

- **Expediente N.º: EXP202207989**

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

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

ANTECEDENTES

PRIMERO: D. **A.A.A.** (en adelante, la parte reclamante) con fecha 13 de junio de 2022 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. con NIF A78923125 (en adelante, la parte reclamada o “TME”). Los motivos en que basa la reclamación son los siguientes:

La parte reclamante manifiesta que el 29 de julio de 2020, un tercero solicitó a “TME” el cambio de titularidad de su línea móvil, procediendo a realizar la parte reclamada dicha gestión sin ninguna comprobación.

Así las cosas, el reclamante tuvo conocimiento de lo ocurrido el día 5 de agosto de 2020, al efectuarse dicha modificación y quedarse sin línea, dado que el cambio llevaba aparejado una nueva tarjeta SIM.

Posteriormente, recuperó la citada línea, tras solicitar un duplicado de la tarjeta SIM.

No obstante, manifiesta que con anterioridad a la recuperación de la línea, el tercero se valió de la información contenida en el teléfono móvil de la parte reclamante para acceder a sus datos bancarios y realizar varias sustracciones fraudulentas de dinero de su cuenta.

Por otro lado, a raíz de lo ocurrido, a través del Instituto Galego de Consumo, solicita a la parte reclamada copia de la grabación de la llamada relativa al cambio de titularidad y cuando recibe la misma comprueba que, en dicha llamada, un tercero manifiesta que cuenta con el consentimiento del titular para realizar el cambio de línea a su nombre y facilita nombre, apellidos y DNI de ambos (siendo las dos letras finales del DNI, en ambos casos, erróneas).

Y, aporta la siguiente documentación relevante:

Denuncia formulada ante las dependencias de la Guardia Civil el día 6 de agosto de 2020.

Diligencias policiales por estafa bancaria dirigidas al Juzgado.

Atestados policiales de fechas 24 y 25 de septiembre de 2021.

Acta de la declaración del investigado y Providencia judicial de fecha 27 de abril de 2022.

Factura del duplicado de la tarjeta SIM.

Contestación de la reclamada a través de la cual aporta la grabación de la llamada y grabación de la llamada relativa al cambio de titularidad, así como transcripción de la misma.

SEGUNDO: De conformidad con el artículo 65.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGDD), se dio traslado de dicha reclamación a la parte reclamada, para que procediese a su análisis e informase a esta Agencia en el plazo de un mes, de las acciones llevadas a cabo para adecuarse a los requisitos previstos en la normativa de protección de datos.

El traslado, que se practicó conforme a las normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), fue recogido en fecha 1 de agosto de 2022 como consta en el acuse de recibo que obra en el expediente.

Con fecha 22 de septiembre de 2022 se recibe en esta Agencia escrito de respuesta indicando que en relación a los hechos reclamados, “TME” informa de que existe una solicitud de cambio de ICC de la tarjeta SIM del reclamante el día 5 de agosto de 2020 a las 17:45 horas a través de uno de sus Puntos de Venta. Ese mismo día a las 20:14 horas, tal como explica el reclamante en su escrito de reclamación, se solicita otro cambio de ICC para recuperar su línea.

Asimismo, manifiesta que “TME” cuenta con una operativa adecuada sobre el cambio de tarjetas SIM, indicando que cuando un cliente solicita el duplicado de una tarjeta SIM en una tienda Movistar, el procedimiento a seguir es el denominado “Cambio de tarjeta SIM”, que para clientes particulares de la marca comercial Movistar, como es el presente caso, consiste en lo siguiente: En caso de personas físicas la persona habilitada para llevar a cabo la gestión serían el titular de la línea sobre la que se solicita el duplicado, o un representante legal o autorizado por el titular.

Por otro lado, indican que para mayor grado de protección, en cuanto a la acreditación de la identidad del cliente, se establece un doble control: La identificación del cliente, entendiéndose por identificar la demostración o el reconocimiento de la identidad de la persona tanto verbalmente (cuando el cliente indica su número de DNI) como visualmente (cuando el cliente presenta su documento de identidad, lo que comporta un mayor nivel de seguridad).

TERCERO: De conformidad con el artículo 65 de la Ley LOPDGDD, cuando se presentase ante la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) una reclamación, ésta deberá evaluar su admisibilidad a trámite, debiendo notificar a la parte reclamante la decisión sobre la admisión o inadmisión a trámite, en el plazo de tres meses desde que la reclamación tuvo entrada en esta Agencia. Si, transcurrido este plazo, no se produjera dicha notificación, se entenderá que prosigue la tramitación de la reclamación con arreglo a lo dispuesto en el Título VIII de la Ley.

Dicha disposición también resulta de aplicación a los procedimientos que la AEPD hubiera de tramitar en ejercicio de las competencias que le fueran atribuidas por otras leyes. En este caso, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y que la reclamación se presentó en esta Agencia, en fecha 13 de junio de 2022, se comunica que su reclamación ha sido admitida a trámite, el día 13 de septiembre de 2022, al haber transcurrido tres meses desde que la misma tuvo entrada en la AEPD.

CUARTO: 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 las funciones asignadas a las autoridades de control en el artículo 57.1 y de los poderes otorgados en el artículo 58.1 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 LOPDGDD, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

El procedimiento establecido por Telefónica para el cambio de titularidad de la línea, vigente en el mes de julio de 2020, era el establecido a continuación:

“1. El cliente llama al 1004 solicitando la gestión de su cambio de titularidad y el agente comercial le solicita la identificación del nuevo titular del servicio, solicitando los datos de nombre y documento de identidad.

Adicionalmente, se solicitan los siguientes datos en función de si la citada persona ya consta dada de alta en nuestros sistemas o no:

a) si figura como cliente en planta: se solicita autorización para usar los datos de domicilio y cuenta bancaria que constan en las bases de datos, solicitando confirmación del número de calle y los 4 últimos dígitos de la cuenta.

b) clientes nuevos que no figuran en sus bases de datos: solicitud de domicilio, número de cuenta bancaria y titularidad.

2. Solicitud de identificación de los datos de titularidad del actual propietario de la línea, mediante indicación de su nombre, apellidos y documento de identidad.

3. En caso de verificación por parte del agente comercial de los datos aportados anteriormente, se solicita confirmación de que el antiguo titular consiente la cesión de la línea, afirmando conocer y asumir la situación de la misma y los servicios que tiene contratados.

Adicionalmente, se informa de que contactaremos con el antiguo titular para solicitar la autorización de la cesión.

4. Llamada al antiguo titular de la línea, al número que va a ser cedido, y tras solicitar que se identifique mediante su nombre, apellidos y número de identificación, confirme que está conforme con la citada cesión.

Lo anterior, era registrado mediante grabación telefónica para cada uno de los intervinientes, quedando custodiadas en sus sistemas a los efectos oportunos.

En caso de tratarse de cambios de titularidad a empresa o de DNI a Pasaporte, la gestión es derivada al canal presencial, donde el cliente deberá presentar la documentación correspondiente.

Detalle de si este procedimiento se aplicó o no para el caso de este cliente, y en caso de que no hubiese sido aplicado, motivos que lo hicieron posible.

En el presente caso, el agente comercial tan sólo realizó la grabación referente al nuevo titular de la línea, por lo que puede deducirse que no siguió el procedimiento establecido con respecto a la grabación de la llamada del antiguo titular.

Adjuntan como Anexo 1 copia de la grabación que sí quedó registrada en nuestros sistemas.

3. El anterior procedimiento fue modificado en octubre de 2020.

En este sentido, desde la citada fecha, cuando una persona interesada en dicha gestión se pone en contacto telefónico con nuestro servicio de atención al cliente, se desencadena la siguiente operativa:

1. El agente telefónico registra los datos del nuevo titular (nombre, documento de identidad y teléfono de contacto) y crea una tarea en nuestros sistemas por las que deriva la gestión de la llamada al actual titular a un BackOffice especialista.

2. En paralelo, en la primera de las llamadas, se continúa con la solicitud del cambio de titularidad por parte del nuevo titular en la que se solicitan:

2.1 Identificación del nuevo titular del servicio, solicitando los datos de nombre y documento de identidad. Adicionalmente, se solicitan los siguientes datos en función de si la citada persona ya consta dada de alta en nuestros sistemas o no: a) si figura como cliente en planta: se solicita autorización para usar los datos de domicilio y cuenta bancaria que constan en las bases de datos, solicitando confirmación del número de calle y los 4 últimos dígitos de la cuenta. b) clientes nuevos que no figuran en nuestras bases de datos: solicitud de domicilio, número de cuenta bancaria y titularidad.

2.2 Solicitud de identificación de los datos de titularidad del actual propietario de la línea, mediante indicación de su nombre, apellidos y documento de identidad.

2.3 En caso de verificación por parte del agente comercial de los datos aportados anteriormente, se solicita confirmación de que el antiguo titular consiente la cesión de la línea, afirmando conocer y asumir la situación de la misma y los servicios que tiene contratados. Adicionalmente, se informa de que contactaremos con el antiguo titular para solicitar la autorización de la cesión.

3. Llamada al antiguo titular de la línea desde el BackOffice especializado, al número que va a ser cedido, y tras solicitar que se identifique mediante su nombre, apellidos y número de identificación, confirme que está conforme con la citada cesión. Esta solicitud es igualmente grabada a los efectos oportunos. En caso de tratarse de cambios de titularidad a empresa o de DNI a Pasaporte, la gestión es derivada al

canal presencial, donde el cliente deberá presentar la documentación correspondiente”.

QUINTO: De acuerdo con el informe recogido de la herramienta AXESOR, la entidad TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A. es una gran empresa constituida en el año 1988, y con un volumen de negocios de 4.406.624.000 euros en el año 2021.

SEXTO: Con fecha 20 de junio de 2023, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la parte reclamada, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), por la presunta infracción del Artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD.

SÉPTIMO: Notificado el citado acuerdo de inicio conforme a las normas establecidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), la parte reclamada presentó escrito de alegaciones en el que, en síntesis, como cuestión previa señala prejudicialidad penal y sobre los hechos que motivan la incoación del presente acuerdo de inicio de procedimiento sancionador manifiesta inexistencia de comisión de infracción. disconformidad con el acuerdo de inicio del expediente sancionador indican que, si bien han podido determinar que no se ha seguido el protocolo establecido en lo relativo a la grabación del antiguo titular, señala la parte reclamada que esto en ningún caso supone admitir, presuponer o verificar que el duplicado de la tarjeta SIM no se realizó conforme a la operativa establecida a tales efectos, señalando el procedimiento establecido por Telefónica para los cambios de titularidad de línea por parte de los clientes de los productos y servicios de la marca O2 en el año 2020 y que se adoptaron las medidas adicionales en octubre de 2020, la autorización de la cesión.

Por tanto, manifiestan que Telefónica trabaja continuamente en la mejora de las medidas de las que dispone con el objetivo de evitar la suplantación de identidad en los distintos procesos de contratación y posteriores gestiones que soliciten los titulares a través de los diferentes canales. En este sentido, no puede entender que la Agencia considere que Telefónica no cuenta con una diligencia debida a la hora de adoptar una operativa de identificación de clientes adaptada a las exigencias contempladas en la normativa de protección de datos, y que lo vincule a un tratamiento no lícito de los datos personales del Reclamante.

Añade que, debe tenerse en cuenta por parte de la Agencia, que tanto Telefónica como el resto de los operadores, deben enfrentarse a terceros cuya intención es la comisión de delitos de suplantación.

La parte reclamada, manifiesta que la conducta seguida por Telefónica en ningún caso puede ser considerada típica, dado que la conducta realizada por Telefónica no es subsumible en el precepto cuya infracción se imputa y que tampoco puede ser considerada antijurídica. Telefónica considera que ha actuado en todo momento con buena fe y fundada creencia excluyente de toda culpabilidad.

En este caso, señala la reclamada, conforme a la operativa, el cliente se habría identificado con los datos correctos para la solicitud del cambio de titularidad,

quedando constatado que estaríamos ante un error de tipo invencible, donde se desconocía la antijuricidad de la conducta, debiendo procederse al archivo del procedimiento, al no poderse determinar la culpabilidad de Telefónica y de forma subsidiaria se declare la inexistencia de responsabilidad por parte de Telefónica por las presuntas infracciones que se le imputan en este procedimiento, ordenando el archivo del presente expediente sancionador o subsidiariamente y para el caso de que no se proceda al archivo del presente expediente sancionador, se suspenda el presente procedimiento y se requiera al reclamante a fin de que aporte en qué punto está la denuncia interpuesta, así como el contenido del procedimiento penal que en su caso se encuentre en marcha, con el fin de determinar si existe prejudicialidad penal y por último, en caso de que no se estimasen ninguna de las pretensiones anteriores, que se minore la sanción inicialmente propuesta en virtud de las atenuantes estipuladas en el art. 83 del RGPD.

OCTAVO: Con fecha 10 de julio de 2023, el instructor del procedimiento acordó practicar las siguientes pruebas: *“1. Se dan por reproducidos a efectos probatorios la reclamación interpuesta por A.A.A. y su documentación, los documentos obtenidos y generados durante la fase de admisión a trámite de la reclamación, y el informe de actuaciones previas de investigación que forman parte del procedimiento AI/00355/2022. 2. Asimismo, se da por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador referenciado, presentadas por **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.**, y la documentación que a ellas acompaña”.*

NOVENO: Con fecha 13 de septiembre de 2023 se formuló la propuesta de resolución, proponiendo que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a la reclamada, por una infracción del Artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD, con una multa de 70.000 euros.

DÉCIMO: Notificada la propuesta de resolución, La parte reclamada presentó escrito de alegaciones ratificándose en las realizadas al Acuerdo de Inicio, solicitando se suspenda el presente procedimiento y se requiera al reclamante a fin de que aporte en qué punto está la denuncia interpuesta, así como el contenido del procedimiento penal que en su caso se encuentre en marcha, con el fin de determinar si existe prejudicialidad penal, proponga declaración de inexistencia de responsabilidad por parte de la reclamada por presunta infracción que se le imputa en el presente procedimiento, y se dicte en su día Resolución ordenando el archivo del presente expediente sancionador al margen referenciado, y subsidiariamente, minore la sanción inicialmente propuesta del art. 83 del RGPD.

De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento y de la documentación obrante en el expediente, han quedado acreditados los siguientes:

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La parte reclamante formuló reclamación ante esta Agencia el 13 de junio de 2022 en la que se hace constar que, un tercero el 29 de julio de 2020 solicitó a “TME” el cambio de titularidad de su línea móvil, llevándose a cabo el día 5 de agosto de 2020, fecha en la que se quedó sin servicio en su teléfono móvil.

El suplantador valiéndose de la información contenida en el teléfono móvil, accede a la banca online de la parte reclamante (con sus claves y contraseñas) realizando numerosos cargos y operaciones fraudulentas en su cuenta bancaria.

SEGUNDO.- En la grabación de la llamada relativa al cambio de titularidad, un tercero manifiesta que cuenta con el consentimiento del titular para realizar el cambio de línea a su nombre y facilita nombre, apellidos y DNI de ambos (siendo las dos letras finales del DNI, en ambos casos, erróneas).

TERCERO.- “TME” reconoce en su respuesta, de fecha 3 de abril de 2023, a la solicitud de requerimiento de información de esta Agencia de fecha 17 de marzo de 2023: *<<en el presente caso, el agente comercial tan solo realizó la grabación referente al nuevo titular de la línea, por lo que puede deducir que no siguió el procedimiento establecido con respecto a la grabación de la llamada del antiguo titular>>*.

CUARTO.- No está acreditado que se haya efectuado la llamada comprobando la efectiva voluntad del reclamante, propietario de la línea, para el cambio de titularidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Competencia

De acuerdo con los poderes que el artículo 58.2 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), otorga a cada autoridad de control y según lo establecido en los artículos 47, 48.1, 64.2 y 68.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), es competente para iniciar y resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

Asimismo, el artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que: *“Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos.”*

II

Prejudicialidad penal

Con carácter previo procede resolver la alegación presentada por “TME”, en base a la existencia de una prejudicialidad penal.

Se manifiesta sobre estos hechos que están siendo actualmente objeto de una investigación penal. Considera que, por ello, en aplicación del principio de prejudicialidad penal recogido en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no debe resolverse el asunto en vía administrativa en tanto en cuanto no se resuelva por la vía penal. Ello, manifiesta, dado que los hechos declarados probados vincularán a la Agencia respecto a un posible procedimiento sancionador, conforme a lo previsto

en el artículo 77.4 de la Ley 39/2015.

Debe tenerse en cuenta que el art. 77.4 de la LPACAP, señala que: *“En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”*. Sin embargo, hay que indicar, que no existe la triple identidad necesaria para aplicar el artículo 77 de la LPACAP, (de sujeto, hecho y fundamento), entre la infracción administrativa que se valora y la posible infracción o infracciones penales que se pudieran derivar de las presuntas Diligencias Previas practicadas por un órgano jurisdiccional. Esto, porque el sujeto infractor es obvio que no sería el mismo –respecto a las infracciones de la LOPDGDD el responsable es Telefónica, en tanto que el responsable penal de un eventual delito de usurpación de personalidad o estafa sería el tercero que se hubiera hecho pasar por el reclamante. Tampoco el fundamento jurídico sería el mismo: mientras el bien jurídico protegido por la LOPDGDD es el derecho fundamental a la protección de datos personales, el bien jurídico que se protege en los tipos penales cuya comisión investigaría, llegado el caso, el Juzgado de Instrucción serían el estado civil, el patrimonio, etc.

En este sentido es muy esclarecedora la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27/04/2012 (rec. 78/2010), en cuyo Fundamento Jurídico segundo el Tribunal se pronuncia en los siguiente términos frente al alegato de la recurrente de que la AEPD ha infringido el artículo 7 del R.D. 1398/1993 (norma que estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la LPACAP): *“En este sentido el Art. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, únicamente prevé la suspensión del procedimiento administrativo cuando se verifique la existencia efectiva y real de un procedimiento penal, si se estima que concurre identidad de sujeto, hecho y fundamento de derecho entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder.*

No obstante, y para la concurrencia de una prejudicialidad penal, se requiere que ésta condicione directamente la decisión que haya de tomarse o que sea imprescindible para resolver, presupuestos que no concurren en el caso examinado, en el que existe una separación entre los hechos por los que se sanciona en la resolución ahora recurrida y los que la recurrente invoca como posibles ilícitos penales. Así, y aun de haberse iniciado, en el presente supuesto, y por los hechos ahora controvertidos, también actuaciones penales frente a la empresa distribuidora, lo cierto es que tanto la conducta sancionadora como el bien jurídico protegido son distintos en una y otra vía (contencioso-administrativa y penal). En el ámbito penal, el bien jurídico protegido es una posible falsedad documental y estafa, y en el ámbito administrativo, en cambio, la facultad de disposición de sus datos personales por parte de su titular, por lo que tal objeción de la demandada ha de ser rechazada”.

En consideración a lo expuesto no puede prosperar la cuestión planteada por Telefónica y debe ser rechazada.

Por otra parte, “TME” cita en su descargo una serie de resoluciones dictadas por la AEPD, manifestando que en el EXP20210446 se procedió al archivo del mismo al entender que ya había un expediente sancionador en curso por los mismos hechos y que *“Telefónica ya ha sido sancionada por los mismos hechos que hoy se desarrollan*

en este procedimiento, la Agencia impuso la sanción a través del procedimiento con referencia PS/00021/2021 por lo que incumple principio non bis ídem”.

Sobre este particular, procede resaltar que dichos procedimientos tuvieron por objeto analizar los procedimientos seguidos para gestionar las solicitudes de cambio de SIM por parte de Telefónica, identificando las vulnerabilidades que puedan existir en los procedimientos operativos implantados, para detectar las causas por las cuales se pueden estar produciendo estos casos, así como encontrar puntos de incumplimiento, mejora o ajuste, para determinar responsabilidades, disminuir los riesgos y elevar la seguridad en el tratamiento de los datos personales de las personas afectadas.

En el procedimiento sancionador PS/00021/2021, tramitado contra la parte reclamada se le imputó la violación del artículo 5.1f), no se le imputa el fraude, ni el tratamiento de datos sin legitimación sino una falta de garantías de las medidas de seguridad que produce una cesión de datos a un tercero.

III Obligación Incumplida

Con carácter previo resulta preciso señalar que el artículo 4.1 del RGPD define: *«datos personales»* como *“toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona;”*

Pues bien, 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;

c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;

d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;

e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;

f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del

interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones”.

A su vez, el artículo 6.1 de la LOPDGDD, indica, sobre el tratamiento de los datos personales basado en el consentimiento del afectado 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 (...)”.*

En el presente caso, resulta acreditado que un tercero el día 29 de julio de 2020 solicitó a través de una llamada telefónica a “TME” el cambio del titular de la línea móvil del reclamante, sin el consentimiento del titular de la línea.

Pues bien, “TME”, reconoce en su respuesta de fecha 17 de marzo de 2023, al requerimiento de información de esta Agencia: *<<en el presente caso, el agente comercial tan sólo realizó la grabación referente al nuevo titular de la línea, por lo que puede deducirse que no siguió el procedimiento establecido con respecto a la grabación de la llamada del antiguo titular>>.*

En definitiva, el duplicado se consiguió cambiando previamente la titularidad de la línea. La propia reclamada reconoce que hubo un error en la tramitación del duplicado, ya que su procedimiento consiste en que para cambios de titularidad se contacta con el anterior titular para que confirme su consentimiento, y en este caso no se hizo.

En consecuencia, en el caso analizado, queda en entredicho la diligencia empleada por parte de la reclamada, dado que no se siguió el procedimiento implantado, ya que, de haberlo hecho, se debió haber producido la denegación del mismo.

A la vista de lo anterior, “TME” no logra acreditar que se haya seguido ese procedimiento y por consiguiente hubo un tratamiento ilícito de los datos personales de la parte reclamante, contraviniendo con ello el artículo 6 del RGPD.

En cuanto a la responsabilidad de “TME”, debe indicarse que, con carácter general Telefónica trata los datos de sus clientes al amparo de lo previsto en el artículo 6.1 b) del RGPD, por considerarse un tratamiento 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 otros casos, fundamenta la licitud del tratamiento en las bases previstas en el artículo 6.1.a), c), e) y f) del RGPD.

Por otra parte, para completar la estafa, es necesario que un tercero “suplante la identidad” del titular de los datos, para recibir el duplicado de la tarjeta SIM. Lo que conlleva a priori, un tratamiento al margen del principio de licitud pues un tercero está tratando datos, ya que tiene acceso a ellos, sin base legal alguna, además de la vulneración de otros principios como el de confidencialidad.

Por dicha razón, este es un proceso en donde la diligencia prestada por las operadoras es fundamental para evitar este tipo de estafas y vulneraciones del RGPD. Diligencia que se traduce en el establecimiento de medidas adecuadas para garantizar

que se implantan y mantienen medidas de seguridad apropiadas para proteger eficazmente la confidencialidad, integridad y disponibilidad de todos los datos personales de los cuales son responsables, o de aquellos que tengan por encargo de otro responsable.

El Tribunal Constitucional señaló en su Sentencia 94/1998, de 4 de mayo, que nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados; de esta forma, el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención.

Por su parte, en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, lo considera como un derecho autónomo e independiente que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

En cuanto a la conducta de “TME” se considera que responde al título de culpa. Como depositaria de datos de carácter personal a gran escala, por lo tanto, habituada o dedicada específicamente a la gestión de los datos de carácter personal de los clientes, debe ser especialmente diligente y cuidadosa en su tratamiento. Es decir, desde la óptica de la culpabilidad, estamos ante un error vencible, ya que con la aplicación de las medidas técnicas y organizativas adecuadas, estas suplantaciones de identidad se hubieran podido evitar.

Es el considerando 74 del RGPD el que dice: *Debe quedar establecida la responsabilidad del responsable del tratamiento por cualquier tratamiento de datos personales realizado por él mismo o por su cuenta. En particular, el responsable debe estar obligado a aplicar medidas oportunas y eficaces y ha de poder demostrar la conformidad de las actividades de tratamiento con el presente Reglamento, incluida la eficacia de las medidas. Dichas medidas deben tener en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como el riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas.* Asimismo, el considerando 79 dice: *La protección de los derechos y libertades de los interesados, así como la responsabilidad de los responsables y encargados del tratamiento, también en lo que respecta a la supervisión por parte de las autoridades de control y a las medidas adoptadas por ellas, requieren una atribución clara de las responsabilidades en virtud del presente Reglamento, incluidos los casos en los que un responsable determine los fines y medios del tratamiento de forma conjunta con otros responsables, o en los que el tratamiento se lleve a cabo por cuenta de un responsable.*

De conformidad con las evidencias de las que se dispone, se estima que la conducta de la parte reclamada vulnera el artículo 6.1 del RGPD siendo constitutiva de la infracción tipificada en el artículo 83.5.a) del citado Reglamento 2016/679.

En ese sentido el Considerando 40 del RGPD señala:

“(40) Para que el tratamiento sea lícito, los datos personales deben ser tratados con el consentimiento del interesado o sobre alguna otra base legítima establecida conforme a Derecho, ya sea en el presente Reglamento o en virtud de otro Derecho de la Unión o de los Estados miembros a que se refiera el presente Reglamento, incluida la necesidad de cumplir la obligación legal aplicable al responsable del tratamiento o la necesidad de ejecutar un contrato en el que sea parte el interesado o con objeto de tomar medidas a instancia del interesado con anterioridad a la conclusión de un contrato.”

IV

Tipificación de la infracción del artículo 6 del RGPD

La infracción del artículo 6 de la que se responsabiliza a la parte reclamada en la presente resolución se encuentra tipificada en el artículo 83 del RGPD que, bajo la rúbrica *“Condiciones generales para la imposición de multas administrativas”*.

“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 LOPDGD, a efectos de la prescripción de la infracción, califica en su artículo 72.1 de infracción muy grave, siendo en este caso el plazo de prescripción de tres años, *“b) El tratamiento de datos personales sin que concurra alguna de las condiciones de licitud del tratamiento establecidos en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679”*.

V

Sanción

La determinación de la sanción que procede imponer en el presente caso exige observar las previsiones de los artículos 83.1 y 2 del RGPD, preceptos que, respectivamente, disponen lo siguiente:

“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, 9 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."*

Dentro de este apartado, la LOPDGDD contempla en su artículo 76, titulado "Sanciones y medidas correctivas":

"1. Las sanciones previstas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679 se aplicarán teniendo en cuenta los criterios de graduación establecidos en el apartado 2 del citado artículo.

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.

3. Será posible, complementaria o alternativamente, la adopción, cuando proceda, de las restantes medidas correctivas a las que se refiere el artículo 83.2 del Reglamento (UE) 2016/679.”

“TME” ha solicitado en su escrito de alegaciones, con carácter subsidiario, que esta Agencia acuerde el archivo del procedimiento por inexistencia de culpabilidad.

Rige en el Derecho Administrativo sancionador el principio de culpabilidad (artículo 28 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP), por lo que el elemento subjetivo o culpabilístico es una condición indispensable para que surja la responsabilidad sancionadora. El artículo 28 de la LRJSP, “Responsabilidad”, dice:

“1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.”

A la luz de este precepto la responsabilidad sancionadora puede exigirse a título de dolo o de culpa, siendo suficiente en el último caso la mera inobservancia del deber de cuidado.

El Tribunal Constitucional, entre otras, en su STC 76/1999, ha declarado que las sanciones administrativas participan de la misma naturaleza que las penales, al ser una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, y que, como exigencia derivada de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal consagrados en los artículos 9.3 y 25.1 de la CE, es imprescindible su existencia para imponerlas.

A propósito de la culpabilidad de la persona jurídica procede citar la STC 246/1991, 19 de diciembre de 1991 (F.J. 2), conforme a la cual, respecto a las personas jurídicas, el elemento subjetivo de la culpa se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas y añade que “*Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz [...]*”.

La reclamada ha invocado distintos argumentos para justificar la ausencia de culpabilidad de su conducta.

La decisión de archivar un expediente sancionador podrá fundarse en la ausencia del elemento de la culpabilidad cuando el responsable de la conducta antijurídica hubiera obrado con toda la diligencia que las circunstancias del caso exigen.

En cumplimiento del principio de culpabilidad la AEPD ha acordado en numerosas ocasiones el archivo de procedimientos sancionadores en los que no concurría el elemento de la culpabilidad del sujeto infractor. Supuestos en los que, pese a existir un comportamiento antijurídico, había quedado acreditado que el responsable había obrado con toda la diligencia que resultaba exigible, por lo que no se apreciaba culpa alguna en su conducta. Ese ha sido el criterio mantenido por la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª, de la Audiencia Nacional. Pueden citarse, por ser muy esclarecedoras, las siguientes sentencias:

- SAN de 26 de abril de 2002 (Rec. 895/2009) que dice:

“En efecto, no cabe afirmar la existencia de culpabilidad desde el resultado y esto es lo que hace la Agencia al sostener que al no haber impedido las medidas de seguridad el resultado existe culpa. Lejos de ello lo que debe hacerse y se echa de menos en la Resolución es analizar la suficiencia de las medidas desde los parámetros de diligencia media exigible en el mercado de tráfico de datos. Pues si se obra con plena diligencia, cumpliendo escrupulosamente los deberes derivados de una actuar diligente, no cabe afirmar ni presumir la existencia de culpa alguna.”

- SAN de 29 de abril de 2010, Fundamento Jurídico sexto, que, a propósito de una contratación fraudulenta, indica que *“La cuestión no es dilucidar si la recurrente trató los datos de carácter personal de la denunciante sin su consentimiento, como si empleó o no una diligencia razonable a la hora de tratar de identificar a la persona con la que suscribió el contrato”*.

Llegados a este punto, conviene recordar nuevamente lo que la STC 246/1991 ha dicho a propósito de la culpabilidad de la persona jurídica: que no falta en ella la *“capacidad de infringir las normas a las que están sometidos”*. *“Capacidad de infracción [...] que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz [...]”*.

En conexión con lo expuesto hay que referirse al artículo 5.2. del RGPD (principio de responsabilidad proactiva), conforme al cual el responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1- por lo que aquí interesa, del principio de licitud en relación con el artículo 6.1 del RGPD- y capaz de demostrar su cumplimiento. El principio de proactividad transfiere al responsable del tratamiento la obligación no solo de cumplir con la normativa, sino también la de poder demostrar dicho cumplimiento.

El Dictamen 3/2010, del Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT29) -WP 173- emitido durante la vigencia de la derogada Directiva 95/46/CEE, pero cuyas reflexiones son aplicables en la actualidad, afirma que la *“esencia”* de la responsabilidad proactiva es la obligación del responsable del tratamiento de aplicar medidas que, en

circunstancias normales, garanticen que en el contexto de las operaciones de tratamiento se cumplen las normas en materia de protección de datos y en tener disponibles documentos que demuestren a los interesados y a las Autoridades de control qué medidas se han adoptado para alcanzar el cumplimiento de las normas en materia de protección de datos.

El artículo 5.2 se desarrolla en el artículo 24 del RGPD que obliga al responsable a adoptar las medidas técnicas y organizativas apropiadas *“para garantizar y poder demostrar”* que el tratamiento es conforme con el RGPD. El precepto establece:

“Responsabilidad del responsable del tratamiento”

“1. Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario.

2. Cuando sean proporcionadas en relación con las actividades de tratamiento, entre las medidas mencionadas en el apartado 1 se incluirá la aplicación, por parte del responsable del tratamiento, de las oportunas políticas de protección de datos.

3. La adhesión a códigos de conducta aprobados a tenor del artículo 40 o a un mecanismo de certificación aprobado a tenor del artículo 42 podrán ser utilizados como elementos para demostrar el cumplimiento de las obligaciones por parte del responsable del tratamiento.”

El artículo 25 del RGPD, *“Protección de datos desde el diseño y por defecto”*, establece:

“1. Teniendo en cuenta el estado de la técnica, el coste de la aplicación y la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que entraña el tratamiento para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, como la seudonimización, concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos, como la minimización de datos, e integrar las garantías necesarias en el tratamiento, a fin de cumplir los requisitos del presente Reglamento y proteger los derechos de los interesados.

2. [...]”.

Es plenamente aplicable al caso la SAN de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006), que, después de referirse a que las entidades en las que el desarrollo de su actividad conlleva un continuo tratamiento de datos de clientes y terceros han de observar un adecuado nivel de diligencia, dice: *“[...] el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el infractor no se comporta con la diligencia exigible. Y en la valoración del grado de diligencia ha de ponderarse especialmente la profesionalidad o no del sujeto, y no cabe duda de que, en el caso ahora examinado, cuando la actividad de la recurrente es de constante y abundante manejo de datos de carácter personal ha de insistirse en el rigor y el exquisito cuidado por ajustarse a las prevenciones legales al respecto”.*

Como señala la SAN de 19 de septiembre de 2023 (Rec. 403/2021), *“contrató la póliza de seguro con un tercero sin control ni supervisión suficiente en cuanto no fue capaz de detectar que realmente, la persona que estaba manifestando su voluntad de contratar, no era quien decía ser. De haberse tomado las necesarias precauciones, a fin de asegurar la identidad la persona contratante (para lo que hubiera sido bastante atender a la incorrecta contestación a las preguntas de identificación y verificación del cliente)”*.

De acuerdo con los preceptos transcritos, a efectos de fijar el importe de la sanción de multa a imponer a la reclamada, como responsable de una infracción tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD, se estiman concurrentes los siguientes factores:

- *“La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales”*, circunstancia prevista en el artículo 76.2.b) LOPDGDD en conexión con el artículo 83.2.k) RGPD.

La parte reclamada se ha opuesto en sus alegaciones a la aplicación de esta agravante.

También en ese caso los argumentos de la reclamada deben rechazarse:

Circunstancia significativa en el supuesto examinado es que el duplicado de la tarjeta SIM se consiguió cambiando previamente la titularidad de la línea.

La actividad empresarial de la reclamada trata necesariamente datos personales. Esta característica de su actividad empresarial repercute, reforzándola, en la diligencia que debe desplegar en el cumplimiento de los principios que presiden el tratamiento de datos de carácter personal y en la calidad y eficacia de las medidas técnicas y organizativas que debe tener implementadas para garantizar el respeto del derecho fundamental.

Como circunstancia que atenúa la responsabilidad exigible, se toma en consideración la prevista en el artículo 83.2. c) RGPD: *“cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados”*.

De forma inmediata procedió a regularizar la situación, anulando las facturas reclamadas y paralizando las acciones de recobro.

No se admiten ninguna de las atenuantes invocadas por la parte reclamada:

En el cumplimiento de sus obligaciones legales -por lo que aquí interesa del principio de licitud- la reclamada debe de actuar con la diligencia que las circunstancias del caso exigen y está obligada a adoptar las medidas técnicas y organizativa que le permitan cumplir y poder acreditar el cumplimiento de los principios de protección de datos.

A propósito del grado de diligencia que el responsable del tratamiento está obligado a desplegar cabe citar la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006) en la que recoge que *“...el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el infractor no se comporta con la diligencia exigible. Y en la valoración del grado de diligencia ha de ponderarse especialmente la profesionalidad o no del sujeto, y no cabe duda de que, en el caso ahora examinado, cuando la actividad de la recurrente es de constante y abundante manejo de datos de carácter personal ha de insistirse en el rigor y el exquisito cuidado por ajustarse a las prevenciones legales al respecto”*.

Respecto a la pretendida inexistencia de intencionalidad o negligencia nos remitimos a las consideraciones hechas acerca de la concurrencia del elemento de la culpabilidad, concretada en una grave falta de diligencia.

Sobre la inexistencia de beneficios obtenidos (artículo 76.2.c) de la LOPDGDD, en conexión con el artículo 83.2.k) de la LOPDGDD), subrayamos que esta circunstancia solo puede operar como agravante y no como atenuante.

El artículo 83.2.k) del RGPD se refiere a *“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.”* Y el artículo 76.2c) de la LOPDGDD dice que *“2. De acuerdo a lo previsto en el artículo 83.2.k) del Reglamento (UE) 2016/679 también podrán tenerse en cuenta: [...] c) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.”* Ambas disposiciones mencionan como factor que puede tenerse en cuenta en la graduación de la sanción los *“beneficios”* obtenidos, pero no la *“ausencia”* de éstos, que es lo que TME alega.

Además, conforme al artículo 83.1 del RGPD la imposición de las sanciones de multa está presidida por los siguientes principios: deberán estar individualizadas para cada caso particular, ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Permitir que opere como una atenuante la ausencia de beneficios es contraria al espíritu del artículo 83.1 del RGPD y a los principios que rigen la determinación del importe de la sanción de multa. Si a raíz de la comisión de una infracción del RGPD se califica como atenuante el hecho de que no hayan existido beneficios, con la consiguiente reducción del importe de la sanción, se anula en parte la finalidad disuasoria que cumple la sanción.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha advertido que, el hecho de que en un caso concreto no estén presentes todos los elementos que integran una circunstancia modificativa de la responsabilidad que, por su naturaleza, tiene carácter agravante, no puede llevar a concluir que tal circunstancia es aplicable en calidad de atenuante. El pronunciamiento que hace la Audiencia Nacional en su SAN de 5 de mayo de 2021 (Rec. 1437/2020) -por más que esa resolución verse sobre la circunstancia del apartado e) del artículo 83.2. del RGPD, la comisión de infracciones anteriores- es extrapolable a la cuestión planteada, la pretensión de la reclamada de que se acepte como atenuante la *“ausencia”* de beneficios siendo así que tanto el RGPD como la LOPDGDD se refieren solo a *“los beneficios obtenidos”*:

Procede graduar la sanción a imponer a la reclamada y fijarla en la cuantía de 70.000 € por la infracción del artículo 83.5 a) RGPD.

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 TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., con NIF A78923125, por una infracción del Artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD, una multa de 70.000 euros (setenta mil euros).

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a TELEFÓNICA MÓVILES 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 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 **IBAN: ES00 0000 0000 0000 0000 0000 (BIC/Código SWIFT: XXXXXXXXXX)**, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en la entidad bancaria 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 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 conforme al art. 48.6 de la LOPDGDD, 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