



Expediente N°: E/02456/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 12 de febrero de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en el que manifiesta lo siguiente:

1. El día 7/11/2012 envió un escrito a VODAFONE solicitando la cancelación de sus datos personales, del que obtuvo respuesta el día 12/12/2012 mediante escrito en el que la compañía le informa de que ha procedido a la cancelación de sus datos personales.
2. VODAFONE, tras haber procedido a la cancelación de sus datos ha continuado remitiéndole comunicaciones comerciales de sus productos a su dirección de correo electrónico

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, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. El denunciante aporta copia de los siguientes correos electrónicos y de las cabeceras de internet de los mismos recibidos en su cuenta :
 1. De fecha 1/11/2012 desde la dirección@vodafone.es.
 2. De fecha 24/5/2013 desde la dirección1@vodafone-red.com y "responder a"2@promociones..... ofreciendo un servicio de telefonía de VODAFONE. En el correo informa de que la oferta la realiza un distribuidor autorizado de VODAFONE e incluye un enlace para darse de baja.
 3. De fecha 28/5/2013 desde la dirección promociones@..... ofreciendo un servicio de telefonía de VODAFONE. En el correo informa de que la oferta la realiza un distribuidor autorizado de VODAFONE e incluye información de que recibe el mail como miembro de mailperform.com e incluye un enlace para darse de baja. El dominio mailperform.com está registrado en Reino Unido. La página web www.mailperform.com a día de hoy no está disponible.
 4. De fecha 26/3/2013 desde la dirección FuturoVodafone@fantasticwebsiteoffers.com ofreciendo un servicio de telefonía de VODAFONE. El contenido informa de que se ha recibido el

correo por ser cliente de la página y se comprometen a enviar las promociones más competitivas de sus mejores anunciantes. El correo incluye un enlace para darse de baja. La página fantasticwebsiteoffers.com contiene un formulario para desinscribirse de las ofertas.

5. De fecha 25/4/2013 desde la dirección1@agoraempresarial.com ofreciendo un servicio de telefonía de VODAFONE. En el correo informa de que la oferta la realiza un distribuidor autorizado de VODAFONE e incluye un enlace para darse de baja.
 6. De fecha 29/4/2013 desde la dirección3@.....ofreciendo un servicio de telefonía de VODAFONE. En el correo informa de que Ponteari Sensualland propone las mejores ofertas de la web en diversas temáticas e incluye un enlace para darse de baja.
 7. De fecha 13/5/2013 desde la dirección info@..... ofreciendo un servicio de telefonía de VODAFONE. El contenido informa de que *"Puedes darte de baja de este servicio que solicitaste al suscribirte en Wertranding SCP en este enlace."*
2. El día 14/8/2013 se realizó una visita de inspección en VODAFONE, poniéndose de manifiesto los siguientes hechos recogidos en el Acta de Inspección:
1. En el fichero de clientes de VODAFONE figuraban los datos asociados al DNI *****DNI.1** bloqueados como resultado de la solicitud de cancelación del cliente.
 2. Solamente el correo enviado desde@vodafone.es el día 1 de noviembre de 2012 ha sido remitido por VODAFONE. Club 2020 es un servicio que ofrecía VODAFONE hasta diciembre de 2012, fecha en la que se dejó de ofrecer. El servicio consistía en la oferta mediante news letter de diversos productos a precios promocionales, que no eran necesariamente de VODAFONE. Para la recepción de las ofertas era necesario la suscripción voluntaria al mismo por los interesados, fueran clientes o no clientes de VODAFONE, debiendo facilitar entre otros datos la dirección de correo electrónico.
 3. Las direcciones de correo remitentes del resto de los correos mostrados no pertenecen a VODAFONE.
 4. Los distribuidores oficiales de VODAFONE pueden promocionar los productos de VODAFONE mediante sus propias campañas publicitarias de manera independiente, no reciben de VODAFONE instrucciones al respecto ni se les facilitan datos de los clientes de VODAFONE. Los distribuidores tienen expresamente prohibido el tratamiento de datos personales de clientes de VODAFONE salvo como encargados del tratamiento en el marco del contrato de distribución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección

de Datos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 43.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de comercio electrónico (en lo sucesivo LSSI).

II

La LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo como: *“f) Comunicación comercial»: toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.*

A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”.

III

La LSSI dedica su Título III a la regulación de las citadas “Comunicaciones comerciales por vía electrónica”, disponiéndose en el artículo 21 de la citada norma, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, 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.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.

Por tanto, el envío de mensajes publicitarios o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica, incluido el envío de mensajes SMS a terminales de telefonía móvil, debe haberse solicitado o autorizado expresamente por los destinatarios de los mismos, salvo que exista una relación

contractual previa en los términos recogidos en dicho precepto.

IV

En el supuesto que se examina el denunciante pone de manifiesto que VODAFONE, tras haber procedido a la cancelación de sus datos, continúa remitiéndole comunicaciones comerciales a su dirección de correo electrónico.

No obstante, tras las actuaciones previas de investigación practicadas por esta Agencia, se ha podido comprobar que únicamente el correo recibido en fecha 1 de noviembre de 2012 fue remitido por VODAFONE, así como que el resto de los correos recibidos por el denunciante, de fechas 26 de marzo de 2013, 25 y 29 de abril de 2013 y 13, 24 y 28 de mayo de 2013 fueron enviados por distribuidores oficiales de Vodafone y no por esta entidad, sin que la misma haya cedido ningún tipo de datos de sus clientes.

Los distribuidores oficiales de VODAFONE pueden promocionar los productos de esta entidad mediante sus propias campañas publicitarias de manera independiente, no reciben de VODAFONE instrucciones al respecto ni se les facilitan datos de los clientes. Los distribuidores tienen expresamente prohibido el tratamiento de datos personales de clientes de VODAFONE salvo como encargados del tratamiento en el marco del contrato de distribución.

Por otro lado, el denunciante manifiesta que en fecha 7 de noviembre de 2012 remitió un escrito a Vodafone solicitando la baja, la cual se hizo efectiva el 12 de diciembre de 2012, por tanto, el correo de 1 de noviembre de 2012, que es el único que envió Vodafone, es anterior a la solicitud de baja, y no se ha constatado que el denunciante recibiera correos posteriores de esta entidad.

En este sentido, 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.

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 130.1 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 *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20/02/1989 indica que *“Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las*

garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurre aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate."

Asimismo, se debe tener en cuenta, en relación con el principio de presunción de inocencia lo que establece el artículo 137 de LRJPAC: *"1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario."*

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 y en aplicación del principio *"in dubio pro reo"*, que obliga en caso de duda, respecto de un hecho concreto y determinante, a resolver del modo más favorable para el denunciado, en especial cuando no puede determinarse la responsabilidad subjetiva, es decir, el causante de la conducta supuestamente infractora.

Por ello, dada la ausencia de elementos de cargo que permitan imputar a la entidad denunciada el posible incumplimiento de la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI procede acordar el archivo de las actuaciones practicadas.

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 **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** 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.