



Expediente N°: E/04958/2012

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 13 de junio de 2012, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Don **A.A.A.**, (en lo sucesivo el denunciante), indicando que viene recibiendo comunicaciones comerciales no autorizadas de VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. ,(en adelante VODAFONE), en su teléfono móvil número **B.B.B.**, ello a pesar de que en el contrato de servicios suscrito con dicha entidad había restringido el servicio de recepción de publicidad.

El denunciante adjunta impresión de cuatro SMS publicitarios enviados, según sus manifestaciones, por VODAFONE sin su consentimiento en las siguientes fechas y horas:

14/3/2012 a las 11:24.

22/3/2012 a las 14:15

12/4/2012 a las 10:58

6/6/2012 a las 14:02

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, y como consecuencia de las actuaciones previas de investigación practicadas para el esclarecimiento de los hechos denunciados, esta Agencia ha tenido conocimiento de los siguientes extremos:

1. El denunciante ha aportado copia del “Contrato de Servicios de Comunicaciones Móviles pospago Particulares” correspondiente a la línea **B.B.B.** que suscribió con VODAFONE con fecha 29 de enero de 2011. Dicho contrato tiene marcadas las casillas que manifiestan su deseo de no recibir publicidad y de que sus datos de tráfico y facturación no sean tratados con fines comerciales.

2. Con fecha 22 de enero de 2013 se realizó una visita de inspección en el establecimiento de la compañía VODAFONE, fruto de la cual se pusieron de manifiesto los siguientes hechos, que fueron recogidos en el Acta de Inspección levantada al efecto:
 - 2.1 Se comprobó que en el fichero de clientes de VODAFONE figuraba información asociada al denunciante, de la que se constata que es cliente de VODAFONE y titular de la línea número **B.B.B.**, activa en la actualidad.



Asimismo se comprobó que en los sistemas de la entidad el cliente no tiene marcadas las casillas correspondientes a los filtros de exclusión de publicidad, convirtiéndolo en destinatario de las campañas publicitarias de VODAFONE.

2.2 En el fichero de contactos mantenidos con el cliente se comprueba que no consta información al respecto.

2.3 Los inspectores actuantes accedieron al registro de campañas publicitarias dirigidas a los clientes de VODAFONE, comprobándose que el número perteneciente al denunciante consta en dos campañas. Una de ellas correspondiente a la campaña de fecha 11/04/2012, siendo recibido el SMS por el cliente el 12/4/2012, y otra correspondiente a la campaña de fecha 06/06/2012, siendo recibido el SMS por el cliente en esa misma fecha.

Respecto del envío de fecha 14/03/2012 la representación de VODAFONE manifestó que se corresponde a un mensaje publicitario enviado el día 13/10/2011, según consta en la relación de campañas enviadas al denunciante, en lugar de en la fecha que consta en el documento aportado por el cliente.

En cuanto al envío de fecha 22/03/2012 se constata que no estaba incluido en la relación de campañas de VODAFONE. La representación de VODAFONE no reconoce su envío por dicha compañía, aduciendo que los mensajes remitidos por la entidad comienzan con "VF" o "VODAFONE", *añadiendo*, además, que nunca han realizado la oferta que consta en dicha publicidad.

2.4 Solicitada y recabada por los inspectores actuantes copia del contrato suscrito por el cliente del servicio correspondiente a la línea número **B.B.B.**, se constata que tiene marcadas las casillas que manifiestan la voluntad del cliente de no recibir publicidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Agencia Española de Protección de Datos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43.2, segundo párrafo, 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 parte 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”.

Dicha norma 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.

A su vez, el artículo 22.1 de la LSSI establece como “Derechos de los destinatarios de servicios” lo siguiente:

“1. El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. 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”.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.”

III

De conformidad con lo establecido en el artículo 38 de la LSSI, en sus apartados 3 y 4 de la LSSI, se consideran infracciones graves y leves las siguientes:

“3. Son infracciones graves:

c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21”.

“4. Son infracciones leves:

d) 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 consecuencia, la infracción del art. 21 de la LSSI, en los términos indicados por el citado artículo 38.4.d), se califica en términos generales como infracción leve, aunque si se produce un envío masivo de comunicaciones comerciales no solicitadas a diferentes destinatarios o más de tres a un mismo destinatario, en los términos que se indican en el también citado artículo 38.3.b), se producirá una infracción tipificable como grave a los efectos de la LSSI.

IV

En el presente caso la cuestión a dilucidar es si las comunicaciones comerciales que fueron remitidas por VODAFONE al número de línea telefónica titularidad del denunciante vulneraban la prohibición recogida en el artículo 21 de la LSSI.

A estos efectos resulta relevante destacar que de las actuaciones previas de inspección practicadas se infiere que únicamente tres de los cuatro SMS publicitarios denunciados fueron remitidos a la línea del denunciante por VODAFONE, ya que durante la actuación inspectora practicada en la sede de dicha compañía los inspectores de esta Agencia pudieron constatar que el mensaje de fecha 22/03/2012 no estaba registrado en los sistemas de dicha entidad como incluido dentro de alguna de sus campañas publicitarias.

Asimismo, la documentación contractual aportada por el remitente y destinatario de los mensajes muestra que el cliente manifestó su voluntad de oponerse a la recepción de publicidad en el momento de la contratación del servicio asociado a la línea **B.B.B.**, observándose que el contrato de fecha 29 de enero de 2011 tiene cumplimentadas las casillas de restricción de los servicios de recepción de publicidad



y tratamiento de sus datos de tráfico y facturación con fines publicitarios.

Por lo tanto, los tres SMS comerciales que VODAFONE remitió al denunciante con fechas 13/10/2011, 11/04/2012 y 06/06/2012 no contaban con la cobertura del consentimiento previo y expreso del titular de la línea. Tal conducta se ajustaría al tipo de infracción establecido en el artículo 38.4 d) de la LSSI, calificado como infracción leve, al tratarse del envío de tres SMS comerciales que incumplían los requisitos establecidos en el artículo 21 de dicha norma.

En este supuesto, sin perjuicio de que a la vista de las consideraciones anteriores se infiera la supuesta comisión por parte de VODAFONE de una infracción a lo previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 21 de la LSSI, ya que los SMS comerciales se enviaron sin contar con la autorización de su destinatario y sin incluir en los mismos ningún procedimiento o mecanismo de baja para que éste pudiera oponerse a la recepción de nuevos envíos por este medio, resulta de aplicación lo establecido en el artículo 45 de la LSSI respecto de la prescripción de las infracciones recogidas en dicha norma.

Dicho precepto establece que : *“Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.*

En este caso, teniendo en cuenta las fechas en que se produjeron los envíos denunciados ha de concluirse que en la actualidad la posible infracción leve que, en su caso, resultase imputable a la entidad denunciada se encuentra prescrita al haber transcurrido más de seis meses desde el día en que se remitieron cada uno de los tres envíos objeto de análisis, motivo por el cual procede archivar las presentes actuaciones y no acordar el inicio de procedimiento sancionador.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director 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.** y a Don **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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos