

**Procedimiento N°: PS/00270/2019**

938-051119

**RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**

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

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO:** D. **A.A.A.** (en adelante, el reclamante) con fecha 23 de marzo de 2019 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos contra Vodafone España, S.A.U. con NIF A80907397 (en adelante, el reclamado), en su escrito, manifiesta que es titular de varias líneas de teléfono contratadas con el reclamado.

Por otro lado, recibió un correo electrónico del operador de telefonía por una compra que había realizado. No obstante, al consultar su área personal comprobó que se había formalizado el 10 de marzo de 2019, un contrato de portabilidad, cuyo titular era un tercero, sin su conocimiento, ni firma, ni consentimiento. En dicho contrato figuraban sus datos como nuevo titular.

Añade que personado en el comercio del reclamado del centro comercial Bahía Sur, el día 12 del mismo mes y año procedieron a su anulación.

El reclamante aporta copia de la denuncia interpuesta ante la Comisaría de Policía de San Fernando (Cádiz) de fecha 12 de marzo de 2019, hoja de reclamaciones y contrato fraudulento.

**SEGUNDO:** A la vista de los hechos denunciados en la reclamación y de los documentos aportados por la reclamante, 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 el reclamado.

Asimismo, se constatan los siguientes extremos:

Esta Agencia dio traslado de la presente reclamación al reclamado por medios electrónicos, concediéndole un plazo de un mes para su contestación y consta como



fecha de aceptación por dicha operadora el 13 de mayo de 2019. Transcurrido dicho plazo no ha contestado el requerimiento de este organismo.

Por este motivo se procede a la admisión a trámite de esta reclamación por contratación fraudulenta sin que la entidad haya dado respuesta a la Agencia Española de Protección de Datos.

TERCERO: Con fecha 25 de septiembre de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador al reclamado, 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 6 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD.

CUARTO: Notificado el citado acuerdo de inicio, el reclamado presentó escrito de alegaciones en el que, en síntesis, manifestaba *“que el reclamante denuncia que Vodafone había permitido la realización de un contrato de portabilidad a su nombre de una línea telefónica cuyo titular era un tercero, sin su conocimiento ni consentimiento. En el nuevo contrato figuraban sus datos de carácter personal como nuevo titular de la línea.*

*Vodafone, en primer lugar, quiere manifestar que tras la recepción del requerimiento de información E/03915/2019, Vodafone analizó la reclamación y comprobó que la misma había sido resuelta dos días después de la solicitud de alta que tuvo lugar el 10 de marzo de 2019, a pesar de no haber dado contestación al citado requerimiento de información dentro del plazo conferido para ello.*

*Entendemos que estos hechos se han producido por un error en la gestión del alta producido en la tienda. Error que fue inmediatamente corregido. En ningún caso se ocasionaron por un alta fraudulenta derivada de una suplantación de identidad.*

*En este sentido, es relevante resaltar la derogación del artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Su sustitución por el artículo 28.1 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público elimina la mención a la “simple inobservancia” haciendo prevalecer la regla “nullum poena sine culpa”.*

*Lo anterior, no viene sino a poner de manifiesto la falta de cabida de la responsabilidad sin culpa, principio que rige o ha de regir en el ámbito administrativo sancionador, pues en la medida que es manifestación de “ius puniendi” del Estado, resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico un régimen de responsabilidad sin culpa.*

*En este sentido, indica Sentencia del Tribunal Constitucional número 219/1988, y ello por resultar inadmisibles un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa como igualmente viene a señalar la Sentencia 246/1991. No podrá ser sancionada mi representada por infracción del artículo 6.1. del RGPD, sin que se haga referencia al elemento subjetivo del tipo, no demostrándose ni dolo, ni culpa, ni negligencia.*

*Adicionalmente, teniendo en cuenta la especial naturaleza del Derecho sancionador que determina la imposibilidad de imponer sanciones sin tener en cuenta la voluntad del sujeto actor o los factores que hayan podido determinar el incumplimiento de una*

*obligación legal, esta parte mantiene la improcedencia de la imposición de sanción alguna.*

*Así, el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de diciembre de 1998 (RJ1998/10226) (Recurso de Apelación 9074/1991), 27 enero 1996 (RJ 1996\926) (Recurso de Apelación 640/1992) y 20 enero 1997 (RJ 1997\257) (Recurso de Apelación 2689/1992)". También señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de julio de 1990, Ar. 6163,*

*Pues bien, como puede apreciarse, en la conducta descrita no concurre intencionalidad alguna, ni a título de dolo, ni a título de culpa. Por consiguiente, no existiendo culpabilidad alguna, resulta de todo punto improcedente imponer sanción alguna a mi representada, en cuanto falta uno de los requisitos esenciales del Derecho Administrativo sancionador.*

*Por todo ello, ni representada entiende que lo procedente es que la AEPD acuerde el sobreseimiento del presente expediente y el archivo de las actuaciones ya que los hechos se han producido sin intencionalidad alguna por parte de mi representada y parece que debido a algún tipo de error. Subsidiariamente y para el caso de que a pesar de las explicaciones anteriormente facilitadas, la Agencia entendiera que mi representada es merecedora de una sanción por la comisión de una infracción del art. 6.1. del RGPD, la cuantía de dicha sanción deberá moderarse, imponiéndose en su cuantía mínima, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias recogidas en el art. 83.2 del RGPD:*

*Se solicita, por tanto, acordar: El sobreseimiento del expediente, con el consiguiente archivo de las actuaciones. Subsidiariamente y para el caso de que a pesar de las explicaciones anteriormente facilitadas, la Agencia entendiera que mi representada es merecedora de una sanción por la comisión de una infracción del artículo 6.1 del RGPD, la cuantía de dicha sanción deberá moderarse, imponiéndose en su cuantía mínima".*

QUINTO: Con fecha 25 de octubre de 2019, se inició el período de práctica de pruebas, acordándose: a).- dar por reproducidos a efectos probatorios la reclamación interpuesta por el reclamante y su documentación, los documentos obtenidos y generados que forman parte del expediente E/03915/2019 y b).- dar por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio del PS/00270/2019, presentadas por la entidad denunciada.

SEXTO: Con fecha 29 de noviembre de 2019, se dictó y se notificó el diciembre del mismo año a Vodafone la Propuesta de Resolución, por presunta infracción del artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5 del RGPD, proponiéndose una multa de 75.000€.

Vodafone presentó alegaciones a la Propuesta de Resolución, manifestando que se reitera en las alegaciones ya realizadas al Acuerdo de Inicio.

## HECHOS PROBADOS

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

1º Con fecha 23 de marzo de 2019, el reclamante interpone reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos, manifestando que el reclamado había formalizado un contrato de portabilidad el 10 de marzo de 2019, a su nombre de una línea telefónica cuyo titular era un tercero, sin su conocimiento, ni consentimiento. En el nuevo contrato figuraban sus datos de carácter personal como nuevo titular de la línea.

2º La Agencia Española de Protección de Datos dio traslado de la presente reclamación al reclamado por medios electrónicos, concediéndole un plazo de un mes para su contestación y consta como fecha de aceptación por dicha operadora el 13 de mayo de 2019. Transcurrido dicho plazo no contestó el citado requerimiento.

3º El reclamante presentó denuncia ante la Comisaría de Policía de San Fernando (Cádiz) el 12 de marzo de 2019, hoja de reclamaciones ante la Junta de Andalucía y contrato fraudulento.

4º Con fecha 9 de octubre de 2019, el reclamado reconoce no haber contestado al requerimiento de información, y que con fecha 12 de marzo de 2019, dos días después dicha línea fue dada de baja.

## 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 LOPDGD), la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para resolver este procedimiento.

### 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:*

- 1. 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 obrante en el expediente ofrece indicios evidentes de que el reclamado vulneró el artículo 6 del RGPD, puesto que la citada entidad trató de manera ilícita los datos personales del reclamante, al no constar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, materializado en que al consultar su área personal comprobó que se había formalizado el 10 de marzo de 2019, un contrato de portabilidad, cuyo titular era un tercero, sin su conocimiento, ni consentimiento. En dicho contrato figuraban sus datos como nuevo titular y los datos del tercero (nombre, DNI y teléfono de contacto), había solicitado una portabilidad como cambio de titularidad desde su antigua compañía Orange hacia la cuenta que posee el reclamante en Vodafone.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en supuestos similares ha considerado que cuando el titular de los datos niega el consentimiento 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. Así, la SAN de 31/05/2006 (Rec. 539/2004), Fundamento de Derecho Cuarto.

El reclamante aportó entre otros documentos denuncia ante la Comisaría de Policía de San Fernando (Cádiz) de fecha 12 de marzo de 2019, hoja de reclamaciones ante la Junta de Andalucía y contrato fraudulento.

Por otra parte, hay que señalar que el reclamado reconoce no haber contestado al requerimiento de información de esta Agencia.

En definitiva, hay que señalar que el respeto al principio de licitud de los datos exige que conste acreditado que el titular de los datos consintió en el tratamiento de los datos de carácter personal y desplegar una razonable diligencia imprescindible para acreditar ese extremo. De no actuar así el resultado sería vaciar de contenido el principio de licitud.

### III

A fin de determinar la multa administrativa que procede imponer se han de observar las previsiones de los artículos 83.1 y 83.2 del RGPD, preceptos que señalan:

*“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 al reclamado, se estiman concurrentes los siguientes factores:

- La intencionalidad o negligencia en la infracción. En el presente caso estamos ante acción negligente no intencional (apartado b).
- El responsable del tratamiento de los datos NO ha tomado, que se sepa, ninguna medida para paliar los perjuicios sufridos por los interesados (apartado c).
- El responsable del tratamiento de los datos NO ha ejercido, hasta el momento, ninguna cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción (apartado f).
- Las categorías de los datos de carácter personal afectados por la infracción, Los datos tratados en este caso, son de marcado carácter personal y por tanto identificadores de personas (apartado g).
- La forma en que la autoridad de control ha tenido conocimiento de la infracción. En este caso, a través de denuncia presentada por el reclamante, (apartado h).

De acuerdo con los preceptos indicados, y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción del procedimiento, a efectos de fijar el importe de la sanción a imponer en

el presente caso, se considera que procede graduar la sanción a imponer de acuerdo con los siguientes criterios que establece el artículo 76.2 de la LOPDGDD:

- La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales, (apartado b).

- 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 6.1 del RGPD permite fijar una sanción de 75.000 euros (sesenta y cinco mil euros), considerada como “muy grave”, a efectos de prescripción de la misma, en el 72.1.a de la LOPDGDD.

## V

Por lo tanto, de acuerdo con la legislación aplicable y valorados los criterios de graduación de las sanciones cuya existencia ha quedado acreditada,

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

**PRIMERO:** IMPONER 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 75.000,00 € (euros).

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

**TERCERO:** Advertir al sancionado que deberá hacer efectiva la sanción impuesta una vez que la presente resolución sea ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), en el plazo de pago voluntario establecido en el art. 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, indicando el NIF del sancionado y el número de procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento, 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. En caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDPGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDPGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la LPACAP, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a



contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

Mar España Martí  
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos