



Procedimiento Nº: PS/00004/2018

RESOLUCIÓN R/00475/2018 DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR PAGO VOLUNTARIO

En el procedimiento sancionador PS/00004/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad SUELI Y GERARDO SL, vista la denuncia presentada por **A.A.A.**, y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 31 de enero de 2018, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la entidad SUELI Y GERARDO SL, mediante el Acuerdo que se transcribe:

<< Procedimiento Nº: PS/00004/2018

ACUERDO DE INICIO DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

*De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad SUELI Y GERARDO, S.L. en virtud de denuncia presentada ante la misma por **A.A.A.** y en base a los siguientes,*

HECHOS

***PRIMERO:** El 02/02/2017 tiene entrada en esta Agencia escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante), en el que denuncia a ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (en lo sucesivo ORANGE), por los siguientes hechos:*

- Recibe llamadas publicitarias de JAZZTEL (en la actualidad y para lo sucesivo ORANGE) en su línea ***TLF.1 con origen en el número ***TLF.2.*
- Ejercita su derecho de oposición ante ORANGE, que es contestado afirmativamente mediante escrito de 07/10/2016.*
- A pesar de lo relatado, continúa recibiendo llamadas publicitarias en las que se promocionan productos de ORANGE.*

Que según el denunciante tuvieron lugar entre el 20/10/2016 y el 27/12/2016.

Y, entre otra, anexa copia de la siguiente documentación:

- Correo electrónico remitido el 27/09/2016 por FACUA Consumidores en Acción a ORANGE poniendo en conocimiento la recepción de llamadas por parte de la denunciante a pesar de su previa oposición.*

- Escrito de respuesta de 07/10/2016 a la reclamación.*

El 01/03/2017 tiene entrada en esta Agencia un escrito de FACUA Consumidores en Acción en nombre de la denunciante en el que aporta la siguiente documentación:

- Certificado de condición socia de la denunciante.*
- Factura que acredita la titularidad de la denunciante de la línea ***TLF.1.*

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se solicita información a la entidad ORANGE,

*1. De la respuesta de ORANGE aportada en el escrito de denuncia, se desprende que a 07/10/2016 la entidad era conocedora de la oposición de la denunciante al tratamiento publicitario de sus datos, que incluían las líneas *****TLF.3** y *****TLF.1**. ORANGE manifiesta en el escrito que "...va a proceder a hacer efectivo este derecho y a notificarlo al abonado."*

2. En el escrito de denuncia se aporta una relación con la fecha, la hora y el teléfono de origen de 19 llamadas recibidas entre el 20/10/2016 y el 27/12/2016.

*Consultada TELEFONICA DE ESPAÑA, SAU (en lo sucesivo TELEFONICA), operador de telefonía que presta servicio a la línea *****TLF.1**, éste manifiesta en su escrito de respuesta dispone de registros de 5 de ellas, no constando datos del resto.*

Las llamadas de las que se tiene registros son:

<i>Fecha</i>	<i>Hora inicio</i>	<i>Línea origen</i>	<i>Operador</i>
<i>21/10/2016</i>	<i>18:54</i>	<i>***TLF.4</i>	<i>ORANGE ESPAGNE SAU</i>
<i>26/10/2016</i>	<i>22:18</i>	<i>***TLF.5</i>	<i>VODAFONE ESPAÑA SAU</i>
<i>26/10/2016</i>	<i>22:31</i>	<i>***TLF.5</i>	<i>VODAFONE ESPAÑA SAU</i>
<i>03/12/2016</i>	<i>13:29</i>	<i>***TLF.6</i>	<i>COLT TECHNOLOGY SERVICES SAU</i>
<i>09/12/2016</i>	<i>17:56</i>	<i>***TLF.7</i>	<i>TELEFONICA DE ESPAÑA SAU</i>

3. ORANGE, en su primer escrito de respuesta, identifica a JOIN-MARKETING LTD SUCURSAL EN ESPAÑA (en adelante JOIN-MARKETING), como titular de la línea origen de la llamada recibida 21/10/2016.

ORANGE, en su escrito de respuesta fechado el 13/09/2017 manifiesta que ha solicitado a su proveedor de gestión documental copia del contrato firmado con JOIN-MARKETING para la ejecución de la campaña publicitaria en la que se enmarca la llamada denunciada.

En su último escrito de respuesta, fechado el 20/09/2017, ORANGE aporta copia del contrato firmado el 26/11/2006 entre JAZZ TELECOM, SAU y SUELI Y GERARDO S.L. (en lo sucesivo SUELI y GERARDO). ORANGE manifiesta en su escrito que las llamadas realizadas en cumplimiento de ese contrato son realizadas a través de líneas asignadas a JOIN-MARKETING, que es una empresa del mismo grupo empresarial que SUELI Y GERARDO.



El contrato define los servicios contratados en un anexo que no se incluye como parte del contrato. En el punto 4.1 se indica que “EL AGENTE se obliga frente a JAZZTEL a promover por cuenta de esta última la contratación de los servicios descritos en los Anexos del contrato.”

4. ORANGE aporta en su primer y segundo escritos de respuesta los ficheros de exclusión de tratamientos publicitarios utilizados en el periodo comprendido entre el 21/10/2016 y el 09/12/2016. Los ficheros aportados por ORANGE tienen en su nombre las fechas 21/10/2016, 16/11/2016 y 17/11/2016.

*Se comprueba que la línea del denunciante ***TLF.1 figura en los tres ficheros.*

A pesar de haberle sido expresamente requerido, a fecha del presente informe ORANGE no ha aportado evidencias que acrediten el envío y la recepción de los ficheros a los prestadores de servicios que ejecutan sus campañas de publicidad. ORANGE manifiesta en su escrito de respuesta fechado el 13/09/2017 que las aportará mediante escrito de alegaciones complementarias cuando disponga de ellas.

*5. La solicitud de información requerida a SUELI Y GERARDO el 11/10/2017 con número de registro ***REG.1 fue rechazada automáticamente el 21/10/2017 al no haber sido recogida dicha notificación.*

*6. La solicitud de información requerida a SUELI Y GERARDO el 11/12/2017 con número de registro ***REG.2 fue rechazada automáticamente el 21/12/2017 al no haber sido recogida dicha notificación.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los hechos expuestos, relativos a la llamada realizada al denunciante el día 21/10/2016, puede suponer la comisión por parte de SUELI Y GERARDO de una infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), que señala lo siguiente: “1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma, que considera como tal: “Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”, pudiendo ser sancionada con multa de 40.001 € a 300.000 €, de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

De las evidencias obtenidas en la fase de investigaciones previas y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, se estima que, de conformidad con el art. 45.5 LOPD, procede la aplicación de la escala de sanciones que precede inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el presente caso, al operar la atenuante privilegiada del supuesto previsto en el artículo 45.5.a) por apreciarse una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de algunos criterios enunciados en el apartado 4 de dicho artículo: la ausencia de perjuicios (apartado h), al no existir distintos de los propios derivados de la comisión de la infracción y, volumen de tratamientos efectuados (apartado b), ya que se trata de una única llamada telefónica.

Asimismo, tras las evidencias obtenidas en la fase de investigaciones previas, y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, se considera que procede graduar la

sanción a imponer de acuerdo con los siguientes criterios que establece el art. 45.4 de la LOPD:

- El apartado c) "La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal" ya que la actividad empresarial de la denunciada exige un continuo tratamiento de datos de carácter personal tanto de clientes como de terceros.

El apartado d) "El volumen de negocio o actividad del infractor", puesto que se trata de una de las mayores operadora de telefonía del país por cifra de negocio.

El apartado g) "reincidencia" puesto que la entidad ya ha sido sancionada en procedimiento abierto en la Agencia por similar infracción.

Por todo ello, se establece una cuantía de la sanción por vulneración del artículo 6.1 de la LOPD de 4.000 euros.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. INICIAR PROCEDIMIENTO SANCIONADOR a SUELI Y GERARDO, S.L. con arreglo a lo dispuesto en el artículo 127 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) por la presunta infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley.

2. NOMBRAR como Instructor a **F.F.F.** y como Secretaria a **G.G.G.** indicando que cualquiera de ellos podrá ser recusado, en su caso, conforme a lo establecido en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), y de acuerdo con lo establecido en el artículo 127 del RLOPD.

3. INCORPORAR al expediente sancionador, a efectos probatorios, la denuncia interpuesta por Dña. **A.A.A.** y su documentación; los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección durante la fase de investigaciones; así como el informe de actuaciones previas de Inspección; todos ellos parte del expediente E/00895/2017.

4. QUE a los efectos previstos en el art. 64.2 b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre y art. 127 letra b) del RLOPD, la sanción que pudiera corresponder sería de 4.000 euros, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

5. NOTIFICAR el presente Acuerdo a SUELI Y GERARDO, S.L. indicándole expresamente su derecho a la audiencia en el procedimiento y otorgándole un plazo de DIEZ DÍAS HÁBILES para que formule las alegaciones y proponga las pruebas que considere procedentes, de acuerdo con lo preceptuado en el apartado f) del artículo 127 del RLOPD.

Asimismo, de conformidad con los artículos 64.2.f) y 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), se le informa de que si no efectuara alegaciones en plazo a este acuerdo de inicio, el mismo podrá ser considerado propuesta de resolución.



También se le informa de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85.1 LPACAP, podrá reconocer su responsabilidad dentro del plazo otorgado para la formulación de alegaciones al presente acuerdo de inicio; lo que llevará aparejada una reducción de un 20% de la sanción que proceda imponer en el presente procedimiento, equivalente en este caso a 800 euros. Con la aplicación de esta reducción, la sanción quedaría establecida en 3.200 euros, resolviéndose el procedimiento con la imposición de esta sanción.

Del mismo modo podrá, en cualquier momento anterior a la resolución del presente procedimiento, llevar a cabo el pago voluntario de la sanción propuesta, de conformidad con lo establecido en el artículo 85.2 LPACAP, lo que supondrá una reducción de un 20% del importe de la misma, equivalente en este caso a 800 euros. Con la aplicación de esta reducción, la sanción quedaría establecida en 3.200 euros y su pago implicará la terminación del procedimiento.

La reducción por el pago voluntario de la sanción es acumulable a la que corresponde aplicar por el reconocimiento de la responsabilidad, siempre que este reconocimiento de la responsabilidad se ponga de manifiesto dentro del plazo concedido para formular alegaciones a la apertura del procedimiento. El pago voluntario de la cantidad referida en el párrafo anterior podrá hacerse en cualquier momento anterior a la resolución. En este caso, si procediera aplicar ambas reducciones, el importe de la sanción quedaría establecido en 2.400 euros.

En todo caso, la efectividad de cualquiera de las dos reducciones mencionadas estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

En caso de que optara por proceder al pago voluntario de cualquiera de las cantidades señaladas anteriormente (3.200 euros o 2.400 euros), de acuerdo con lo previsto en el artículo 85.2 referido, le indicamos que deberá hacerla efectiva 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., indicando en el concepto el número de referencia del PS/00577/2017 y la causa de reducción del importe de la sanción a la que se acoge, y enviando el justificante del ingreso a la Subdirección General de Inspección para continuar con el procedimiento de acuerdo con la cantidad ingresada.

De conformidad con lo establecido en los artículos 37.g) y 36 de la LOPD, en relación con los artículos 120 y 127 del RLOPD, la competencia para resolver el presente Procedimiento Sancionador corresponde a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

Conforme a lo establecido en el artículo 112.1 de la LPACAP, contra el presente acto no cabe recurso administrativo alguno.

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

SEGUNDO: En fecha 07/02/2018 la entidad **SUELI Y GERARDO SL** ha procedido al pago de la sanción en la cuantía de 2.400 euros haciendo uso de las reducciones previstas en el Acuerdo de inicio, que conlleva la renuncia a cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción y el reconocimiento de responsabilidad.

TERCERO: En fecha 07/02/2018 tuvo entrada en esta Agencia escrito de la entidad SUELI Y GERARDO SL, en que reconoce expresamente su responsabilidad en relación con los hechos a los que se refiere el Acuerdo de Inicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

La Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para sancionar las infracciones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), conforme a lo establecido en el artículo 37.g), en relación con el artículo 36, ambos de la citada norma; las infracciones del artículo 48 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo LGT), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.3 de la LGT, y las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) 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), según dispone el artículo 43.1 de dicha Ley.

II

El artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP), bajo la rúbrica "*Terminación en los procedimientos sancionadores*" dispone lo siguiente:

"1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.

2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.

3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí. Las citadas reducciones, deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente"

De acuerdo con lo señalado,

La Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE**



PRIMERO: DECLARAR la terminación del procedimiento **PS/00004/2018**, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la LPACAP.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **SUELI Y GERARDO SL**.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, el presente Acuerdo se hará público, 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.

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 esta resolución, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

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