

938-0419

Procedimiento Nº: PS/00064/2019

## RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Del procedimiento instruido por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes

### ANTECEDENTES

PRIMERO: En fecha 19 de septiembre de 2018 tiene entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de Dña. **A.A.A.** (en adelante, la reclamante) en el que expone que VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. con NIF A80907397 (en lo sucesivo, Vodafone o reclamado), entidad que le ha pasado al cobro un servicio de Netflix que no había sido contratado por la reclamante y comprobó la compañía que el servicio o canal de TV era utilizado en el domicilio de otra persona, pues al parecer le habían jaqueado la cuenta bancaria y el número de teléfono de su cónyuge a través de Vodafone con el fin de darse de alta a través de un correo electrónico en dicho servicio.

Así las cosas, Vodafone les manifiesta que el servicio Netflix lo tienen contratado desde el 20 de febrero de 2018, siendo el primer mes gratuito y que han estado abonando cuatro meses de ese servicio sin haberlo contratado. Vodafone se niega a restituir el importe cobrado hasta el momento, que tan sólo el del mes de julio no se lo cobrarían. Que tanto Netflix como Vodafone procedieron a dar de baja el servicio y el pago a terceros.

La reclamante aporta copia de la siguiente documentación:

1. Solicitud de arbitraje ante la Junta Arbitral de Consumo de la Región de Murcia, de fecha 8 de agosto de 2018, contra Vodafone y Netflix.
2. Denuncia interpuesta ante la Dirección General de la Policía, de fecha 8 de agosto de 2018.
3. CD con las grabaciones de su teléfono móvil mantenidas con Vodafone y Netflix.
4. Facturas donde puede verse el cargo de 13,99 euros de Netflix.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados en la reclamación y de los documentos aportados por la reclamante y 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).

El primer requerimiento informativo se envió electrónicamente el 16 de octubre de 2018 y consta recibido por Vodafone el día 17 del mismo mes y año, tal y como lo acredita el documento denominado *“Confirmación de la Recepción de la Notificación”* de la Carpeta Ciudadana.

Vodafone, no respondió al requerimiento por lo que la AEPD lo reiteró a fin de que analizara la reclamación formulada por la reclamante y le comunicara la decisión que adoptara al respecto.

Este segundo requerimiento informativo se envió electrónicamente el 27 de noviembre de 2018 y consta recibido por Vodafone el 4 de diciembre del mismo año a las 11:40:35, tal y como lo acredita el documento denominado *“Confirmación de la Recepción de la Notificación”* de la Carpeta Ciudadana. Vodafone tampoco respondió al segundo requerimiento que le notificó esta Agencia.

Mediante Diligencia de fecha 14 de marzo de 2019 se incorpora al expediente administrativo la información que respecto a la entidad reclamada consta en el Registro Mercantil sobre su capital social suscrito y desembolsado -asciende a 483.391.632,20 euros- y sobre la fecha de inicio de las operaciones -el 27/05/1994-.

TERCERO: Con fecha 22 de marzo de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó 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 y calificada como infracción muy grave en el artículo 72.1.b) de la LOPDGD.

CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio, Vodafone presentó escrito de alegaciones en el que, en síntesis, manifiesta en primer lugar que tras la notificación del Acuerdo de inicio comprobó que las alegaciones que fueron preparadas en contestación al requerimiento de información E/7475/2018 por algún tipo de error que desconocen no fueron presentadas en esta Agencia.

Así las cosas, procedió a la resolución de la reclamación, que fue notificada a la reclamante, mediante carta que adjuntan de fecha 18 de diciembre de 2018, la cual fue entregada en su domicilio el 14 de febrero de 2019, tal como consta en el albarán de Correos que acompañan.

En dicha carta, se le informaba a la reclamante que se ha procedido a gestionar la baja del servicio de Netflix y a realizar un abono a su favor por importe de **67,71** euros por las cuotas abonadas por dicho servicio. Adjuntan copia de la nota de abono realizada.

El servicio consta en sus sistemas como dado de alta con fecha 20 de febrero de 2018 y como dado de baja el 23 de junio de 2018, de conformidad con las pantallas que aportan.

Añaden, que el alta en el servicio de Netflix por un tercero no ha sido responsabilidad de Vodafone ni fruto que se haya hackeado información del cónyuge de la reclamante, a través de Vodafone.

Por otra parte, señalan que para que un cliente se de alta en uno de los paquetes de Netflix el cliente debe realizar una actividad proactiva por su parte y un registro con autenticación previo. Por lo tanto, el proceso de alta en el servicio Netflix contiene las medidas de seguridad suficientes y estándar en el mercado, por lo que Vodafone no puede ser responsable de cómo sus clientes custodian sus terminales.

Finalmente manifiesta que se acuerde el sobreseimiento del presente expediente y el archivo de las actuaciones, y que subsidiariamente, la cuantía de dicha sanción deberá moderarse, imponiéndose en su cuantía mínima.

QUINTO: Con fecha 15 de abril de 2019, el instructor del procedimiento acordó la apertura de un período de práctica de pruebas, teniéndose por incorporadas las actuaciones previas de investigación, E/07475/2018, así como los documentos aportados por el reclamado.

SEXTO: Posteriormente, el 20 de mayo de este año, se dictó y se notificó a Vodafone la Propuesta de Resolución, por presunta infracción del artículo 6 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5 del RGPD, proponiéndose una multa de 40.000€.

Vodafone, el 3 de junio de 2019 presentó alegaciones a la Propuesta de Resolución, reiterándose en los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento y, es decir: que el alta en Netflix por un tercero no ha sido responsabilidad de Vodafone ni fruto de que se haya hackeado información del cónyuge de la reclamante, a través de Vodafone: la información necesaria y el acceso al móvil de la reclamante ambos requisitos necesarios para darse de alta en el servicio de Netflix, claramente ha sido obtenido por un tercero sin la intervención o responsabilidad de Vodafone, el alta sólo se puede hacer por el propio interesado a través de la plataforma habilitada al efecto y mediante un móvil Vodafone. Es requisito fundamental que el inicio del proceso de alta se haga a través de un número de línea móvil dada de alta en Vodafone y disponer del terminal donde se encuentra dicha tarjeta SIM con ese número en la mano para continuar con el proceso de alta.

Por otra parte, señala que para que un cliente se de alta en uno de los paquetes de Netflix el cliente debe realizar una actividad proactiva por su parte y un registro con autenticación previo. Por lo tanto, el proceso de alta en el servicio Netflix contiene las medidas de seguridad suficientes y estándar en el mercado, por lo que Vodafone no puede ser responsable de cómo sus clientes custodian sus terminales.

Añade que la reclamante denunció estos hechos ante la Junta Arbitral de Consumo en Murcia y ésta, tras analizar los hechos, procedió al archivo del expediente. Adjuntan copia del laudo.

Finalmente manifiesta que se acuerde el sobreseimiento del presente expediente y el archivo de las actuaciones.

### HECHOS PROBADOS

1.- El reclamado, ha pasado al cobro un servicio de Netflix que no había sido contratado por la reclamante y comprobó la compañía que el servicio o canal de TV era utilizado en el domicilio de otra persona, pues al parecer le habían jaqueado la

cuenta bancaria y el número de teléfono de su cónyuge a través de Vodafone con el fin de darse de alta a través de un correo electrónico en dicho servicio.

2.- Consta que el servicio Netflix lo tienen contratado desde el 20 de febrero de 2018, siendo el primer mes gratuito y que han estado abonando cuatro meses de ese servicio sin haberlo contratado. El reclamado se niega a restituir el importe cobrado hasta el momento, que tan sólo el del mes de julio no se lo cobrarían. Que tanto Netflix como Vodafone procedieron a dar de baja el servicio y el pago a terceros.

3.- Por esta Agencia, se envió dos requerimientos informativos al reclamado. El primero de ellos, se envió electrónicamente el 16 de octubre de 2018 y recibido por el reclamado el día 17 del mismo mes y año, tal y como lo acredita el documento denominado *“Confirmación de la Recepción de la Notificación”* de la Carpeta Ciudadana.

Vodafone, no respondió al requerimiento por lo que la AEPD lo reiteró a fin de que analizara la reclamación formulada por la reclamante y le comunicara la decisión que adoptara al respecto.

Este segundo requerimiento informativo se envió electrónicamente el 27 de noviembre de 2018 y consta recibido por Vodafone el 4 de diciembre del mismo año a las 11:40:35, tal y como lo acredita el documento denominado *“Confirmación de la Recepción de la Notificación”* de la Carpeta Ciudadana. Vodafone tampoco respondió al segundo requerimiento que le notificó esta Agencia.

4.- Con fecha 18 de diciembre de 2018, procedió el reclamado a la resolución de la reclamación. En dicha carta, se le informaba a la reclamante que se ha procedido a gestionar la baja del servicio de Netflix y a realizar un abono a su favor por importe de **67,71** euros por las cuotas abonadas por dicho servicio.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del RGPD reconoce a cada autoridad de control, y según lo establecido en el art. 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para resolver este procedimiento.

### II

Se imputa 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:*

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

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

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

*(...)*

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

### III

La documentación que obra en el expediente ofrece evidencias de que Vodafone, vulneró el artículo 6.1 del RGPD, toda vez que en primer lugar no contestó a los requerimientos de esta Agencia, tal como reconoce el reclamado en su escrito de alegaciones, aunque sí informó a la reclamante que procedía a gestionar la baja del servicio de Netflix y a realizar un abono a su favor por las cuotas abonadas por dicho servicio.

En segundo lugar, hay que señalar, que trató los datos personales de la reclamante. Entidad que le pasó al cobro un servicio de Netflix que no había sido contratado por la afectada.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en supuestos

como el que aquí se plantea, ha considerado que cuando el titular de los datos niega la contratación corresponde la carga de la prueba a quien afirma su existencia debiendo el responsable del tratamiento de datos de terceros recabar y conservar la documentación necesaria para acreditar el consentimiento del titular. Citamos, por todas, la SAN de 31/05/2006 (Rec. 539/2004), Fundamento de Derecho Cuarto.

Sin embargo, y esto es lo esencial, Vodafone no ha acreditado que el titular de los datos personales objeto de tratamiento prestara el consentimiento a la celebración de un contrato con la entidad reclamada.

En relación con lo alegado que el alta en el servicio de Netflix por un tercero no ha sido responsabilidad de Vodafone ni fruto que se haya hackeado información del cónyuge de la reclamante, a través de Vodafone, y que para que un cliente se de alta en uno de los paquetes de Netflix el cliente debe realizar una actividad proactiva por su parte y un registro con autenticación previo. Por lo tanto, el proceso de alta en el servicio Netflix contiene las medidas de seguridad suficientes y estándar en el mercado, por lo que Vodafone no puede ser responsable de cómo sus clientes custodian sus terminales. Es de reseñar, que estas aseveraciones son irrelevantes desde el punto de vista de la valoración que compete hacer a esta Agencia.

La razón es que Vodafone haya cumplido la obligación inexcusable que le impone la normativa de protección de datos de acreditar que recabó y obtuvo el consentimiento del titular de los datos para su tratamiento.

El reclamado no ha acreditado que la afectada hubiera otorgado su consentimiento, ni ha aportado documento o elemento probatorio alguno que lo evidencie, y no desplegó la diligencia mínima exigible para verificar que efectivamente su interlocutor era quien afirmaba ser.

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

En cuanto a lo alegado de que la reclamante denunció estos hechos ante la Junta Arbitral de Consumo en Murcia y ésta, tras analizar los hechos procedió al archivo del expediente.

A ello tenemos que añadir que, en los fundamentos del Laudo Arbitral se manifiesta que la controversia planteada no debe ser resuelta mediante arbitraje por darse dos motivos de exclusión:

- Pagos a terceros (Netflix)
- Interposición de denuncia ante la Dirección General de Policía (atestado 8924/2018).

Al respecto interesa destacar, que el archivo del expediente por parte de la Junta Arbitral no afecta al presente procedimiento, dado que a esta Agencia le incumbe velar

por el cumplimiento de la normativa reguladora del derecho de protección de datos de carácter personal, y Vodafone no ha acreditado que el titular de los datos personales objeto de tratamiento prestara su consentimiento.

#### 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 a VODAFONE, se estiman concurrentes los siguientes factores:

- 1 El alcance meramente local del tratamiento de datos efectuado por la reclamada.
- 2 La finalidad del tratamiento era la razonable en la hipótesis de que la reclamada estuviera legitimada para el tratamiento efectuado.
- 3 Sólo una persona ha resultado afectada por la conducta infractora.
- 4 El daño causado al afectado por el tratamiento de sus datos no llega a ser muy significativo.
- 5 La duración del tratamiento efectuado por la reclamada no se ha traducido en un daño o perjuicio grave.
- 6 No se tiene constancia de que la reclamada hubiera obrado dolosamente ni con una negligencia relevante.
- 7 La reclamada no adoptó ninguna medida para corregir los efectos de la infracción ni respondió a los dos requerimientos que le dirigió la Inspección de la AEPD.



- 8 Existe una evidente vinculación entre el tratamiento de datos de carácter personal y la actividad que desarrolla la reclamada.

Paralelamente, se valora como atenuante que el reclamado se dirigió a la afectada antes de iniciar el presente procedimiento y procedió a gestionar la baja del servicio de Netflix y a realizar un abono a su favor correspondiente a las cuotas abonadas por dicho servicio, siendo dada de alta el 20 de febrero de 2018 y de baja el 23 de junio del mismo año (más de 4 meses).

## V

Por lo tanto, de acuerdo con la legislación aplicable y valorados los criterios de graduación de las sanciones cuya existencia ha quedado acreditada,

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

**PRIMERO:** IMPONER a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., con NIF A80907397, por una infracción del Artículo 6 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD, una multa de 40.000,00 € (euros).

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

**TERCERO:** Advertir al sancionado que deberá hacer efectiva la sanción impuesta una vez que la presente resolución sea ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), en el plazo de pago voluntario establecido en el art. 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso, indicando el NIF del sancionado y el número de procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento, en la cuenta restringida nº ES00 0000 0000 0000 0000 0000, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. En caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDPGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la LPACAP, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente

recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

Mar España Martí  
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos