

824-150719

- **Procedimiento N° PS/00429/2019**

RESOLUCIÓN: R/00113/2020

En el procedimiento sancionador PS/00429/2019, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.**, y en base a los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: D. **A.A.A.** (en adelante, el reclamante) con fecha 21 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).

El reclamante manifiesta que contrató los servicios de telefonía con la entidad reclamada como un alta nueva.

Posteriormente, recibe una serie de mensajes de texto comunicándole el alta en otra operadora e informándole que su pedido está en curso.

Así las cosas, tras realizar las averiguaciones pertinentes el reclamante descubre que una trabajadora de la tienda de Vodafone se hizo pasar por él dándose de alta en otra compañía y así realizar la portabilidad aportando DNI y sus datos sin consentimiento y falsificando su firma.

Y, entre otra, aporta la siguiente documentación:

- Captura de pantalla de los mensajes de texto recibidos.
- Copia de albarán de entrega de 1 bulto en la dirección *****DIRECCION.1** donde figura como destinatario del envío **A.A.A.** y como remitente figura INTERBOX (LLAMAYA). El albarán figura firmado por **A.A.A.**.

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 10 de abril de 2019, se da traslado de la denuncia a la parte reclamada en las actuaciones con referencia E/04041/2019. La notificación figura entregada con fecha 15 de abril de 2019. No se recibe contestación

Pues bien, el 17 de septiembre de este año se vuelve a remitir requerimiento de información a la parte reclamada, en las actuaciones con referencia E/07681/2019. La

notificación consta entregada el día 18 del mismo mes y año, no habiéndose recibido contestación en esta Agencia.

TERCERO: Con fecha 3 de diciembre de 2019, 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 26 de diciembre de 2019, 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 parte de la portabilidad de la línea no reconocida del reclamante que se gestionó por el canal de televenta. En este sentido, se aporta como documento número 1 la grabación de dicha contratación que, a todas luces, demuestra que para mí representada la contratación era correcta y tenía apariencia de cierta y consentida por el titular.

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.

De nuevo, nos retractamos en que entiende mi representada que estamos ante la falta de cabida de la responsabilidad sin culpa, principio que rige o ha de regir en el ámbito administrativo sancionador.

Ha quedado demostrado que Vodafone no podía tener conocimiento del uso indebido por parte de la empleada de los datos del reclamante, además del hecho de que existe la grabación que demuestra que hubo una contratación que superó los requisitos de seguridad establecidos para el canal de televenta. Por tanto, para Vodafone, insistimos, esta contratación tenía apariencia legítima y contaba con el consentimiento del titular. Muestra de la diligencia y falta de dolo es el hecho de que mi representada en el mismo momento en que tuvo conocimiento de la situación, calificó el alta como fraude y dio de baja el servicio.

Por todo ello, acordar: El sobreseimiento del expediente, con el consiguiente archivo de las actuaciones. Subsidiariamente, imponer a mi representada una sanción habiendo tenido en cuenta la AEPD para la determinación de su importe, los atenuantes aludidos”.

QUINTO: Con fecha 10 de enero 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/00429/2019, presentadas por la entidad denunciada.

SEXTO: Con fecha 4 de febrero de 2020, se dictó y se notificó el día 6 del mismo mes y año a Vodafone la Propuesta de Resolución, por presunta infracción del artículo 6 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5 del RGPD, proponiéndose una multa de 60.000€.

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

HECHOS PROBADOS

1º El 21 de febrero de 2019, el reclamante manifiesta que contrató los servicios de telefonía con la entidad reclamada como un alta nueva.

Posteriormente, recibe una serie de mensajes de texto comunicándole el alta en otra operadora e informándole que su pedido está en curso.

2º La reclamante aporta captura de pantalla de los mensajes de texto recibidos y copia de albarán de entrega de un paquete en la dirección *****DIRECCION.1** donde figura como destinatario del envío **A.A.A.** y como remitente figura INTERBOX (LLAMAYA). El albarán figura firmado por **A.A.A.**.

3º Consta que el 10 de abril de 2019, se dio traslado de la denuncia a la parte reclamada en las actuaciones con referencia E/04041/2019. La notificación figura entregada con fecha 15 de abril de 2019. No se recibe contestación

4º El 17 de septiembre de este año se vuelve a remitir requerimiento de información a la parte reclamada, en las actuaciones con referencia E/07681/2019. La notificación consta entregada el día 18 del mismo mes y año, no habiéndose recibido contestación en esta Agencia.

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 resolver este procedimiento.

II

Se imputa a la reclamada 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 se produjo un fraude en la contratación, así como en la solicitud del pedido que se hizo en nombre del reclamante sin su consentimiento.

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.

Sin embargo, y esto es lo esencial, la reclamada no ha acreditado que el titular de los datos personales objeto de tratamiento prestara el consentimiento a la celebración de un contrato con la entidad reclamada. No cumplió la obligación inexcusable que le impone la normativa de protección de datos de acreditar que recabó y obtuvo el consentimiento del titular de los datos para su tratamiento.

La reclamada no acreditó que el afectado otorgara su consentimiento, ni aportó documento o elemento probatorio alguno que lo evidencie, y no desplegó la diligencia mínima exigible para verificar que efectivamente su interlocutor era quien afirmaba ser.

El respeto al principio de licitud, antes principio del consentimiento, que está en la

esencia del derecho fundamental de protección de datos de carácter personal, exige que conste acreditado que el titular de los datos consintió o, al menos, 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 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:

Como criterios agravantes:

- La naturaleza, gravedad y duración de la infracción, (apartado a).
- La intencionalidad o negligencia en la infracción (apartado b).
- Por otras infracciones anteriores cometidas por el responsable o el encargado del tratamiento (apartado e).
- Se encuentran afectados identificadores personales básicos (nombre, apellidos, domicilio) (apartado 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.

V

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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 60.000,00 € (sesenta mil euros).

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.. con NIF A80907397.

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, 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