboradores a que emitan llamadas desde numeraciones de VODAFONE, para poder filtrar con las listas Robinson las bases de datos de destinatarios de la campaña.*
- Realizar un desarrollo para que el proveedor pueda cotejar antes de la carga de la venta en los sistemas, que ha habido una llamada de un número autorizado de la agencia al cliente potencial. De esta manera, no puede darse el caso de que lleguen a cargarse ventas que provengan de llamadas que no se han hecho desde las numeraciones de VODAFONE. Así se puede asegurar que todo el tráfico está controlado y que cumple con los requisitos dictados por VODAFONE.*

Para ello, VODAFONE obliga a todos los colaboradores que tienen la consideración de Call Center a suscribir un contrato con la empresa OASIP SERVICIO INTEGRAL DE COMUNICACIONES S.L (en adelante OASIP) que es la suministradora de las soluciones de Voz Ip y filtrado a través de los ficheros de exclusión publicitaria. Sin dicho contrato la compañía telefónica no autoriza la subcontratación de los tratamientos de televenta.

Se aportan como Anexo II copia de los correos electrónicos donde se detalla el inicio de dicho procedimiento.

Por otra parte, la propia VODAFONE estableció un mecanismo añadido al descrito anteriormente de consulta de numeraciones a las que no se debe realizar una llamada denominada "DrTool" la cual empezó a funcionar en octubre de 2020. Dicha herramienta obliga a todo colaborador a subir de forma previa el listado de potenciales llamadas a realizar para excluir aquellos números que la propia compañía tiene anotados en una lista de exclusión publicitaria. Cuando la información ya se ha consultado, se devuelve un listado con los números aceptados para realizar la llamada a través del sistema de voz ip proporcionado por la empresa OASIP.

A través de este procedimiento VODAFONE asegura que las llamadas que se realizan son lícitas y no se realizan a ningún número que se encuentre en listas de exclusión publicitaria ni a números que han manifestado directamente a VODAFONE que no desean recibir más publicidad.

Dentro de los contratos formalizados con los colaboradores se encuentra la obligación de seguir los procedimientos descritos en el punto anterior. Ninguno de los colaboradores externos puede utilizar otro sistema de llamada, puesto que no podría cargar la venta en el sistema.

(...)

(...)

(...)

En consecuencia, en el presente recurso de reposición, la parte recurrente no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por CASMAR TELECOM S.L. contra la resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 27 de octubre de 2022, en el procedimiento sancionador PS/00223/2022.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a CASMAR TELECOM S.L.

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº **ES00 0000 0000 0000 0000 0000**, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco

CAIXABANK, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), los interesados podrán interponer 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 de la referida Ley.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada LPACAP. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

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