



Procedimiento nº.: PS/00202/2018

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00862/2018

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad XFERA MÓVILES, S.A., contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00202/2018 y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 19/11/2018 se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00202/2018, en virtud de la cual se impuso a XFERA MÓVILES, S.A., con NIF A82528548, una sanción de 50.000 € (cincuenta mil euros), por vulneración de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.b) LOPD, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 21/11/2018, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD).

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00202/2018, se dejó constancia de los siguientes en la resolución impugnada:

*<<PRIMERO: A.A.A., con DNI *****NIF.1**, y domicilio en *****LOCALIDAD.1**, calle *****DIRECCION.1** denuncia que MÁS MÓVIL (XFERA MÓVILES) ha dado de alta a su nombre y sin su consentimiento, en fecha 19/11/2017, un pack telefónico formado por dos líneas móviles, una fija y fibra óptica. Afirma que es cliente de la operadora y reconoce como suya la línea *****TELEFONO.1**. (Folio 2)*

SEGUNDO: La denunciante aporta copia del contrato relativo a las tres líneas que no reconoce como suyas y que le fue facilitado por la denunciada a su solicitud: el "Contrato de Servicios Combinados MÁSMOVIL particulares", número MMC 17-11197553116. Declara que, de los datos personales que constan en ese documento, sólo coinciden con los suyos el NIF, nombre y dos apellidos.

El documento tiene estas características:

Es de fecha 19/11/2017 y no se encuentra firmado por la titular.

El apartado 1, "Datos del canal de contratación", está en blanco.

*El apartado 2, "Datos personales del cliente", incluye el nombre, apellidos y NIF de la denunciante. No son datos de la denunciante el domicilio que recoge el contrato (calle *****DIRECCION.2** en la localidad de *****LOCALIDAD.2**), que no coincide con el facilitado por la afectada en su denuncia, el teléfono de contacto *****TELEFONO.2** ni la dirección email *****EMAIL.1**.*

El apartado 3, "Servicios contratados", detalla los siguientes:



*Línea móvil 1: *****TELEFONO.3**, indicando el contrato en el apartado “Tipo de movimiento” que es un “Alta nueva”

*Línea móvil 2: *****TELEFONO.4**. El contrato indica en el apartado “Tipo de movimiento” que se trata de una “Portabilidad”. (El subrayado es de la AEPD)

*ADSL de fibra, asociado al número de teléfono fijo *****TELEFONO.5**

*Teléfono fijo *****TELEFONO.5**, indicando el contrato en el apartado “Tipo de movimiento” que es un “Alta nueva”.

El apartado 5, “Cambio de titular, datos del antiguo titular”, indica en la columna “Nº teléfono a cambiar” el *****TELEFONO.4** y en la columna “Nombre y apellidos del antiguo titular” el nombre y dos apellidos de la denunciante y su NIF. (Folios 3 y 4)

TERCERO: XFERA MÓVILES aporta impresiones de pantalla de sus sistemas en las que el nombre, dos apellidos y NIF de la denunciante están asociados al alta de las líneas *****TELEFONO.5**, *****TELEFONO.3** y *****TELEFONO.4**.

El folio 24 recoge una captura de pantalla que, en relación a la Fibra 300 simétrica MásMóvil +ilimitada 2GB, se facilita información sobre la instalación e indica como dirección la calle *****DIRECCION.2**, *****LOCALIDAD.2**, el nombre, dos apellidos y NIF de la denunciante, el email *****EMAIL.1** y el teléfono *****TELEFONO.2**.

En la misma captura de pantalla, en el apartado otras “suscripciones” se mencionan las siguientes:

El número *****TELEFONO.4**, indicando como “Tipo”, “post-pago”, y como “Producto” “Tarifa MAS 2gb CONV”.

El número *****TELEFONO.3**, indicando como “Tipo” “post-pago” y como “Producto” “Tarifa extra línea 500MB”.

El número *****TELEFONO.5** indicando como “Tipo” “internet FTTH” y “Fijo digital” y como “Producto”, respectivamente, “Fibra 300 MÁS MÓVIL” y “Tarifa fijo”. (Folio 24)

CUARTO: XFERA MÓVILES ha aportado la copia del “Contrato de Servicios combinados Mas Móvil particulares”, con número MMC 17-11197553116, relativo a los tres productos que son objeto de controversia: las líneas *****TELEFONO.5**, *****TELEFONO.3** y *****TELEFONO.4** (folios 54 y 55)

Se trata del mismo documento que la denunciante adjuntó a su denuncia descrito en el Hecho probado segundo. Se da por reproducida aquí la descripción de su contenido que se ofrece en ese Hecho Probado.

QUINTO: XFERA MÓVILES ha manifestado respecto al “Contrato de Servicios combinados Mas Móvil particulares”, con número MMC 17-11197553116, en relación con la circunstancia de que no estuviera firmado, que “aparece sin firma del cliente ya que esa firma es ahora digital” (Folio 152)

SEXTO: La denunciada aportó, en prueba de la contratación de las líneas por la denunciante, tres grabaciones de conversaciones telefónicas. De ellas sólo la segunda grabación alude a una conversación mantenida con una persona que



se identifica con el nombre, apellidos y NIF de la denunciante:

2ª grabación. Transcripción

- Sí, buenos días

- Hola, ¿A.A.A.?,

- Buenos días

- Sí, mira, pues te llamo para hacerte la verificación de voz, vale, de la tarifa de 300 de fibra que acabáis de contratar

- Sí, me lo ha dicho mi hija

-Vale, perfecto, pues mira. D.ª **A.A.A.**. Le resumo brevemente las características del producto que acaba de contratar. Le damos la bienvenida al proceso de contratación telefónica de Más Móvil. Le informo que esta conversación está siendo grabada. De acuerdo con la Ley de Protección de Datos sus datos personales serán incorporados a un fichero automatizado titularidad de Más Móvil Telecom con los fines de comercialización, prestación del servicio, mantenimiento, información comercial y publicidad de los servicios de Mas Móvil.

Podrá ejercitar en cualquier momento los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiéndose a Más Móvil, en avenida de La Vega 28108 Alcobendas, Madrid, en el teléfono gratuito 2373 o enviando un email a hola@masmovil.es

Son las doce horas y seis minutos del día 19 de noviembre del año 2016.

Y el servicio consta de una línea de teléfono fijo con llamadas ilimitadas a fijos nacionales y sesenta minutos a móviles al mes, una conexión a internet de fibra óptica de 300 megas (¿) con router wifi gratuito y una línea de móvil con llamadas ilimitadas y 2 gigas de capacidad de datos. En caso de consumir los datos se activa un bono de 100 megas por sólo uno con cincuenta con un máximo de hasta seis bonos. En caso de que usted no desee el bono deberá desactivar los datos móviles del terminal antes de consumir los datos.

Es usted doña **A.A.A.**, con DNI *****NIF.1**. Va a ser usted la persona titular de la línea fija, ¿es correcto, verdad?

- Es correcto

-Y también es usted la titular de la línea móvil que vamos a portar hacia Más Móvil, ***TELEFONO.4 ¿es correcto, verdad?

-Es correcto

-El precio total que va a pagar usted por el servicio es de solo 36,89 iva incluido por tres meses y después 44,89 iva ya incluido. El precio es definitivo y garantizado de por vida lo que significa que Más Móvil nunca se



lo va a subir. El compromiso de permanencia asociado a la promoción sería de 12 meses. Y le recuerdo que si usted solicitase la cancelación del producto contratado tras la instalación o se diera de baja antes de transcurrir tres meses desde dicha instalación deberá de abonar a Más Móvil 170 euros por los gastos administrativos y de instalación asociados a dicha contratación. Más Móvil solicitará la portabilidad de su línea móvil que va a causar baja en su operador y alta en Más Móvil. ¿Sí que está de acuerdo, A.A.A.?

-Correcto

-Más Móvil le informa como establece la legislación vigente el plazo de cumplimiento de la obligación de tramitar la solicitud será de un día desde que surja dicha obligación para el operador, salvo que usted elija una fecha posterior. ¿Está de acuerdo en que la obligación de tramitar la portabilidad móvil por parte de Mas Móvil surja en el momento que se le active el servicio de telefonía fija? ¿Está de acuerdo?

-Correcto

-Autorización para la cuenta bancaria. Doña **A.A.A.**, con DNI *****NIF.1 número de cuenta bancaria ***CUENTA.1**, ¿autoriza usted a Más Móvil para que pueda cobrar las facturas emitidas a nombre del cliente como consecuencia de este contrato mediante adeudos en su cuenta bancaria?

-Sí

-Estos datos se recaban con la finalidad antes indicada. Formarán parte de un fichero de Más Móvil inscrito ante la Agencia Española de Protección de Datos. Podrá ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiéndose por escrito, con copia de su DNI o pasaporte, a Más Móvil, avenida de La Vega 15, 28108 Alcobendas.

Más Móvil podrá comprobar su solvencia en ficheros comunes sobre solvencia patrimonial y crédito cuyos responsables presten el servicio con arreglo a la legalidad vigente, así como por procedimientos automatizados del sistema de scoring. Más Móvil también podrá verificar la exactitud de los datos aportados y obtener datos de las entidades bancarias que nos faciliten.

Doña **A.A.A.** hemos terminado el proceso de verificación de su portabilidad. Bienvenida a Más Móvil

Ahora volveré a llamar a **B.B.B.**, ¿vale **A.A.A.**?"

(El subrayado es de la AEPD) (Folio 15)

SÉPTIMO: En relación con la línea controvertida *****TELEFONO.4**, que según la documentación de XFERA MÓVILES fue portada de otro operador, se solicitó a la denunciada que facilitara a la Agencia una copia de la grabación del proceso de verificación de la portabilidad de esa línea a MÁS MÓVIL, efectuado conforme a lo dispuesto en la Circular 1/2009, modificada por la Circular 1/2012,



de la CMT, y los datos identificativos de la empresa verificadora (Folio 44)

XFERA MÓVILES respondió que aportaba como documento adjunto 1 la “copia de la grabación de portabilidad solicitada”.

El documento 1 (folio 70) es un CD con tres grabaciones. Se trata de las mismas que XFERA MÓVILES aportó con la respuesta al primer requerimiento de la Inspección, que obra al folio 15. De las tres grabaciones la segunda -reproducida en el Antecedente Segundo de la Propuesta- es supuestamente la grabación del consentimiento a la portabilidad. En la grabación no se facilita ni el nombre del operador donante, ni el domicilio del titular de la línea, ni el código identificativo de la solicitud.

*OCTAVO: La denunciante reconoce ser cliente de XFERA MÓVILES, con quien tiene contratada la línea móvil *****TELEFONO.1**. En relación con esta línea, a tenor de las impresiones de pantalla de los sistemas de la operadora, se verifica que constan los datos personales de la denunciante -nombre, dos apellidos, NIF, domicilio (el mismo facilitado en la denuncia, ubicado en *****LOCALIDAD.1, calle ***DIRECCION.1**, y email, *****EMAIL.2**). El número de este contrato es MMC160218013799. Esta línea fue contratada el 18/02/2016 a través de un Distribuidor de la compañía y se activó el 22/02/2016. La línea había sido portada de otro operador. Se aportan (folios 35 a 37) los documentos relativos al consentimiento prestado a la portabilidad y los relativos a su gestión. _____*

NOVENO: La SESIAD remitió a la AEPD en fase de pruebas copia completa del expediente RC1001725/18, tramitado a raíz de la reclamación formulada por la denunciante contra XFERA MÓVILES. De los documentos aportados resulta:

- *La denunciante presenta reclamación el 11/01/2018*
- *Se da traslado a MÁS MÓVIL para que formule alegaciones el 24/01/2018. Se reitera la petición, ante su silencio, el 27/02/2018.*
- *MÁS MÓVIL responde en escrito de 05/03/2018 y manifiesta que las líneas se han dado de baja con fecha 30/01/2018, las móviles, y con fecha 31/01/2018 la línea fija, “siendo condonado el importe facturado”.*
- *En fecha 28/05/2018 la SESIAD dicta resolución en la que estima la reclamación acerca del alta no solicitada de los servicios asociados a las líneas *****TELEFONO.5, ***TELEFONO.3** y *****TELEFONO.4**, reconociendo el derecho de la afectada a obtener la baja de las líneas y a no abonar las facturas que por ellas hubiera emitido MÁS MÓVIL.*
- *Obra en el expediente captura de pantalla de terminal móvil remitida por la denunciante con un sms de 21/02/2018 en el que en nombre de MÁS MÓVIL le reclaman una deuda de 74,70 euros.>>*

TERCERO: XFERA MÓVILES, S.A. (en lo sucesivo la recurrente) presentó en la Agencia Española de Protección de Datos, en fecha 21/12/2018, recurso de reposición que funda en los motivos siguientes:

1º.- La nulidad de la resolución recurrida de acuerdo con el artículo 47.1.a) de la Ley 39/20015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

Públicas (LPACAP) por infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española.

A su juicio, la AEPD ha menoscabado su derecho a emplear los medios de defensa que estime pertinentes al actuar de modo contrario a la doctrina que en materia de prueba ha sentado el Tribunal Constitucional, de la que es exponente la STC 80/2011, de 06/06/2011.

La actuación de la AEPD que a juicio de la recurrente vulnera su derecho constitucional a utilizar en su defensa los medios de prueba que estime pertinentes ha sido la decisión adoptada en la resolución impugnada de valorar a efectos de prueba, exclusivamente, una sola de las tres grabaciones de las conversaciones telefónicas que XFERA MÓVILES aportó en el curso del procedimiento: la segunda.

2º.- Subsidiariamente, invoca la anulabilidad de la resolución recurrida conforme al artículo 48.1 de la LPACAP, en relación con los artículos 77.3 de la citada Ley 39/2015 y 382.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La recurrente afirma que, aunque a tenor de la segunda de las grabaciones que aportó la Agencia consideró que concurría el *“mínimo de diligencia exigible respecto a la línea fija y de una de las móviles”*, contra toda lógica, excluyó las grabaciones en las que interviene *“B.B.B.”*, aun cuando en la grabación que se toma en consideración (la segunda) se menciona a *“B.B.B.”* y además la teleoperadora informa en ella a su interlocutora de que volverá a llamar a esa persona. La recurrente sostiene que, a la luz de los artículos 1709 y 1710 del Código Civil, en la segunda grabación *“lo que se está haciendo es verificar un mandato en la persona de su hija a los efectos de la contratación del “Contrato de Servicios combinados Mas Móvil particulares”*.

3º.- Subsidiariamente, alega la anulabilidad de la resolución impugnada a tenor del artículo 48.1 de la LPACAP en relación con la *“Resolución de 16 de marzo de 2012, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se publica la Circular 1/2009, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en la contratación de servicios mayoristas regulados de comunicaciones fijas, así como en las solicitudes de conservación de numeración”*.

La recurrente afirma que ninguna eficacia invalidante puede tener *“el que hubieran podido omitirse exigencias adjetivas durante la tramitación de la solicitud de portabilidad dado que las mismas no alcanzan ni interfieren con el consentimiento prestado. En todo caso se estarían achacando esas omisiones y no la falta de consentimiento”*. (El subrayado es de la AEPD)

Aduce también que la resolución que recurre “olvida que consta acreditado con todos sus elementos configuradores el consentimiento prestado por la interesada, el cual no debe ser analizado conforme a la citada Circular 1/2009, sino conforme a la LOPD, esto es, conforme al artículo 6.1” de la citada Ley Orgánica. (El subrayado es de la AEPD)



4º.- Subsidiariamente solicita que se aplique la previsión legal contenida en el artículo 45.5 LOPD.

5º.- Subsidiariamente invoca la procedencia de “rectificar” la agravante del artículo 45.4.a) LOPD que se apreció en la resolución impugnada y la concurrencia como atenuante de la circunstancia recogida en el artículo 45.5.e) LOPD.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP).

II

En relación con los motivos de impugnación invocados por la recurrente se hacen las siguientes consideraciones:

a) Respecto al primer motivo de impugnación:

La recurrente invoca en primer término el artículo 47.1.a) de la LPACAP, esto es, la nulidad de pleno Derecho de la resolución como consecuencia de una pretendida lesión de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. En particular estima que se ha cercenado su derecho de defensa al haberle negado la Agencia que se valiera de un medio de prueba que ella consideraba pertinente, las grabaciones primera y tercera de las tres que había facilitado.

En respuesta a este alegato, hemos de comenzar haciendo dos precisiones:

La primera, que las aludidas tres grabaciones se facilitaron por la operadora recurrente a esta Agencia “antes” de la apertura del procedimiento sancionador, exactamente con su respuesta al requerimiento de la Inspección de Datos de la Agencia en el curso de las Actuaciones de Investigación Previa E/00972/2018. Nos remitimos en ese sentido al acuerdo de apertura del PS/202/2018 cuyo Hecho Segundo dice:

<<En fecha 16/03/2018 se recibe en la AEPD la respuesta de MÁS MÓVIL a su requerimiento teniendo conocimiento de los siguientes extremos: (...) MÁS MÓVIL aporta tres grabaciones de conversaciones telefónicas. De ellas sólo la segunda grabación alude a una conversación mantenida con una persona que se identifica con el nombre, apellidos y NIF de la denunciante>>.

Además, el Hecho Segundo del acuerdo de apertura reprodujo la segunda grabación e hizo una reseña del contenido de la primera y de la tercera.

La segunda precisión es destacar un extremo del que la recurrente es perfecta concedora: Que no tiene ninguna trascendencia en el resultado de la resolución sancionadora dictada por la AEPD el hecho de considerar relevante tan solo la 2ª grabación de las tres aportadas por la operadora. De haber atribuido idéntico valor a las tres grabaciones el resultado de la resolución sería exactamente el mismo.

Lo que explica tal afirmación es que la conducta en la que se concreta la vulneración de la LOPD de la que se responsabiliza a la recurrente es el tratamiento de los datos personales de la denunciante vinculado, exclusivamente, a una de las tres líneas telefónicas que la operadora dio de alta a su nombre: la línea móvil *****TELEFONO.4** que había sido objeto de una portabilidad en beneficio de XFERA MÓVILES.

Como se indicó con claridad tanto en el acuerdo de inicio, como en la propuesta de resolución y en la resolución del PS /202/2018, la Agencia concluyó a la luz de la segunda grabación que existían indicios de que la entidad había desplegado la diligencia mínima exigible a fin de acreditar la identidad de la persona que otorgó el consentimiento a la contratación. Se indicó con precisión también en los tres escritos que la conducta infractora de la entidad se concretaba en el tratamiento de los datos de la denunciante vinculados a la línea portada. Si respecto a la línea móvil contratada a nombre de la denunciante, en la que se concreta el tratamiento sin consentimiento de sus datos personales objeto de la sanción, no se estimó que la recurrente hubiera actuado diligentemente en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la LOPD fue porque la entidad no aportó -cuando debía tenerlo a su disposición si hubiera obrado con arreglo a Derecho- un documento sonoro que acreditaba con veracidad el cumplimiento de la obligación de identificar a la persona que facilita como suyos determinados datos personales: la grabación de verificación del consentimiento verbal a la portabilidad realizada por una empresa verificadora independiente en los términos de la Circular 1/2009 de la CMT.

Por tanto, de haber atribuido a la 1ª y 3ª grabación idénticos efectos que a la 2ª grabación el resultado de la resolución sería el mismo.

Como prueba de que la entidad recurrente era perfectamente concedora de cuál era la conducta infractora y de cuál era el documento que tenía la carga de aportar a esta Agencia reproducimos el siguiente fragmento del acuerdo de apertura del PS/202/2018:

<<Por tanto, por lo que atañe al tratamiento de los datos personales de la afectada asociado a la línea fija, a una línea móvil y al servicio de internet, estaría ausente en el presente caso el elemento subjetivo de la culpabilidad, imprescindible para poder exigir responsabilidad administrativa sancionadora (ex artículo 28 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público).

Consecuencia de lo anterior es que el tratamiento de los datos personales de la afectada vinculado a la línea fija, a una línea móvil y al servicio de internet no es subsumible en el tipo sancionador del artículo 44.3.b) LOPD, de modo que ninguna



responsabilidad sería exigible a XFERA MÓVILES por tal conducta.

*Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto al tratamiento de los datos personales de la denunciante efectuado por XFERA MÓVILES vinculados a la línea ***TELEFONO.4.*

Esta conducta es contraria al artículo 6 LOPD –el tratamiento de los datos no contó con el consentimiento de la titular- y sí es subsumible en el tipo infractor del artículo 44.3.b) LOPD, pues sí concurre en tal supuesto el elemento de la culpabilidad toda vez que la denunciada obró con una gravísima falta de diligencia en la medida en que la grabación aportada no responde a las exigencias impuestas por la Circular 1/2009 de la CMT que regula el consentimiento verbal a la portabilidad de las líneas móviles.>>

Por otra parte, cabe señalar que, en el curso del procedimiento sancionador, la instructora del expediente acordó en fecha 17/09/2018, a tenor de lo prevenido en el artículo 77 de la LPACAP, la apertura de un periodo de prueba y entre otras diligencias probatorias acordó la incorporación al expediente de las “*Actuaciones de Investigación Previa que integran el expediente E/00972/2018*”. Esto significa que “las tres” grabaciones que la recurrente remitió a la Agencia formaban parte de la documentación que había de valorarse en la resolución del procedimiento. Se ha de añadir que en idénticos términos se pronunció el Acuerdo de Inicio del expediente en el punto “3” de su parte dispositiva.

Así pues, no se ha vulnerado el derecho de defensa ya que la AEPD admitió, documentó, integró en el expediente administrativo e incluso reprodujo parcialmente en el acuerdo de apertura del procedimiento, las tres grabaciones aportadas por la recurrente en la fase de actuaciones de investigación previa.

La decisión de la AEPD que se impugna es fruto de la “valoración” de las pruebas que obraban en el procedimiento, valoración que estaba obligada a realizar. El resultado de tal valoración -en la que se concluyó que la 2ª grabación permitía entender acreditado que la entidad obró con la diligencia mínima que era exigible en relación al tratamiento de los datos de la denunciante asociado a la línea fija, a una de las línea móviles y al ADSL– determinó que respecto al tratamiento de los datos vinculados a esos productos , al estar ausente el necesario elemento de culpabilidad (ex artículo 28 de la Ley 40/2015), no se exigiera responsabilidad sancionadora.

El artículo 77.7 de la LPACAP dispone que “*Cuando la valoración de las pruebas practicadas pueda constituir el fundamento básico de la decisión que se adopte en el procedimiento, por ser pieza imprescindible para la correcta evaluación de los hechos, deberá incluirse en la propuesta de resolución*”.

Pues bien, hasta tal punto ha sido ajustada a Derecho la actuación de esta Agencia que, pese a que, como se evidencia de la mera lectura de la resolución impugnada, las grabaciones primera y tercera no son en ningún caso fundamento de la decisión adoptada, en la propuesta de resolución se detalló cuál era el motivo por el que se consideraban irrelevantes (Fundamento de Derecho II, apartado A).

Finalmente se ha de indicar que si a raíz de la valoración de la prueba se concluye que una determinada prueba es irrelevante y se explican las razones de tal conclusión, como se hizo en la resolución impugnada, no ha existido, en contra de lo que aduce la recurrente *“una quiebra de las garantías procedimentales de enorme trascendencia”*.

b) Respecto al segundo motivo de impugnación:

Con carácter subsidiario respecto a la pretensión anterior se invoca la anulabilidad de la resolución recurrida conforme al artículo 48.1 de la LPACAP –*“Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”*- en relación con los artículos 77.3 de la citada Ley 39/2015 y 382.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 77.3 de la LPACAP dispone: *“El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias mediante resolución motivada”*.

El artículo 382 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dice: *“1. Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte deberá acompañar, en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso. 2. La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido. 3. El tribunal valorará las reproducciones a que se refiere el apartado 1 de este artículo según las reglas de la sana crítica.”*

Frente a lo invocado por la recurrente hemos de subrayar que en ningún caso se ha vulnerado el procedimiento ni menos aún los preceptos que la recurrente menciona: artículos 77 de la LPACAP y 382 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

Se debe matizar que las tres grabaciones objeto de la controversia se aportaron a la AEPD por la recurrente *“antes”* de que el procedimiento se iniciara; en particular en el curso de las Actuaciones de Investigación Previa del E/00972/2018 fruto del requerimiento que le hizo la Inspección. Así pues, la recurrente no propuso como prueba las citadas grabaciones, lo que podría haber hecho en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del expediente.

Es esencial recordar que esta Agencia, tanto en el acuerdo de inicio como en la propuesta de resolución y en la misma resolución que se impugna, explicó la razón por la cual consideraba irrelevantes la 1ª y 3ª grabaciones y tomaba en consideración



únicamente la 2ª: porque en ésta la conversación se mantenía con la persona que se identificaba con el nombre y apellidos de la denunciante en tanto que en las anteriores la interlocutora de la entidad era “**B.B.B.**” que se presentó como hija de la contratante. Tal valoración entendemos que se ajusta a la previsión del artículo 382.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de que las pruebas se valoren conforme a las reglas de la sana crítica.

No obstante, la cuestión fundamental es ésta: Incluso en la hipótesis de que se hubiera otorgado idéntico valor a las tres grabaciones -por entender, como argumenta la recurrente, que la segunda grabación es una prueba documental de que su interlocutora había otorgado un mandato representativo a favor de la persona que identificada como **B.B.B.** intervino en la primera y tercera grabación- el resultado de la resolución sería el mismo, por lo que en definitiva las grabaciones 1ª y 3ª serían pruebas innecesarias en la medida en que harían prueba del mismo extremo -y nada más- que la 2ª de las grabaciones.

La entidad vio amparada en la 2ª grabación la exención de responsabilidad administrativa sancionadora en relación con el tratamiento de los datos de la afectada vinculados a la contratación de la línea fija, la otra línea móvil y el ADSL. De tal modo que en la hipótesis de considerar relevantes las restantes grabaciones éstas vendrían a confirmar o ratificar la conclusión a la que la AEPD llegó en su resolución. Sin embargo, en ningún caso tendrían alguna relevancia -como tampoco la tuvo la 2ª grabación- respecto a la conducta de la entidad en la que se concreta la infracción de la LOPD que fue objeto de sanción en la resolución que se recurre.

c) Respecto al tercer motivo de impugnación:

Se invoca la anulabilidad de la resolución impugnada a tenor del artículo 48.1 de la LPACAP en relación con la *“Resolución de 16 de marzo de 2012, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se publica la Circular 1/2009, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en la contratación de servicios mayoristas regulados de comunicaciones fijas, así como en las solicitudes de conservación de numeración”*.

La recurrente alega que ninguna eficacia invalidante puede tener *“el que hubieran podido omitirse exigencias adjetivas durante la tramitación de la solicitud de portabilidad dado que las mismas no alcanzan ni interfieren con el consentimiento prestado. En todo caso se estarían achacando esas omisiones y no la falta de consentimiento”*. (El subrayado es de la AEPD)

Aduce también que la resolución que recurre *“olvida que consta acreditado con todos sus elementos configuradores el consentimiento prestado por la interesada, el cual no debe ser analizado conforme a la citada Circular 1/2009, sino conforme a la LOPD, esto es, conforme al artículo 6.1”* de la citada Ley Orgánica. (El subrayado es

de la AEPD)

Así pues, a juicio de la recurrente, a través de la resolución que se impugna esta Agencia incurrió en una “*infracción del ordenamiento jurídico*” por tomar en consideración la Circular 1/2009 de la CMT.

Parece imprescindible reproducir la argumentación que la resolución recurrida ofreció a propósito de la infracción del artículo 6.1 LOPD en relación con la Circular 1/2009 de la CMT. El Fundamento de Derecho III, decía:

*<< B. En atención a lo expuesto, la conducta infractora se materializó en el tratamiento de los datos personales de la denunciante efectuado por XFERA MÓVILES en relación con la línea móvil ***TELEFONO.4 que la operadora manifestó que había portado de otro operador.*

*El tratamiento de los datos personales de la denunciante que XFERA MÓVILES llevó a cabo en relación con la línea ***TELEFONO.4 no sólo consistió en dar de alta a su nombre un contrato de servicio telefónico para tal línea.*

*A diferencia de los otros tres servicios que XFERA dio de alta a nombre de la afectada, para que pudiera prestar el servicio de telefonía asociado a la línea ***TELEFONO.4 era imprescindible que la denunciada, previamente, hubiera tratado los datos personales de la denunciante con una finalidad específica distinta de la contratación del servicio.*

XFERA MÓVILES, necesariamente, hubo de tratar los datos personales de la denunciante con la finalidad de gestionar en su nombre una solicitud de portabilidad de la línea ante el operador al que pertenecía. Por ello, habida cuenta de que el tratamiento de los datos de la denunciante se materializó también en las gestiones llevadas a cabo, en nombre de la titular de la línea (supuestamente la denunciante), y ante el operador donante, para realizar la portabilidad, este tratamiento específico exigía a su vez contar con el consentimiento para tal fin recabado de quien se identificó como titular de los datos personales de la afectada.

La Circular 1/2009 de la CMT (en la actualidad, CNMC), modificada por la Circular 1/2012, regula el consentimiento verbal a la portabilidad de una línea móvil. Llegados a este punto es preciso traer a colación la precitada Circular a tenor de la cual la portabilidad no se produce, y por tanto el servicio lo continúa prestando el operador con quien inicialmente se había contratado, si no se cumple el protocolo descrito en ella.

El respeto al protocolo de actuación recogido en la mentada Circular es esencial pues sólo cumpliéndolo se entiende otorgado el consentimiento a la portabilidad y esta puede llevarse a cabo. La observancia por XFERA de ese protocolo y su consecuente acreditación es un exponente de la diligencia que con carácter mínimo debe de desplegar la entidad para dar cumplimiento al principio del consentimiento al tratamiento de los datos, conforme a la SAN de 31/05/2006, Rec 539/2004 antes mencionada.

Resulta evidente que la grabación aportada por XFERA MÓVILES incumple radicalmente el protocolo previsto por la Circular 1/2009, CMT. Sin su cumplimiento no



puede estimarse producida la portabilidad de la línea controvertida. Como advierte con total claridad la Circular 1/2009 el operador receptor no podrá dar de alta una línea telefónica de un número que pertenece a otro operador si la portabilidad no se ha llevado a cabo cumpliendo las previsiones de las Circulares 1/2009 y 1/2012.

El protocolo de actuación para recabar verbalmente el consentimiento a la portabilidad, según la Circular 1/2009 de la CMT, consiste en la grabación de la conversación en la que el titular de la línea solicita al operador receptor portarla desde el operador donante y le otorga su consentimiento para que, en su nombre, haga las gestiones pertinentes ante la entidad donante. Son condiciones esenciales para que el consentimiento a la portabilidad otorgado verbalmente sea válido, no sólo que la entidad beneficiaria cuente con la grabación realizada por una empresa verificadora independiente sino también que la conversación grabada se ajuste a un cuestionario descrito en la Circular (modificado por la Circular 1/2012).

Tomando en consideración la segunda grabación enviada por XFERA -la única que puede ser objeto de análisis, pues como se ha expuesto anteriormente sólo en ella la persona se identifica con el nombre y apellidos de la denunciante- se ponen de manifiesto diversas circunstancias relevantes a los efectos de acreditar la infracción del artículo 6 LOPD de la que se responsabiliza a la denunciada.

*De una parte, no estamos ante una grabación efectuada, como exige la Circular 1/2009 CMT, por una empresa verificadora independiente sino por el departamento comercial de la entidad. Y ello, por más que XFERA MÓVILES hubiera facilitado en su respuesta a la AEPD el nombre y NIF de la verificadora que afirma intervino en la grabación. Como se puede constatar por la mera audición de las conversaciones en ellas se comunica a la persona que se identifica con los datos de la denunciante (2ª grabación). “Le damos la bienvenida al proceso de contratación telefónica de Más Móvil”. Además, en la grabación se informa a esa persona de “las características del producto que acaba de contratar” que, como se detalla en la propia grabación, consiste en una línea fija, conexión a internet y una línea móvil. Y más adelante se menciona la línea móvil *****TELEFONO.4** que se va a portar a MÁS MÓVIL. La única referencia que se hace en la grabación al término “verificación” se predica de la “voz” y se declara que tal “verificación de voz” tiene por objeto “la tarifa de 300 de fibra que acabáis de contratar”. Afirmaciones que nada tienen que ver con la pretendida verificación del consentimiento verbal a una portabilidad móvil que a juicio de la denunciada se acreditaría a través de esta grabación.*

En definitiva, resulta evidente que la grabación aportada por XFERA MÓVILES no es una grabación de verificación del consentimiento verbal a la portabilidad de una línea en los términos en los que lo exige la Circular 1/2009 CMT.

Son muchos los elementos que confirman que la grabación facilitada por XFERA MÓVILES nada tiene que ver con la que exige la Circular 1/2009 (modificada por la Circular 1/2012 respecto al cuestionario de verificación): Ni se ajusta al cuestionario de preguntas descrito en la Circular 1/2012 que modifica la Circular 1/2009 -no se informa al abonado del código identificativo de la solicitud-; la supuesta llamada de verificación; ni la pretendida llamada de verificación se inició por el verificador (apartado d.); ni se completó el cuestionario de verificación en el orden establecido (apartado j) y se informó al cliente sobre servicios que no tienen relación con los puntos del cuestionario de verificación (apartado i). Todo lo cual es contrario a la estipulación quinta (apartados d, j, e i) de la Circular.

Por tanto, XFERA MÓVILES es responsable del tratamiento de los datos



personales de la denunciante vinculados a la línea móvil ***TELEFONO.4. Tratamiento que, en tanto la línea fue objeto de portabilidad (así lo ha manifestado la denunciada desde las primeras actuaciones) el consentimiento recabado de la titular de los datos que estaba obligada a acreditar (ex artículo 6 LOPD) no sólo era al consentimiento a la contratación de un servicio (el alta de la línea con XFERA) sino también el consentimiento para gestionar en su nombre el cambio de operador del citado número. El consentimiento con esa finalidad específica, conforme a la Circular 1/2009 de la CMT, debía ajustarse a un protocolo a cuya observancia se supedita la validez de dicho consentimiento verbal. En tanto la grabación aportada por XFERA MÓVILES en nada se adecúa al citado protocolo resulta obvio que ni recabó el consentimiento de la titular para tal fin ni desplegó la diligencia que era procedente.

C. El nacimiento de responsabilidad sancionadora presupone la existencia de culpabilidad en cualquiera de sus manifestaciones: dolo, culpa o culpa levísima. En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador no es posible imponer sanciones basadas en la responsabilidad objetiva del presunto infractor, esto, porque las sanciones administrativas participan de la misma naturaleza que las penales, al ser una de las manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y, como exigencia derivada de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal consagrados en los artículos 9.3 y 25.1 de la CE, es imprescindible que este elemento esté presente como presupuesto para su imposición (STC 76/1999)

Sobre el principio de culpabilidad en el marco del procedimiento sancionador (al que expresamente se refiere la Ley 40/2015 en su artículo 28) resultan muy esclarecedoras las consideraciones que ofrece la SAN de 30/05/2015 (Rec. 163/2014) con relación al modo de atribución de la responsabilidad a las personas jurídicas.

En el Fundamento de Derecho segundo, después de recordar que la responsabilidad puede ser exigida a título de dolo o culpa, comprendiendo esta última la imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable, y desterrando en todo caso la responsabilidad objetiva, dice:

<<No obstante, el modo de atribución de la responsabilidad a las personas jurídicas no se corresponde con las formas de culpabilidad dolosas o imprudentes que son imputables a la conducta humana. De modo que en el caso de infracciones cometidas por personas jurídicas, aunque haya de concurrir el elemento de la culpabilidad, éste se aplica necesariamente de forma distinta a como se hace respecto a las personas físicas. Según STC 246/1999 “(...) esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma”>>

La SAN precitada conecta la reprochabilidad a una persona jurídica, de una determinada conducta, con el hecho de que aquella hubiera o no dispensado una eficaz protección al bien jurídico protegido por la norma. Atendidas las circunstancias del caso, es evidente que esa diligencia no se ha observado en relación con la línea



móvil en la que se materializa la conducta infractora y que XFERA vinculó a los datos de la denunciante: *****TELEFONO.4.>>**

Frente a la tesis de la recurrente que niega que sea procedente tomar en consideración las previsiones de la Circular 1/2009 a fin de acreditar la diligencia desplegada por el operador telefónico en el tratamiento de los datos personales de la afectada en relación con la línea móvil *****TELEFONO.4** - línea que había sido objeto de una portabilidad- nos remitimos a la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

En SAN de 19/10/2018 (Rec.33/2017), Fundamento de Derecho Segundo, después de poner de manifiesto que la Circular afecta a la gestión entre operadores respecto de la tramitación de solicitudes de portabilidad y que se aprueba sin perjuicio de la normativa relativa a la contratación telefónica aplicable entre usuarios y operadores y de la normativa sobre protección de datos de carácter personal de obligado cumplimiento para los operadores y entidades verificadoras, la Sala de la Audiencia añade los siguiente:

“Ahora bien, ello no impide considerar que la diligencia que resulta exigible a la demandante en la recogida del consentimiento del titular de los datos personales comprende el deber de cumplir con las exigencias impuestas en la misma que no hacen sino garantizar la existencia del referido consentimiento en relación a la citada portabilidad (ver, en este sentido, las SSAN de 5/02/2014 -Rec.543/2012- y de 10/04/2015 -Rec.85/2014-)”(El subrayado es de la AEPD)

En su SAN de 05/02/2014 (Rec. 543/2012) la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, Fundamento de Derecho Segundo, a continuación del párrafo transcrito, decía:

“ (...) la operadora no adoptó las cautelas exigibles para comprobar la identidad del cliente y asegurarse de contar con su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales.

En el supuesto que nos atañe resulta notoria la existencia de antijuridicidad y culpabilidad en la conducta infractora de la entidad responsable del tratamiento de los datos personales, quien como responsable del fichero y tratamiento de datos personales, que decide sobre la finalidad, contenido y uso de los datos personales incluidos en sus ficheros, tenía la obligación de obrar con mayor diligencia a la hora de incorporar nuevos datos a sus ficheros, mantenerlos en los mismos y girar facturas contra sus titulares, asegurándose de contar con su consentimiento a fin de no incurrir en el tratamiento inconsentido de sus datos personales. Dicha condición impone un deber especial de diligencia a la hora de llevar a cabo el uso o tratamiento de los datos personales o su cesión a su cesión a terceros, en lo que atañe al cumplimiento de los deberes que la legislación sobre protección de datos establece para garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de las personas físicas...”



d) Respecto al cuarto motivo de impugnación:

La recurrente, con carácter subsidiario respecto a los motivos precedentes, solicita que se estime el recurso de reposición y se proceda a aplicar la “*previsión legal contenida en el artículo 45.5 LOPD*”.

Durante el procedimiento sancionador se solicitó por la ahora recurrente la aplicación del artículo 45.5 LOPD apartados a), b) y e). Sobre tal cuestión se pronunció el Fundamento de Derecho IV A) de la resolución que se recurre. Habida cuenta de que la recurrente se limita a reiterar una pretensión que formuló repetidamente y a la que la Agencia dio respuesta oportunamente, se dan por reproducidas las explicaciones y argumentos expuestos por en la resolución:

<< A. En la graduación del importe de la sanción la AEPD no aprecia ninguna de las atenuantes cualificadas que contempla el artículo 45.5 LOPD.

XFERA MÓVILES ha invocado la aplicación de los apartados a, b, y e, del artículo 45.5. LOPD, sin embargo, todos ellos han de ser rechazados.

Respecto al apartado b), decir que ninguna reacción diligente se aprecia en la actuación de la entidad que recibió la primera notificación de la SESIAD el 24/01/2018, siendo así que obra en el expediente copia de una factura emitida por la operadora a nombre de la denunciante por importe de 335,01 euros de fecha 01/03/2018; un mes y siete días después de haber recibido el requerimiento de la SESIAD. Obra también en el expediente la captura de pantalla de un sms de requerimiento de pago dirigido a la denunciante, de fecha 21/02/2018, casi un mes después de que la SESIAD le hubiera dado traslado de la reclamación de la afectada.

XFERA MÓVILES insiste en solicitar en sus alegaciones a la propuesta la aplicación de la atenuante cualificada del artículo 45.5.e). Sobre el particular hemos de insistir en que la conducta infractora de la que es responsable, como queda acreditado, se mantuvo hasta al menos el 01/03/2018 (fecha en la que se emitió una factura por los servicios asociados a los datos de la denunciante), y en esa fecha el proceso de fusión entre MÁS MÓVIL y XFERA MÓVILES ya había concluido. De forma que si bien la infracción se inicia cuando la responsable del fichero es MÁS MÓVIL finaliza cuando la responsable del fichero es XFERA, estando la fusión totalmente concluida.

Solicita también la aplicación del artículo 45.5.a, cuya desestimación reiteramos. Ni pueden admitirse como atenuantes las circunstancias del artículo 45.4 recogidas en los apartados b, e, i, de la LOPD que invoca para justificar la aplicación del artículo 45.5.a, ni es posible negar la concurrencia de las agravantes descritas en los apartados a, c y d, del artículo 45.4. LOPD.>>

e) Respecto al quinto motivo de impugnación:

Subsidiariamente la recurrente solicita “*rectificar*” la agravante del artículo 45.4.a) LOPD que se apreció en la resolución impugnada y estimar como atenuante la circunstancia recogida en el artículo 45.5.e) LOPD.



Sobre la pretensión de que se aprecie la atenuante cualificada del artículo 45.5.e) nos remitimos a la consideración hecha en el apartado precedente.

La pretensión de que se “rectifique” el criterio adoptado por la resolución sancionadora que apreció como agravante el factor descrito en el artículo 45.4 a) -el carácter continuado de la infracción- ha de ser rechazada.

Como se señala en la resolución la entidad recurrente trató los datos personales de la denunciante vinculados a la línea móvil controvertida, sin legitimación para dicho tratamiento, durante más de dos meses: desde el 29/11/2017 hasta el 31/01/2017, pues al menos en ese periodo de tiempo hay constancia documental del tratamiento en el que se concreta la conducta infractora.

La LOPD utiliza en su artículo 45.4.a) la expresión “carácter continuado” de la infracción. La infracción de la que se responsabiliza a la recurrente tiene naturaleza permanente, pues su consumación se puede proyectar en el tiempo más allá del hecho inicial y extenderse durante todo el periodo de tiempo en el que el dato o datos personales son objeto de tratamiento. En el presente caso el tratamiento ilícito de los datos personales de la afectada se efectuó durante más de dos meses.

III

En cuanto a aquellas cuestiones no contempladas en el Fundamento precedente reiteramos el sentido de la resolución recurrida cuyos Fundamentos II a IV reproducimos a continuación:

<< II

El artículo 6 LOPD, bajo la rúbrica “Consentimiento del afectado”, dispone:

“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal (...) se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; ..”

El precepto debe integrarse con la definición que la LOPD ofrece en su artículo 3, apartados a), c) y h), respectivamente, de “datos de carácter personal”, “tratamiento de datos” y “consentimiento del interesado”: “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”; “operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”; “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.



El principio del consentimiento o autodeterminación recogido en el artículo 6 LOPD es la piedra angular en la construcción del derecho fundamental a la protección de datos e implica la necesidad de recabar del afectado su consentimiento inequívoco para que sus datos personales puedan ser objeto de tratamiento.

A través del consentimiento al tratamiento de sus datos personales el titular ejerce de forma efectiva el poder de control y de disposición sobre ellos. En esa línea el Tribunal Constitucional, en su STC 292/2000, de 30 de noviembre (Fundamento Jurídico 7), señala que “(...) Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)” (El subrayado es de la AEPD)

La LOPD tipifica como infracción grave, en el artículo 44.3.b, la vulneración del principio del consentimiento, precepto que dispone: “Son infracciones graves: (...) “Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”.

III

Se atribuye a XFERA MÓVILES en el expediente sancionador que nos ocupa una infracción del principio del consentimiento.

*A. Como se indicó en el acuerdo de inicio de este procedimiento, la infracción del citado principio se materializa en el tratamiento de los datos personales del denunciante efectuado por la denunciada en relación con la línea móvil ***TELEFONO.4; línea que según la documentación facilitada por XFERA MÓVILES fue portada desde otro operador telefónico.*

*Recordemos que la denuncia de la señora A.A.A. versó sobre el tratamiento sin consentimiento de sus datos vinculado a un “pack telefónico” formado por dos líneas móviles y una fija: números ***TELEFONO.5, ***TELEFONO.3 y ***TELEFONO.4.*

Ha quedado plenamente acreditado en el expediente que XFERA MÓVILES trató los datos personales de la denunciante asociados a las tres líneas (dos móviles y una fija) que ella niega haber contratado. Son exponente del tratamiento, entre otros documentos, el denominado “Contrato de Servicios Combinados MÁSMOVIL particulares”, número MMC 17-11197553116, (ver hechos probados quinto y segundo) en el que constan el nombre, dos apellidos y NIF de la denunciante como titular de las líneas. Y la captura de pantalla de los sistemas de la denunciada que obra al folio 24 (ver hecho probado tercero) en la que de nuevo aparecen vinculadas a sus datos las líneas que se dieron de alta a su nombre y sobre las que versa su denuncia, y a las facturas emitidas por la operadora denunciada en ejecución del contrato 11197553116, en las que constan el nombre, dos apellidos y NIF de la denunciante, que se emitieron en fechas 01/12/2017; 01/01/2018; 01/02/2018 y 09/03/2018 (folios 161 a 191).

La denunciante negó, tanto en la denuncia que presentó ante esta Agencia como en la reclamación que formuló ante la Secretaría de Estado para la Sociedad de



la Información y la Agenda Digital (SESIAD), de fecha 11/01/2018, haber contratado ninguna de las líneas que integran ese pack.

La Audiencia Nacional viene considerando que cuando el titular de los datos niega la contratación corresponde la carga de la prueba a quien afirma su existencia. Reiteradamente ha manifestado que el responsable del tratamiento de datos de terceros debe recabar y conservar la documentación necesaria para acreditar el consentimiento del titular. Citamos, por todas, la SAN de 31/05/2006 (Rec. 539/2004) que en su Fundamento de Derecho Cuarto dice

“Por otra parte es al responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la Ley” (El subrayado es de la AEPD)

Durante las actuaciones de investigación previa se solicitó a XFERA MÓVILES que aportara la documentación que acreditara que la denunciante había otorgado el consentimiento a la contratación de las referidas líneas o, al menos, que aportara la documentación que demostrara que actuó con la diligencia a la que venía obligada por la normativa de protección de datos a fin de verificar la identidad de la persona que otorga el consentimiento a la contratación.

XFERA MÓVILES remitió a la Inspección de datos un CD con tres grabaciones que, a su entender, acreditaban que la denunciante había prestado su consentimiento a la contratación telefónica de los productos que la entidad vincula a sus datos personales.

De las tres grabaciones que hizo llegar a esta Agencia, sólo una de ellas -la segunda- recoge una conversación entre la teleoperadora y quien dice llamarse **A.A.A.** y ser titular del NIF *****NIF.1** (ver hecho probado sexto).

En las otras dos grabaciones (la primera y la tercera) la conversación no se mantiene con una persona que se identifique con los datos personales de quien figurará como la titular de las líneas controvertidas -datos personales de la denunciante- sino con otra persona que se identifica como **“B.B.B.”** que da a entender que es la hija de **A.A.A.**. Es en el curso la primera de las conversaciones que mantienen la teleoperadora de la compañía y **B.B.B.**, cuando ésta le facilitará los datos de la denunciante y le informará que desea que la línea *****TELEFONO.4** se porte a **MÁS MÓVIL**.

Resulta evidente, por tanto, que las grabaciones primera y tercera son irrelevantes a los efectos que nos ocupan, pues carecen de virtualidad para acreditar el consentimiento al tratamiento de los datos personales vinculado a las líneas controvertidas habida cuenta de que, en ellas, la persona que interviene se identifica como **B.B.B.** y no con el nombre y dos apellidos de la denunciante.

La LOPD exige que sea el titular de los datos quien otorgue su consentimiento



inequívoco al tratamiento, pues a él, y no a un tercero, le corresponde el poder de disposición sobre ellos. Con toda claridad el artículo 3.h) de la LOPD, al definir el consentimiento, se refiere a la manifestación de voluntad que el interesado hace respecto a los “datos que le conciernan”.

Sobre la necesidad de que, cuando el tratamiento de los datos se realice en el marco de una contratación, sea el titular de los datos tratados quien haya otorgado el consentimiento a la contratación, pues sólo así el tratamiento estaría amparado en el artículo 6.2 LOPD, se ha pronunciado la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, en SAN de 17/03/2017 (Rec.1732/2015). Sentencia que además de hacerse eco de otras de este Tribunal en idéntico sentido -las SSAN de 19/12/2012 (Rec. 530/2011) y de 24/02/2015 (Rec. 341/2013)- afirma que no es suficiente el consentimiento prestado en una contratación por los parientes o personas de confianza del titular de los datos.

*Así pues, de las tres grabaciones que XFERA MÓVILES facilitó a la AEPD como prueba del cumplimiento de la normativa de protección de datos, la única que debe de ser objeto de valoración a fin de determinar si constituye un medio de prueba bastante para acreditar que XFERA MÓVILES obró con arreglo a la normativa de protección de datos es la segunda. En ella, es la persona que se identifica con el nombre, dos apellidos y el NIF de la denunciante quien otorga el consentimiento a la contratación de un producto formado por una línea fija, una conexión a internet de 300 megas, una línea de móvil y una segunda línea de móvil que se portaría desde otro operador (en ningún caso se especifica cuál es ese operador) y que corresponde al número *****TELEFONO.4**.*

*Son varias las deficiencias de que adolece esta grabación. La primera de ellas que no informa de la fecha en la que está teniendo lugar la conversación (fecha que tampoco se facilita en las grabaciones primera y tercera). Llamativo es también el hecho de que no se facilite en la conversación una dirección postal de la contratante pero que, sin embargo, esa nueva dirección sí conste en los sistemas de la entidad. Así lo acreditan los hechos probados, de los que resulta que en los ficheros de XFERA MÓVILES consta una dirección distinta de la que la denunciante, cliente de la operadora desde el año 2016, había facilitado sin que la denunciada haya explicado el origen de unos datos que no se facilitaron al tiempo de recabar el consentimiento al tratamiento pues no se hace referencia a éste en la grabación aportada. Podemos referirnos también a la copia de las facturas que obran en el expediente (folios 161 a 191) en las que la dirección postal es la calle *****DIRECCION.2** de *****LOCALIDAD.2** distinta de la de la denunciante, radicada en *****LOCALIDAD.1**.*

Pese a las deficiencias que se aprecian en esa segunda grabación remitida por XFERA MÓVILES, esta Agencia, habida cuenta de que constaba en ella que una persona identificada con los datos personales de la denunciante que son objeto de tratamiento otorgaba el consentimiento al alta de una línea fija, del ADSL y de una segunda línea móvil (cuyo número no se facilita) consideró que existían indicios de que la entidad había desplegado la diligencia mínima que es exigible a fin de acreditar la identidad de la persona que otorgó el consentimiento a la contratación de esos servicios, pero, exclusivamente, en relación al tratamiento asociado a la línea fija, la segunda línea móvil y el servicio de ADSL.



Ese comportamiento mínimamente diligente desplegado por XFERA MÓVILES privó a su conducta -por más que ésta pudiera ser antijurídica, como parece ser el caso, lo que acontece cuando existe una suplantación de personalidad y un tercero se hace pasar por el titular de los datos facilitando como propios datos personales que no le pertenecen- del elemento subjetivo de la culpabilidad, imprescindible para poder exigir responsabilidad administrativa sancionadora (ex artículo 28 de la Ley 40/2015).

Por ese motivo, en el acuerdo de inicio del expediente se indicó que el tratamiento de los datos personales de la denunciante vinculados a la línea fija, a una segunda línea móvil y al ADSL no era subsumible en el tipo sancionador del artículo 44.3.b) LOPD.

*B. En atención a lo expuesto, la conducta infractora se materializó en el tratamiento de los datos personales de la denunciante efectuado por XFERA MÓVILES en relación con la línea móvil *****TELEFONO.4** que la operadora manifestó que había portado de otro operador.*

*El tratamiento de los datos personales de la denunciante que XFERA MÓVILES llevó a cabo en relación con la línea *****TELEFONO.4** no sólo consistió en dar de alta a su nombre un contrato de servicio telefónico para tal línea.*

*A diferencia de los otros tres servicios que XFERA dio de alta a nombre de la afectada, para que pudiera prestar el servicio de telefonía asociado a la línea *****TELEFONO.4** era imprescindible que la denunciada, previamente, hubiera tratado los datos personales de la denunciante con una finalidad específica distinta de la contratación del servicio.*

XFERA MÓVILES, necesariamente, hubo de tratar los datos personales de la denunciante con la finalidad de gestionar en su nombre una solicitud de portabilidad de la línea ante el operador al que pertenecía. Por ello, habida cuenta de que el tratamiento de los datos de la denunciante se materializó también en las gestiones llevadas a cabo, en nombre de la titular de la línea (supuestamente la denunciante), y ante el operador donante, para realizar la portabilidad, este tratamiento específico exigía a su vez contar con el consentimiento para tal fin recabado de quien se identificó como titular de los datos personales de la afectada.

La Circular 1/2009 de la CMT (en la actualidad, CNMC), modificada por la Circular 1/2012, regula el consentimiento verbal a la portabilidad de una línea móvil. Llegados a este punto es preciso traer a colación la precitada Circular a tenor de la cual la portabilidad no se produce, y por tanto el servicio lo continúa prestando el operador con quien inicialmente se había contratado, si no se cumple el protocolo descrito en ella.

El respeto al protocolo de actuación recogido en la mentada Circular es esencial pues sólo cumpliéndolo se entiende otorgado el consentimiento a la portabilidad y esta puede llevarse a cabo. La observancia por XFERA de ese protocolo y su consecuente acreditación es un exponente de la diligencia que con carácter mínimo debe de desplegar la entidad para dar cumplimiento al principio del consentimiento al tratamiento de los datos, conforme a la SAN de 31/05/2006, Rec 539/2004 antes mencionada.



Resulta evidente que la grabación aportada por XFERA MÓVILES incumple radicalmente el protocolo previsto por la Circular 1/2009, CMT. Sin su cumplimiento no puede estimarse producida la portabilidad de la línea controvertida. Como advierte con total claridad la Circular 1/2009 el operador receptor no podrá dar de alta una línea telefónica de un número que pertenece a otro operador si la portabilidad no se ha llevado a cabo cumpliendo las previsiones de las Circulares 1/2009 y 1/2012.

El protocolo de actuación para recabar verbalmente el consentimiento a la portabilidad, según la Circular 1/2009 de la CMT, consiste en la grabación de la conversación en la que el titular de la línea solicita al operador receptor portarla desde el operador donante y le otorga su consentimiento para que, en su nombre, haga las gestiones pertinentes ante la entidad donante. Son condiciones esenciales para que el consentimiento a la portabilidad otorgado verbalmente sea válido, no sólo que la entidad beneficiaria cuente con la grabación realizada por una empresa verificadora independiente sino también que la conversación grabada se ajuste a un cuestionario descrito en la Circular (modificado por la Circular 1/2012).

Tomando en consideración la segunda grabación enviada por XFERA -la única que puede ser objeto de análisis, pues como se ha expuesto anteriormente sólo en ella la persona se identifica con el nombre y apellidos de la denunciante- se ponen de manifiesto diversas circunstancias relevantes a los efectos de acreditar la infracción del artículo 6 LOPD de la que se responsabiliza a la denunciada.

*De una parte, no estamos ante una grabación efectuada, como exige la Circular 1/2009 CMT, por una empresa verificadora independiente sino por el departamento comercial de la entidad. Y ello, por más que XFERA MÓVILES hubiera facilitado en su respuesta a la AEPD el nombre y NIF de la verificadora que afirma intervino en la grabación. Como se puede constatar por la mera audición de las conversaciones en ellas se comunica a la persona que se identifica con los datos de la denunciante (2ª grabación). “Le damos la bienvenida al proceso de contratación telefónica de Más Móvil”. Además, en la grabación se informa a esa persona de “las características del producto que acaba de contratar” que, como se detalla en la propia grabación, consiste en una línea fija, conexión a internet y una línea móvil. Y más adelante se menciona la línea móvil *****TELEFONO.4** que se va a portar a MÁS MÓVIL. La única referencia que se hace en la grabación al término “verificación” se predica de la “voz” y se declara que tal “verificación de voz” tiene por objeto “la tarifa de 300 de fibra que acabáis de contratar”. Afirmaciones que nada tienen que ver con la pretendida verificación del consentimiento verbal a una portabilidad móvil que a juicio de la denunciada se acreditaría a través de esta grabación.*

En definitiva, resulta evidente que la grabación aportada por XFERA MÓVILES no es una grabación de verificación del consentimiento verbal a la portabilidad de una línea en los términos en los que lo exige la Circular 1/2009 CMT.

Son muchos los elementos que confirman que la grabación facilitada por XFERA MÓVILES nada tiene que ver con la que exige la Circular 1/2009 (modificada por la Circular 1/2012 respecto al cuestionario de verificación): Ni se ajusta al cuestionario de preguntas descrito en la Circular 1/2012 que modifica la Circular 1/2009 -no se informa al abonado del código identificativo de la solicitud-; la supuesta llamada de verificación; ni la pretendida llamada de verificación se inició por el verificador (apartado d.); ni se completó el cuestionario de verificación en el orden establecido (apartado j) y se informó al cliente sobre servicios que no tienen relación con los puntos del cuestionario de verificación (apartado i). Todo lo cual es contrario a la



estipulación quinta (apartados d, j, e i) de la Circular.

Por tanto, XFERA MÓVILES es responsable del tratamiento de los datos personales de la denunciante vinculados a la línea móvil ***TELEFONO.4. Tratamiento que, en tanto la línea fue objeto de portabilidad (así lo ha manifestado la denunciada desde las primeras actuaciones) el consentimiento recabado de la titular de los datos que estaba obligada a acreditar (ex artículo 6 LOPD) no sólo era al consentimiento a la contratación de un servicio (el alta de la línea con XFERA) sino también el consentimiento para gestionar en su nombre el cambio de operador del citado número. El consentimiento con esa finalidad específica, conforme a la Circular 1/2009 de la CMT, debía ajustarse a un protocolo a cuya observancia se supedita la validez de dicho consentimiento verbal. En tanto la grabación aportada por XFERA MÓVILES en nada se adecúa al citado protocolo resulta obvio que ni recabó el consentimiento de la titular para tal fin ni desplegó la diligencia que era procedente.

C. El nacimiento de responsabilidad sancionadora presupone la existencia de culpabilidad en cualquiera de sus manifestaciones: dolo, culpa o culpa levísima. En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador no es posible imponer sanciones basadas en la responsabilidad objetiva del presunto infractor, esto, porque las sanciones administrativas participan de la misma naturaleza que las penales, al ser una de las manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y, como exigencia derivada de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal consagrados en los artículos 9.3 y 25.1 de la CE, es imprescindible que este elemento esté presente como presupuesto para su imposición (STC 76/1999)

Sobre el principio de culpabilidad en el marco del procedimiento sancionador (al que expresamente se refiere la Ley 40/2015 en su artículo 28) resultan muy esclarecedoras las consideraciones que ofrece la SAN de 30/05/2015 (Rec. 163/2014) con relación al modo de atribución de la responsabilidad a las personas jurídicas.

En el Fundamento de Derecho segundo, después de recordar que la responsabilidad puede ser exigida a título de dolo o culpa, comprendiendo esta última la imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable, y desterrando en todo caso la responsabilidad objetiva, dice:

<<No obstante, el modo de atribución de la responsabilidad a las personas jurídicas no se corresponde con las formas de culpabilidad dolosas o imprudentes que son imputables a la conducta humana. De modo que en el caso de infracciones cometidas por personas jurídicas, aunque haya de concurrir el elemento de la culpabilidad, éste se aplica necesariamente de forma distinta a como se hace respecto a las personas físicas. Según STC 246/1999 "(...) esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma">>

La SAN precitada conecta la reprochabilidad a una persona jurídica, de una determinada conducta, con el hecho de que aquella hubiera o no dispensado una



*eficaz protección al bien jurídico protegido por la norma. Atendidas las circunstancias del caso, es evidente que esa diligencia no se ha observado en relación con la línea móvil en la que se materializa la conducta infractora y que XFERA vinculó a los datos de la denunciante: ***TELEFONO.4.*

D. XFERA MÓVILES, en defensa de su pretensión de archivo del expediente, alega que la AEPD ha valorado de forma errónea las pruebas practicadas y ha hecho una interpretación equivocada de la normativa aplicable, tanto de la LOPD como de la Circular 1/2009 de la CMT.

Considera que el hecho de que durante la tramitación de la solicitud de portabilidad se hayan omitido algunos datos sobre la misma que guardan relación con el servicio cuya numeración iba a ser portada “de los que en todo caso la Denunciante ya había sido informado previamente” no invalida un consentimiento que la denunciante prestó en tres ocasiones en el curso de la grabación.

Explica que la propuesta de resolución considera que, de haberse cumplido las formalidades establecidas en la Circular 1/2009, se entendería cumplida la obligación de identificar a la persona que facilita los datos personales en la solicitud de portabilidad. Advierte que, sin embargo, los incumplimientos del protocolo para recabar el consentimiento que describe la mencionada Circular “no guardan relación alguna con la identificación de la persona que facilita los datos personales”.

Alega también que se ha obviado que la Circular 1/2009, en la que se fundamenta la imputación de una infracción de la LOPD a XFERA MÓVILES, no tiene por finalidad regular la validez del consentimiento prestado por los solicitantes de las portabilidades numéricas, sino que su objeto es “habilitar la tramitación de solicitudes relativas a servicios mayoristas regulados de comunicaciones fijas (OBA y OIBA) así como las solicitudes de conservación de numeración”.

En respuesta a tales alegaciones, además de reiterar lo expuesto anteriormente, basta recordar que, en contraposición a lo afirmado por la denunciada, en el presente caso no se han omitido algunos datos de los que exige el protocolo descrito en la Circular 1/2009 para la validez de la portabilidad. Sencillamente la grabación facilitada por XFERA ni siquiera está realizada por una entidad verificadora independiente (como exige la Circular) sino por los servicios comerciales de la compañía. Y el consentimiento para un tratamiento específico que XFERA supuestamente recabó de la titular de los datos no se adecuó a las formalidades a las que se condiciona su validez.

Resulta de la exposición precedente que la conducta de la actuación de XFERA MÓVILES vulnera el artículo 6.1 LOPD y es subsumible en el tipo infractor del artículo 44.3.b) LOPD.

IV

El artículo 45 de la LOPD, apartados 1 a 5, establece:

- “1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 a 40.000 euros.*
- 2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000*



euros.

3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 300.001 a 600.000 euros.

4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

- a) El carácter continuado de la infracción.
- b) El volumen de los tratamientos efectuados.
- c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.
- d) El volumen de negocio o actividad del infractor.
- e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.
- f) El grado de intencionalidad.
- g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.
- h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.
- i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.
- j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

5. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.
- b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.
- c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.
- d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.
- e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.”

La Sentencia de 21/01/2004 de la Audiencia Nacional, en su recurso 1939/2001, señaló que dicho precepto <<...no es sino manifestación del llamado principio de proporcionalidad (artículo 131.1 de la LRJPAC), incluido en el más general del prohibición de exceso, reconocido por la jurisprudencia como principio general del Derecho. Ahora bien, la presente regla debe aplicarse con exquisita ponderación y sólo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas, atendidas las circunstancias del caso concreto. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos (de aquí la expresión

“especialmente cualificada”) y concretos.

A. En la graduación del importe de la sanción la AEPD no aprecia ninguna de las atenuantes cualificadas que contempla el artículo 45.5 LOPD.

XFERA MÓVILES ha invocado la aplicación de los apartados a, b, y e, del artículo 45.5. LOPD, sin embargo, todos ellos han de ser rechazados.

Respecto al apartado b), decir que ninguna reacción diligente se aprecia en la actuación de la entidad que recibió la primera notificación de la SESIAD el 24/01/2018, siendo así que obra en el expediente copia de una factura emitida por la operadora a nombre de la denunciante por importe de 335,01 euros de fecha 01/03/2018; un mes y siete días después de haber recibido el requerimiento de la SESIAD. Obra también en el expediente la captura de pantalla de un sms de requerimiento de pago dirigido a la denunciante, de fecha 21/02/2018, casi un mes después de que la SESIAD le hubiera dado traslado de la reclamación de la afectada.

XFERA MÓVILES insiste en solicitar en sus alegaciones a la propuesta la aplicación de la atenuante cualificada del artículo 45.5.e). Sobre el particular hemos de insistir en que la conducta infractora de la que es responsable, como queda acreditado, se mantuvo hasta al menos el 01/03/2018 (fecha en la que se emitió una factura por los servicios asociados a los datos de la denunciante), y en esa fecha el proceso de fusión entre MÁS MÓVIL y XFERA MÓVILES ya había concluido. De forma que si bien la infracción se inicia cuando la responsable del fichero es MÁS MÓVIL finaliza cuando la responsable del fichero es XFERA, estando la fusión totalmente concluida.

Solicita también la aplicación del artículo 45.5.a, cuya desestimación reiteramos. Ni pueden admitirse como atenuantes las circunstancias del artículo 45.4 recogidas en los apartados b, e, i, de la LOPD que invoca para justificar la aplicación del artículo 45.5.a, ni es posible negar la concurrencia de las agravantes descritas en los apartados a, c y d, del artículo 45.4. LOPD.

B. Por lo que atañe a las circunstancias modificativas de la responsabilidad descritas en el artículo 45.4 LOPD, la Agencia entiende que operan como agravantes en el supuesto que nos ocupa, las siguientes:

-“El carácter continuado de la infracción” (apartado a), pues XFERA MÓVILES trató los datos personales de la denunciante sin legitimación para ello durante más de dos meses: desde el 29/11/2017 al 31/01/2017, que coinciden con las fechas en las que la línea *****TELEFONO.4**, respectivamente, se dio de alta y baja.

-“La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal” (apartado c). La actividad empresarial de XFERA MÓVILES, por su propia naturaleza, exige un continuo tratamiento de datos de carácter personal de sus clientes

- “El volumen de negocio o actividad del infractor” (apartado d). Es un hecho notorio que XFERA MÓVILES es una gran empresa perteneciente al sector de telecomunicaciones y no una pequeña o mediana empresa. La Agencia Estatal de



Administración Tributaria toma como referencia para determinar cuándo estamos en presencia de una PYME o de una gran empresa que el volumen de actividad de la entidad superior a 6 millones de euros, cifra que claramente supera la denunciada.

Sobre la reincidencia, (apartado g del artículo 45.4 LOPD), tanto el acuerdo de inicio como la propuesta de resolución estimaron que estaba presente esta agravante, de acuerdo con el artículo 29.3. d, de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, que al referirse a la aplicación del principio de proporcionalidad advierte que se deberán tomar en consideración, entre otros criterios, “La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa”. Se mencionaron a tal fin en el acuerdo de inicio del expediente y en la propuesta las resoluciones sancionadoras dictadas por la Agencia en los expedientes PS 005/2017 y PS 638/2017 abiertos a XFERA MÓVILES.

Alega sin embargo XFERA MÓVILES en su escrito de respuesta a la propuesta de resolución que la resolución sancionadora dictada en este último expediente (PS 638/2017), habida cuenta de que se firmó el 18/05/2016, no se adecúa a las condiciones descritas por el artículo 29.3 de la Ley 40/2015.

Constatado que es así, en la resolución que nos ocupa hemos de estimar que no existen motivos que justifiquen la aplicación de la agravante descrita en el artículo 45.5.g) LOPD, por lo que no procede su aplicación.

Tomando en consideración que se aprecian como agravantes de la conducta objeto de valoración las circunstancias descritas en los apartados a, c, y d, del artículo 45.4 LOPD, se acuerda imponer a XFERA MÓVILES una sanción de 50.000 euros -cuantía próxima al mínimo previsto para las infracciones graves en el artículo 45.2, LOPD- por vulneración del artículo 6.1 de la citada Ley Orgánica, subsumible en el artículo 44.3.b, LOPD.>>

IV

Debido a razones de funcionamiento del órgano administrativo, por ende, no atribuibles al recurrente, hasta el día de la fecha no se ha emitido el preceptivo pronunciamiento de esta Agencia respecto a la pretensión del interesado.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la LPACAPel sentido del silencio administrativo en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones es desestimatorio.

Con todo, y a pesar del tiempo transcurrido, la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación, según dispone el art. 21.1 de la citada LPACAP. Por tanto, procede emitir la resolución del recurso de reposición interpuesto.

V



Como ha quedado expuesto los motivos de impugnación invocados por la recurrente no pueden prosperar.

Así pues, no habiendo aportado la recurrente hechos nuevos ni argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada,

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,
la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por XFERA MÓVILES, S.A. contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 19 de noviembre de 2018, en el procedimiento sancionador PS/00202/2018.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad XFERA MÓVILES, S.A., con NIF A 82528548.

TERCERO: Advertir a la entidad sancionada que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 ES00 0000 0000 0000 0000 0000, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. o 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 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 y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer 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 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) 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 LPACAP. 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