

968-150719

- **Procedimiento N°: PS/00009/2020**

RESOLUCIÓN R/00348/2020 DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR PAGO VOLUNTARIO

En el procedimiento sancionador PS/00009/2020, 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 18 de febrero de 2020, 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 29 de junio de 2020 se emitió la propuesta de resolución que a continuación se transcribe:

<<

Procedimiento n°.: PS/00009/2020

821-200320

Del procedimiento instruido por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO: Dña. **A.A.A.** (en adelante, la reclamante) con fecha 25 de febrero de 2019 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra Vodafone España, S.A.U., con NIF A80907397 (en adelante, la reclamada).

Los motivos en que se basa su reclamación son que recibió un mensaje de Vodafone España, S.A.U. (en adelante, Vodafone) dándole las gracias por una compra que no reconoce, realizada en una tienda física de la que fue cliente.

Así las cosas, comprueba a través de la aplicación para dispositivos móviles de Vodafone que se realizó una portabilidad contratada a su nombre y con sus datos bancarios.

Pues bien, en la tienda solicita el contrato que supuestamente ha firmado, pero se lo niegan y reconocen que es una práctica habitual que ellos realizan: compran tarjetas de Lycamobile de prepago y realizan portabilidades a clientes de su tienda. En cuanto tiene conocimiento de estos hechos dan de baja la línea portada.

Por otra parte, señala que los hechos tuvieron lugar el 22 de febrero de 2019.

Y, entre otra, aporta la siguiente documentación:

- Contrato de servicio Vodafone por portabilidad del número *****TELÉFONO.1** procedente de Lycamobile.
- Copia de la hoja de reclamaciones rellena por la reclamante en la que reclama que (i) se ha suplantado su identidad, (ii) se han tratado sus datos personales y bancarios a su conveniencia y (iii) han realizado un contrato a su nombre sin su consentimiento.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante y de los hechos y documentos de los que ha tenido conocimiento esta Agencia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, en virtud 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), y de conformidad con lo establecido en el Título VII, Capítulo I, Sección segunda, 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).

Como resultado de las actuaciones de investigación practicadas, se constata que el responsable del tratamiento es la reclamada.

Asimismo, se constatan los siguientes extremos:

Los antecedentes que constan son los siguientes:

- Realizado requerimiento de información a Vodafone sobre las contrataciones de portabilidades sin firmar y sobre el número de teléfono portado, con fecha de 11 de noviembre de 2019 se recibe en esta Agencia, con número de registro 054686/2019, escrito remitido por la operadora manifestando que las portabilidades se formalizan mediante contrato firmado por el cliente de forma que el modelo de contrato incluye los campos de firma necesarios para que el cliente anterior autorice el cambio de titular y el nuevo cliente autorice la portabilidad. El contrato puede firmarse de forma digital o manual:
 - Cuando se elige la opción de firma digital el contrato firmado por el cliente vuelca directamente en "Docuweb". El sistema no debería avanzar si falta alguna de las 2 firmas en las casillas de portabilidad y cambio.
 - Cuando se elige la opción de firma manual, la orden avanza en todo caso y la tienda está obligada a guardar una copia original de contrato firmado por el cliente y a enviar esta copia a "Docout" para su custodia. "Docout" revisa si el contrato llega a su oficina y nos informa en caso contrario.

En cuanto al número portado, informan de que estuvo dado de alta desde el 26 de febrero de 2019 hasta el 28 de febrero de 2019 fecha en la que se tramitó la baja definitiva.

TERCERO: Con fecha 18 de febrero de 2020, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la entidad reclamada, en virtud de los poderes establecidos en el artículo 58.2 del RGPD y en los artículos 47, 64.2 y 68.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), por la infracción del artículo 6.1 del RGPD tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD.

CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio, la entidad reclamada, mediante escrito de fecha 19 de marzo de 2020, formuló, en síntesis, las siguientes alegaciones:

“Cabe destacar, en primer lugar, que el supuesto de hecho ante el que nos encontramos y que afecta a Vodafone es la portabilidad de la línea no reconocida del reclamante que se gestionó por la modalidad de agencia de Vodafone. En este sentido, se aporta como documento número 3 el contrato suscrito, en el cual se observan los datos personales de la reclamante. En este sentido, y de cara al volcado de datos en el sistema de Vodafone la contratación tenía apariencia de consentida, querida y real al disponer de toda la información actualizada y veraz por lo que era imposible conocer la realidad de los hechos -uno no consentido de los datos junto con la actuación ilícita del comercial- que, de haberlos conocido, no hubiera gestionado la portabilidad.

Vodafone rechaza este tipo de comportamientos respecto a los que tiene tolerancia cero. Muestra de ello es el propio contrato firmado entre Vodafone y Oliveros Reus el cual aportamos como Documento 4.

Asimismo, los incumplimientos de todos estos comportamientos llevan aparejadas una serie de sanciones al agente que vienen recogidas en la Cláusula 4 Penalizaciones del Anexo I del contrato que se adjunta como Documento 5.

Es evidente que, en el caso que nos ocupa, también ha sido víctima de las acciones ilícitas por parte de esta agencia, no pudiendo serle achacada intencionalidad alguna, ni tampoco falta de diligencia, porque existe un contrato entre la agencia y Vodafone que regula la relación entre las partes y establece las obligaciones y pautas a seguir para realizar la actividad comercial que no se ha cumplido.

En relación con estos hechos quiere reiterar, por tanto, la falta de intencionalidad infractora que rige los actos objeto de este procedimiento.

Por todo ello, lo procedente es acordar el sobreseimiento del presente expediente y el archivo de las actuaciones, ya que los hechos se han producido sin intencionalidad alguna. Subsidiariamente, la cuantía de la sanción debe moderarse, imponiéndose en su cuantía mínima, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias recogidas en el art. 83.2 del RGPD”.

QUINTO: Con fecha 1 de junio de 2020, se inició el período de práctica de pruebas, acordándose: 1. Dar por reproducidos a efectos probatorios la denuncia interpuesta por la reclamante y su documentación, los documentos obtenidos y generados que forman parte del expediente y 2. Dar por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio del PS/00009/2020, presentadas por la entidad denunciada.

SEXTO: De la información y documentación aportada por las partes en este procedimiento, se acreditan de los siguientes hechos:

HECHOS PROBADOS

1º La reclamante manifiesta que, en fecha 25 de febrero de 2019, recibió una notificación mediante SMS de la reclamada, en relación con el alta de una línea que no reconocía y que procedió a comprobar a través de la aplicación móvil de Mi Vodafone, donde vio que efectivamente, se había realizado una portabilidad a su nombre utilizando además sus datos bancarios.

2º Debido a lo anterior, y al disponer de la información en la aplicación de Mi Vodafone, acudió a la tienda donde solicitó el contrato que supuestamente ha firmado, pero se lo niegan y reconocen que es una práctica habitual que ellos realizan: compran tarjetas de Lycamobile de prepago y realizan portabilidades a clientes de su tienda. En cuanto tiene conocimiento de estos hechos dan de baja la línea portada.

3º Obra en el expediente copia del contrato de servicio Vodafone por portabilidad del número *****TELÉFONO.1** procedente de Lycamobile.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 58.2 del RGPD y en los arts. 47 y 48.1 de la LOPDGDD

II

Se imputa al reclamado la comisión de una infracción por vulneración del Artículo 6 del RGPD, "*Licitud del tratamiento*", que señala en su apartado 1 los supuestos en los que el tratamiento de datos de terceros es considerado lícito:

"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;

b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;

(...)"

La infracción se tipifica en el Artículo 83.5 del RGPD, que considera como tal:

“5. Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20.000.000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4% como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:

a) Los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5,6,7 y 9.”

La Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) en su artículo 72, bajo la rúbrica “Infracciones consideradas muy graves” dispone:

“1. En función de lo que establece el artículo 83.5 del Reglamento (U.E.) 2016/679 se consideran muy graves y prescribirán a los tres años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquél y, en particular, las siguientes:

(...)

b) El tratamiento de datos personales sin que concurra alguna de las condiciones de licitud del tratamiento establecidas en el artículo 6 del Reglamento (UE)2016/679.”

III

La documentación que obra en el expediente ofrece evidencias de que la reclamada, vulneró el artículo 6.1 del RGPD, toda vez que realizó el tratamiento de los datos personales de la reclamante sin que tuviese ninguna legitimación para ello. Los datos personales de la reclamante fueron incorporados a los sistemas de información de la compañía, sin que haya acreditado que hubiese contratado legítimamente, dispusiera de su consentimiento para la recogida y el tratamiento posterior de sus datos personales, o existiese alguna otra causa que hiciese lícito el tratamiento efectuado.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en supuestos como el que aquí se plantea, ha considerado que cuando el titular de los datos niega la contratación corresponde la carga de la prueba a quien afirma su existencia debiendo el responsable del tratamiento de datos de terceros recabar y conservar la documentación necesaria para acreditar el consentimiento del titular. Citamos, por todas, la SAN de 31/05/2006 (Rec. 539/2004), Fundamento de Derecho Cuarto.

Por otra parte, existe evidencia, en el contrato que aporta la reclamante, de que se realizó el contrato de portabilidad en la tienda física de la reclamada y de que el contrato está sin firmas.

Aunque la compañía manifiesta que no se produce la portabilidad si falta alguna de las firmas, el contrato obtenido por la reclamante a través de la aplicación para móviles de Vodafone contiene todos los espacios destinados a las firmas de los titulares en blanco.

Sin embargo, y esto es lo esencial, la reclamada no acredita la legitimación para el tratamiento de los datos de la reclamante.

El respeto al principio de licitud que está en la esencia del derecho fundamental de protección de datos de carácter personal exige que conste acreditado que la responsable del tratamiento desplegó la diligencia imprescindible para acreditar ese extremo. De no actuar así -y de no exigirlo así esta Agencia, a quien le incumbe velar por el cumplimiento de la normativa reguladora del derecho de protección de datos de carácter personal- el resultado sería vaciar de contenido el principio de licitud.

IV

A tenor de lo dispuesto por el RGPD en su art. 83.1 y 83.2, al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrán en cuenta los factores agravantes y atenuantes que se relacionan en el artículo señalado, así como cualquier otro que pueda resultar aplicable a las circunstancias del caso.

“Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 9 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.”

“Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:

- a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;*
- b) la intencionalidad o negligencia en la infracción;*
- c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados;*
- d) el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32;*
- e) toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento;*
- f) el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción;*
- g) las categorías de los datos de carácter personal afectados por la infracción;*

h) la forma en que la autoridad de control tuvo conocimiento de la infracción, en particular si el responsable o el encargado notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida;

i) cuando las medidas indicadas en el artículo 58, apartado 2, hayan sido ordenadas previamente contra el responsable o el encargado de que se trate en relación con el mismo asunto, el cumplimiento de dichas medidas;

j) la adhesión a códigos de conducta en virtud del artículo 40 o a mecanismos de certificación aprobados con arreglo al artículo 42, y

k) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción.”

Respecto al apartado k) del artículo 83.2 del RGPD, la LOPDGDD, artículo 76, “Sanciones y medidas correctivas”, dispone:

“2. De acuerdo a lo previsto en el artículo 83.2.k) del Reglamento (UE) 2016/679 también podrán tenerse en cuenta:

a) El carácter continuado de la infracción.

b) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales.

c) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

d) La posibilidad de que la conducta del afectado hubiera podido inducir a la comisión de la infracción.

e) La existencia de un proceso de fusión por absorción posterior a la comisión de la infracción, que no puede imputarse a la entidad absorbente.

f) La afectación a los derechos de los menores.

g) Disponer, cuando no fuere obligatorio, de un delegado de protección de datos.

h) El sometimiento por parte del responsable o encargado, con carácter voluntario, a mecanismos de resolución alternativa de conflictos, en aquellos supuestos en los que existan controversias entre aquellos y cualquier interesado.”

De acuerdo con los preceptos transcritos, a efectos de fijar el importe de la sanción de multa a imponer en el presente caso por la infracción tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD de la que se responsabiliza a la reclamada, se estiman concurrentes los siguientes factores:

Como criterios agravantes:

La intencionalidad o negligencia en la infracción (artículo 83.2 b).

Se encuentran afectados identificadores personales básicos (nombre, apellidos, domicilio) (artículo 83.2 g).

El balance de las circunstancias contempladas en el artículo 83.2 del RGPD, con respecto a la infracción cometida al vulnerar lo establecido en su artículo 6 permite fijar una sanción de 60.000 euros (sesenta mil euros), tipificada como “muy grave”, a efectos de prescripción de la misma, en el artículo 72.1.b) de la LOPDGDD.

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, por una infracción del Artículo 6 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD, una multa de 60.000,00 € (SESENTA MIL euros).

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 48.000,00 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 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 LPACAP).

B.B.B.

INSPECTOR/INSTRUCTOR

Índice del Expediente PS/00009/2020

25-02-2019 Reclamación de **A.A.A.**

19-08-2019 Admisión a trámite a **A.A.A.**

23-09-2019 Solicitud de Información a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.

18-11-2019 Alegaciones de **C.C.C.**

16-01-2020 Informe de actuaciones previas.

19-02-2020 A. apertura a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.

19-02-2020 Información Reclamante a **A.A.A.**

19-03-2020 Alegaciones de **C.C.C.**

01-06-2020 Notificación periodo de pruebas a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.

>>

SEGUNDO: En fecha 16 de julio de 2020, **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** ha procedido al pago de la sanción en la cuantía de **48.000 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/00009/2020**, 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