- **Procedimiento nº.: PS/00474/2021**

RECURSO DE REPOSICIÓN Nº RR/00404/2022

Examinado el recurso de reposición interpuesto por CASMAR TELECOM S.L. contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00474/2021, y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 1 de junio de 2022, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00474/2021, en virtud de la cual se imponía a una sanción de 15.000 euros, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 48.1.b) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGT), infracción tipificada en el artículo 77.37 de la LGT, y calificada de grave en el mismo artículo de la LGT.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 1 de junio de 2022, 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 (en adelante, LOPDGDD), y supletoriamente en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), en materia de tramitación de procedimientos sancionadores.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00474/2021, quedó constancia de los siguientes:

HECHOS PROBADOS

*PRIMERO: ADIGITAL certifica que los tres números de teléfono de la parte reclamante, *****TELÉFONO.1, ***TELÉFONO.2** y *****TELÉFONO.3**, están activos en la Lista Robinson en el canal de llamadas telefónicas desde el 15 de junio de 2020. Acuerdo de mediación de AUTOCONTROL, con fecha de firma del 11 de septiembre de 2020, entre la parte reclamante y VODAFONE, en el que VODAFONE se compromete a no realizar llamadas comerciales a los números de teléfono de la parte reclamante *****TELÉFONO.1, ***TELÉFONO.2** y *****TELÉFONO.3**. El número de teléfono estaba inscrito en la lista interna de números de teléfono a los que no se debe llamar con motivos comerciales de VODAFONE desde el día 10 de julio de 2020. VODAFONE manifiesta que ha identificado que la llamada realizada el día 13 de octubre de 2020 a través del número *****TELÉFONO.4** corresponde a la agencia colaboradora CASMAR. VODAFONE informa 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. ORANGE confirma la recepción en la línea *****TELÉFONO.3** de dos llamadas el día 13 de octubre de 2020*

*con número llamante *****TELÉFONO.4**. Estas llamadas se produjeron a las 15:48 horas con una duración de 5 segundos y a las 19:18 horas con una duración de 76 segundos.*

*SEGUNDO: El Registro de Numeración y Operadores de Telecomunicaciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), informa que el operador del número de teléfono *****TELÉFONO.4** es "COLT TECHNOLOGY SERVICES, S.A. UNIPERSONAL". COLT TECHNOLOGY SERVICES S.A.U. SOCIEDAD UNIPERSONAL (en adelante, COLT), indica que, el 13 de octubre de 2020, la línea *****TELÉFONO.4** estaba asignada al revendedor SIPTIZE S.L., que, a su vez, tenía asignado el número de teléfono al titular OASIP.*

*TERCERO: OASIP informa que, el 13 de octubre de 2020, el titular de la línea telefónica *****TELÉFONO.4** era CASMAR. Aporta contrato de prestación de los servicios de tráfico telefónico y centralita virtual entre OASIP y CASMAR firmado el 1 de noviembre de 2019. Indicación de que el titular del número de teléfono *****TELÉFONO.4** era CASMAR, y esta línea fue cedida por CASMAR a GRUPO ESTRADICALL SAC, de tal manera que OASIP, siguiendo instrucciones de CASMAR, le indicó a GRUPO ESTRADICALL SAC cómo configurar el troncal para emitir las llamadas telefónicas.*

CUARTO: 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: CASMAR TELECOM S.L. (en lo sucesivo, el recurrente) ha presentado en fecha 1 de julio de 2022, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo en los siguientes motivos:

1.- Considerar que la resolución impugnada no ha valorado correctamente la prueba. No ha quedado probado que CASMAR TELECOM, SL (en adelante CASMAR) fuera la autora de las llamadas.

2.- Considera probado que CASMAR era titular de dicha línea en base al contrato falso 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.
Ya se acreditó que ni CASMAR ni ninguno de sus subagentes fueron autores de las mismas, como demuestra el contenido del panel de control de la plataforma que OASIP pone a disposición de los subagentes autorizados por VODAFONE y que esta parte ha recogido en el Acta Notarial aportada como DOCUMENTO Nº 2.
El contrato aportado por OASIP justificando su relación con CASMAR es FALSO: no existía vínculo alguno entre tales entidades, sino que eran los subagentes contratados en calidad de call center quienes directamente contrataban con OASIP porque así lo exigía VODAFONE.

3.- Vodafone mantenía una relación comercial de agencia con CASMAR TELECOM, SL para la distribución de servicios de telefonía.
Vodafone autorizaba a CASMAR TELECOM la subcontratación de servicios de televenta con entidades colaboradoras calificadas como subagentes (en adelante call centers o subagentes). Entidades, que en todo momento eran conocidas por VODAFONE. En el caso que nos ocupa, la subcontratación se realizó con GRUPO ESTRADICALL SAC (en adelante ESTRADICALL), que era quien contrataba directamente con OASIP y realizaba las llamadas comerciales como call center.
Para que la subcontratación pudiera tener lugar y, en consecuencia, que los call centers pudieran realizar las llamadas telefónicas, VODAFONE les obligaba a contratar los servicios de Voz IP y filtrado de ficheros de exclusión publicitaria con la empresa OASIP.

4.- CASMAR formalizaba el pertinente contrato de encargado de tratamiento con todos sus subagentes. Se adjunta como DOCUMENTO Nº 3, el contrato de encargado de tratamiento formalizado con ESTRADICALL.
Dentro de las obligaciones impuestas a ESTRADICALL se encuentran contempladas las siguientes:
7.3. EL COLABORADOR realizará su actividad comprometiéndose a:
7.3.1. Utilizar los datos de carácter personal cuando los mismos se encuentren en uno de los siguientes casos:
a) Figuren en alguna de las fuentes accesibles al público consideradas en la normativa y el interesado no haya manifestado su negativa u oposición a que sus datos sean objeto de tratamiento para las actividades descritas en este apartado.
b) Hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento para finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial, habiéndose informado a los interesados sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad.
c) No estén incluidos en servicios de exclusión publicitaria de consumidores como la Lista Robinson u otros servicios o listas análogos.
7.3.2. A informar a cada interesado en cada comunicación de que fuente han sido obtenido sus datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten, con indicación de ante quién podrán ejercitarse.
7.3.3. Si el interesado ha manifestado su negativa a recibir publicidad, se deberá bloquear sus datos para no realizarle más prospección publicitaria, pudiendo conservar los mínimos datos imprescindibles para identificarlo y adoptar las medidas necesarias que eviten un nuevo contacto publicitario.
7.3.4. Para poder ejecutar los servicios descritos en el presente contrato, el Colaborador deberá realizar todas las llamadas a través de servicios de Voz Ip facilitadas por la empresa OASIP. El coste de ello, será abonado en principio por CASMAR, y descontados de las comisiones generadas.
7.3.5. EL COLABORADOR grabará las llamadas para evaluar la calidad del servicio, así como para obtener las pertinentes autorizaciones por parte del cliente, debiendo informar a estos de que la llamada será grabada.
7.4. En el caso que alguna de las personas llamadas comunique su oposición a recibir información comercial, deberá facilitársele un número de referencia de su oposición y remitirse a CASMAR un justificante vía mail o correo ordinario de dicha oposición en el plazo de un dos días desde la comunicación.
B) CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS

OCTAVA: CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS.
8.1. Además de todas las obligaciones establecidas anteriormente, EL COLABORADOR actuará bajo la condición de encargado de tratamiento, debiendo firmar y cumplir con el Anexo I del presente contrato.
8.2. EL COLABORADOR deberá seguir cualquier instrucción comunicada por CASMAR y/o sus proveedores de productos y servicios para el tratamiento y gestión de datos personales.

5.- Cuando se formalizaba la relación entre OASIP y el call center, OASIP permitía el uso de las líneas que COLT le asigna. En el caso que nos atañe, OASIP permitió el uso de la línea ******TELÉFONO.4*** a ESTRADICALL.
La propia VODAFONE en el escrito que presenta ante esta Agencia el 17 de diciembre de 2020): 4. Declaración de que se ha creado una base de datos con los números de teléfono que utiliza cada colaborador de VODAFONE para realizar labores de captación de clientes con el fin de identificar al que realiza las llamadas de captación de clientes.
Mi entidad únicamente tenía acceso a la plataforma de OASIP para realizar las auditorías de llamadas que exigía VODAFONE y facturar sólo las comisiones de venta correspondientes a las numeraciones de VODAFONE.
Extremos reconocidos por VODAFONE: 6. Desde enero de 2020, se están implementando, las siguientes medidas: - Obligar por contrato a los colaboradores del canal door to door a emitir las llamadas desde numeración de VODAFONE a través de un operador de VoIP escogido por VODAFONE, con el objeto de filtrar las llamadas por lista Robinson. - Auditoría de estas llamadas para que sólo se puedan facturar las ventas realizadas a través de estas numeraciones de Vodafone.

6.- VODAFONE reconoce que el operador de VozIP con el que tenía que filtrar las llamadas por la lista Robinson, HABÍA SIDO ESCOGIDO POR EL PROPIO VODAFONE.
“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. “
OASIP: “les informamos que NO EXISTE ningún contrato firmado entre VODAFONE y OASIP SERVICIO INTEGRAL DE COMUNICACIONES, con fecha de firma anterior al 13 de octubre de 2020 (ni posterior), que incluya el servicio de filtrado de llamadas realizadas por colaboradores de VODAFONE para el filtrado de llamadas a números que estén incluidos en la Lista Robinson de la Asociación Española de la Economía Digital.”

7.- Mi entidad no tiene ningún contrato firmado con la empresa OASIP. Son los subagentes quienes formalizan el contrato de prestación de servicios directamente con dicha empresa. Mi entidad NO es el titular llamante y tampoco puede ser el cedente de

la línea a ESTRADICALL. La relación jurídica se establece entre OASIP y ESTRADICALL.

8.- Procedimiento No PS/00273/2021: la calificación en los hechos de OASIP debe considerarse como responsable del tratamiento relativo al filtrado de llamadas realizadas por los encargados del tratamiento de Vodafone.

9.- Procedimientos Sancionadores Nº: PS/00006/2021 y PS/00275/2021. En ambos procedimientos quedó acreditado que la línea de teléfono pertenece a Grupo Estradicall, SAC. En consecuencia, las llamadas realizadas desde dicho número son responsabilidad exclusiva de Estradicall.

10.- No puede admitirse la consideración de CASMAR como responsable del tratamiento, ya que ha estado actuando por cuenta de VODAFONE, ostentando la condición de encargado del tratamiento. Cumplía con todas sus directrices y contrataba únicamente con los subencargados del tratamiento (subagentes y call centers) que autorizaba VODAFONE como Responsable. Quien sí adquiría la condición de Responsable de Tratamiento ha sido OASIP sobre el tratamiento de filtrado de llamadas.

11.- La autoría de las llamadas no ha sido probada, y mucho menos resulta atribuible a mi entidad.
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

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 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

En relación con las manifestaciones efectuadas por el 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 y III, ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<< II

En respuesta a las alegaciones presentadas por la entidad reclamada al Acuerdo de Inicio, se indica lo siguiente:

CASMAR manifiesta en el apartado A) 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, en el apartado C) 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.
Si bien OASIP señala que no se ha constatado que la llamada hacía el número ******TELÉFONO.3*** *la realice CASMAR, en los HECHOS PROBADOS se constata lo siguiente:*
OASIP informa que, el 13 de octubre de 2020, el titular de la línea telefónica ******TELÉFONO.4*** *era CASMAR.*
VODAFONE manifiesta que ha identificado que la llamada realizada el día 13 de octubre de 2020 a través del número ******TELÉFONO.4*** *corresponde a la agencia colaboradora CASMAR.*
ORANGE confirma la recepción en la línea ******TELÉFONO.3*** *de dos llamadas el día 13 de octubre de 2020 con número llamante* ******TELÉFONO.4****.*
CASMAR manifiesta que su entidad tiene una especial preocupación por cumplir con la normativa de protección de datos, lo que les ha llevado a adherirse a la Asociación Española de la Economía Digital (ADIGITAL).
No obstante, ADIGITAL certifica que los tres números de teléfono de la parte reclamante, ******TELÉFONO.1****,* ******TELÉFONO.2*** *y* ******TELÉFONO.3,*** *(el último de ellos es el receptor de la llamada objeto de esta reclamación), están activos en la Lista Robinson en el canal de llamadas telefónicas desde el 15 de junio de 2020.*
Finalmente, en la contestación a requerimiento de información, presentada en nombre de CASMAR, con entrada en la AEPD el 18 de agosto de 2021, se aporta la siguiente información:
Indicación de que no les consta que hayan realizado ninguna llamada hacia la numeración ******TELÉFONO.3****, ya que en la aplicación del proveedor de voz IP no aparecen resultados para esa llamada. Aportan una captura de la pantalla del proveedor de voz IP OASIP en la que se muestra una pantalla de búsqueda en la que no aparece ningún resultado desde fecha 1/10/2020 hasta fecha 31/10/2020; en esta pantalla no se ha podido encontrar el número de teléfono desde el que se envían las llamadas.*
Estas afirmaciones se contradicen con las alegaciones presentadas posteriormente, pues no niegan ser los titulares del número llamante, ni la relación contractual con OASIP.
En consecuencia, las alegaciones de CASMAR fueron rechazadas.

III

Y en respuesta a las alegaciones presentadas por la parte reclamada a la Propuesta de Resolución, se señala lo siguiente:

Se ha señalado como responsable de la línea telefónica que realizó la llamada a CASMAR, entidad que ha firmado un contrato con Vodafone, en el que se obliga a filtrar los números de teléfono con la Lista Robinson de ADIGITAL.

Y los números de teléfono de la parte reclamante estaban incluidos en la Lista Robinson de ADIGITAL desde el 15 de junio de 2020, recibiendo las llamadas el 13 de octubre de 2020, demostrando esta situación que las llamadas no se filtraban con la Lista Robinson de ADIGITAL.

La calificación en los hechos de CASMAR debe considerarse como responsable del tratamiento, ya que, si subcontrató con otros colaboradores o empresas, debía cerciorarse de que a través de OASIP filtrasen los números telefónicos a los que debían llamar, constatando que no estuviesen incluidos en el fichero de exclusión del listado Robinson interno de Vodafone.

CASMAR afirma que nos contradecimos con el PS/00273/2021, donde se sancionó a OASIP. Pues bien, en tal procedimiento se sanciona a OASIP por los motivos siguientes: "la calificación en los hechos de OASIP debe considerarse como responsable del tratamiento relativo al filtrado de llamadas realizadas por los encargados del tratamiento de Vodafone, concepto formulado en el RGPD". Esto es, que en aquel procedimiento lo que aconteció (y no en este) fue que OASIP no filtró correctamente las llamadas.

Al respecto, se debe señalar que esta AEPD ha llevado a cabo una exhaustiva investigación previa a fin de depurar las responsabilidades en la vulneración de los derechos y libertades de la parte reclamante y ha recabado las pruebas suficientes para enervar el principio de presunción de inocencia. Dicha investigación y pruebas de cargo se encuentra detallada en los antecedentes de la presente resolución.>>

III

En consecuencia, en el presente recurso de reposición, el 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 1 de junio de 2022, en el procedimiento sancionador PS/00474/2021.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad 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.

180-050422

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