



**Procedimiento N° PS/00133/2006**

**RESOLUCIÓN: R/00065/2007**

En el procedimiento sancionador **PS/00133/2006**, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO DEL OLIVAR Y EL ACEITE DE OLIVA**, vista la denuncia presentada por **D. A.M.G.**, y en base a los siguientes,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO:** Con fecha de 10/04/2006, tuvo entrada en esta Agencia un escrito presentado por D. A.M.G. (en lo sucesivo el denunciante) en el que denuncia que, en fecha 13/03/2006, ha recibido en el número de fax “#####A” un envío publicitario de la Fundación para el Desarrollo del Olivar y el Aceite de Oliva (en lo sucesivo la Fundación) sin que haya facilitado su consentimiento.

Acompaña copia del fax que le remitió la Fundación en el que se informa de diversos aspectos relacionados con el aceite de oliva y, en concreto, de “*Los productores de Aceite de Oliva de la provincia de ..... le ofrecemos directamente en su hogar la mayor selección de aceites vírgenes extra*” y, en el mismo, figura un cupón para la solicitud de una guía de Aceites. En la parte inferior del documento consta el texto “*Usted tiene derecho a acceder a la información recopilada en nuestro fichero así como a cancelarla o rectificarla en caso de ser errónea*”. También se informa de los números de teléfono, del nº de fax “#####B”, de la dirección de correo electrónico y de la página web de la Fundación.

**SEGUNDO:** En el marco de las actuaciones previas de investigación realizadas por la Inspección de Datos de esta Agencia, se constató que los datos del denunciante figuran en la guía on-line, “*Páginas Blancas*”, de clientes del servicio telefónico básico publicado por la compañía Telefónica de España, S.A.U., asociados a los números de línea “#####A” y #####A2.

**TERCERO:** Con fecha 19/07/2006, se giró visita de Inspección a la Fundación que confirmó que el fax que recibió el denunciante, se remitió, con fecha 13/03/2006, desde el



número de fax “#####B”. Asimismo manifestó que la información relativa al número de fax “#####A”, se obtuvo de la guía “YUCATOUR, GUIA PROFESIONAL DE VIAJES Y DE TURISMO”, de la edición de XXXX/XXXX, en cuya página 109 se publica dicho número asociado a “Área Iberia V”.

La Fundación manifestó que no tiene constancia de que el denunciante se haya dirigido a la misma para adquirir sus productos o solicitar información de los mismos. Tampoco tiene constancia de que hubiera otorgado su consentimiento para la remisión de publicidad o de que hubiera solicitado la cancelación de la información relativa al número de fax “#####A”.

**CUARTO:** Con fecha 04/09/2006, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la Fundación, por la presunta infracción del artículo 38.3.h) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo LGT). Por virtud de lo dispuesto en el artículo 54.r) de la citada LGT, dicha infracción se rige por el régimen sancionador previsto por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI), correspondiendo imponer las sanciones establecidas en los artículos 38.3.c) y 38.4.d) de esta norma, según se trate de infracciones graves o leves, respectivamente. Así, los hechos expuestos podrían suponer infracción del artículo 38.3.h) de la LGT, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI, pudiendo ser sancionada con multa de hasta 30.000 euros, de acuerdo con el artículo 39.1.c) de la misma LSSI.

**QUINTO:** Notificado el citado acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, la Fundación formuló alegaciones en las que adujo que el número de fax “#####A”, al que se remitió un fax el día 13/03/2006, se obtuvo de la guía “Yucatur, guía profesional de viajes y turismo”, que según dicha guía el citado número de fax correspondía a la empresa “Área Iberia V”, que la compañía telefónica asignó el citado número de fax al denunciante, sin que la Fundación tuviera constancia de ello, que el envío del fax al denunciante se produjo por error sin que la Fundación tuviera intención de remitírselo, y que la Fundación es una entidad privada sin ánimo de lucro.

**SEXTO:** En fecha 09/08/2006, se acordó por la instructora del procedimiento la apertura de un período de práctica de pruebas, cuyos resultados obran en el procedimiento.

**SÉPTIMO:** Concluido el período probatorio se inició el trámite de audiencia, en el que la Fundación no formuló alegaciones al respecto.



**OCTAVO:** Con fecha 08/01/2007, se formuló propuesta de resolución en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a la Fundación para el Desarrollo del Olivar y el Aceite de Oliva con multa de 1.000 € (mil euros) por la infracción del artículo 38.3.h) de la LGT, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI, de conformidad con lo establecido en el artículo 39.1.c) y 40 de la citada LSSI, dándose traslado para alegaciones, sin que éstas se hayan formulado en el plazo concedido a tal efecto.

### **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO:** En fecha 13/03/2006, la Fundación para el Desarrollo del Olivar y el Aceite de Oliva remitió al número de fax “#####A” un envío publicitario en el que se informa de diversos aspectos relacionados con el aceite de oliva y, en concreto, de “*Los productores de Aceite de Oliva de la provincia de ..... le ofrecemos directamente en su hogar la mayor selección de aceites vírgenes extra*” y, en el mismo, figura un cupón para la solicitud de una guía de Aceites. En la parte inferior del documento consta el texto “*Usted tiene derecho a acceder a la información recopilada en nuestro fichero así como a cancelarla o rectificarla en caso de ser errónea*”. También se informa de los números de teléfono, del nº de fax “#####B”, de la dirección de correo electrónico y de la página web de la Fundación (folio 2).

**SEGUNDO:** La Fundación para el Desarrollo del Olivar y el Aceite de Oliva obtuvo la información relativa al número de fax “#####A” de la guía “*YUCATOOUR, GUIA PROFESIONAL DE VIAJES Y DE TURISMO*”, de la edición de XXXX/XXXX, en cuya página 109 se publica dicho número asociado a “*Área Iberia V*” (folios 76 a 78).

**TERCERO:** Los datos de D. A.M.G. figuran en la guía on-line, “*Páginas Blancas*”, de clientes del servicio telefónico básico publicado por la compañía Telefónica de España, S.A.U., asociados a los números de línea “#####A” y #####A2 (folio 27).

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **I**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.b de la LGT, se atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer las sanciones



establecidas por la vulneración de los derechos reconocidos a los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas por el artículo 38.3.h) de la citada LGT.

## II

En el ámbito comunitario, el sistema de garantías en el tratamiento de datos personales en el sector de las telecomunicaciones se articula en torno a una disposición de naturaleza horizontal, como es la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y a una norma sectorial que, en este momento, es la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

La relación entre ellas aparece claramente delimitada en el artículo 1.2 de la Directiva 2002/58/CE, en el que se explicita su carácter sectorial y complementario al señalar que sus disposiciones *“especifican y completan la Directiva 95/46/CE”*.

Para el envío de mensajes de fax, en concreto, el Considerando (40) de la Directiva 2002/58/CE indica lo siguiente:

*“Deben ofrecerse garantías a los abonados contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, especialmente a través de llamadores automáticos, faxes y mensajes de correo electrónico, incluidos los SMS ... Se justifica, para este tipo de comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, la exigencia de obtener el consentimiento expreso previo de los receptores antes de que puedan dirigírseles comunicaciones de esta índole ...”*.

De acuerdo con lo expuesto, el artículo 13.1 de la Directiva citada establece:

*“Sólo se podrá autorizar la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo”*.

El contenido de las citadas Directivas se transpone a nuestro ordenamiento jurídico mediante la LGT, la LSSI y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal.



### III

El artículo 38.3.h) se recoge en el Título III, Capítulo III, de la LGT, dedicado al “*Secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas*”. Dicho artículo dispone:

*“En particular, los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos:...”*

*“h) A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.”*

Por su parte, el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, al servicio universal y la protección de los usuarios, dispone en su artículo 69.1:

*“Las llamadas no solicitadas por los abonados con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas de llamada automática, a través de servicios de comunicaciones electrónicas, sin intervención humana (aparatos de llamada automática) o facsímil (fax), sólo podrán realizarse a aquellos que hayan dado su consentimiento previo, expreso e informado.*

*El incumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior será sancionado de acuerdo con lo establecido en el artículo 38.3.c), o en el artículo 38.4.d) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.”*

### IV

En el presente caso, ha quedado acreditado que la Fundación remitió un fax con contenido comercial al denunciante. No consta que la Fundación hubiese obtenido el consentimiento previo, expreso e inequívoco del destinatario del fax que justificase el envío denunciado. Por lo tanto, se trata de la vulneración de uno de los derechos de los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas recogidos en el artículo 38.3.h) de la LGT, desarrollado en el artículo 69.1 del mencionado Real Decreto 424/2005.



Por otro lado, que el número de fax del denunciante hubiera sido obtenido de la guía “YUCATOUR, GUIA PROFESIONAL DE VIAJES Y DE TURISMO”, no exime de la obligación de obtener el consentimiento de los destinatarios para la remisión de envíos publicitarios vía fax.

La responsabilidad por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 38.3.h) puede atribuirse a cualquier persona física o jurídica, conforme a lo dispuesto en el artículo 51.c) de la LGT, según el cual “*la responsabilidad administrativa por las infracciones de las normas reguladoras de las telecomunicaciones será exigible...*”

*“c) En las cometidas por los usuarios o por otras personas que, sin estar comprendidas en los párrafos anteriores, realicen actividades reguladas en la normativa sobre telecomunicaciones, a la persona física o jurídica cuya actuación se halle tipificada por el precepto infringido o a la que las normas correspondientes atribuyen específicamente la responsabilidad”* (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

Este precepto permite declarar responsable de la infracción del artículo 38.3.h) de la LGT a la Fundación.

## V

Como ya se ha señalado, el artículo 38.3.h) de la LGT reconoce a los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas el derecho a no recibir mensajes de fax con fines de venta directa, sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.

La vulneración del derecho reconocido en este artículo se halla tipificada en los artículos 53.z) y 54.r), respectivamente, de la citada LGT. No obstante, los citados artículos establecen que la infracción que resulta de la vulneración del artículo 38.3.h) de la LGT se rige por el régimen sancionador previsto por la LSSI.

En el mismo sentido, el transcrito artículo 69.1 del citado Real Decreto 424/2005, establece que el régimen sancionador aplicable será el previsto en los artículos 38.3.c) o en el artículo 38.4.d) de la LSSI.

El artículo 38.3.c) de la LSSI dispone que es infracción grave: “*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.”*

El artículo 38.4.d) de la LSSI califica como infracción leve: *“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 este caso, el envío de la comunicación comercial no solicitada vía fax, en los términos indicados por el citado artículo 38.4.d) de la LSSI, se ha de calificar como infracción leve, al tratarse de un sólo envío, sin que el destinatario hubiera prestado su consentimiento expreso, previo e informado para ello.

## VI

A tenor de lo establecido en el artículo 39.1.c) de la LSSI, las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 30.000 € estableciéndose los criterios para su graduación en el artículo 40 de la misma norma:

*“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”.*

En base a estos criterios y, en concreto, a la ausencia de reincidencia acreditada en el presente procedimiento, procede imponer una sanción de 1.000 €

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**



**PRIMERO: IMPONER** a la **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO DEL OLIVAR Y EL ACEITE DE OLIVA**, por una infracción del artículo 38.3.h) de la LGT, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI, una multa de 1.000 € (mil euros), de conformidad con lo establecido en el artículo 39.1.c) y 40 de la citada LSSI.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución a la **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO DEL OLIVAR Y EL ACEITE DE OLIVA**, (C/.....), y a **D. A.M.G.**, (C/.....).

**TERCERO:** Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva 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 0000 0000 00 0000000000 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación 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 recibe la notificación 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 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.

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.



Madrid, 21 de febrero de 2007

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA  
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: José Luis Piñar Mañas