

968-150719

Procedimiento N°: PS/00184/2019**RESOLUCIÓN R/00479/2019 DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR PAGO VOLUNTARIO**

En el procedimiento sancionador PS/00184/2019, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, vista la reclamación presentada por **A.A.A.**, y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 8 de mayo de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** Notificado el acuerdo de inicio y tras analizar las alegaciones presentadas, con fecha 12 de septiembre de 2019 se emitió la propuesta de resolución que a continuación se transcribe:

<<

Procedimiento nº: PS/00184/2019
814-160419

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 10 de diciembre de 2018 Don **A.A.A.** (en adelante, el reclamante) interpuso ante la Agencia Española de Protección de Datos reclamación contra **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, (en adelante, el reclamado), por el envío no autorizado de mensajes cortos de texto, (en adelante, SMS), con publicidad de **VODAFONE** a su línea de teléfono móvil número *****TELEFONO.1**.

Entre otra documentación, el reclamante aporta captura de imagen de un SMS recibido con fecha 23 de noviembre de 2018 en la mencionada línea de teléfono con el siguiente contenido: *"VF Publi: Vente a Vodafone y paga solo el 50% durante todo un año. Llama ya al 1444. No + Publi:darbaja.es"*

Asimismo, el reclamante señala que con posterioridad a la recepción de ese envío ejerció su derecho de acceso ante **Vodafone.es**, entidad a la que también solicitó información sobre el origen y datos de carácter personal de su titularidad que obraban en sus sistemas, así como justificación del consentimiento expreso al envío de comunicaciones comerciales. En apoyo de lo cual, adjunta impresión del correo electrónico remitido con fecha 23 de noviembre de 2018 desde la cuenta *****EMAIL.1** a la dirección **datos@vodafone.es** ejerciendo dicho derecho.

Igualmente, el reclamante aporta impresión del código fuente y contenido de la contestación que el Servicio de Atención al Cliente de Vodafone le remitió a su cuenta de correo electrónico con fecha 10 de diciembre de 2018, informándole de que en la actualidad no tenían datos personales que hicieran referencia a su persona.

SEGUNDO: De conformidad con lo establecido en el artículo 65.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), la Subdirección General de Inspección de Datos dio traslado al reclamado, con fecha 19 de diciembre de 2018, de dicha reclamación para que, en el plazo de un mes desde la recepción de la misma, remitiera a esta Agencia, entre otra, información relativa a las causas que originaron los hechos expuestos en la reclamación y las medidas adoptadas para evitar que se produzcan hechos similares.

Con fecha 26 de diciembre de 2018 el reclamado recibió la solicitud de información señalada, no constando en esta Agencia que el mismo haya contestado la información requerida en el plazo otorgado a tales efectos.

Por ello, de conformidad con el artículo 65 de la LOPDGDD y a los efectos previstos en su artículo 64.2, Con fecha 11 de marzo de 2019 la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó admitir a trámite la citada reclamación.

TERCERO: Mediante Acuerdo de fecha 8 de mayo de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador al reclamado por la presunta infracción del artículo 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI), tipificada como infracción leve en el artículo 38.4.d) de la citada Ley. A los efectos previstos en el artículo 64.2.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), en el citado acuerdo de apertura se fijaba que, de acuerdo con las evidencias obtenidas con anterioridad a dicha apertura, la sanción que podría corresponder por la infracción descrita sería de 2.500 euros (dos mil quinientos euros), sin perjuicio de lo que resultase de la instrucción.

Dicho acto fue notificado al reclamado con fecha 13 de mayo de 2018.

CUARTO: Con fecha 27 de mayo de 2019 se registra de entrada escrito de alegaciones del reclamado, en el que, en síntesis, ponía de manifiesto los siguientes argumentos:

- Que con fecha 14 de marzo de 2019 dio contestación a la solicitud de información efectuada en el **E/10342/2018**, debiéndose el retraso al gran volumen de requerimientos de información recibidos de la AEPD. Adjunta copia de dicha contestación, aunque no acredita su efectiva presentación en esta Agencia ni consta tampoco registrada su entrada en este Centro. Asimismo, aporta copia de la carta remitida al reclamante con fecha 13 de marzo de 2019 comunicándole que se había procedido a incluirle en su Lista Robinson interna con el fin de evitar que sus números de teléfono pudieran ser incluidos en futuras campañas comerciales de Vodafone, presentando también justificación de su efectiva recepción por el mismo con fecha 22 de marzo de 2019.

- Antes de enviar el SMS publicitario se comprobó que el reclamante no

se encontraba ni en la lista Robinson interna generada como consecuencia de la recepción de solicitudes de oposición a la recepción de comunicaciones comerciales ni en la lista Robinson gestionada por ADigital. Se señala que una vez recibido el requerimiento de información se incluyó el número de teléfono del reclamante en la lista Robinson interna de la entidad a fin de evitar su inclusión en futuras campañas comerciales. El mensaje dispone de un medio sencillo para ejercitar el derecho de oposición a la recepción de este tipo de envíos, no constándoles que el reclamante haya ejercitado dicho derecho por esa vía ni por otro medio.

- La solicitud de ejercicio del derecho de acceso del reclamante se contestó correctamente, indicándole que no se disponía de datos relativos a su persona en sus sistemas, ya que la mayor parte de las campañas de captación se realizan sobre números de teléfono que no están asociados a ninguna persona física, sino que son números generados de forma aleatoria por un sistema, a partir de una serie de rangos numéricos seleccionados.

- Solicita el archivo de las actuaciones ante la falta de intencionalidad o dolo en su conducta, que basa en que con anterioridad a la realización de la campaña realizó las consultas pertinentes a las bases de datos robinson existentes y en que facilitó al reclamante un medio de oposición sencillo y contestó debidamente la solicitud de ejercicio del derecho de acceso.

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

Primero: Con fecha 10 de diciembre de 2018 se registra de entrada en la Agencia Española de Protección de Datos reclamación formulada por Don **A.A.A.** (en adelante, el reclamante) contra VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., (en adelante, el reclamado), por el envío no autorizado de mensajes cortos de texto con publicidad de esa compañía.

Segundo: Con fecha 23 de noviembre de 2018 el reclamante recibió en su línea de teléfono móvil número *****TELEFONO.1** un mensaje corto de texto (SMS) del reclamado con el siguiente contenido de naturaleza publicitaria: *“VF Publi: Vente a Vodafone y paga solo el 50% durante todo un año. Llama ya al 1444. No + Publi:darbaja.es”*

Tercero: Con fecha 23 de noviembre de 2018 el reclamante ejerció su derecho de acceso ante el reclamado enviando un correo electrónico desde la cuenta *****EMAIL.1** a la dirección **derechosprotecciondatos@vodafone.es** en el que, por un lado, solicitaba información sobre el origen de sus datos, concreción de los datos de carácter personal de su titularidad obrantes en los sistemas del reclamado y, por otro, solicitaba justificación del consentimiento expreso al envío de comunicaciones comerciales.

Cuarto: Con fecha 10 de diciembre de 2018, el reclamado respondió al ejercicio del derecho de acceso formulado por el reclamante indicándole *“que actualmente no tenemos datos personales que hagan referencia a su persona”* e informándole, de forma genérica, de los diversos medios y formas en que recopilaba información de carácter personal

Quinto: Con fecha 13 de marzo de 2019 el reclamado remitió al reclamante escrito en el que le indicaba:

*“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/10342/2018**.*

Por medio de la presente carta, queremos informarle de que hemos procedido a incluirle en nuestra lista interna Robinson, con el fin de evitar que sus números de teléfono puedan ser incluidos en futuras campañas comerciales de Vodafone. Asimismo, le recomendamos que solicite la inclusión en el listado externo Robinson Adigital. (...)”

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, párrafo segundo, de dicha Ley.

II

A los efectos de examinar si los hechos objeto de imputación pueden constituir infracción al artículo 21 de la LSSI conviene realizar una breve exposición sobre el marco jurídico que resulta de aplicación a las comunicaciones comerciales remitidas por correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

El artículo 21 de la LSSI señala 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”.

Añade el artículo 22.1 de la LSSI que *“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 de correo electrónico u otra 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”.

Así, cualquier envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente queda supeditado a la prestación previa del consentimiento, salvo que exista una relación contractual anterior y el sujeto no manifieste su voluntad en contra.

A su vez, el apartado d) del anexo de la LSSI define al “Destinatario del servicio” o “destinatario” como la *“persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”*.

De este modo, la LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa las comunicaciones comerciales dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, sin consentimiento expreso del destinatario, si bien esta prohibición encuentra su excepción en el segundo párrafo del citado artículo, que autoriza el envío 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”*. De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, fuera del supuesto excepcional del artículo 21.2 de la LSSI, puede constituir una infracción leve o grave de la LSSI.

El artículo 19, apartado 2, de la LSSI preceptúa que *“En todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales”*.

Del precepto señalado se deduce que es de aplicación la normativa de protección de datos de carácter personal, si bien la remisión que se efectúa a la LOPD ha de interpretarse como hecha al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD en adelante), aplicable desde el 25 de mayo de 2018, y a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), en vigor desde el 7 de diciembre de 2018.

Por tanto, en relación con el consentimiento del destinatario para el tratamiento de sus datos con la finalidad de enviarle comunicaciones comerciales por vía electrónica, es preciso considerar lo dispuesto en la normativa de protección de datos y, en concreto, en el artículo 4.11) RGPD, que define el *“consentimiento del interesado”* como *“toda manifestación de voluntad, libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen;”*.

Por su parte el artículo 6.1.a) del RGPD establece en cuanto a la “*Licitud del tratamiento*” que:

“1. El tratamiento sólo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

a) El interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; “

A su vez, el artículo 7 del RGPD determina en cuanto a las “*Condiciones para el consentimiento*” que:

“1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.

2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.

3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo.

4. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato.”

En cuanto al derecho de oposición, los apartados 2 al 4 del artículo 21 del RGPD disponen lo siguiente:

“2. Cuando el tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa, el interesado tendrá derecho a oponerse en todo momento al tratamiento de los datos personales que le conciernan, incluida la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con la citada mercadotecnia.

3. Cuando el interesado se oponga al tratamiento con fines de mercadotecnia directa, los datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines.

4. A más tardar en el momento de la primera comunicación con el interesado, el derecho indicado en los apartados 1 y 2 será mencionado explícitamente al interesado y será presentado claramente y al margen de cualquier otra información.

5. En el contexto de la utilización de servicios de la sociedad de la información, y no obstante lo dispuesto en la Directiva 2002/58/CE, el interesado podrá ejercer su derecho a oponerse por medios automatizados que apliquen especificaciones técnicas.”

Así las cosas, de acuerdo con dicho Reglamento, el consentimiento otorgado para la recepción de publicidad por medios de comunicación electrónica, además de previo, libre, específico e inequívoco, deberá ser informado, ofreciendo la posibilidad de oponerse a dicho tratamiento con fines promocionales y advirtiendo sobre el

derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento. Esta información así configurada debe tomarse como un presupuesto necesario para otorgar validez a la manifestación de voluntad del afectado.

III

Como ya se ha señalado, la LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas o expresamente autorizadas, 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 de la siguiente manera:

“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”.

El concepto de comunicación comercial, de acuerdo con la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, engloba todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Por otro lado, la LSSI en su Anexo a), define como Servicio de la Sociedad de la Información, *“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.*

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: (...)

4º El envío de comunicaciones comerciales (...).”.

Según el apartado d) del citado Anexo, destinatario es la *“persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”*

De lo anterior se deduce que, cuando la comunicación comercial no reúne los requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, pierde el carácter de comunicación comercial. En este sentido el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI señala dos supuestos, que no tendrán, a los efectos de esta Ley, la consideración de comunicación comercial. Por un lado, 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, y, por otro, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

IV

En el presente procedimiento ha quedado probado que, con fecha 23 de noviembre de 2018, el reclamado remitió al número de teléfono móvil *****TELEFONO.1** del reclamante un SMS publicitario sin mediar el consentimiento previo y expreso del destinatario para ello.

Así, el reclamado, durante la tramitación del procedimiento, no ha acreditado mediante ningún medio de prueba la existencia de autorización expresa o solicitud previa del reclamante que amparase la remisión de la comunicación comercial estudiada, y en la que VODAFONE promocionaba la contratación de sus servicios. En la misma línea, cuando el reclamante ejerció su derecho de acceso ante el reclamado, éste no le informó sobre el origen exacto de los datos de su titularidad obrantes en sus sistemas o sobre su procedencia, como tampoco le justificó que mediara la existencia de consentimiento previo y expreso por su parte a la remisión del citado mensaje, a pesar de que el reclamante así lo había solicitado al ejercitar dicho derecho.

El hecho de que con anterioridad a la realización de las campañas publicitarias el reclamado pueda comprobar si los números de teléfono destinatarios de las comunicaciones comerciales figuran, o no, incluidos en su lista Robinson interna o en la del Servicio de Adigital no le exime, en forma alguna, de cumplir la exigencia de contar con consentimiento previo y expreso de los destinatarios como condición indispensable para poder remitirles comunicaciones comerciales por medios de comunicación electrónica. Ello, excepción hecha de que se produzca el supuesto recogido en el párrafo primero del apartado segundo del artículo 21 de la LSSI, situación que, por otra parte, no se produce en este supuesto, ya que el reclamado no ha acreditado que en la fecha del envío del mensaje el reclamante mantuviera una relación contractual con esa compañía por haber adquirido productos similares a los promocionados en el SMS.

Por otra parte, la inclusión de un mecanismo de oposición sencillo y gratuito en la comunicación comercial, en este caso SMS, responde a lo exigido en el segundo párrafo del artículo 21.2 de la LSSI.

De lo razonado, se colige que el reclamado incumplió la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI, toda vez que envió un SMS comercial al teléfono móvil del reclamante, destinatario del citado mensaje, sin contar con el consentimiento previo y expreso de su destinatario, no cabiendo en este supuesto aplicar la excepción al consentimiento recogida en el artículo 21.2 de la LSSI al no mediar relación contractual previa entre remitente y destinatario del SMS de contenido comercial analizado.

V

El Título VII de la LSSI bajo la rúbrica “*Infracciones y sanciones*” contiene el régimen sancionador aplicable en caso de que se produzca alguna de las infracciones contenidas en el cuadro de infracciones que en el mismo se recoge.

En concreto, el artículo 37 especifica que “*los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos al régimen sancionador establecido en este Título cuando la presente Ley les sea de aplicación*”.

La definición de prestador del servicio se contiene en el apartado c) del Anexo de la citada norma que considera como tal la *“persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”*.

De acuerdo con lo establecido en los apartados 3.c) y 4.d) del artículo 38 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 su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio 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 artículo 21.1 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 su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario, en los términos que se indican en el también citado artículo 38.3.c), se producirá una infracción de carácter grave a los efectos de la LSSI.

A partir del conjunto de hechos y circunstancias constatadas en el procedimiento sancionador y con arreglo a lo dispuesto en los citados preceptos, la conclusión que se desprende es que la conculcación del artículo 21.1 de la LSSI que se imputa al reclamado se ajusta al tipo de infracción calificada como leve en el artículo 38.4.d) de la vigente LSSI, ya que el envío de un SMS de naturaleza comercial al teléfono móvil del reclamante sin contar con su consentimiento previo y expreso del mismo para ello no puede ser calificado como “envío insistente o sistemático” de comunicaciones comerciales no solicitadas por medios electrónicos por parte de la referida entidad.

VI

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 euros, 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, a la vista de las evidencias obrantes en el procedimiento sancionador, se considera que en este supuesto actúan como agravantes los criterios a) y c) del mencionado artículo. Así, el reclamado ha remitido al número de teléfono móvil del reclamante el SMS publicitario estudiado sin contar con autorización previa y expresa del mismo para el uso de dicho dato con fines de publicidad comercial, no habiendo acreditado tampoco el reclamado que con anterioridad a su envío haya mostrado la diligencia necesaria para cerciorarse de la existencia de dicho consentimiento por parte del destinatario, máxime cuando al reclamado, como entidad habituada en el ejercicio de su actividad a la remisión de este tipo de envíos le resulta exigible un especial cuidado en orden a dar cumplimiento a los requisitos recogidos en el artículo 21 de dicha norma.

En cuanto a la reincidencia, consta que con fechas 22 de marzo y 8 de abril de 2019 la Directora de la AEPD acordó sancionar al reclamado en los procedimientos sancionadores números **PS/00067/2019** y **PS/00044/2019** con multas de 3.300 € y 2.500 €, respectivamente, por la comisión de sendas infracciones de la misma naturaleza.

Paralelamente, se valoran como atenuantes los criterios d) y e) recogidos en el citado artículo 40 de la LSSI, ante la falta de constancia de que el reclamante haya sufrido perjuicios como consecuencia de la recepción del mencionado SMS comercial o de que el reclamado haya obtenido beneficios a raíz de la comisión de la infracción descrita

En relación con los criterios de graduación de las sanciones recogidos en los transcritos artículos 39 bis y 40 se considera adecuado proponer la imposición de una sanción de 2.500 € al reclamado.

Se acompaña como Anexo relación de documentos obrantes en el procedimiento.

A la vista de lo expuesto se procede a emitir la siguiente

PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

Que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** con NIF **A80907397**, con multa de 2.500 € (Dos mil quinientos euros) por la infracción del artículo 21.1 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI, conforme con lo establecido en los artículos 39.1.c) y 40 de la citada LSSI.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 85.2 de la LPACAP, se le informa de que podrá, en cualquier momento anterior a la resolución del presente

procedimiento, llevar a cabo el pago voluntario de la sanción propuesta, lo que supondrá una reducción de un 20% del importe de la misma. Con la aplicación de esta reducción, la sanción quedaría establecida en **2.000** euros y su pago implicará la terminación del procedimiento. La efectividad de esta reducción 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 la cantidad especificada anteriormente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 85.2 citado, deberá hacerla efectiva mediante su ingreso en la cuenta restringida nº ES00 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 procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento y la causa, por pago voluntario, de reducción del importe de la sanción. Asimismo, deberá enviar el justificante del ingreso a la Subdirección General de Inspección para proceder a cerrar el expediente.

En su virtud se le notifica cuanto antecede, y se le pone de manifiesto el procedimiento a fin de que en el plazo de DIEZ DÍAS pueda alegar cuanto considere en su defensa y presentar los documentos e informaciones que considere pertinentes, de acuerdo con el artículo 89.2 en relación con el art. 73.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

R.R.R.
INSPECTORA/INSTRUCTORA

ANEXO

Relación de documentos obrantes en el Procedimiento nº.: PS/00184/2019

Se notifica la relación de documentos obrantes en el procedimiento a fin de que pueda obtener las copias de los que estime convenientes, previa solicitud.

1. Reclamación presentada por D. **A.A.A.** en fecha 10/12/2018.
2. Traslado al reclamante de la reclamación y solicitud de información de fecha 19/12/2018, con justificante de su entrega.
3. Notificación al reclamante del traslado de la reclamación con fecha 19/12/2018, con justificante de su entrega.
4. Acuerdo de la Directora de la AEPD de admisión a trámite de la reclamación, de fecha 11 de marzo de 2019, con justificante de su entrega.
5. Acuerdo de apertura del procedimiento sancionador PS/00184/2019 y notificación del mismo.
6. Escritos de alegaciones al acuerdo de inicio presentados por el reclamado con fecha 27/05/2019.

>>

SEGUNDO: En fecha 9 de octubre de 2019, **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** ha procedido al pago de la sanción en la cuantía de **2000 euros** haciendo uso de la reducción prevista en la propuesta de resolución transcrita anteriormente.

TERCERO: El pago realizado conlleva la renuncia a cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción, en relación con los hechos a los que se refiere la propuesta de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del RGPD reconoce a cada autoridad de control, y según lo establecido en el art. 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para sancionar las infracciones que se cometan contra dicho Reglamento; 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/00184/2019**, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la LPACAP.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**.

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 según lo preceptuado por el art. 114.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos