

936-031219

- **Procedimiento N°: PS/00198/2020**

RESOLUCIÓN R/00399/2020 DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR PAGO VOLUNTARIO

En el procedimiento sancionador PS/00198/2020, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.**, y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 13 de julio de 2020, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.** (en adelante, el reclamado), mediante el Acuerdo que se transcribe:

<<

Procedimiento N°: PS/00198/2020

935-200320

ACUERDO DE INICIO DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: D. **A.A.A.** (en adelante, el reclamante) con fecha 29 de diciembre de 2019 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra Telefónica Móviles España, S.A.U. con NIF A78923125 (en adelante, la reclamada).

El reclamante manifiesta que desde el año 2015 Movistar utiliza su línea móvil (*****TELEFONO.1**), para realizar pruebas, para formar a sus empleados y también efectúa accesos no autorizados a su ficha de cliente, e inclusive en tiendas y centro de atención telefónica, por lo que muestra su disconformidad por la serie de SMS recibidos en su línea, los cuales no le corresponden.

Además, expone que desde octubre ha recibido un total de 534 llamadas del número (1002) las cuales ha tenido que bloquear, dado que son un acoso por parte de la reclamada.

Aporta como prueba de su reclamación, los SMS recibidos y las llamadas del 1002.

SEGUNDO: De conformidad con el artículo 65.4 de la LOPGDD, que ha previsto un mecanismo previo a la admisión a trámite de las reclamaciones que se formulen ante la AEPD, consistentes en trasladarlas a los Delegados de Protección de Datos designados por los responsables o encargados del tratamiento, a los efectos previstos en el artículo 37 de la citada norma, o a éstos cuando no los hubiere designado, se dio traslado de la reclamación a la entidad reclamada para que procediese a su análisis y diera respuesta a la parte reclamante y a esta Agencia en el plazo de un mes.

Como resultado de este trámite, con fecha 11 de junio de 2020, la reclamada manifiesta que procede a remitir carta al reclamante a través de la dirección de su correo electrónico y le informan que han tomado nuevas medidas quedando bloqueada dicha numeración a efectos internos al objeto que no pueda ser utilizada, así como para las campañas de comunicación.

Adjuntan copia de la carta remitida al reclamante.

Por otra parte, indica que el reclamante ejercitó su derecho de acceso el cual fue respondido mediante carta el 10 de abril de 2017.

A continuación, exponen que han analizado el detalle de los SMS que aporta como prueba el reclamante y observan que, aunque se habían tomado medidas con dichas numeraciones, actualmente se han fortalecido las mismas y han adoptado nuevas medidas, siempre intentando erradicar el problema que existe con su numeración.

Eso sí, señalan que no puede impedir que otros remitentes envíen comunicaciones a la línea objeto de la reclamación. Sin embargo, han implementado

distintos desarrollos que eviten la introducción manual de la citada línea por parte de agentes comerciales y/ o terceras personas, reforzando nuevamente el bloqueo de cualquier SMS procedente de los distintos sistemas y plataformas que emiten mensajes relacionados con cualquier área de negocio en el entorno Movistar. Es por lo que tienen implantadas medidas desde el año 2014 al objeto de impedir el tratamiento no autorizado de los datos de carácter personal del reclamante.

En este sentido, en mayo de 2016 publicaron un comunicado en la herramienta de información que tienen a disposición los distintos agentes que atienden el 1004 denominada “Eclipse” en el segmento de empresas al que está asociado el reclamante con la advertencia de no utilizar la citada línea para hacer pruebas ni como dato de contacto. En julio de 2017 publicó el mismo comunicado para el segmento residencial, y en junio de 2018 reforzó la operativa a través de los coordinadores de centros de atención al cliente.

En cualquier caso, señalan que han implantado nuevas medidas respecto a la citada numeración objeto de la reclamación:

1.- Han modificado la entrada de OOSS (Ordenes de Servicio), por lo que en caso quedara algún campo en blanco por falta de información no se podrá incluir la citada numeración.

2.- También han modificado las OOSS en “vuelo” con el mismo criterio anterior y actualmente ya se encuentra dicha modificación ejecutada.

3.- Desde logística han procedido a su vez a la inhibición de dicha numeración, para cualquier comunicación de una avería, no pudiendo en ningún caso incluirlo como número de contacto.

4.- Han revisado nuevamente todas las medidas adoptadas y han introducido un mensaje de informativo que se incluye en los frontales en caso se intentara introducir dicha numeración por error.

“Este teléfono pertenece a un cliente real, su uso indebido está prohibido”

TERCERO: El resultado del trámite de traslado iniciado en el Hecho anterior no permitió entender satisfechas las pretensiones del reclamante. En consecuencia, con fecha 19 de junio de 2020, a los efectos previstos en su artículo 64.2 de la LOPDGDD, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó admitir a trámite la reclamación presentada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del RGPD reconoce a cada autoridad de control, y según lo establecido en los artículos 47 y 48 de la LOPDGDD, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para iniciar y para resolver este procedimiento.

II

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

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

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;

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

(...)”

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

“5. Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20.000.000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4% como máximo del

volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:

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

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

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

(...)

a) El tratamiento de datos personales sin que concorra 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.

La reclamada ha reconocido dicho error y ha señalado que han analizado el detalle de los SMS que aporta como prueba el reclamante y manifiestan que aunque habían tomado medidas con dichas numeraciones, actualmente se han fortalecido las mismas y han adoptado nuevas medidas, siempre intentando erradicar el problema que existe con su numeración.

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

IV

La determinación de la sanción que procede imponer en el presente caso exige observar las previsiones de los artículos 83.1 y 83.2 del RGPD, preceptos que, respectivamente, disponen lo siguiente:

“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.” (El subrayado es de la AEPD)

A fin de concretar la cuantía de la sanción a imponer a la reclamada por vulneración del artículo 83.5.a) del RGPD, es imprescindible examinar y valorar si concurren las circunstancias descritas en el artículo 83.2 del RGPD y si intervienen atenuando o agravando la responsabilidad de la entidad responsable.

De acuerdo con los preceptos transcritos, y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción del procedimiento, a efectos de fijar el importe de la sanción de multa a imponer en el presente caso se considera a la parte reclamada como responsable de una infracción tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD, en una valoración inicial, se estiman concurrentes los siguientes factores.

Como agravantes los siguientes:

- En el presente caso estamos ante una acción negligente sobre datos significativos que permiten la identificación de una persona (artículo 83.2 b).
- Se encuentran afectados identificadores personales básicos (nombre, un número de identificación, el identificador de línea) (artículo 83.2 g).
 - Apartado k), en relación con el artículo 76.2 de la Ley Orgánica 3/2018, en el que se encuadra como agravante el carácter continuado de la infracción atribuida a la reclamada.
 - La evidente vinculación entre la actividad empresarial de la reclamada y el tratamiento de datos personales de clientes o de terceros (artículo 83.2 K, del RGPD en relación con el artículo 76.2 b, de la LOPDGDD).

Es por lo que se considera procedente graduar la sanción a imponer a la reclamada y fijarla en la cuantía de 75.000 € por la infracción del artículo 6 del RGPD.

Por lo tanto, a tenor de lo anteriormente expuesto,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. INICIAR PROCEDIMIENTO SANCIONADOR a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., con NIF A78923125, por la presunta infracción del artículo 6 del RGPD tipificada en el artículo 83.5.a) del citado RGPD.
2. NOMBRAR como instructor a D. **R.R.R.** y como secretaria a Dña. **S.S.S.**, indicando que cualquiera de ellos podrá ser recusado, en su caso, conforme a lo establecido en los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).
3. INCORPORAR al expediente sancionador, a efectos probatorios, la reclamación interpuesta por el reclamante y su documentación anexa, los requerimientos informativos que la Subdirección General de Inspección de Datos remitió a la entidad reclamada en la fase de investigación previa y sus respectivos acuses de recibo.
4. QUE a los efectos previstos en el art. 64.2 b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la sanción que pudiera corresponder sería de 75.000 euros (setenta y cinco mil euros), sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.
5. NOTIFICAR el presente acuerdo a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., con NIF A78923125, otorgándole un plazo de audiencia de diez días hábiles para que formule las alegaciones y presente las pruebas que considere convenientes. En su escrito de alegaciones deberá facilitar su NIF y el número de procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento.

Si en el plazo estipulado no efectuara alegaciones a este acuerdo de inicio, el mismo podrá ser considerado propuesta de resolución, según lo establecido en el artículo 64.2.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 de la LPACAP, en caso de que la sanción a imponer fuese de multa, podrá reconocer su responsabilidad dentro del plazo otorgado para la formulación de alegaciones al presente acuerdo de inicio; lo que llevará aparejada una reducción de un 20% de la sanción que proceda imponer en el presente procedimiento. Con la aplicación de esta reducción, la sanción quedaría establecida en 60.000 euros, resolviéndose el procedimiento con la imposición de esta sanción.

Del mismo modo podrá, en cualquier momento anterior a la resolución del presente procedimiento, llevar a cabo el pago voluntario de la sanción propuesta, lo que supondrá la reducción de un 20% de su importe. Con la aplicación de esta reducción, la sanción quedaría establecida en 60.000 euros y su pago implicará la terminación del procedimiento.

La reducción por el pago voluntario de la sanción es acumulable a la que corresponde aplicar por el reconocimiento de la responsabilidad, siempre que este reconocimiento de la responsabilidad se ponga de manifiesto dentro del plazo concedido para formular alegaciones a la apertura del procedimiento. El pago voluntario de la cantidad referida en el párrafo anterior podrá hacerse en cualquier momento anterior a la resolución. En este caso, si procediera aplicar ambas reducciones, el importe de la sanción quedaría establecido en 45.000 euros.

En todo caso, la efectividad de cualquiera de las dos reducciones mencionadas estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

En caso de que optara por proceder al pago voluntario de cualquiera de las cantidades señaladas anteriormente, 60.000 euros o 45.000 euros, deberá hacerlo efectivo mediante su ingreso en la cuenta nº ES00 0000 0000 0000 0000 0000 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A., indicando en el concepto el número de referencia del procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento y la causa de reducción del importe a la que se acoge.

Asimismo, deberá enviar el justificante del ingreso a la Subdirección General de Inspección para continuar con el procedimiento en concordancia con la cantidad ingresada.

El procedimiento tendrá una duración máxima de nueve meses a contar desde la fecha del acuerdo de inicio o, en su caso, del proyecto de acuerdo de inicio. Transcurrido ese plazo se producirá su caducidad y, en consecuencia, el archivo de actuaciones; de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la LOPDGDD.

Por último, se señala que conforme a lo establecido en el artículo 112.1 de la LPACAP, contra el presente acto no cabe recurso administrativo alguno.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos

>>

SEGUNDO: En fecha 7 de agosto de 2020, el reclamado ha procedido al pago de la sanción en la cuantía de **45000 euros** haciendo uso de las dos reducciones previstas en el Acuerdo de inicio transcrito anteriormente, lo que implica el reconocimiento de la responsabilidad.

TERCERO: El pago realizado, dentro del plazo concedido para formular alegaciones a la apertura del procedimiento, conlleva la renuncia a cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción y el reconocimiento de responsabilidad en relación con los hechos a los que se refiere el Acuerdo de Inicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del RGPD reconoce a cada autoridad de control, y según lo establecido en el art. 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para sancionar las infracciones que se cometan contra dicho Reglamento; las infracciones del artículo 48 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo LGT), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.3 de la LGT, y las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en lo sucesivo LSSI), según dispone el artículo 43.1 de dicha Ley.

II

El artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPACAP), bajo la rúbrica “Terminación en los procedimientos sancionadores” dispone lo siguiente:

“1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.

2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.

3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí. Las citadas reducciones, deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente.

De acuerdo con lo señalado,

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

PRIMERO: DECLARAR la terminación del procedimiento **PS/00198/2020**, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la LPACAP.

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

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

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa según lo preceptuado por el art. 114.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos