

Procedimiento N° PS/00043/2019

812-0319

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Del procedimiento instruido por la Agencia Española de Protección de Datos ante **VODAFONE ONO, S.A.U.**, (en adelante, el reclamado) en virtud de reclamación presentada por **A.A.A.** (en adelante, el reclamante) en base a los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO: La reclamación interpuesta por el reclamante tiene entrada con fecha 30 de agosto de 2018 en la Agencia Española de Protección de Datos y se dirige contra el reclamado. Los motivos en que se basa la reclamación, son que se han recibido llamadas comerciales del número 932425088 y un mensaje de texto publicitario en el terminal móvil del reclamante, pese a no ser ni haber sido cliente del reclamado y no haber dado por tanto su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales.

Junto a la reclamación aporta reclamación presentada ante la Agencia catalana de protección de datos, y copia impresa del sms publicitario recibido.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados y de los documentos aportados, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió al traslado de la reclamación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, sin obtener respuesta a los requerimientos formulados a la entidad denunciada.

TERCERO: Con fecha 22 de febrero de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador al reclamado, por la presunta infracción del artículo 21 de la LSSI, infracción tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI, sancionable con una multa de 2.500 euros.

CUARTO: El reclamado presentó alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador indicando que los datos personales del reclamante se encuentran recogidos en su base de datos como consecuencia del contrato formalizado el 22/02/2016 con el reclamado, el cual fue dado de baja con fecha 01/11/2013.

Dicha entidad manifiesta además que tras tener conocimiento de la presente reclamación, se pone en contacto con el reclamante comunicándole mediante carta de fecha 4 de febrero de 2019, 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/06968/2018.

Por medio de la presente carta, queremos informarle de que hemos procedido a cancelar sus datos y a incluirle en nuestra propia lista Robinson con el fin de evitar que su número de teléfono sea incluido en futuras campañas comerciales de Vodafone.

Le pedimos disculpas por las molestias que le hayamos podido causar y aprovechamos la ocasión para enviarle un cordial saludo.”

VODAFONE manifiesta, además, que en muchas ocasiones tales llamadas comerciales son realizadas por sus colaboradores y distribuidores, por ello el 19/11/2018 mandó un comunicado oficial a todos y cada uno de los distribuidores, proveedores y colaboradores, recordándoles sus obligaciones mientras prestan estos servicios.

QUINTO: Con fecha 11/04/2019, el instructor del procedimiento acordó la apertura de un período de práctica de pruebas, teniéndose por incorporadas las actuaciones previas de investigación, E/06968/2018, así como los documentos aportados por el reclamado en fecha 18/02/2019.

SEXTO: De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento han quedado acreditados los siguientes hechos:

La recepción de llamadas y un mensaje de texto publicitario de el reclamado, pese a no ser ni haber sido cliente del reclamado, y no haber dado por tanto su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales.

El reclamado., indica que los datos personales del reclamante se encuentran recogidos en su base de datos como consecuencia del contrato formalizado el 22/02/2016 con la compañía ONO el cual fue dado de baja con fecha 01/11/2013.

Tras tener conocimiento de la presente reclamación objeto del presente caso, el reclamado se pone en contacto con el reclamante comunicándole mediante carta de fecha 4 de febrero de 2019, que se ha procedido a cancelar sus datos y a incluirle en su propia lista Robinson con el fin de evitar que su número de teléfono sea incluido en futuras campañas comerciales del reclamado.

SEPTIMO: Con fecha 13 de marzo de 2019 se formuló propuesta de resolución, proponiendo por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos que se sancione al reclamado, con multa de 2.500,00 € (DOS MIL QUINIENTOS euros) por la infracción del Artículo 21 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI.

A la vista de todo lo actuado, por parte de la Agencia Española de Protección de Datos en el presente procedimiento se consideran hechos probados los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: El reclamante ha recibido llamadas y un mensaje de texto publicitario del reclamado en su terminal móvil, pese a no ser ni haber sido cliente del reclamado, y no haber dado por tanto su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales.

Junto a la reclamación aporta reclamación presentada ante la Agencia catalana de protección de datos, y copia impresa del sms publicitario recibido.

SEGUNDO: El reclamado pese a los requerimientos de información presentados por la Agencia Española de Protección de Datos, en relación a los hechos denunciados, no ha dado respuesta a los mismos.

El reclamado presentó alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador indicando que los datos personales del reclamante se encuentran recogidos en su base de datos como consecuencia del contrato formalizado el 22/02/2016 con el reclamado el cual fue dado de baja con fecha 01/11/2013.

Tras tener conocimiento de la presente reclamación, el reclamado se pone en contacto con el reclamante comunicándole mediante carta de fecha 4 de febrero de 2019, que han procedido a cancelar sus datos y a incluirle en su propia lista Robinson con el fin de evitar que su número de teléfono sea incluido en futuras campañas comerciales del reclamado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

La competencia para sancionar la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) de la LSSI, corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos, según dispone el artículo 43.1 de dicha Ley.

II

De conformidad con lo establecido en el artículo 43.1, párrafo segundo, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI) es competente para iniciar este Procedimiento Sancionador la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

III

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, son constitutivos de una infracción, por parte del reclamado 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.

Cuando 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 al reclamado 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 la dirección de correo electrónico del reclamante para remitirle una comunicación comercial después de confirmarle que se gestionaría su solicitud de eliminación de datos personales, toda vez que le resulta exigible un especial conocimiento de 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.

Paralelamente, se valora como atenuante el criterio d) y e) recogidos en el citado artículo 40 de la LSSI, ante la falta de constancia de que el reclamante haya sufrido perjuicios o la reclamada haya obtenido beneficios derivados de la comisión de la infracción.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

PRIMERO: IMPONER al reclamado, por una infracción del artículo 21 de la LSSI, infracción tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI, una multa de 2.500,00 € (dos mil quinientos euros).

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución al reclamado.

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 LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.6 de la LOPDGDD), 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.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 Ley 39/2015, de 1 de octubre. 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