

936-150719

Procedimiento N°: PS/00189/2019**RESOLUCIÓN R/00396/2019 DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR PAGO VOLUNTARIO**

En el procedimiento sancionador PS/00189/2019, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.**, y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 10 de mayo de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** (en adelante, el reclamado), mediante el Acuerdo que se transcribe:

<<

Procedimiento N°: PS/00189/2019

166-160419

ACUERDO DE INICIO DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad, VODAFONE ESPAÑA SAU, con NIF A80907397 (en adelante, "entidad reclamada"), en virtud de denuncia presentada por **D. A.A.A.** (en adelante, "el reclamante") y teniendo como base los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 03/01/19, tuvo entrada en esta Agencia escrito, presentado por el reclamante, en el que expone, entre otra, lo siguiente: *"Con el deseo de no recibir publicidad de Vodafone, y a tal efecto hace ya años que rellené el correspondiente formulario de su web, tal y como se muestra en el fichero adjunto "VodafoneFormulario". A pesar de esto, Vodafone me ha escrito mensajes publicitarios por SMS, en contra de mi voluntad durante varios años. El día 17/10/18 presenté una queja a través del perfil de Vodafone en Facebook. El chat no fue productivo, tal y como se muestra en el fichero adjunto "Facebook". El mismo día 17/10/18 envié un email a derechosprotecciondatos@vodafone.es. El contenido de mi email se encuentra en el fichero adjunto. El 15/11/18 recibí la correspondiente contestación de*

Vodafone, confirmando que han aplicado correctamente las restricciones de publicidad según mis deseos. Sin embargo, los SMS no han cesado. Pueden encontrar dos de estos mensajes publicitarios en el fichero adjunto "VFPubli". Tal y como se muestra en dicho fichero adjunto, uno de estos mensajes está fechado el 19/12/18, y el otro el viernes día 28/12/18. Ambos mensajes van encabezados con las palabras "VF Publi", abreviatura de "Vodafone Publicidad" y el contenido de ambos mensajes hacen alusión a promociones, sorteos, regalos, etc, no dejando margen para dudas del contenido publicitario de ambos mensajes". Se adjunta, entre otras, la siguiente documentación:

a) SMS enviado el 19/12/18 donde dice textualmente: "VF Publi: La nueva promo de Recárgate de Regalos ya está aquí. Tenemos nuevos premios: 2x1 en Cena y noches de hoteles, minutos, megas y saldo extra gratis, Entrenador online 1 mes, Dto. en Game, Dto. en MyEntrada, entradas de cine, y mucho mas! Descúbrelos en recargatederegalos.es"

b) SMS enviado el 28/12/18 donde dice textualmente: "VF Publi: Queda muy poco para el sorteo de los 10 Samsung Galaxy A8! Sigue haciendo uso de tu móvil y acumulando participaciones! Además, por llevar más de 1 año con nosotros, tus participaciones cuentan doble. A qué esperas? Mas info en: promomovilon.com".

SEGUNDO: A la vista de los hechos expuestos en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a realizar actuaciones para su esclarecimiento, al amparo de los poderes de investigación otorgados a las autoridades de control en el artículo 57.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD). Así, con fecha 16/01/19, se dirige un requerimiento informativo a la entidad reclamada.

TERCERO: Con fecha 29/03/19, la entidad reclamada, remite a esta Agencia, entre otras, la siguiente información: "Se adjunta como Documento número 1 copia de la carta que se le ha remitido a la dirección de correo electrónico que figura en su denuncia (ya que la dirección postal que añade está en Alemania) informándole de que las comunicaciones comerciales que alude en su denuncia, que son las únicas que ha recibido por parte de Vodafone, son comunicaciones que internamente consideramos con "delight" es decir como ventajas dadas a nuestros clientes por el mero hecho de serlo. Que no tienen un fondo comercial sino darles regalos o invitaciones a eventos por el hecho de ser cliente. Asimismo, le informamos de que

consta como cliente Robinson desde el mes de noviembre de 2018, como consecuencia de su petición.

Estas comunicaciones las hemos considerado como delight, porque su finalidad no es comercial, de venta o promoción de productos y servicios de Vodafone, sino informar a los clientes de una serie de regalos, por el hecho de ser cliente. Prueba de ello es que el reclamante no ha recibido ninguna oferta comercial relativa a nuestros servicios, sólo los mensajes delight. Hemos detectado el envío de los dos mensajes que adjunta en su denuncia. El primero de fecha 19/12/18, donde se le informa del programa Recárgate de Regalos, donde el cliente puede beneficiarse gratuitamente de regalos o invitaciones. Es un programa de fidelización. El segundo mensaje fue enviado el 28/12/18 y a través del mismo, se le informa de que por hacer uso de su móvil podrá recibir un móvil gratis. Asimismo, nos consta otro mensaje que te fue enviado en fecha 09/01/19, que es de carácter informativo, relativo a su servicio. Se adjunta un informe como Documento número 2, donde se aportan las pantallas con toda la información explicada en estas alegaciones. El reclamante fue marcado como cliente Robinson en el mes de noviembre de 2018 de acuerdo con su solicitud. Se adjunto registro de la interacción y el histórico donde consta la modificación de permisos.

CUARTO: A la vista de los hechos denunciados, de conformidad con las evidencias de que se dispone, la Inspección de Datos de esta Agencia Española de Protección de Datos considera que la actuación de la entidad reclamada no cumple las condiciones que impone la normativa en vigor, por lo que procede la apertura del presente procedimiento sancionador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

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

II

En el supuesto presente, el primer SMS enviado, (el 19/12/18), se refiere a la promoción “recárgate de regalos”, para cliente de prepago. En el mismo se indica una web: recargatederegatos.es, donde se puede encontrar la publicidad (“Pásate ya a contrato (...).”). Además, se accede a los premios con cada recarga publicitando, en esencia, los servicios prestados, “a más consumo, más premios”.

En el otro SMS, de fecha 28/12/18, en esencia se publicita el uso del móvil, en llamadas, SMS o uso de datos, obteniendo con ello más participaciones. La promoción se llama “Sorteo movilón” para clientes de prepago. En el mismo SMS se indica una web: promomovilon.com.

Así las cosas, los hechos expuestos, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, consistentes en el envío de una comunicación comercial no autorizada, vía SMS, al número de teléfono móvil del reclamante, podrían constituir infracción, por parte de la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., a lo dispuesto en el 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), 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 21.1 de la LSSI que se imputa al reclamado ha de calificarse como infracción leve, considerando el número de mensajes comerciales remitidos al denunciante.

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, tras las evidencias obtenidas , 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, ya que el SMS publicitario estudiado se ha remitido sin mediar la diligencia que le resulta exigible al reclamado para cerciorarse de la

existencia de autorización previa y expresa del destinatario para ello, 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.

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 de los mencionados SMS o de que el reclamado haya obtenido beneficios a raíz de la comisión de la infracción.

Con arreglo a dichos criterios, se estima adecuado imponer al reclamado una sanción de 10.000 euros (diez mil euros).

Por lo tanto, a tenor de lo anteriormente expuesto,

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

SE ACUERDA:

INICIAR: PROCEDIMIENTO SANCIONADOR a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., con NIF A80907397, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), por la presunta infracción del artículo 21.1 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI

NOMBRAR: instructor **a D. R.R.R. y**, como secretaria, **a D^a S.S.S.**, 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).

INCORPORAR: al expediente sancionador, a efectos probatorios, la reclamación interpuesta por el reclamante y su documentación, los documentos obtenidos y generados por la Subdirección General de Inspección de Datos durante la fase de investigaciones.

QUE: a los efectos previstos en el art. 64.2 b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la sanción que pudiera corresponder sería de multa de 10.000 (diez mil euros), sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

NOTIFICAR: el presente acuerdo a la entidad VODAFONE ESPAÑA SAU, otorgándole un plazo de audiencia de diez días hábiles para que formule las alegaciones y presente las pruebas que considere convenientes.

Si en el plazo estipulado no efectuara alegaciones a este acuerdo de inicio, el mismo podrá ser considerado propuesta de resolución, según lo establecido en el artículo 64.2.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la LPACAP, en caso de que la sanción a imponer fuese de multa, 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 2000 euros. Con la aplicación de esta reducción, la sanción quedaría establecida en 8000 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, lo que supondrá una reducción de un 20% del importe de la misma, equivalente en este caso a 2000 euros. Con la aplicación de esta reducción, la sanción quedaría establecida en 8000 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 6000 euros (seis mil 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.

Si se optara por proceder al pago voluntario de cualquiera de las cantidades señaladas anteriormente, deberá hacerlo efectivo mediante su ingreso en la cuenta 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 procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento y la causa de reducción del importe a la que se acoge.

Asimismo, deberá enviar el justificante del ingreso a la Subdirección General de Inspección para continuar con el procedimiento en concordancia con la cantidad ingresada.

El procedimiento tendrá una duración máxima de nueve meses a contar desde la fecha del acuerdo de inicio o, en su caso, del proyecto de acuerdo de inicio. Transcurrido ese plazo se producirá su caducidad y, en consecuencia, el archivo de actuaciones; de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la LOPDGDD.

Por último, se señala que 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 10 de junio de 2019, el reclamado ha procedido al pago de la sanción en la cuantía de **6000 euros** haciendo uso de las dos reducciones previstas en el Acuerdo de inicio transcrito anteriormente, lo que implica el reconocimiento de la responsabilidad.

TERCERO: El pago realizado, dentro del plazo concedido para formular alegaciones a la apertura del procedimiento, conlleva la renuncia a cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción y el reconocimiento de responsabilidad en relación con los hechos a los que se refiere el Acuerdo de Inicio.

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/00189/2019**, 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