

- **Expediente N.º: EXP202209157**

## 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 19 de julio 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 tras recibir un mensaje de texto en su móvil por parte de la entidad reclamada, se le informa del cambio de su tarifa, sin su consentimiento.

Así las cosas, tras personarse en una tienda física de “TME”, le confirman la modificación de la tarifa de su línea móvil, estando asociada a su DNI, excepto que aparecen dos letras al inicio de la numeración de este.

Junto a su reclamación aporta denuncia policial por estos hechos de fecha 14 de julio de 2022, copia de su contrato y correos electrónicos intercambiados con la reclamada.

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 7 de septiembre de 2022 como consta en el acuse de recibo que obra en el expediente.

No se ha recibido respuesta a este escrito de traslado.

TERCERO: De conformidad con el artículo 65 de la 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 19 de julio de 2022, se comunica que su reclamación ha sido admitida a trámite, el día 19 de octubre 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:

Realizado requerimiento a la parte reclamada en fecha 28 de febrero de 2023, con fecha de 17 de marzo de 2023 se recibe en esta Agencia escrito remitido por “TME” manifestando que:

*“La parte reclamante contrató el servicio convergente “Movistar Conecta Max”, que incluye teléfono fijo, móvil y acceso a internet, en fecha de 19 de marzo de 2021, e indicando como líneas asociadas la **\*\*\*TELEFONO.1** y **\*\*\*TELEFONO.2**. A los efectos oportunos, se adjunta como documento Anexo 2 copia del citado contrato.*

*En fecha 23 de marzo de 2021, a la hora de solicitar la portabilidad de la línea móvil indicada para el servicio “Movistar Conecta Max”, y suscribir el correspondiente contrato con la solicitud de la portabilidad, la parte reclamante indica como nombre, y vinculado a su DNI, el de “**B.B.B.**”. A los efectos oportunos, se adjunta como documento Anexo 3 copia del citado contrato. “*

*Se comprueba que la firma del contrato del Anexo 2 y las cuatro firmas en el contrato del Anexo 3, aparentemente, es la misma y que en el contrato del Anexo 3 figuran los datos del cliente con nombre **B.B.B.**, dirección, mismo NIF que la parte reclamante y el operador donante (**\*\*\*EMPRESA.1**) del nº de teléfono móvil de la parte reclamante, junto con los datos de la domiciliación bancaria.*

*Se comprueba que la copia del contrato de solicitud de portabilidad aportada por la parte reclamante de 19/3/2021 incluye su nombre y apellidos, NIF, dirección, email, e indica que el servicio contratado es Portabilidad para Movistar Conecta Max Fibra, respecto de un nº de teléfono fijo, del operador donante **\*\*\*EMPRESA.2** (marca de **\*\*\*EMPRESA.1** desde **XXXX**) junto con los datos ocultos de la domiciliación bancaria, mientras que en la copia del contrato del Anexo 2 aportada por la parte reclamada solo figura nombre y apellidos, NIF, email e indica que el servicio contratado es Movistar Conecta Max con el mismo nº de teléfono fijo y además el nº de teléfono móvil de la parte reclamante.*

*“En fecha de 7 de junio de 2022, la línea móvil migra a un contrato sólo móvil, fruto de la baja del Movistar Conecta Max que la parte reclamante tenía suscrito. En este sentido, al desligarse la línea móvil del fijo, la línea móvil recupera los datos del contrato original suscrito con la solicitud de portabilidad que habían sido indicados por el Reclamante, quedando pues con su DNI y el nombre de “**B.B.B.**”, hasta el momento de la presente reclamación.”*

Se comprueba que la parte reclamada no ha aportado copia del contrato de fecha 7 de junio de 2022 de migración a solo móvil.

*“Sobre ésta, la parte reclamada desconoce la información que le hayan podido transmitir en una tienda física por parte de nuestros agentes comerciales, pero sí podemos confirmar que no consta a esta parte, pese a lo indicado en el escrito de reclamación, que el cliente se haya puesto en contacto con Telefónica o con la Oficina del Delegado de Protección de Datos para ejercer un derecho de rectificación de datos.*

*No obstante lo anterior, una vez tenido conocimiento de la presente reclamación a través de la AEPD, se ha procedido a hacer efectivo el derecho de rectificación del dato del nombre, quedando solventada la presente controversia.*

*Pese a que no consta a esta parte reclamada que desde la tienda física se haya indicado a la parte reclamante que no es posible realizar una rectificación de datos personales, se han cursado las instrucciones internas necesarias desde la Oficina del Delegado de Protección de Datos para recordar a los agentes comerciales que las solicitudes de ejercicios de rectificación de datos deben encaminarse a través de los canales habilitados a tales efectos.”*

48

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 21 de julio 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 LPACAP, la parte reclamada solicitó ampliación del plazo para formular alegaciones, siéndole concedido, y con fecha 14 de agosto de 2023 presentó escrito de alegaciones en el que, en síntesis, manifestaba que: *<< en concreto, esta parte no está de acuerdo con lo dispuesto en el Hecho Segundo relativo a que se dio traslado a esta parte de la reclamación inicial de fecha 14 de julio de 2022 junto con la denuncia policial de fecha 14 de julio de 2022, la copia de su contrato y correos electrónicos intercambiados con esta parte, sin que se procediese a dar contestación al requerimiento de información por parte de Telefónica. Sobre este punto, revisados nuestros sistemas, no se ha encontrado ningún tipo de notificación al respecto pese a que la AEPD indica que fue recogido por esta parte en fecha de 7 de septiembre de 2022, por lo que se solicita a la AEPD que revise el caso, pues en caso contrario se podría haber producido una indefensión a esta parte.*

*Sobre la supuesta falta de licitud del tratamiento con respecto a una supuesta modificación de la titularidad de la línea. A este respecto, cabe señalar que las firmas son las mismas en todos los contratos aportados que es el propio cliente el que, en fecha 23 de marzo de 2021, a la hora de solicitar la portabilidad de la línea móvil*

*indicada para el servicio “Movistar Conecta Max”, y suscribir el correspondiente contrato con la solicitud de la portabilidad, indica como nombre, y vinculado a su DNI, el de “B.B.B.”.*

*Debido a este hecho, cuando en fecha de 7 de junio de 2022, la línea móvil migra a un contrato sólo móvil, fruto de la baja del Movistar Conecta Max que el Reclamante tenía suscrito, la línea móvil recuperó los datos del contrato original suscrito en la solicitud de portabilidad, quedando pues la línea asociada a su DNI y el nombre de “B.B.B.”, que es por error el que el cliente había indicado en la solicitud de portabilidad original.*

Por tanto, en ningún caso se ha producido un cambio de titularidad de línea, sino un mero error en el nombre derivado del dato indicado en la solicitud de portabilidad inicial.

*Es decir, en este caso no se habría producido un tratamiento ilícito de datos modificando la titularidad de la línea, sino que por el propio error cometido por el cliente a la hora de suscribir el contrato, el nombre que se recuperó de sistema fue el indicado por el reclamante en la solicitud de portabilidad pero con el DNI correcto, hecho que fue inmediatamente rectificado una vez tenido conocimiento de la reclamación ante la AEPD.*

*En conclusión y por lo anterior, ni se ha producido en el presente caso una modificación de tarifa ni un cambio de titularidad de la línea sin consentimiento del titular. Más al contrario, Telefónica ha actuado en todo momento conforme a las Condiciones suscritas por el Cliente y conforme a los datos aportados por éste, tratando sus datos en base a la ejecución del contrato del que el cliente es parte, y por tanto, no se ha producido la acción típica de falta de licitud del tratamiento.*

*En el ámbito sancionador, para que una conducta pueda ser reprochada se exige que esta sea típica, antijurídica y culpable. Por ello, una vez analizados los hechos, esta parte considera que el principio de tipicidad se está vulnerando dado que la conducta realizada por Telefónica no es subsumible en ninguno de los preceptos cuya infracción se imputa. Recordamos que, en este caso, la Agencia considera vulnerado el artículo 6.1 del RGPD (condiciones en las que el tratamiento será considerado como lícito) y la infracción la tipifica conforme al artículo 83.5 RGPD. Sin embargo, tal como se ha expuesto en el apartado de Hechos del presente escrito, la acción no puede ser considerada típica. Esta parte confirma que la base legal que legitima el tratamiento de los datos personales del reclamante no es otra que la de la ejecución del contrato, esto es, la base legitimadora que contempla el apartado b) del citado artículo 6.1: “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”.*

*Es decir, en este caso concreto el tratamiento de datos personales se realiza con la finalidad de gestionar el cambio de tarifa de la línea móvil conforme a las Condiciones Particulares de Contratación del Servicio Conecta Max suscrito por el cliente y conforme a los datos personales aportados por éste en el momento de la contratación.*

*Por tanto, el tratamiento es en cualquier caso lícito. Por lo expuesto, entendemos que no ha lugar la imputación a mi representada de una infracción del artículo 6.1 del RGPD, ya que el tratamiento de esos datos por parte de Telefónica resulta necesario*

*para gestionar la relación contractual con el Reclamante y, por lo tanto, Telefónica contaba con base legitimadora suficiente, no resultando por tanto la acción típica, debiendo procederse al archivo del presente expediente sancionador.*

*Todo lo anterior no hace más que evidenciar 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.*

*Pero es que además, tampoco puede ser considerada antijurídica. Telefónica considera que ha actuado en todo momento con buena fe y fundada creencia excluyente de toda culpabilidad. Cabe recordar que la antijuricidad de la conducta, elemento configurador de cualquier ilícito administrativo, exige en su vertiente o aspecto formal que exista una oposición entre el comportamiento y la norma infringida.*

*Sin perjuicio de las alegaciones precedentes, sobre ausencia de tipicidad y antijuricidad, y por si la Agencia no acordase el archivo del presente expediente sancionador pese a los argumentos esgrimidos, de forma subsidiaria, esta parte quiere manifestar su disconformidad con el Acuerdo, cuando dispone como circunstancia para agravar la sanción la siguiente: "La evidente vinculación entre la actividad empresarial de la reclamada y el tratamiento de datos personales de clientes o de terceros (artículo 83.2.k, del RGPD en relación con el artículo 76.2.b, de la LOPDGDD)".*

*En cualquier caso y en conclusión, esta parte considera que teniendo en cuenta el caso concreto y que en ningún caso se han tratado de forma ilícita los datos del cliente, no concurriendo por tanto el principio de tipicidad, debería procederse con el archivo del presente expediente sancionador.*

*Se declare la inexistencia de responsabilidad por parte de Telefónica por la presunta infracción que se le imputan en este procedimiento, ordenando el archivo del presente expediente sancionador. Subsidiariamente y para el caso de que no se proceda al archivo del presente expediente sancionador, que se minore la sanción inicialmente propuesta en virtud de las atenuantes estipuladas en el art. 83 del RGPD>>.*

OCTAVO: Con fecha 12 de septiembre 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/00050/2023.2. 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.U.**, y la documentación que a ellas acompaña>>.

NOVENO: Con fecha 16 de octubre de 2023 se formuló propuesta de resolución, proponiendo que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.** 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).



DÉCIMO: Notificada la propuesta de resolución conforme a las normas establecidas en la LPACAP, la parte reclamada presentó escrito de alegaciones el día 30 de octubre de 2023 en el que, ratificándose en las realizadas al Acuerdo de Inicio, manifiesta: “Se vuelven a aportar los contratos íntegros y un extracto de las primeras hojas donde figuran los datos personales.

*Pues bien, es el propio cliente el que, en fecha 23 de marzo de 2021, a la hora de solicitar la portabilidad de la línea móvil indicada para el servicio “Movistar Conecta Max”, y suscribir el correspondiente contrato con la solicitud de la portabilidad, indica como nombre, y vinculado a su DNI, el de “B.B.B.”.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, la portabilidad fue concedida conforme a los datos aportados por el cliente. Debido a este hecho, cuando en fecha de 7 de junio de 2022, la línea móvil migra a un contrato sólo móvil, fruto de la baja del Movistar Conecta Max que el Reclamante había suscrito, ésta recuperó los datos que se mostraban en dicho contrato, quedando pues la línea asociada a su DNI y el nombre de “B.B.B.”, que es el que el cliente había indicado en la solicitud de portabilidad original.*

*Por tanto, en ningún caso se ha producido un cambio de titularidad de línea ni que su línea figurase asociada a otro DNI o pasaporte, sino un mero error en el nombre derivado del dato indicado en la solicitud de portabilidad inicial -a este respecto hay que remarcar que el DNI figura de forma correcta-.*

*Es decir, en este caso no se habría producido un tratamiento ilícito de datos modificando la titularidad de la línea, sino que el nombre que se recuperó del sistema una vez desaparejado el servicio móvil del servicio convergente, fue el indicado por el reclamante en la solicitud de portabilidad, dato que por otro lado fue inmediatamente rectificado una vez tenido conocimiento de la reclamación del cliente.*

*No hay una falta de licitud del tratamiento con respecto a la modificación de la tarifa móvil puesto que ésta está contemplada en el contrato del que el reclamante es parte:*

*El servicio convergente “Movistar Conecta Max” contratado por el Reclamante, incluye los servicios de teléfono fijo, móvil y acceso a internet de forma paquetizada. Este servicio, tiene por objeto, tal y como se describe en la cláusula dos del contrato aportado como Anexo 1: “2. CONTRATACIÓN DE MOVISTAR CONECTA MAX. El Cliente, al contratar Movistar Conecta Max, dispondrá de una línea telefónica fija con banda ancha (ADSL, Fibra, o Servicio Movistar Internet Radio -en adelante Acceso Fijo Radio-, si no tiene cobertura de las anteriores y es posible instalarlo como alternativa) con Movistar, y una línea móvil de contrato operada por Telefónica Móviles España, S.A.U., cuya gestión asumirá Movistar (en adelante, “Línea móvil Conecta Max”).*

*Por tanto, es requisito indispensable para poder disfrutar del paquete, el tener siempre una línea fija con acceso a internet y una línea móvil asociadas al servicio. De no ser así no puede disfrutarse de este servicio y en aquellos casos en los que se solicite la baja de uno de los servicios que están paquetizados, el paquete se rompería, entrando en vigor la cláusula 6.2 del contrato, que estipula, aplicado al caso concreto, que en aquellos casos en los que se solicite la baja de los componentes fijos, pero no*

*del móvil -algo que ocurrió en este caso en el cual el cliente solicitó la baja de los servicios fijos-, sucederá lo siguiente: "6.2. Variaciones debidas a la baja.*

*Cuando se produzca la baja del Cliente en Movistar Conecta Max, pero no de los distintos servicios que lo componen (línea telefónica fija, ADSL/Fibra/ Acceso Fijo Radio, TV y/o líneas móviles), o tras contratarse Movistar Conecta Max, no llegase a producirse el alta efectiva, continuarán prestándose los servicios que permanezcan de alta, de conformidad con sus condiciones contractuales y los precios de Catálogo que se indican a continuación, o los que pudieran haberlos sustituido, cuya consulta será posible en [www.movistar.es](http://www.movistar.es) o a través del Número de Atención Personal 1004 o Respuesta Profesional 1489.*

*Por lo anterior, y dado que el propio contrato suscrito por el Reclamante contempla el reposicionamiento automático de tarifa -contrato que el cliente aceptó y suscribió expresamente, prestando por tanto su consentimiento-, no existe ningún tipo de contrato adicional sobre el cambio de tarifa que esta parte deba aportar, por lo que el comentario que hace la Agencia referente a "se comprueba que la parte reclamada no ha aportado copia del contrato de fecha 7 de junio de 2022 a migración a sólo móvil" no es correcta, puesto que el contrato suscrito inicialmente ya fija dicha posibilidad, no siendo necesaria la firma de un contrato adicional.*

*En conclusión, esta parte ha tratado lícitamente los datos del reclamante, siendo la base legitimadora el contrato del que el reclamante era parte y que suscribió con su firma, aceptando la modificación de la tarifa en caso de baja de los servicios fijos.*

*En conclusión y por lo anterior, ni se ha producido en el presente caso una modificación de tarifa ni un cambio de titularidad de la línea sin consentimiento del titular.*

*Por lo expuesto, entendemos que no ha lugar la imputación a mi representada de una infracción del artículo 6.1 del RGPD, ya que el tratamiento de esos datos por parte de Telefónica resulta necesario para gestionar la relación contractual con el Reclamante y, por lo tanto, Telefónica contaba con base legitimadora suficiente, no resultando por tanto la acción típica, debiendo procederse al archivo del presente expediente sancionador.*

*Todo lo anterior no hace más que evidenciar 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. Pero es que además, tampoco puede ser considerada antijurídica. Telefónica considera que ha actuado en todo momento con buena fe y fundada creencia excluyente de toda culpabilidad.*

*Pues bien, se rechaza la antijuridicidad de la conducta en base a los argumentos que el tratamiento de datos personales para la modificación de la tarifa móvil se realiza conforme a las Condiciones Particulares suscritas por el Reclamante y conforme a los datos aportados por éste, siendo la base legitimadora del tratamiento la ejecución del contrato del que el Reclamante es parte. Y, en cualquier caso, una vez fue puesto en conocimiento de Telefónica el posible error cometido por el Reclamante en su solicitud*

*de portabilidad, el dato fue inmediatamente corregido. Por tanto y en la medida que esto es así, tampoco puede hablarse de una falta de diligencia debida en ningún caso. Por ello, el presente expediente sancionador debe ser archivado. Ni se ha efectuado una modificación de tarifa ni un cambio de titularidad de línea sin consentimiento del titular.*

*Es una facultad de Telefónica específicamente contemplada en el contrato que ha suscrito el Reclamante.*

*En cualquier caso, si la Agencia no acordase el archivo del presente expediente sancionador, esta parte quiere manifestar su disconformidad con que no se tengan en cuenta ni el caso concreto del que estamos hablando, ni ninguna de las circunstancias atenuantes mencionadas en las alegaciones al Acuerdo de inicio, y que por el contrario, sí se apliquen dos supuestas agravantes.*

*Por ello, esta parte considera que la Propuesta de resolución vulnera el principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones.*

*Empezando por las agravantes, en cuanto a “la evidente vinculación entre la actividad empresarial de la reclamada y el tratamiento de datos personales de clientes o de terceros (artículo 83.2.k, del RGPD en relación con el artículo 76.2.b, de la LOPDGDD)”, en primer lugar, en la medida en que esta parte no considera que se haya producido una falta de atención o la obstaculización de las facultades de investigación de la Agencia, no podemos considerar así mismo que concurra esta agravante.*

*De otro lado y con respecto a que se tenga también en cuenta como agravante “la gravedad de la infracción teniendo en cuenta el alcance de la operación de tratamiento, circunstancia prevista en el artículo 83.2.a) RGPD”, tampoco se estaría individualizando la sanción al caso concreto.*

*Todo lo referenciado aporta motivos más que fundados para que por parte de la Agencia se proceda con la minoración de la sanción.*

*Por todo lo expuesto, se solicita que se declare la inexistencia de responsabilidad por parte de Telefónica por la presunta infracción que se le imputa en este procedimiento, ordenando el archivo del presente expediente sancionador, y que, subsidiariamente y para el caso de que no se proceda a la declaración de nulidad de pleno derecho de la resolución sancionadora, o con el archivo del presente expediente sancionador, se minore la sanción inicialmente propuesta en virtud de las atenuantes estipuladas en el 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 día 19 de julio de 2022 en la que se hace constar que TME ha modificado tanto su tarifa telefónica como la titularidad de su línea telefónica sin su consentimiento.

SEGUNDO. - Obra en el expediente que la parte reclamada no acredita las alegaciones efectuadas a esta Agencia, en fecha 17 de marzo de 2023, que: *<<en fecha 23 de marzo de 2021, a la hora de solicitar la portabilidad de la línea móvil indicada para el servicio "Movistar Conecta Max", y suscribir el correspondiente contrato con la solicitud de la portabilidad, el Reclamante indica como nombre, y vinculado a su DNI, el de "B.B.B.". A los efectos oportunos, se adjunta como documento Anexo 3 copia del citado contrato. Posteriormente, ya en fecha de 7 de junio de 2022, la línea móvil migra a un contrato sólo móvil, fruto de la baja del Movistar Conecta Max que el Reclamante tenía suscrito. En este sentido, al desligarse la línea móvil del fijo, la línea móvil recupera los datos del contrato original suscrito con la solicitud de portabilidad que habían sido indicados por el Reclamante, quedando pues con su DNI y el nombre de "B.B.B.", hasta el momento de la presente reclamación>>.*

TERCERO. - Obra en el expediente que la reclamada aporta un contrato de fecha 19 de marzo de 2021, en el que constan los datos personales del contratante (nombre, apellidos, domicilio etc.) y dos líneas contratadas, una fija y otra móvil.

CUARTO. – Obra en el expediente que la reclamada aporta un contrato de fecha 23 de marzo de 2021, en el que figura un tercero como titular de la línea móvil del reclamante y un domicilio distinto.

QUINTO. - Se constata, que TME ha procedido a hacer efectivo el derecho de rectificación del dato del nombre.

## 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

### Obligación Incumplida

El artículo 6 del RGPD, “*Licitud del tratamiento*”, 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”.*

En el presente caso, la parte reclamante manifiesta que TME modificó tanto su tarifa telefónica como la titularidad de su línea sin su consentimiento.

TME en su contestación a esta Agencia, en fecha 17 de marzo de 2023, expone que: <<en fecha 23 de marzo de 2021, a la hora de solicitar la portabilidad de la línea móvil indicada para el servicio “Movistar Conecta Max”, y suscribir el correspondiente contrato con la solicitud de la portabilidad, el Reclamante indica como nombre, y vinculado a su DNI, el de “**B.B.B.**”. A los efectos oportunos, se adjunta como documento Anexo 3 copia del citado contrato. Posteriormente, ya en fecha de 7 de junio de 2022, la línea móvil migra a un contrato sólo móvil, fruto de la baja del Movistar Conecta Max que el Reclamante tenía suscrito. En este sentido, al desligarse la línea móvil del fijo, la línea móvil recupera los datos del contrato original suscrito con la solicitud de portabilidad que habían sido indicados por el Reclamante, quedando pues con su DNI y el nombre de “**B.B.B.**”, hasta el momento de la presente reclamación>>.

Pues bien, en el caso analizado, queda en entredicho la diligencia empleada por parte de la reclamada, dado que en el contrato aportado por TME de fecha 19 de marzo de 2021, figura en el mismo como titular la parte reclamante asociado a dos líneas de teléfono el \*\*\***TELEFONO.2** y el \*\*\***TELEFONO.1**, con domicilio en \*\*\***LOCALIDAD.1**, pero con fecha 23 de marzo de 2021, se produjo sin consentimiento por la parte

reclamante un cambio en la titularidad del número \*\*\***TELEFONO.2** por TME, celebrándose un nuevo contrato a nombre de un tercero, pero con el DNI del reclamante, y con domicilio en Madrid lo que produjo un cambio de tarifa.

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.”*

Por tanto, se considera que existen evidencias de que el tratamiento de datos de la parte reclamante objeto de esta reclamación se ha efectuado sin causa legitimadora de las recogidas en el artículo 6 del RGPD.

El RGPD se aplica a los datos personales, que se definen como «datos personales»: *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.*

La documentación que obra en el expediente evidencia que la reclamada, vulneró el artículo 6.1 del RGPD, toda vez que realizó el tratamiento de los datos personales de la parte reclamante sin que tuviese ninguna legitimación para ello.

Así pues, habiendo quedado acreditado que la reclamada trató los datos personales de la parte reclamante, quien niega su consentimiento al tratamiento, y en tanto que un gestor de dicha operadora cambió la titularidad de la línea móvil del reclamante sin legitimidad para ello se estima que los hechos son constitutivos de una infracción del artículo 6.1 del RGPD, infracción tipificada en el artículo 83.5 del citado Reglamento 2016/679.

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

De aquí que TME no acredita base de legitimación para el tratamiento de los datos de la parte reclamante.

En relación, con que se declare la nulidad de pleno derecho de la Propuesta de resolución, parece conveniente traer a colación la STC 78/1999, de 26 de abril, que en su Fundamento Jurídico 2, dice: *“Así pues, según reiterada doctrina constitucional que se sintetiza en el fundamento jurídico 3º de la STC 62/1998, “la estimación de un*

*recurso de amparo por la existencia de infracciones de las normas procesales 'no resulta simplemente de la apreciación de la eventual vulneración del derecho por la existencia de un defecto procesal más o menos grave, sino que es necesario acreditar la efectiva concurrencia de un estado de indefensión material o real' (STC 126/1991, fundamento jurídico 5º; STC 290/1993, fundamento jurídico 4º). Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, siendo necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STC 149/1998, fundamento jurídico 3º), con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los interesados afectados (SSTC 155/1988, fundamento jurídico 4º, y 112/1989, fundamento jurídico 2º)".*

En atención a lo expuesto, la petición de la reclamada de que se declare la nulidad del procedimiento administrativo sancionador que nos ocupa debe ser rechazada.

En cuanto al incumplimiento del principio de proporcionalidad, el RGPD prevé expresamente la posibilidad de graduación, mediante la previsión de multas susceptibles de modulación, en atención a una serie de circunstancias de cada caso individual. Estas circunstancias han sido tenidas en cuenta a la hora de fijar la sanción.

En el presente procedimiento sancionador, la sanción se impone debido a que "TME" efectuó una modificación de tarifa y un cambio de titularidad de la línea sin consentimiento del titular, y por este motivo se imputa el artículo 6.1 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.

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 Telefónica 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 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.

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

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)”.

### III

#### Tipificación y calificación de la infracción

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

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

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

La 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”.*

### IV

#### Sanción

A fin de determinar la multa administrativa a imponer se han de observar las previsiones de los artículos 83.1 y 83.2 del RGPD, preceptos que señalan:

*“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 a la reclamada, como responsable de una infracción tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD, se estiman concurrentes los siguientes factores:

- La evidente vinculación entre la actividad empresarial de la reclamada y el tratamiento de datos personales de clientes o de terceros (artículo 83.2.k, del RGPD en relación con el artículo 76.2.b, de la LOPDGDD).

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 17/10/2007 (rec. 63/2006), en la que, respecto de entidades cuya actividad lleva aparejado en continuo tratamiento de datos de clientes, indica 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.”*

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 en el que incide el contrato de telefonía al que la parte reclamada habría modificado la titularidad y por consiguiente el cambio de tarifa.

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.

La parte reclamada señala: *“De otro lado y con respecto a que se tenga también en cuenta como agravante “la gravedad de la infracción teniendo en cuenta el alcance de la operación de tratamiento, circunstancia prevista en el artículo 83.2.a) RGPD”, tampoco se estaría individualizando la sanción al caso concreto. Se está imponiendo*



*una sanción teniendo en cuenta un tratamiento masivo de datos cuando se está hablando única y exclusivamente de un caso concreto y excepcional, lo que carece de toda lógica”.*

Pues bien, dicha agravante no se le aplica a la parte reclamada, no figura ni en el Acuerdo de Inicio, ni en la Propuesta de Resolución, ni en la presente Resolución, por lo tanto no procede realizar ninguna manifestación respecto a dicha alegación.

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”.*

Procedió la parte reclamada a solventar la incidencia objeto de reclamación de forma efectiva.

No se admiten en esta propuesta 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 LOPDGD 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: Esta resolución será ejecutiva una vez finalice el plazo para interponer el recurso potestativo de reposición (un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución) sin que el interesado haya hecho uso de esta facultad. Se advierte 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 **IBAN: ES00-0000-0000-0000-0000-0000 (BIC/Código SWIFT: CAIXESBBXXX)**, 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