

***Procedimiento nº.: PS/00452/2019**

180-100519

Recurso de reposición Nº RR/00326/2020

Examinado el recurso de reposición interpuesto por ORANGE ESPAGNE, S.A.U. contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00452/2019, y en base a los siguientes:

HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de junio de 2020, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00452/2019, en virtud de la cual se imponía a una sanción de 80.000 euros, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 6.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en lo sucesivo RGPD), infracción tipificada en el artículo 83.5 a) del RGPD y calificada de muy grave en el artículo 72.1. a) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDPGDD).

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 25 de junio de 2020, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en la LOPDPGDD, y supletoriamente en la LPACAP, en materia de tramitación de procedimientos sancionadores.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00452/2019, quedó constancia de los siguientes:

PRIMERO. - Consta que los datos del reclamante han sido utilizados para la contratación fraudulenta de las siguientes líneas: *****TELEFONO.1, ***TELEFONO.2, ***TELEFONO.3, ***TELEFONO.4, ***TELEFONO.5 y ***TELEFONO.6**, y también consta su inclusión en el fichero de solvencia patrimonial Asnef.

SEGUNDO. - Oficio del Cuerpo Nacional de Policía -Comisaría Local de Mérida- de fecha 11 de febrero de 2019 dirigido al Juzgado de Instrucción nº 1 de Mérida ampliatorio de las Diligencias Policiales número 4602 de fecha 6 de julio de 2018, en las que el recurrente a través de denuncia manuscrita ponía en conocimiento de la Policía Nacional posibles ilícitos penales cometidos hacia su persona y hacia su padre (**A.A.A.**).

TERCERO. - Diligencias número 828632/2018 AT USCIGUALADA practicadas por la Dirección General de la Policía -Generalitat de Catalunya- de fecha 18 de septiembre de 2018 como consecuencia de la denuncia formulada por **B.B.B.** por un presunto delito de estafa por parte de la denunciada **C.C.C.**

CUARTO. - Cédula de citación en el Procedimiento: PREVIAS 440/2018 D acordada por el Juzgado de Instrucción núm 5 de Igualada dirigida a la denunciada **C.C.C.** para prestar declaración en calidad de investigada.

QUINTO. - Auto del Juzgado Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Mérida de fecha 18 de marzo de 2019, DPA Diligencias Previas Proc. Abreviado 0000322/2018 por el que se decreta la búsqueda, detención y puesta a disposición judicial de **C.C.C.**.

SEXTO. - Seis ficheros de audio de las grabaciones correspondientes a la contratación de distintos servicios de telecomunicaciones con la operadora ORANGE, por parte de varias personas con desiguales voces, en nombre del recurrente. En concreto, según ha expuesto este último:

En los ficheros 20130226175518_000001301_14_155 y 20130226175518_000001302_14_155, la voz es de **C.C.C.**, persona denunciada por el recurrente ante la policía de Mérida.

En los ficheros 20130831123000_000003282_21_222 y 20141217120502_000007492_21_222, la voz es de su padre, **A.A.A.**.

En los ficheros 20140612120501_000002896_21_222 y 20140817120501_000001578_21_222, la voz es del hijo de **C.C.C.**, su nombre es **D.D.D.**.

SÉPTIMO. - Respuesta recibida por el reclamado con fecha de 9 de septiembre de 2018 procedente de la reclamada manifestando que han podido comprobar que los contratos y grabaciones revisten plena apariencia de legalidad.

TERCERO: ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en fecha 15 de julio de 2020, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo básicamente en los mismos hechos y argumentos expuestos en las alegaciones a la propuesta de resolución, es decir *“de la nulidad o anulabilidad de todos los actos tramitados en los expedientes E/004416/2018 y PS/00452/2019, por aplicación de los dispuesto en los artículos 47.1ª y 48.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, de la prescripción de la infracción del artículo 6.1 del RGPD tipificada en el artículo 83.5 a) de la citada norma y subsidiariamente de no estimarse la citada anulación, acuerde el archivo del expediente por prescripción de la conducta infractora; subsidiariamente, de no estimarse la prescripción, acuerde el archivo del PS/00452/2019 sin imposición de sanción alguna; subsidiariamente, de no estimarse el citado archivo dicte una nueva Resolución en la que se imponga una sanción graduada en los términos que Orange siempre tuvo el pleno conocimiento de que los datos que se aportaron el proceso de*

contratación eran reales y no pudo llegar a advertir la posibilidad de hallarse ante una presunta contratación fraudulenta”.

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 48.1 de la LOPDPGDD.

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por el recurrente, reiterándose básicamente en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho del II al IV ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

“”II

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

“1. El tratamiento sólo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

- a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;*
- b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;*

(...)”

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

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

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

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

consideradas muy graves” dispone:

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

(...)

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

III

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

En base a lo anteriormente expuesto, en el caso analizado, queda en entredicho la diligencia empleada por parte de la reclamada para identificar a las personas que realizaron la contratación en nombre del reclamante.

Es de señalar que la parte reclamada en el escrito del 9 de septiembre de 2018 dirigida al reclamante manifestaba lo siguiente:

“Le informamos que en virtud de la reclamación interpuesta por usted ante la Agencia Española de Protección de Datos se ha procedido a un estudio por el Grupo de Análisis de Riesgos de esta mercantil en aras a determinar la existencia de irregularidades en las contrataciones realizadas a su nombre.

En este sentido, se ha podido comprobar la existencia de contratos y grabaciones de la empresa verificadora del proceso de contratación telefónica en las que otorga consentimiento para la activación de las líneas *****TELEFONO.5, ***TELEFONO.1, ***TELEFONO.2, ***TELEFONO.4, ***TELEFONO.3** y *****TELEFONO.6**, revistiendo las mismas plena apariencia de legalidad. Asimismo, se ha verificado que se han venido abonando las facturas generadas por los servicios contratados, encontrándose actualmente pendiente de pago un importe de 13.403,19 euros correspondientes a las facturas emitidas entre el 26/06/2015 y el 26/07/2016.

Por tanto, dado que no se ha podido evidenciar la existencia de irregularidades en las contrataciones efectuadas que permitan a esta mercantil catalogar las contrataciones objeto de controversia como fraudulentas, así como tampoco ha sido aportada la correspondiente denuncia policial absolutamente necesaria, esta mercantil no está capacitada para atribuir falsedad al alta de líneas en las que se han cumplido los requisitos normativos de contratación. Dicho esto, la deuda que actualmente mantiene en esta mercantil se considera cierta, vencida y exigible.”

Pues bien, por parte de la reclamada no se ha atendido la reclamación del reclamante; no habiendo quedado suficientemente acreditado que el tratamiento de los datos personales se haya realizado conforme a los preceptos señalados anteriormente; habiéndose constatado que Orange ha asociado los datos personales del reclamante al alta de seis líneas de telefonía que niega haber contratado.

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.

Los datos personales del reclamante fueron registrados en los ficheros de la reclamada e inclusión en el fichero de información crediticia Asnef y fueron tratados para la emisión de facturas por servicios asociados al reclamante. En consecuencia, ha efectuado un tratamiento de los datos personales sin que haya acreditado que cuente la habilitación legal para ello.

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

En definitiva, la reclamada no ha aportado documento o elemento probatorio alguno que evidencie que la entidad, ante tal situación, hubiera desplegado la diligencia mínima exigible para verificar que efectivamente su interlocutor era el que afirmaba ostentar.

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

Por otro lado, respecto a las alegaciones efectuadas por la reclamada, se observa en primer lugar que la prescripción no se produjo dado que consta en los ficheros de la entidad la deuda pendiente y Orange realizó acciones de recobro de la deuda y por lo tanto hubo tratamiento de datos, tal como manifiesta la reclamada en su escrito de 9 de septiembre de 2018.

Por otra parte, tal como reconoce la reclamada en la redacción de los artículos 64.2 párrafos primero y segundo y 65.1, 2 y 4 de la LOPDGDD no se establece de manera expresa la obligatoriedad de la notificación de la Resolución de no admisión a trámite de la reclamación, ni la Resolución estimatoria del recurso de reposición.

Hay que señalar, que la referencia que hace la reclamada al artículo 118.1 de la LPACAP, que “cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario, se pondrán de manifiesto a los interesados para



que en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes que estimen procedentes”.

Pues bien, el presente procedimiento sancionador no se refiere a nuevos hechos, son los mismos. Así pues, el procedimiento sancionador se ha abierto con todas las garantías legales y por lo tanto no ha lugar a dicho alegato.

Respecto al fondo de la controversia, como indica la SAN de 12 de mayo de 2014, “Grabación telefónica a la que no puede otorgarse validez a efectos de consentimiento inequívoco, no sólo porque no se hace alusión a dicho consentimiento sino, sobre todo, porque tal consentimiento del artículo 6.1 LOPD ha de ser de la titular de los datos personales y en el presente supuesto es evidente que no lo es, puesto que la voz que figura en la grabación es masculina y no femenina.

Por otra parte, y por lo que respecta a la pretendida existencia de consentimiento tácito como consecuencia del pago de facturas de la electricidad por parte del denunciante. Ese pago no significa, como esta Sala ha declarado en ocasiones anteriores, la conformidad de la afectada con que se sigan tratando sus datos personales por parte de ...”

La falta de diligencia desplegada por la entidad en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa de protección de datos de carácter personal es, pues, evidente. Un cumplimiento diligente del principio de licitud en el tratamiento de datos de terceros requiere que la responsable del tratamiento esté en condiciones de probarlo (principio de responsabilidad proactiva).

IV

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

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

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

a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;

b) la intencionalidad o negligencia en la infracción;



c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados;

d) el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32;

e) toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento;

f) el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción;

g) las categorías de los datos de carácter personal afectados por la infracción;

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

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

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

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

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

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

a) El carácter continuado de la infracción.

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

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

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

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



f) *La afectación a los derechos de los menores.*

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

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

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

Como criterios agravantes:

- *En el presente caso estamos ante una acción negligente no intencional, pero significativos identificados (artículo 83.2 b).*
- *Se encuentran afectados identificadores personales básicos (nombre, un número de identificación, el identificador de línea) (artículo 83.2 g).*

El balance de las circunstancias contempladas en el artículo 83.2 del RGPD, con respecto a la infracción cometida al vulnerar lo establecido en su artículo 6 permite fijar una sanción de 80.000 euros (ochenta mil euros), tipificada como “muy grave”, a efectos de prescripción de la misma, en el artículo 72.1.b) de la LOPDGDD.”

Por tanto, analizadas las alegaciones efectuadas en el presente recurso potestativo de reposición, se comprueba que no se han aportado en ellas nuevos argumentos jurídicos que permitan reconsiderar el sentido de la resolución sancionadora dictada en fecha 23 de junio de 2020.

III

En consecuencia, en el presente recurso de reposición, el recurrente no ha aportado nuevos hechos o 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 ORANGE ESPAGNE, S.A.U. contra la resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 23 de junio de 2020, en el procedimiento sancionador PS/00452/2019.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U..

TERCERO: Advertir al sancionado 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, 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 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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), los interesados podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

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

