

Procedimiento nº.: PS/00067/2019

### Recurso de reposición Nº RR/00292/2019

Examinado el recurso de reposición interpuesto por **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00067/2019, y en base a los siguientes

#### HECHOS

**PRIMERO:** Con fecha 22 de marzo de 2019, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00067/2019, en virtud de la cual se imponía a una sanción de 3.300€, (tres mil trescientos euros), de conformidad con lo establecido en el artículo 39.1 c) de la citada LSSI, por la infracción del artículo 21 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4 d) de la LSSI.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha **27/03/2019**, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en la LOPDPGDD, y supletoriamente en la LPACAP, en materia de tramitación de procedimientos sancionadores.

**SEGUNDO:** Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00067/2019, quedó constancia de los siguientes:

- Con fecha 27/08/2018, 22/09/2018 y 28/10/2018, **A.A.A.** recibe tres SMS publicitarios en donde se ofrece un mecanismo para la baja de los envíos consistente en escribir a la siguiente dirección de correo electrónico [ProteccionDatos@vodafone.com](mailto:ProteccionDatos@vodafone.com)
- Con fechas 27/08/2018 y 28/10/2018 se dirigió a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** mediante correo electrónico, expresando su oposición al tratamiento.

**TERCERO:** **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en fecha 16 de abril de 2019, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo en que, dentro del plazo dado por esta Agencia para presentar alegaciones, aportó copia de la carta remitida al reclamante, de fecha 8 de marzo de 2019, en la que le informaba de lo siguiente:

*“Nos ponemos en contacto con usted en relación con su reclamación que nos ha sido trasladada por la Agencia Española de Protección de Datos en el seno del expediente **E/09323/2018**.*

*Por medio de la presente carta, queremos informarle de que hemos procedido a la inclusión de su número telefónico en nuestra lista robinson interna para asegurarnos de que no recibe llamadas comerciales de captación de clientela en nuestro nombre.”*

## 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 LOPDPGDD.

### II

Debido a razones de funcionamiento del órgano administrativo, por ende no atribuibles al recurrente, hasta el día de la fecha no se ha emitido el preceptivo pronunciamiento de esta Agencia respecto a la pretensión del interesado.

De acuerdo con lo establecido en el art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) el sentido del silencio administrativo en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones es desestimatorio.

Con todo, y a pesar del tiempo transcurrido, la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación, según dispone el art. 21.1 de la citada LPACAP. Por tanto, procede emitir la resolución que finalice el procedimiento del recurso de reposición interpuesto.

### III

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 los hechos expuestos, consistentes en el envío de una comunicación comercial con posterioridad a la confirmación al reclamante de la eliminación de sus datos personales, podrían ser constitutivos de una infracción, por parte de la entidad reclamada a lo dispuesto en el artículo 21 de la vigente Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI), que dispone 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.*

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

La citada infracción se encuentra tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI, que califica como tal *“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”*. En el presente caso, la infracción del artículo 21 de la LSSI que se imputa a la entidad reclamada ha de calificarse como infracción leve, considerando el número de mensajes comerciales remitidos al reclamante.

A tenor de lo establecido en el artículo 39.1.c) de la LSSI, las infracciones leves podrán sancionarse con multa de hasta 30.000 €, estableciéndose los criterios para su graduación 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 relación con los criterios de graduación de las sanciones recogidos en el transcrito artículo 40 de la LSSI, con las evidencias de las que se dispone en el presente momento de acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, se considera que en este supuesto actúa como agravante el criterio a) del mencionado artículo, por cuanto se ha producido una falta de diligencia por parte de la reclamada al utilizar los datos personales del reclamante para remitirle comunicación comercial en tres ocasiones, los dos últimos tras la recepción de los dos correos electrónicos enviados por el reclamante expresando su oposición al tratamiento, contraviniendo las exigencias contenidas en el artículo 21 de la LSSI al ser una entidad habituada al envío de este tipo de mensajes en el desarrollo de su actividad.

#### IV

La Agencia Española de Protección de Datos, procede al estudio pormenorizado del presente expediente advirtiendo los siguientes hechos:

- El 5 de noviembre de 2018, tiene entrada la presente reclamación en esta Agencia, asignándose como número de expediente E/ 09323/2018. Seguidamente, a la vista de los hechos denunciados el 30 de noviembre de 2018, se da traslado de la presente reclamación solicitando información al respecto, sin recibir respuesta de la entidad reclamada, motivo por el cual se acuerda iniciar el presente procedimiento sancionador.
- Se dicta acuerdo de inicio del procedimiento sancionador PS/0067/2019, el 22 de febrero de 2019, el cual consta como notificado el 27 de febrero de 2019.

Al no tener constancia de la recepción de alegaciones por parte de la entidad reclamada, se redacta la correspondiente resolución.

- El 16 de abril de 2019, se interpone recurso de reposición por la entidad reclamada ante esta Agencia Española de Protección de Datos, fundamentándolo en la presentación de documentación solventando la situación denunciada, en concreto copia de la carta remitida al reclamante, de fecha 8 de marzo de 2019, en la que le informaba de lo siguiente:

*“Nos ponemos en contacto con usted en relación con su reclamación que nos ha sido trasladada por la Agencia Española de Protección de Datos en el seno del expediente **E/09323/2018**.*

*Por medio de la presente carta, queremos informarle de que hemos procedido a la inclusión de su número telefónico en nuestra lista robinson interna para asegurarnos de que no recibe llamadas comerciales de captación de clientela en nuestro nombre.”*

#### V

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que la entidad recurrente no contestó el requerimiento de información de la Agencia, de fecha 30 de noviembre de 2018 correspondiente al E/ 09323/2018, lo cual provocó la apertura del procedimiento sancionador hoy recurrido, PS/0067/2019.

Por otro lado, ha quedado acreditado que la entidad reclamada remitió una carta al reclamante, de fecha 8 de marzo de 2019, en la que le informaba de lo siguiente:

*“Nos ponemos en contacto con usted en relación con su reclamación que nos ha sido trasladada por la Agencia Española de Protección de Datos en el seno del expediente **E/09323/2018**.*

*Por medio de la presente carta, queremos informarle de que hemos procedido a la inclusión de su número telefónico en nuestra lista robinson interna para asegurarnos de que no recibe llamadas comerciales de captación de clientela en nuestro nombre.”*

No obstante, el expediente ahora recurrido, sanciona el envío de 3 correos comerciales posteriores a la oposición de su recepción, de fecha 27 de agosto de 2018.

Si en el mes de marzo de 2019 la entidad recurrente ha procedido a informar al reclamante que no recibirá más llamadas comerciales, nada tiene que ver con los hechos sancionados.

## VI

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.

Así las cosas, 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 **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** contra la resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 22 de marzo de 2019, en el procedimiento sancionador PS/00067/2019.

**SEGUNDO:** NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** y, conforme al art. 77.2 del RGPD, INFORMAR al reclamante sobre el resultado de la reclamación.

**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 LOPDPGDD, 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 LOPDPGDD, 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