

Expediente N°: E/00642/2018

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** y **VODAFONE ONO, S.A.U.** en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 24 de enero de 2018, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) contra Vodafone España, S.A.U. por la realización de llamadas publicitarias y por el envío de un correo electrónico publicitario.

Manifiesta que el 21/08/2015 remitió un burofax a Vodafone España, que fue contestado en fecha de 2/09/2015 manifestando que la entidad procedía a la cancelación de todos sus datos.

A pesar de lo indicado, en fecha de 23/01/2018 ha recibido una llamada comercial ofreciendo servicios de Vodafone desde la línea 912041600. La línea receptora de la llamada es *****TELEFONO.1**, cuyo operador es Telecable Asturias, SA, siendo titular de la citada línea la Federación Asturiana de Empresarios. Afirma que ni la citada federación ni él han sido clientes de Vodafone.

Adjunta a su denuncia copia del ejercicio de cancelación, la contestación de la entidad, la factura de la línea receptora donde consta la titularidad de la línea y la compañía que presta el servicio.

En la carta del denunciante, enviada a Vodafone en fecha de 21/08/2015, indica entre otras cuestiones lo siguiente (...) *el número de teléfono *****TELEFONO.1** al que llaman reiteradamente es un teléfono de empresa y que bajo ningún concepto quería recibir ningún tipo de llamadas de esta índole (...)*

En la carta de Vodafone como contestación, le indican que (...) *le informamos de que esta sociedad procede de inmediato a la cancelación de todos los datos relativos a su persona que tenga en sus ficheros (...)*

SEGUNDO: En fecha de 18/05/2018 el denunciante, amplía la denuncia por la recepción de un correo comercial con destino *****EMAIL.1** desde la cuenta M.M.M.@vodafone.com.

TERCERO: 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, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. Consultada el registro de la CNMC, la línea 912041600 pertenece al operador Vodafone Ono S.A.U.
2. Solicitada información a Vodafone Ono S.A.U. mediante escrito de fecha de entrada 20/06/2018 informa lo siguiente:

2.1 No figura en sus sistemas como cliente la Federación Asturiana de Empresarios con NIF G33028911 representada por D. **A.A.A.**.

2.2 Respecto de la causa por la que se realizó la llamada al número *****TELEFONO.1**, desde el número 912041600 después de haber dado respuesta a la solicitud de cancelación, indican que no se ha localizado ninguna campaña dirigida a potenciales clientes, ya que el número del denunciante consta como Robinson desde febrero de 2018.

El CIF G33028911 figura en la base de potenciales clientes del área Empresas pero con teléfonos de contacto fijos y que no son el móvil objeto del requerimiento.

No constan llamadas como parte de campañas generadas oficialmente desde Vodafone, ni disponen del consentimiento del denunciante, sino lo contrario, está marcado como Robinson.

No han localizado ninguna campaña dirigida al denunciante.

3. Solicitada información a Telecable Asturias, mediante escrito de 25/06/2018 informa lo siguiente:

El titular de la línea *****TELEFONO.1** es la Federación Asturiana de Empresarios con fecha de alta de 21/11/2017 y fecha de baja 07/05/2018. Confirman una llamada realizada en fecha de 23/01/2018 a las 11:07:07 con origen 912041600 y destino en la citada línea.

4. Consultada la web de la CNMC, en fecha de 6/08/2018, respecto del operador de telefonía que da servicio a la línea *****TELEFONO.1** figura Telefónica Móviles España SAU.

5. Solicitada información a Vodafone España S.A.U., respecto de la recepción del citado correo comercial, mediante escrito de fecha de entrada 10/07/2018, informa lo siguiente:

La dirección de correo *****EMAIL.1** figura en sus ficheros asociada a la Federación Asturiana de Empresarios, con CIF G33028911 y dirección en Pasaje Pintor Luis Fernandez 2, 33005 Oviedo. Se dispone de dichos datos como potencial cliente y probablemente se obtuvieron tras una visita comercial. Los datos de contacto son: 985232105, 985965235, 985965235, 985308013 y *****EMAIL.1**.

Los datos utilizados para la realización de la campaña Vodafone Red Infinity tiene origen en la aportación en páginas web en el año 2009, probablemente tras solicitar información sobre productos y servicios.

Respecto de la autorización previa y expresa del titular de la cuenta de correo para ser receptor de comunicaciones comerciales por medios electrónicos, disponen de información relativa al a inscripción en laguna

de las webs o landing pages, se adjunta la información que es facilitada por la entidad Leben, empresa que única la información de los potenciales clientes que dejan en las webs. En la última columna del documento se codificaba si el usuario había marcado el check para recibir comunicaciones y en este caso si consintió.

La campaña donde se incluyó el correo electrónico citado contenía 6925 registros obtenidos de muestras de interés en nuestras webs o landing pages.

No constan reclamaciones al respecto ni derechos ARCO no obstante tras el requerimiento de información se ha procedido a marcar a la entidad como Robinson en sus ficheros.

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).

Así como de conformidad con lo establecido en el artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSI).

II

El artículo 126.1, apartado segundo, del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD) 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.”

III

El artículo 1 de la LOPD, en cuanto al objeto de la Ley, establece lo siguiente:

“La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.

La LOPD, establece en su artículo 2.1, respecto de su ámbito de aplicación, lo siguiente:

“La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”.

A estos efectos, la misma ley en su artículo 3 define lo que ha de entenderse por dato de carácter personal: *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.*

Por su parte, el Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, señala en artículo 2, apartados 2 y 3, lo siguiente:

“2) Este reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales”.

“3) Asimismo, los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal.”

La cuestión planteada en la denuncia se refiere al tratamiento de datos asociados a una persona jurídica, la Federación Asturiana de Empresarios titular de la línea *****TELEFONO.1** a la que Vodafone Ono, S.A.U. realizó la llamada publicitaria, por tanto, los hechos denunciados no se encuentran dentro del ámbito competencial de esta Agencia.

IV

En relación con la denuncia de fecha 18/05/2018 por la recepción de un correo comercial con destino *****EMAIL.1** desde la cuenta M.M.M.@vodafone.com.

El artículo 37 de la LSSI establece como sujetos sobre los que impone su régimen sancionador a *“los prestadores de servicios de la sociedad de la información”.*

Para determinar qué sujetos se ajustan a dicha definición, ha de acudirse a lo dispuesto en el Anexo de la citada ley, que define al *“Prestador de servicios”* (apartado,) *“como la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”.* Lo que se completa con la definición que sobre *“Servicios de la sociedad de la información o servicios”* ofrece el apartado a), del Anexo:

“Todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

- 1. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.*
- 2. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.*
- 3. La gestión de compras en la red por grupos de personas.*
- 4. El envío de comunicaciones comerciales.*
- 5. El suministro de información por vía telemática.”*

V

Por su parte, el artículo 21.1 de la LSSI, señala lo siguiente: “1. *Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.*”

VI

En el presente caso ha quedado acreditada la remisión por Vodafone España, S.A.U. de un correo comercial a la Federación Asturiana de Empresarios, lo que constituye una infracción del art. 21.1 de la LSSI. Infracción tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la citada norma, como: “*El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave*”.

VII

No obstante, el artículo 39 bis de la LSSI, bajo el epígrafe “*Moderación de las sanciones*”, estipula lo siguiente:

“1. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el artículo 40.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.

2. Los órganos con competencia sancionadora, atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, podrán acordar no iniciar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable, a fin de que en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que, en cada caso, resulten pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b) Que el órgano competente no hubiese sancionado o apercibido con anterioridad al infractor como consecuencia de la comisión de infracciones previstas en esta Ley.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado, procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.”

A este respecto, procede tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 40 de la misma norma, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 40. Graduación de la cuantía de las sanciones.

La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

a) La existencia de intencionalidad.

b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.

c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.

d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.

e) Los beneficios obtenidos por la infracción.

f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida.

g) La adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.”

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en el citado apartado 2 del artículo 39 bis.

Trasladando las consideraciones precedentes al supuesto que analizamos se observa que la presunta infracción de la LSSI del denunciado, constituiría una infracción “leve” y que concurren de manera significativa varias de las circunstancias descritas en el artículo 39 bis 1 de la LSSI, teniendo en cuenta la ausencia de intencionalidad y la ausencia de perjuicios distintos de los que derivan propiamente de la infracción.

VIII

En todo caso, debe señalarse que, si bien estamos ante comunicaciones comerciales no solicitadas, la entidad denunciada (Vodafone España, S.A.U.) al tener noticia de los hechos aquí expuestos ha comunicado a esta Agencia que ha procedido a marcar a la Federación Asturiana de Empresarios como Robinson en sus ficheros.

Pues bien, en atención a las citadas circunstancias se considera necesario subrayar que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 29 de noviembre de 2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, a propósito de la naturaleza jurídica de esta figura, que pese a referirse al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD tiene plena aplicación al apercibimiento regulado por la LSSI, advierte que *“no constituye una sanción”* y que se trata de *“medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción”* que *sustituyen* a la sanción. La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD (estas consideraciones deben entenderse hechas, por lo que aquí respecta, al artículo 39 bis, 2 de la LSSI) confiere a la AEPD una *“potestad”* diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento -como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella- cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando las medidas correctoras pertinentes ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho será acordar el Archivo de las actuaciones.

En el presente caso y teniendo en cuenta las circunstancias del mismo, este organismo está facultado para, en lugar de iniciar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibir al denunciado a fin de que adopte las oportunas medidas correctoras.

Sin embargo, en base a los principios de intervención mínima y proporcionalidad que informan la capacidad de actuación de esta Agencia y teniendo en cuenta que las medidas correctoras que procedería imponer fueron ya adoptadas por iniciativa propia, en armonía con el pronunciamiento de la Audiencia Nacional recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) debe acordarse 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 ESPAÑA, S.A.U., VODAFONE ONO, S.A.U.** y **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 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