

- **Procedimiento N°: PS/00085/2021**

RESOLUCIÓN R/00248/2021 DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR PAGO VOLUNTARIO

En el procedimiento sancionador PS/00085/2021, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A., B.B.B., C.C.C.**, y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 9 de marzo de 2021, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.** (en adelante, el reclamado), mediante el Acuerdo que se transcribe:

<<

Procedimiento N°: PS/00085/2021

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 reclamante 1), Dña. **B.B.B.** (en lo sucesivo reclamante 2) y D. **C.C.C.** (en adelante reclamante 3) con fechas 24 de octubre de 2019, 13 de noviembre de 2019, y 22 de julio de 2020, respectivamente, interpusieron reclamaciones ante la Agencia Española de Protección de Datos. Las reclamaciones se dirigen contra Vodafone España, S.A.U. con CIF A80907397 (en adelante, la reclamada).

Los reclamantes manifiestan que la entidad reclamada no dio de baja sus datos personales de sus ficheros, una vez que concluyó el contrato de telefonía suscrito.

Así las cosas, señalan que siguen recibiendo SMS con facturas de importe cero.

Que según los reclamantes tuvieron lugar los hechos en los siguientes periodos: durante el último año (reclamante 1), durante los dos últimos años (reclamante 2) y durante los últimos 7 meses (reclamante 3) con anterioridad a la presentación de las presentes reclamaciones.

Y, entre otra, aportan la siguiente documentación:

Reclamante 1

- Aviso por SMS de nueva factura disponible con fecha de pago de 20 de septiembre de 2019.

Reclamante 2

- Reclamación ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de *****LOCALIDAD.1** (Ref. 1252/19) donde figura una factura emitida por la reclamada con fecha de 15 de septiembre de 2019.

Reclamante 3

- Factura remitida por la reclamada con fecha de 15 de julio de 2020.
- Solicitud realizada por email con fecha de 21 de julio de 2020 de cese de emisión de facturas y comunicaciones.
- Contestación de la reclamada indicándole diversos procedimientos a seguir para solucionar la incidencia.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante y de los hechos y documentos de los que ha tenido conocimiento esta Agencia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión, en virtud de los poderes de investigación otorgados a las autoridades de control en el artículo 57.1 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), y de conformidad con lo establecido en el Título VII, Capítulo I, Sección segunda, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD).

Como resultado de las actuaciones de investigación practicadas, se constata que el responsable del tratamiento es la reclamada.

Asimismo, se constatan los siguientes extremos:

1. Los antecedentes que constan son los siguientes:

Expedientes de traslado de las reclamaciones E/11384/2019, E/00232/2020 y E/06666/2020.

En estos expedientes se dio traslado de las reclamaciones presentadas en esta Agencia a la reclamada.

Con fechas de 9 y 23 de enero de 2020, y 21 de septiembre de 2020 se reciben escritos de alegaciones a los traslados de las reclamaciones remitidos por la reclamada manifestando que los datos personales de los interesados no fueron eliminados adecuadamente debido a una avería en los sistemas internos de la reclamada. En los tres casos se remitió a los reclamantes un escrito en el que se le informa de las causas que han generado la incidencia y de que sus datos han sido definitivamente eliminados.

Y adjuntan, entre otros, los siguientes documentos:

- Carta con fecha de 9 de enero de 2020 remitida al reclamante 1 informándole de que en cuanto se resuelvan la avería de los sistemas de la reclamada sus datos serían eliminados.
- Carta con fecha de 23 de enero de 2020 remitida a la reclamante 2 informándola de que se había tratado de un error informático y que habían procedido a suprimir sus datos de sus sistemas.
- Carta con fecha de 17 de septiembre de 2020 remitida al reclamante 3 informándole de que se había tratado de un error informático y que habían procedido a suprimir sus datos de sus sistemas.

Con fecha de 7 y 11 de febrero y 27 de septiembre de 2020, se acuerda admitir a trámite las reclamaciones presentadas por los reclamantes. Se notifica a la reclamada con fechas de 10, 14 de febrero y 6 octubre de 2020.

Con fecha de 3 de marzo de 2020 se recibe en esta Agencia, con número de registro, 010434/2020, escrito de alegaciones a la resolución de admisión a trámite manifestando que los datos del reclamante 1 ya habían sido suprimidos de sus sistemas.

Y, entre otros documentos, adjuntan:

- Carta remitida al reclamante 1 informándole de este hecho.

Con fecha de 2 de junio de 2020 se solicita a la reclamada el estado de solución de los errores detectados tras las reclamaciones de los reclamantes 1 y 2. Con fecha de 10 de junio de 2020 se recibe en esta Agencia, con número de registro 019403/2020, escrito de contestación manifestando que habían comprobado que los datos de los reclamantes 1 y 2 habían sido cancelados por lo que daban las incidencias como resueltas.

Con fecha de 22 de julio de 2020 se recibe nueva reclamación por los mismos hechos sobre los que la reclamada manifestó, en la contestación al traslado de la reclamación, que la emisión de facturas se debió a otro error en sus sistemas.

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

Los hechos reclamados se concretan en el tratamiento de los datos de los reclamantes por parte de la reclamada sin legitimación para ello, mediante el envío de SMS a los teléfonos móviles de los reclamantes informándoles de la generación de facturas a su nombre, cuando ya había finalizado su relación contractual y la reclamada había manifestado: *“de que sus datos han sido definitivamente eliminados”*.

Dicho tratamiento podría ser constitutivo de una infracción del artículo 6, *Licitud del tratamiento*, del RGPD que establece que:

“1. El tratamiento solo 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;

(...)”

En el artículo 4 del RGPD, Definiciones, en su apartado 11, señala que:

“11) «consentimiento del interesado»: toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

También el artículo 6, *Tratamiento basado en el consentimiento del afectado*, de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), señala que:

“1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.

2. Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas.

3. No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”.

El artículo 83.5 a) del RGPD, considera que la infracción de *“los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9”* es sancionable, de acuerdo con el apartado 5 del mencionado artículo 83 del citado Reglamento, *“con multas administrativas de 20.000.000€ 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”.*

Por otra parte, la LOPDGDD a efectos de prescripción señala en su artículo 72:
“Infracciones consideradas muy graves:

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

(...)

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

(...)”

III

La documentación obrante en el expediente ofrece indicios evidentes de que la reclamada vulneró el artículo 6 del RGPD, toda vez que realizó el tratamiento de los datos personales de los reclamantes sin que tuviese ninguna legitimación para ello, materializado en que continúan recibiendo SMS enviados al móvil relativos a la facturación, a pesar de que solicitó en el pasado la eliminación de sus datos y la reclamada le garantizó que ya no le volverían a llegar avisos similares.

Es importante resaltar que por parte de esta Agencia se trasladaron las reclamaciones efectuadas por los reclamantes a la reclamada dando lugar a los expedientes E/11384/2019, E/00232/2020 y E/06666/2020.

Pues bien, con fecha de 2 de junio de 2020 se solicita a la reclamada el estado de solución de los errores detectados tras las reclamaciones de los reclamantes 1 y 2.

Así consta que el 10 de junio de 2020 manifiesta la reclamada que los datos de los reclamantes 1 y 2 habían sido cancelados por lo que daban las incidencias como resueltas.

Teniendo lo anterior en cuenta, el 22 de julio de 2020 se recibe una nueva reclamación por los mismos hechos sobre los que la reclamada manifestó, en la contestación al traslado de la reclamación, que la emisión de facturas se debió a otro error en sus sistemas.

En consecuencia, ha efectuado un tratamiento de los datos personales sin que haya acreditado que cuenta con la habilitación legal para ello.

IV

A fin de establecer la multa administrativa que procede imponer han de observarse las previsiones contenidas en los artículos 83.1 y 83.2 del RGPD, que señalan:

“1. 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, 5 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. 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.

En relación con la letra k) del artículo 83.2 del RGPD, la LOPDGDD, en su artículo 76, “Sanciones y medidas correctivas”, establece que:

“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, 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 a la entidad reclamada por la infracción tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD de la que se responsabiliza a la reclamada, en una valoración inicial, se estiman concurrentes los siguientes factores:

b). En el presente caso estamos ante una acción negligente grave (artículo 83.2 b).

Se encuentran afectados identificadores personales básicos (nombre apellidos, número del teléfono móvil) (artículo 83.2 g).

La evidente vinculación entre la actividad empresarial de la reclamada y el tratamiento de datos personales de clientes o de terceros (art. 83.2 k en relación con el art. 76. 2 b) de la LOPDGDD.

Toda infracción anteriormente cometida (artículo 83.2 e).

La grave falta de diligencia demostrada pues, después de haber comunicado a los reclamantes que atendía el derecho de oposición al tratamiento de sus datos, procedió de nuevo a enviarles comunicaciones comerciales.

De acuerdo con los preceptos indicados, y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción del procedimiento, a efectos de fijar el importe de la sanción a imponer en el presente caso, se considera que procede graduar la sanción a imponer de acuerdo con los siguientes criterios que establece el artículo 76.2 de la LOPDGDD:

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

El balance de las circunstancias contempladas en el artículo 83.2 del RGPD, con respecto a la infracción cometida al vulnerar lo establecido en su artículo 6.1 del RGPD permite fijar una sanción de 150.000 euros (ciento cincuenta mil euros), considerada como “muy grave”, a efectos de prescripción de la misma, en el 72.1.a de la LOPDGDD.

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 VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., con NIF A80907397, por la presunta infracción del artículo 6.1. del RGPD tipificada en el artículo 83.5.a) del citado RGPD.
1. NOMBRAR como instructor a D. **D.D.D.** y como secretaria a Dña. **E.E.E.**, 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).
2. INCORPORAR al expediente sancionador, a efectos probatorios, la reclamación interpuesta por el reclamante y su documentación anexa, la documentación de los E/11384/2019, E/00232/2020 y E/06666/2020.
3. 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 150.000 euros (ciento cincuenta mil euros), sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.
4. NOTIFICAR el presente acuerdo a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., con CIF A80907397, 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 120.000 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 120.000 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 120.000 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, 120.000 euros o 90.000 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 30 de marzo de 2021, el reclamado ha procedido al pago de la sanción en la cuantía de **90.000 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/00085/2021**, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la LPACAP.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **VODAFONE 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.

936-031219

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos