

- **Expediente N.º: EXP202213633**

- RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

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

ANTECEDENTES

PRIMERO: **A.A.A.** (en adelante, la parte reclamante) con fecha 13 de noviembre de 2022 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. con NIF A80907397 (en adelante, la parte reclamada o Vodafone). Los motivos en que basa la reclamación son los siguientes:

La parte reclamante manifiesta que con fecha 14 de enero de 2022 recibe un mensaje de texto de la parte reclamada comunicándole un cambio de titularidad de su contrato, modificación realizada sin su consentimiento.

Así las cosas, tras contactar con la parte reclamada, le informan que el contrato se formalizó de forma presencial en un punto de venta del municipio de Rubí (Barcelona), entregándole copia del contrato fraudulento. Asimismo, comprueba con posterioridad que también se suplantó su identidad en julio del año 2021 contratando una línea de prepago que desconocía.

Y, aporta la siguiente documentación relevante:

Denuncias efectuadas ante la Policía Nacional.

Copia del contrato formalizado en el punto de venta de Vodafone de la localidad de Rubí.

Número de referencia de todas las reclamaciones interpuestas ante la parte 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 2 de enero de 2023 como consta en el acuse de recibo que obra en el expediente.

Con fecha 2 de febrero de 2023 se recibe en esta Agencia escrito de respuesta indicando: <<Tras realizar las investigaciones oportunas sobre lo ocurrido, se confirma que consta en los sistemas de Vodafone que el día 14 de enero del 2022 se solicitó el cambio de titularidad correspondiente a la línea *****TELÉFONO.1** titularidad de la reclamante.

Dicha solicitud fue tramitada presencialmente en un establecimiento vinculado a Vodafone por un supuesto tercero haciéndose pasar por la reclamante y aportando todos sus datos personales, procediendo a continuación a la contratación de otros servicios de telefonía móvil en su nombre.

A raíz de la presente reclamación, mi representada procedió a investigar los hechos acontecidos y ha podido comprobar que la incidencia reclamada se encuentra actualmente resuelta. En este sentido, tras estudiar nuevamente las contrataciones no reconocidas y pese a la apariencia de adecuación inicial, el Departamento de Fraude de Vodafone ha declarado los servicios contratados como fraudulentos. Como consecuencia de lo anterior, se ha procedido a la desactivación de todos los servicios contratados fraudulentamente. Asimismo, se ha marcado a la reclamante como víctima de fraude en los sistemas internos de Vodafone, se han incluido sus datos en la agrupación de fraude y en los ficheros de prevención, activando medidas de seguridad adicionales sobre sus datos para evitar que se pueda producir un caso similar en el futuro.

En cualquier caso, se ha procedido a enviar una carta a la reclamante para informarle de las actuaciones realizadas por mi mandante y, en particular, de que la contratación de servicios que motiva su reclamación ha sido declarada como fraudulenta.

La incidencia se originó porque la reclamante refiere haber tenido conocimiento, a través de un mensaje de texto de Vodafone recibido en fecha 14 de enero del 2022, del cambio de titularidad de su línea de teléfono *****TELÉFONO.1**, efectuada de forma presencial en un establecimiento vinculado a Vodafone, así como, posteriormente, de la contratación de otros servicios de telefonía móvil en su nombre, no reconociendo la reclamante dichas contrataciones efectuadas a su nombre. En particular, la reclamante manifiesta haber tenido conocimiento de la previa contratación de una línea de telefonía prepago *****TELÉFONO.2** en julio de 2021, la ampliación de su servicio de Televisión contratado con el paquete "Familyfans" en el mes de julio de 2022, la contratación del paquete de cine "Cinefans" en el mes de septiembre del mismo año y la suscripción de un paquete de Televisión "Serie Lover" en idéntica fecha. En consecuencia, la reclamante refiere haber interpuesto diferentes reclamaciones internas a Vodafone, así como haberse puesto en contacto con sus servicios de atención al cliente en diversas ocasiones. Debido a lo cual, interpone dos denuncias policiales, la primera en fecha 21 de febrero de 2022 y la segunda en fecha 30 de septiembre de 2022.

La incidencia tiene su origen en la contratación de una línea prepago (*****TELÉFONO.2**) realizada a su nombre en julio de 2021, de la cual se deriva el cambio de titularidad efectuado el 14 de enero de 2022 y a partir del cual la reclamante tiene conocimiento de la actuación no reconocida. En este sentido, el Departamento de Fraude de Vodafone analizó la incidencia reportada y concluyó que las contrataciones no reconocidas por la reclamante habían sido realizadas de forma fraudulenta, al verificar que tres de ellas se realizaron, presencialmente, en dos

*tiendas físicas sitas en Barcelona y en una tienda física ubicada en Valencia, ciudades diferentes a la de residencia de la reclamante, mientras que las restantes se realizaron telefónicamente. En todo caso, la línea prepago *****TELÉFONO.2** fue dada de baja en febrero de 2022 por el Departamento de Fraude de Vodafone.*

Una vez declarado el fraude, Vodafone procedió a la desactivación de todos los servicios dados de alta fraudulentamente, y a cancelar en los sistemas de Vodafone cualquier cantidad adeudada en relación con la contratación de estos servicios. Consecuencia de ello, se han reintegrado a la reclamante todos los importes derivados de las contrataciones fraudulentas efectuadas suplantando la identidad de la reclamante; ello con anterioridad al traslado por parte de la Agencia del presente requerimiento de información.

Asimismo, mi mandante ha verificado que los datos de la reclamante no han sido incluidos en ficheros de solvencia patrimonial negativa. Por último, se ha procedido a la activación del check de víctima de fraude en los sistemas internos de Vodafone, incluyendo los datos personales de la reclamante en la agrupación de fraude y en los ficheros de prevención de Vodafone, activando medidas de seguridad adicionales sobre sus datos para evitar que se pueda producir un caso similar en el futuro. Todas estas actuaciones habían sido realizadas por mi mandante una vez que la reclamante había puesto en conocimiento de Vodafone que no reconocía las contrataciones y operaciones realizadas en su nombre y, en todo caso, con anterioridad a tener constancia de la reclamación de la reclamante trasladada por esta Agencia.

Cabe destacar que mi representada de ninguna manera podía conocer en el momento inicial de la contratación que se estuviera realizando una contratación de servicios suplantando la identidad de la reclamante. Puesto que este tipo de gestiones se encuentran supeditadas a la superación de la Política de Seguridad para la Contratación de Particulares (en adelante, la "Política de Seguridad") implantada por Vodafone, entendiéndose por tanto que, al superar dicha Política de Seguridad y llegarse a realizar la contratación, dicha contratación era legal, consentida, y con apariencia de veracidad. Siendo esta incidencia síntoma de que un tercero sustrajo ciertos datos personales de la reclamante sin su consentimiento, hecho este que mi representada no puede conocer>>.

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 13 de noviembre de 2022, se comunica que su reclamación ha sido admitida a trámite, el día 13 de febrero de 2023, 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:

En las actuaciones inspectoras se ha requerido a la parte reclamada aportar, para cada una de las cinco contrataciones reclamadas, acreditación documental de haber verificado la identidad del solicitante.

- Contratación del 14 enero de 2022. Presencial en tienda, con permanencia, localidad Rubí Avda. de Barcelona 14.

- Contratación junio-Julio de 2021. Presencial en Tienda de Valencia de línea prepago número acabado en *****TELÉFONO.2**.

- Contratación del 7 Julio de 2022. Presencial Mini Tienda San Andrés de San Andreu, c/ Dr. Fleming, 43. Ampliación de canales tv familyfans.

- Contratación del 8 septiembre de 2022. Contratación telefónica. Activación de paquete cinefans.

- Contratación del 9 de septiembre de 2022. Contratación telefónica. Activación de paquete de tv serie lovers.

Ante ello, la parte reclamada no ha aportado ninguna documentación acreditativa concreta para ninguna de las cinco contrataciones, manifestando para las contrataciones telefónicas que el protocolo de actuación es la comprobación de la identidad del solicitante mediante su vinculación a la superación de la Política de Seguridad para Contratación de Particulares (en adelante, "la Política de Seguridad"). Indican que si el solicitante supera lo previsto en la Política de Seguridad se efectúan los trámites oportunos para atender su petición.

Por otra parte, manifiestan que, en relación con las evidencias relativas a la verificación de la identidad en las contrataciones efectuadas presencialmente a través de un distribuidor autorizado, la Política de Seguridad de la entidad prevé la acreditación de la identidad mediante la exhibición del DNI como evidencia y condición para realizar la gestión. Indican que todos los agentes que colaboran con la entidad son expresamente informados de las posibles penalizaciones que pueden ser adoptadas, en caso de acreditarse que se efectúa cualquier trámite o actuación sin haberse seguido de forma completa y exhaustiva lo dispuesto en la Política de Seguridad vigente.

La parte reclamada ha indicado que ha comprobado que la contratación de la línea prepago fue realizada a nombre de la reclamante en fecha 29 de julio de 2021, y que el Departamento de Fraude analizó la incidencia reportada y concluyó que la contratación de dicha línea no reconocida por la reclamante había sido realizada de forma fraudulenta. El Departamento de Fraude de Vodafone dio de baja la línea

prepago en fecha 30 de septiembre de 2022 una vez que se tuvo conocimiento de la actuación fraudulenta.

Se ha requerido a la parte reclamada para que aporte copia de la contestación emitida a cada una de las seis reclamaciones relacionadas por la reclamante, incluyendo acreditación documental de la fecha de la contestación a cada una de ellas.

No aportan copia de las contestaciones, indicando que la reclamante interpuso las reclamaciones de forma telefónica a través del servicio de atención al cliente, por lo que fueron atendidas y contestadas a través de este mismo canal. Manifiestan no disponer de las grabaciones de los tramites telefónicos referidos en tanto que no se produjo la grabación de dichas llamadas, indicando que es debido a que las llamadas telefónicas recibidas por los servicios de atención al cliente sólo son grabadas de forma aleatoria y con fines de calidad de la atención dispensada al cliente conforme se informa expresamente a los interesados en la realización de cualquier trámite por el canal telefónico.

QUINTO: De acuerdo con el informe recogido de la herramienta AXESOR, la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. es una gran empresa constituida en el año 1994, y con un volumen de negocios de 2.928.817.000 euros en el año 2022.

SEXTO: Con fecha 3 de octubre 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 copia del expediente y ampliación del plazo para formular alegaciones y con fecha 13 de noviembre de 2023, presentó escrito de alegaciones en el que, en síntesis, manifestaba que: *<< Tal y como se señala en el Acuerdo de Inicio, el expediente sancionador tiene su origen en una reclamación presentada por un cliente de Vodafone, después de supuestamente haber recibido un SMS notificándole un cambio de titularidad a su favor de una línea prepago, y de haber sido conocedora, después de contactar con el Servicio de Atención al cliente de Vodafone, de la activación de dos paquetes de televisión que no habrían recogido supuestamente el consentimiento de la reclamante.*

*Los hechos se refieren a un único interesado (la Reclamante) que, en el momento de los hechos, es cliente de Vodafone. El cambio de titularidad de la SIM se produce en la línea prepago ***TELÉFONO.2 en una tienda de Barcelona. Que dicha línea únicamente estuvo activa en la ficha de cliente de la reclamante durante un mes, en concreto, desde el 14 de enero hasta el 23 de febrero de 2022, al haber sido catalogada como fraudulenta por el Departamento de Fraude de Vodafone, que procedió a la inmediata cancelación de la misma y a la identificación de la reclamante como víctima de fraude.*

Es relevante destacar que la activación de esta tarjeta no generó para la reclamante daño o perjuicio alguno sobre su persona al tratarse de una tarjeta prepago, que en

ningún caso se encuentra vinculada con su cuenta bancaria o genera gastos adicionales. Asimismo, que para que el defraudador gestionara el cambio de titular tuvo que aportar los datos de la reclamante, que fueron obtenidos por medios ajenos a mi representada, quedando fuera del ámbito de responsabilidad de la misma. A pesar de ello y de que la incidencia fuera solventada rápidamente, la reclamante interpuso una reclamación ante la Agencia. Como medida adicional, Vodafone procederá a penalizar al colaborador que habría realizado la modificación de la titularidad de la SIM de prepago al no haber seguido correctamente las directrices marcadas por la entidad de mi representada.

La activación de los paquetes de televisión, que se ejecutan de manera independiente al cambio de titularidad de la SIM de prepago, no siendo resultado de dicha modificación, tienen apariencia de licitud y se realizaron siguiendo los protocolos marcados por Vodafone. A pesar de ello, cuando la Reclamante informa a mi representada que no reconoce uno de los paquetes activados, desde el Servicio de Atención al Cliente de Vodafone se toman las medidas necesarias para gestionar su solicitud, tal y como se detallará en las alegaciones siguientes. Por lo tanto, las distintas activaciones de los paquetes de televisión tienen apariencia de licitud, se realizaron bajo solicitud de la reclamante y, por ende, no existiría una afectación a los derechos y libertades de la reclamante por la ejecución de estos trámites.

Con respecto a el cambio de titularidad de la SIM de prepago. La reclamante afirma haber sido víctima de una contratación en su nombre de una línea prepago, *****TELÉFONO.2**, para la cual no habría otorgado su consentimiento. A este respecto, es relevante destacar que, si bien la línea en cuestión habría sido dada de alta por primera vez en julio de 2021, no lo habría sido a nombre de la reclamante sino a la de un tercero ajeno a su persona. No es hasta el 14 de enero de 2022 cuando la línea consta a nombre de la reclamante, tras haberse ejecutado un cambio de titularidad del cual es consciente la reclamante después del envío de un SMS informativo por parte de mi representada, probándose éste como un aviso de seguridad eficaz empleado por Vodafone para avisar a sus clientes cuando se ejecuta un alta a su nombre.

En este sentido, a pesar de que en el área de cliente de la reclamante figuraba la fecha de activación original de la tarjeta, el 29 de julio de 2021, no implicaba que la SIM hubiera estado a su nombre desde dicha fecha, sino que, debido a la configuración de los sistemas internos de Vodafone y al tratarse de un cambio de titular, no de un alta nueva, estos arrastran la fecha de alta de la SIM de prepago del anterior titular que ha consentido su traspaso de la línea al nuevo titular.

Por lo tanto, fue el 14 de enero de 2022 cuando se produjo el cambio de titularidad de la SIM de prepago, *****TELÉFONO.2**, de manera presencial en una tienda de Barcelona.

Es relevante destacar que, para la realización de este tipo de trámites de manera presencial, el solicitante debe superar la Política de Seguridad de Vodafone, siendo necesario que tanto el antiguo titular de la línea, así como el nuevo, aporten su DNI y firmen un documento donde ambos consienten la realización de dicha transferencia.

Esta obligación viene definida en la Política de Seguridad que se facilita a los puntos de venta de mi representada. Se incluye captura de pantalla de la obligación de

verificar la identidad: Dicho cambio de titularidad fue calificado como fraudulento por parte del Departamento de Fraude de Vodafone el 23 de febrero de 2022, debido a que la tienda que realizó dicha modificación no siguió el protocolo fijado por mi representada, razón por la cual se penalizará a la misma.

Como medida adicional la reclamante ha sido calificada como víctima de fraude, aplicándose las medidas de seguridad adicionales sobre sus datos para evitar que se pueda producir un caso similar en el futuro.

Sin perjuicio de que el cambio de titular haya sido clasificado como fraudulento, esto no se debe a que el procedimiento marcado no ofrezca las garantías necesarias, sino que el defraudador que realizó el cambio de titularidad tuvo que obtener los datos de la reclamante de forma previa a dicho trámite, mediante engaño o técnicas delictivas, y, por ende, por medios ajenos a mi representada, quedando todo ello fuera del ámbito de responsabilidad de Vodafone.

*Por lo tanto, la línea afectada, ***TELÉFONO.2, estuvo activa en la ficha del cliente de la reclamante desde el 14 de enero de 2022 al 23 de febrero de 2022, momento en el que, tal y como se ha indicado, fue cancelada por parte del Departamento de Fraude de Vodafone.*

Con respecto a la activación de paquetes de televisión. En primer lugar, se debe aclarar que la reclamante realizó tres activaciones de paquetes de televisión, todas ellas con apariencia de licitud, y sobre las cuales la reclamante fue informada en todo momento.

Sobre la "Contratación del 7 Julio de 2022. Presencial Mini Tienda. La activación del servicio "FamilyFans" se realizó de manera presencial en una tienda de Sant Andrés de la Barca (Barcelona) tras haber superado la Política de Seguridad de Vodafone, la cual exige que el solicitante acredite su identidad ya sea mediante su DNI, NIE o pasaporte.

Sin embargo, no fue hasta dos meses después de que dicha activación le fuera notificada, concretamente el 8 de septiembre de 2022, cuando la reclamante se puso en contacto con el servicio de Atención al Cliente de Vodafone, indicado que no reconocía el servicio.

Por todo ello, con respecto a la activación del paquete de televisión "FamilyFans" del que sólo pudo disfrutar la titular del contrato durante la activación del mismo, la incidencia se encontraba solventada con anterioridad a la presentación de la reclamación que motiva el presente Acuerdo de Inicio, habiendo procedido mi representada a la desactivación del servicio, al abono de las cantidades generadas desde la fecha en la que fue contratado, así como a la activación del descuento con el que contaba previamente la reclamante antes del 7 de julio del 2022, y a la activación de los paquetes de televisión que tenía con anterioridad a dicha fecha, el paquete "CineFans" y "SerieLovers" en una tienda de Barcelona.

Sobre la "contratación del 8 septiembre de 2022. Contratación telefónica. Activación de paquete cinefans". Tal y como se ha expuesto en el anterior punto, la activación del paquete de "CineFans" se realiza en el mismo momento en el que la reclamante

contacta con el Servicio de Atención al Cliente de Vodafone el 8 de septiembre de 2022, con el único objetivo de restituir la situación inicial con la que contaba la reclamante con anterioridad al 7 de julio de ese mismo año.

Por tanto, la activación del paquete de "CineFans" tampoco se trata de una contratación fraudulenta, sino de una contratación legítima aplicada con el conocimiento de la reclamante, tal y como tipifica el Agente en la captura de pantalla aportada en el punto anterior, para solventar la reclamación presentada por la cliente al no reconocer la activación del paquete "FamilyFans".

Sobre la "contratación del 9 de septiembre de 2022. Contratación telefónica. Activación de paquete de tv serie lovers". De nuevo, remitiéndonos al primer punto y tal y como sucede con el paquete de televisión "CineFans", el paquete "SerieLovers" también fue activado durante la llamada que efectúa la reclamante el día 8 de septiembre de 2022 al Servicio de Atención al Cliente de Vodafone y después de haber sido informada consecuentemente sobre cómo se iba a proceder, se activó el servicio con el objetivo de restituir la situación anterior a la que contaba antes de que se produjera la activación del servicio "FamilyFans", el 7 de julio de 2022, esto es la aplicación del descuento y la activación de los paquetes "CineFans" y "SerieLovers". Por lo que, la activación del paquete de "SerieLovers" no se trata de una contratación fraudulenta, sino de una contratación legítima aplicada con el consentimiento de la reclamante, tal y como tipifica el Agente en la captura de pantalla aportada en el punto anterior, para solventar la incidencia acaecida por la activación del paquete "FamilyFans".

Teniendo en cuenta todo lo anterior, las contrataciones anteriormente expuestas no pueden ser calificadas de ilegítimas, habiendo sido notificadas todas ellas a la reclamante, ya fuera a través del correo electrónico registrado en nuestros sistemas o durante la llamada efectuada con los Agentes del Servicio de Atención al Cliente de Vodafone desde la línea de la reclamante, así como que los servicios fueron activados en el domicilio de la reclamante, siendo esta la única beneficiaria de los mismos.

Vodafone ha tomado las medidas técnicas y organizativas necesarias para la correcta verificación de la identidad de los solicitantes, de conformidad con el artículo 6.1 del RGPD. Así pues, el responsable del tratamiento está sujeto a una obligación de medios, no a una obligación de resultados en el sentido de entender que todo incidente es un incumplimiento del deber de garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo.

Por tanto, del hecho de que un tercero, mediante la comisión de delitos, haya superado las medidas de seguridad de Vodafone no puede automáticamente inferirse que Vodafone no ha sido diligente en la verificación de la identidad de los clientes y, por tanto, no ha tratado los datos personales de la reclamante conforme al artículo 6.1 del RGPD.

En el presente caso, el cambio de titularidad de la línea telefónica realizada presencialmente en una tienda de Barcelona requirió la previa obtención por parte de los estafadores mediante fraude o argucia de determinados datos personales de la reclamante. El envío de enlaces fraudulentos a través de SMS a móviles aleatorios con enlaces exigidos por Vodafone para proceder al cambio de titularidad de la línea.

Estas labores de ingeniería social realizadas sobre la futura víctima también caen fuera de la esfera de control de Vodafone. Por lo anterior, se debe mencionar que, en la actualidad, los defraudadores obtienen los datos personales de sus víctimas utilizando distintas técnicas de phishing empleadas por los defraudadores que van siendo mejoradas por los delincuentes con el transcurso del tiempo, tales como: o el envío masivo de correos suplantando a las empresas con enlaces a páginas web fraudulentas para el robo de datos personales; o la realización de una llamada aleatoria o dirigida a clientes para engañarles mediante ingeniería social y obtener sus datos personales a páginas web fraudulentas para el robo de datos personales o para la descarga de software malicioso que permite acceder al dispositivo del cliente.

Con las anteriores técnicas (que nada tienen que ver con Vodafone), los estafadores consiguen los datos personales de los clientes de Vodafone y es entonces – y sólo entonces – cuando, con esos datos pasan las políticas de seguridad de Vodafone, que, en el presente caso, permitió que el defraudador ejecutara el cambio de titularidad de la tarjeta prepago. En este sentido, Vodafone trabaja en una continua mejora de sus políticas y procesos relacionados con la correcta verificación de la identidad de los solicitantes, evitando así la realización de trámites no consentidos por terceros ajenos al titular del servicio.

Asimismo, cuando se llevó a cabo la modificación de la titularidad la SIM prepago, tal y como ha manifestado la reclamante en su reclamación, al cliente le llega un SMS informativo dando aviso del cambio de titularidad de la tarjeta SIM.

Es más, gracias a esta alerta el reclamante fue alertado y a continuación avisó a Vodafone, probando así la gran efectividad de la medida para detectar posibles casos de fraude en caso de que el titular no reconozca su contratación. Por otro lado, respecto a la activación del paquete de televisión, el resumen de compra fue enviado a la dirección de correo electrónico que se tenía registrada para la reclamante en los sistemas de mi representada. Por lo tanto, mi representada ha implementado las medidas necesarias para asegurar la correcta identificación presencial del solicitante, ya sea para un cambio de titular o para la activación de un paquete de televisión, y para informar al cliente y que, en el caso de no reconocer la gestión, pueda informar de este hecho a Vodafone, tal y como sucedió en el presente caso.

Con respecto a la activación de los paquetes de televisión a través del Servicio de Atención al Cliente de Vodafone, trámite realizado a distancia, por vía telefónica.

*En este caso, la activación de los paquetes de “CineFans” y “Serie Lovers” se realiza después de que la reclamante contactara con el Servicio de Atención al Cliente de Vodafone desde su línea principal, *****TELÉFONO.1**.*

Sobre la obligación de la verificación del número llamante y del obligado cumplimiento de la Política de Seguridad de Vodafone por parte de los Agentes, mi representada de manera periódica envía a todos sus Call Centers y Agencias colaboradoras, recordatorios reforzando dicha obligación.

Por todo ello, se puede concluir que la activación de servicios a través del Servicio de Atención al Cliente cuenta con medidas de seguridad suficientes, ya que los agentes pasan la política de seguridad mencionada pero, además, se envía un correo

electrónico al reclamante con el resumen del contratación con el fin de informar y alertar al titular de la operación que se acaba de efectuar, que tal y como se ha demostrado en este caso fue enviado a la dirección de correo electrónico registrada en la ficha de cliente de la reclamante.

De manera general, y adicionalmente, Vodafone con el objetivo de garantizar que se cumple en todo momento su Política de Seguridad, ha implementado las siguientes medidas. – Se implementa y ejecuta un sistema de penalizaciones para todos los puntos de venta o Call Center que no cumplan los procedimientos vigentes. Medida implementada en abril de 2020.

Aunque posterior al presente incidente, se ha procedido al bloqueo de llamadas entrantes de números ocultos en los números de Atención al Cliente y Soporte Técnico de Vodafone. Medida implementada en noviembre de 2022.

Una vez se ha detectado una operación fraudulenta en la cuenta del cliente, Vodafone procede a marcar al cliente como "víctima de fraude", así como aparición de ventanas emergentes con notificaciones indicando a los comerciales de Vodafone para que no se realicen operaciones sobre dichas cuentas. En concreto, las ventanas emergentes indican mensajes como los siguientes: "No facilitar información, realizar modificaciones, activación de productos, pedidos, etc., si el cliente llama desde líneas distintas a las que tiene contratadas en Vodafone, ocultación de llamadas y origen internacionales.

En el caso de que esta Agencia entendiera que Vodafone sí ha infringido el artículo 6.1 del RGPD, no procede la imposición de sanción alguna a mi mandante debido a que Vodafone no ha actuado culposamente, por lo que no procede la imposición de sanción alguna. El artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, regula el principio de culpabilidad, en virtud del cual es necesario que el supuesto infractor sea responsable de la infracción cometida. Así, dicho artículo dispone que: "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".

Por ello, en el caso de que la Agencia entendiera que la conducta de Vodafone es constitutiva de la infracción indicada en el Acuerdo de Inicio, es claro que no concurre en la conducta de Vodafone culpabilidad ninguna, ni a título de dolo ni a título de culpa.

Por ello, teniendo en cuenta la especial naturaleza del Derecho administrativo sancionador que determina la imposibilidad de imponer sanciones sin tener en cuenta la culpabilidad y la diligencia, o los errores que hayan podido determinar el incumplimiento de una obligación legal, esta parte mantiene la improcedencia de la imposición de sanción alguna.

En su Acuerdo de Inicio, la Agencia entiende que, en relación con la supuesta infracción del artículo 6.1 del RGPD, concurrirían los siguientes agravantes y atenuantes:

Agravantes: La existencia de casos anteriores ya sancionados por la Autoridad.

La vinculación de la actividad de Vodafone con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.

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

Mi mandante discrepa respetuosamente de los agravantes indicados en el Acuerdo de Inicio por los motivos que se expondrán a continuación y por los cuales entiende que la sanción – de ser impuesta – debe modularse a la baja.

I. La existencia de casos anteriores ya sancionados por la Autoridad. La Agencia indica en el Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador, lo siguiente: “Así pues, conforme al apartado e) del artículo 83.2. RGPD, en la determinación del importe de la sanción de multa administrativa no podrán dejar de valorarse todas aquellas infracciones anteriores del responsable o del encargado de tratamiento en aras a calibrar la antijuricidad de la conducta analizada o la culpabilidad del sujeto infractor”. “Son numerosos los procedimientos sancionadores tramitados por la AEPD en los que la reclamada ha sido sancionada por la infracción del artículo 6.1 del RGPD: i.EXP 202204287 Resolución dictada el 24 de octubre de 2022 en la que se impuso una sanción de 70.000 euros. Los hechos versaron sobre un duplicado de la tarjeta SIM fraudulento sin legitimación. Vodafone se acogió uno de una de las dos reducciones previstas. ii. EXP202103916. Resolución dictada el 24 de noviembre de 2022 en la que se impuso una sanción de 70.000 euros. Los hechos versaron sobre un duplicado de la tarjeta SIM fraudulento sin legitimación. Vodafone se cogió de una de las dos reducciones previstas. iii.EXP202203914 Resolución dictada el 24 de octubre de 2022 en la que se impuso una sanción de 70.000 euros. Los hechos versaron sobre un duplicado de la tarjeta SIM fraudulento sin legitimación. Vodafone se acogió a una de las dos reducciones previstas”.

El primero de ellos, el EXP202103028, no se refiere a un caso de duplicado de SIM fraudulento, como indica la AEPD, sino que dicho caso se trata de comunicaciones comerciales y la aplicación correcta del filtrado de las listas de exclusión publicitaria. Los otros dos casos, el EXP202103916 y el EXP202203914, tampoco versan sobre los motivos por los que se sanciona a Vodafone en este Acuerdo de Inicio, cambio de titularidad de una línea o activación de servicios, sino que se tratan de dos duplicados SIM fraudulentos realizados en las líneas principales de los reclamantes, cosa que no sucede en este caso.

En los tres expedientes mencionados por la Agencia efectivamente Vodafone se acogió a una reducción de la sanción, sin asunción de culpa y, en todo caso, es necesario aclarar que estos tres casos no se pueden considerar casos previos en los que Vodafone haya sido sancionada por hechos similares a los del presente caso.

La mera alusión del incumplimiento del artículo 6.1 del RGPD puede abarcar multitud de supuestos de tratamientos de datos que nada tengan que ver con los hechos acaecidos y sancionados en el presente Acuerdo.

La vinculación de la actividad de Vodafone con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.

Efectivamente, existe una vinculación entre la actividad de Vodafone y el tratamiento de datos personales de sus clientes que realiza para llevar a cabo la correcta prestación de los servicios contratados y atender las solicitudes y peticiones que éstos realicen.

La Agencia hace referencia a la existencia de imprudencia cuando un responsable del tratamiento no se comporta con la diligencia exigible debiendo insistirse en el rigor y el exquisito cuidado para ajustarse a las prevenciones legales al respecto. Prueba del especial cuidado y cautela aplicada en el tratamiento de datos personales que lleva a cabo mi representada, son todas las medidas de seguridad implementadas.

Por lo que este factor, no debe ser tenido en cuenta como agravante a la hora de graduar la sanción.

Además de la medida atenuante indicada por la Agencia en la página 11 del Acuerdo de Inicio, con las que mi mandante está conforme, entendemos que también deberían tomarse en consideración las siguientes atenuantes:

El grado de responsabilidad del responsable del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32 del RGPD.

Vodafone ha implementado medidas técnicas y organizativas adecuadas para el riesgo generado por mi mandante, esto es, tendentes a asegurar que quien solicita una modificación de datos personales de un cliente, así como cualquier otra operación que suponga el tratamiento de los datos de un cliente sea el titular de la línea.

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. Mi mandante también entiende que su grado de cooperación con la Agencia durante las actuaciones previas de inspección ha sido alto.

Cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como la ausencia de un perjuicio real a la reclamante a través de la infracción. El cambio de titular de la tarjeta SIM no generó para la reclamante daño o perjuicio alguno sobre su persona al tratarse de una tarjeta prepago, que en ningún caso se encuentra vinculada con su cuenta bancaria o genere gastos adicionales.

Por otro lado, respecto a la activación de paquetes de televisión, se procedió a la desactivación del paquete de televisión que la reclamante decía no reconocer, al abono de las cantidades generadas como consecuencia de su contratación, a la aplicación del descuento vigente antes del 7 de julio de 2022, así como a la activación de los paquetes de televisión que tenía contratados con anterioridad a dicha fecha.

En conclusión, no existe un perjuicio real a la reclamante a través de la infracción. En virtud de todo lo anterior, SOLICITO A LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS que tenga por presentado este escrito y todos los documentos que lo

acompañan y, en su virtud, tenga por efectuadas las manifestaciones en él contenidas y, tras los trámites oportunos, acuerde: 1) El sobreseimiento del expediente con el consiguiente archivo de las actuaciones, por no haberse cometido ninguna de las infracciones imputadas, así como por haber solucionado mi representada de manera efectiva y, con anterioridad a la recepción de la reclamación por parte de esta Agencia, el incidente que motiva el presente Acuerdo de Inicio. 2) Subsidiariamente, que en caso de imponerse alguna sanción se imponga en cuantía mínima, al no haber generado perjuicio alguno sobre los derechos y libertades de la Reclamante en ninguna de las contrataciones expuestas, y al haber sido lícitas, asimismo, las activaciones de los paquetes de televisión>>.

OCTAVO: Con fecha 13 de noviembre del 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/00097/2023. 2. Asimismo, se da por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador referenciado, presentadas por **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, y la documentación que a ellas acompaña>>.

NOVENO: Con fecha 5 de diciembre de 2023 se formuló propuesta de resolución, proponiendo que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., por una infracción del artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5 a) del RGPD, con una multa de 200.000 euros (doscientos mil euros).

DÉCIMO: Notificada la propuesta de resolución la parte reclamada presentó escrito de alegaciones el día 8 de enero de 2024 en el que, en síntesis, manifiesta: <<Que se remite en su integridad a las Alegaciones al Acuerdo de Inicio.

Vodafone ha actuado de forma diligente en la medida en la que tiene implementados los procesos necesarios para identificar correctamente a sus clientes, siendo la adopción de medidas técnicas y organizativas una obligación que no es absoluta.

Vodafone tiene implementadas las medidas técnicas y organizativas adecuadas para identificar correctamente a sus clientes. No obstante, si terceros, mediante técnicas ilícitas y fraudulentas, obtienen los datos confidenciales de los clientes y, a través de ellos, les usurpan la identidad y superan las medidas implementadas, eso no significa que la política sea insuficiente, sino que se han obtenido los datos necesarios, por medios ajenos a mi representada, para superar sus medidas.

Por lo tanto, el concepto de “riesgo cero” no existe cuando hablamos de gestión del riesgo, en particular, cuando hablamos de los riesgos que pueden suponer los tratamientos de datos personales. Siempre existirá un riesgo inherente o inicial implícito en cualquier tratamiento y, una vez que se hayan aplicado medidas y garantías que lo minimicen, seguirá existiendo un riesgo residual.

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. 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. Teniendo en cuenta este hecho, las medidas implementadas por Vodafone cumplen con la diligencia media exigible dentro del sector de las comunicaciones, ejecutando únicamente el cambio de titularidad de la SIM prepago de manera presencial cuando el solicitante supere la Política de Seguridad de Vodafone.

Por todo ello, mi representada tomó las cautelas necesarias para que estos hechos no se produjeran. Vodafone no pudo comprobar que la solicitud se estaba realizando por un tercero en la medida en la que la identidad del estafador estaba oculta y se hacía pasar por el cliente de Vodafone, superando mediante técnicas ilícitas las políticas de seguridad establecidas por mi mandante.

Con todo ello, Vodafone acredita la implementación de un procedimiento robusto a la hora de verificar la identidad de sus clientes, que en circunstancias normales bloquea de manera inmediata cualquier intento fraudulento que pueda tener lugar. Es relevante reiterar que Vodafone traslada a todos sus colaboradores y puntos de venta tienen la obligación de seguir en todo momento las directrices marcadas en la Política de Seguridad de Vodafone, debiendo solicitar el DNI, NIE o pasaporte de aquel que solicite tanto el cambio de titularidad de una SIM prepago como la activación de un paquete de televisión con el fin de acreditar correctamente su identidad. En caso de no cumplir esta obligación contractual, son susceptibles de ser sancionados por Vodafone.

Aun así, y siendo consciente de que no existe un riesgo cero, desde Vodafone se encuentra en un proceso constante de actualización y revisión de sus Política de Seguridad, implementando nuevas medidas y controles que traten de reducir al máximo posible el riesgo inherente al tratamiento de datos que realiza.

Por todo ello, Vodafone ha implementado las medidas técnicas y organizativas necesarias y adecuadas al riesgo del tratamiento de datos que realiza, minimizando al máximo posible el riesgo prevalente asociado a la propia actividad.

Sin perjuicio de que nos remitimos en su integridad a lo defendido en las Alegaciones al Acuerdo de Inicio.

No puede apreciarse la existencia de culpabilidad en las infracciones imputadas a Vodafone y, en consecuencia, no puede imponerse a la misma sanción alguna.

Sin perjuicio de que nos remitamos en su integridad a lo remitido a la Agencia a través de las Alegaciones al Acuerdo de Inicio, en la medida en que se desestima la falta de culpabilidad alegada se considera necesario aportar una contestación a las afirmaciones incluidas por la Agencia en su Propuesta de Resolución.

La Agencia entiende que, en la medida en la que mi representada ha inobservado su deber de cuidado, existe dolo o culpa y, por ende, existe una responsabilidad sancionadora.

Por lo tanto, mi representada sí que actuó con la diligencia debida, implementando las medidas técnicas y organizativas necesarias, y ha podido evidenciar la superación de sus políticas. No obstante, la Agencia defiende que existe dolo o culpa de mi representada únicamente observando el resultado de los hechos, la activación fraudulenta de una SIM prepago, sin considerar todas las medidas de seguridad implementadas para evitar el fraude, así como que dicho trámite no generó perjuicio alguno para la reclamante.

En consecuencia, a través de esta lógica argumental se impone a Vodafone la obligación de evitar todos los fraudes, siendo una obligación absoluta, no una de medios, lo que iría en contra de lo dispuesto por la Audiencia Nacional.

Subsidiariamente, y para el caso de que la Agencia entienda que ha existido infracción y deba imponerse una sanción a Vodafone, deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias agravantes y atenuantes.

La Agencia, a través de su Propuesta de Resolución, ha desestimado las alegaciones presentadas por mi mandante respecto de los agravantes y atenuantes aplicables al caso.

En este sentido, mi mandante discrepa respetuosamente de los motivos expuestos por la Agencia para desestimar que se deba de modular a la baja la sanción por los motivos que se incluyen a continuación. Sobre el agravante aplicado por la Agencia a la hora de evaluar la sanción, nos reiteramos en lo dispuesto en las Alegaciones al Acuerdo de Inicio: I. La existencia de casos anteriores ya sancionados por la Autoridad En los tres expedientes mencionados por la Agencia efectivamente Vodafone se acogió a una reducción de la sanción, sin asunción de culpa.

Por lo que estos tres casos no se pueden considerar casos previos en los que Vodafone haya sido sancionada por hechos similares a los del presente supuesto. La mera alusión del incumplimiento del artículo 6.1 del RGPD puede abarcar multitud de supuestos de tratamientos de datos que nada tengan que ver con los hechos acaecidos y sancionados en el presente Propuesta de Resolución.

Así las cosas, esta parte considera que la aplicación de esta agravante no ha sido lo suficientemente motivada por parte de la Agencia, suponiendo su aplicación un perjuicio grave para la defensa de mi mandante y la seguridad jurídica, dado que cualquier incumplimiento del artículo 6.1 del RGPD en general, sin atender a los hechos probados de cada caso, valdría como mera prueba de la aplicación de esta agravante con la inherente consecuencia de graduar el importe de la sanción al alza.

II. La vinculación de la actividad de Vodafone con la realización de tratamientos de datos de carácter personal Efectivamente, existe una vinculación entre la actividad de Vodafone y el tratamiento de datos personales de sus clientes que realiza para llevar a cabo la correcta prestación de los servicios contratados y atender las solicitudes y peticiones que éstos realicen.

La Agencia hace referencia a la existencia de imprudencia cuando un responsable del tratamiento no se comporta con la diligencia exigible debiendo insistirse en el rigor y el exquisito cuidado para ajustarse a las prevenciones legales al respecto. Prueba del especial cuidado y cautela aplicada en el tratamiento de datos personales que lleva a

cabo mi representada, son todas las medidas de seguridad implementadas, además de la continua revisión de sus políticas y cumplimiento de las mismas. Por lo que este factor no debe ser tenido en cuenta como agravante a la hora de graduar la sanción.

Sobre los atenuantes no aplicados por la Agencia a la hora de evaluar la sanción, e independientemente al ya aplicado por la Agencia y con el que mi mandante está conforme, entendemos que deberían tenerse en consideración: I. El grado de responsabilidad del responsable del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32 del RGPD Vodafone ha implementado medidas técnicas y organizativas adecuadas para el riesgo generado por mi mandante, esto es, tendentes a asegurar que quien solicita una modificación de datos personales de un cliente, así como cualquier otra operación que suponga el tratamiento de los datos de un cliente sea el titular de la línea, tal y como se ha demostrado por mi representada en estas y en las anteriores alegaciones presentadas a raíz del presente procedimiento sancionador. La Agencia, al inadmitir este atenuante, indica que “la reclamada se ha limitado a declarar que el solicitante del cambio de titularidad superó la política de seguridad de la compañía sin aportar ninguna prueba”.

No obstante, no se toma en consideración que mi representada, en las alegaciones presentadas al Acuerdo de Inicio, aportó evidencias de las medidas implementadas a través de las capturas de pantalla de sus sistemas internos, donde se recoge las gestiones realizadas por los Agentes, así como las políticas aplicables a los distintos procesos. II. 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 La Agencia inadmite la aplicación de este atenuante al entender que “la respuesta de la reclamada al requerimiento informativo de la Subdirección de Inspección no cumplía esas finalidades, por lo que no es encuadrable en esa circunstancia atenuante”, cuando Vodafone no sólo colaboró con la Agencia para poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción a través de la contestación a los requerimientos de información, sino también a través de las múltiples medidas y mejores, analizadas en la alegación primera, que se han ido implementado. Por lo tanto, mi mandante también entiende que su grado de cooperación con la Agencia ha sido alto.

III. Cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como la ausencia de un perjuicio real a la reclamante a través de la infracción El cambio de titular de la tarjeta SIM no generó para la reclamante daño o perjuicio alguno sobre su persona al tratarse de una tarjeta prepago, que en ningún caso se encuentra vinculada con su cuenta bancaria o genere gastos adicionales. Por otro lado, respecto a la activación de paquetes de televisión, se procedió a la desactivación del paquete de televisión que la reclamante decía no reconocer, al abono de las cantidades generadas como consecuencia de su contratación, a la aplicación del descuento vigente antes del 7 de julio de 2022, así como a la activación de los paquetes de televisión que tenía contratados con anterioridad a dicha fecha.

En conclusión, no existe un perjuicio real a la reclamante a través de la infracción. En virtud de todo lo anterior, SOLICITO A LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS que tenga por presentado este escrito y todos los documentos que lo acompañan y, en su virtud, tenga por efectuadas las manifestaciones en él contenidas

y, tras los trámites oportunos, acuerde: 1) El sobreseimiento del expediente con el consiguiente archivo de las actuaciones, por no haberse cometido ninguna de las infracciones imputadas, así como por haber solucionado mi representada de manera efectiva y, con anterioridad a la recepción de la reclamación por parte de esta Agencia, el incidente que motiva el presente Acuerdo de Inicio. 2) Subsidiariamente, que en caso de imponerse alguna sanción se imponga en cuantía menor, al no haber generado perjuicio alguno sobre los derechos y libertades de la Reclamante a la luz de las circunstancias atenuantes indicadas en el presente escrito y los hechos que sí han sido probados en las presentes alegaciones aportando documentación de los sistemas internos de Vodafone>>.

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 13 de noviembre de 2022 en la que se hace constar que el día 14 de enero de 2022 recibió un mensaje de texto de Vodafone en el cual se le notifica un cambio de titularidad de su contrato, cambio realizado sin su consentimiento. El contrato se formalizó de forma presencial y también se suplantó su identidad en julio de 2021 contratando una línea prepago que desconocía.

SEGUNDO. - Vodafone, reconoce en su escrito de fecha 2 de febrero de 2023 y en sus alegaciones de fecha 13 de noviembre de 2023 que la incidencia tiene su origen en la contratación de una línea prepago *****TELÉFONO.2** realizada a nombre del reclamante en julio del año 2021, de la cual se deriva el cambio de titularidad efectuado el 14 de enero de 2022 y a partir del cual la reclamante tiene conocimiento de la actuación no reconocida.

TERCERO. - Vodafone, reconoce que el Departamento de Fraude analizó la incidencia reportada y concluyó que las contrataciones no reconocidas por la reclamante habían sido realizadas de forma fraudulenta, al verificar que tres de ellas se realizaron, presencialmente, en dos tiendas físicas sitas en Barcelona y en una tienda física ubicada en Valencia, ciudades diferentes a la de residencia de la reclamante, mientras que las restantes se realizaron telefónicamente. La línea prepago *****TELÉFONO.2** fue dada de baja en febrero del año 2022 por el Departamento de Fraude de Vodafone.

CUARTO. - Vodafone no ha aportado ninguna documentación acreditativa concreta para ninguna de las cinco contrataciones.

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

Contestación a las alegaciones presentadas

La parte reclamada manifiesta que el cambio de titularidad de la línea telefónica realizada presencialmente no es suficiente para realizar operaciones bancarias en nombre de los titulares, ciertamente, para completar la estafa, es necesario que un tercero “suplante la identidad” del titular de los datos ante la entidad financiera. 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 el tratamiento de datos sea conforme al RGPD.

En cuanto a la responsabilidad de Vodafone, debe indicarse que, con carácter general Vodafone 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 la contratación de la línea móvil. 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.

Al fin y al cabo, tal y como señala la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 8

de febrero de 2024 (rec. 0002250/2021). *“En cuanto al hecho de que nos encontramos ante el fraude de un tercero, la AEPD no ha extendido la responsabilidad de la demandante más allá de sus obligaciones como responsable del tratamiento, no examinando las actuaciones de terceros intervinientes, como serían los suplantadores o las entidades bancarias.”*

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 Vodafone 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.*

Asimismo, solicita 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 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”.

Es plenamente aplicable al caso la SAN de 19 de septiembre de 2023 (rec. 403/2021), dice: “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

Obligación incumplida

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”.

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;”

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.”

En el presente caso, resulta acreditado, el cambio de titularidad de la línea de teléfono de la reclamante, efectuada de forma presencial, por un tercero el 14 de enero de 2022, en un punto de venta de Vodafone, así como, posteriormente, de la contratación de otros servicios de telefonía móvil en su nombre.

Asimismo, se contrató una línea de prepago por una tercera persona a nombre de la reclamante el día 29 de julio de 2021.

Pues bien, la parte reclamada reconoce los hechos en su escrito de fecha 2 de febrero de 2023, manifestando:<< La incidencia tiene su origen en la contratación de una línea prepago *****TELÉFONO.2** realizada a su nombre en julio de 2021, de la cual se deriva el cambio de titularidad efectuado el 14 de enero de 2022 y a partir del cual la reclamante tiene conocimiento de la actuación no reconocida. En este sentido, el Departamento de Fraude de Vodafone analizó la incidencia reportada y concluyó que

*las contrataciones no reconocidas por la reclamante habían sido realizadas de forma fraudulenta, al verificar que tres de ellas se realizaron, presencialmente, en dos tiendas físicas sitas en Barcelona y en una tienda física ubicada en Valencia, ciudades diferentes a la de residencia de la reclamante, mientras que las restantes se realizaron telefónicamente. En todo caso, la línea prepago ***TELÉFONO.2 fue dada de baja en febrero de 2022 por el Departamento de Fraude de Vodafone>>.*

Por lo que respecta con lo anterior, la parte reclamada no aporta ningún tipo de documentación acreditativa de haber efectuado la verificación de identidad del solicitante de las contrataciones no reconocidas, no constando evidencias de las anotaciones o controles concretos realizados por los gestores de los puntos de venta o de atención telefónica para la verificación de la identidad.

Vodafone, remitió al reclamante un mensaje de texto en el cual le alertaba de los hechos. Cuando la reclamante tuvo conocimiento de los mismos y los puso de manifiesto contactando con la entidad, la parte reclamada procedió a marcar los datos de la reclamante como víctima de fraude, desactivó todos los servicios dados de alta fraudulentamente y canceló las cantidades adeudadas en relación con la contratación de estos servicios.

Pues bien, para que el tratamiento de datos efectuado por la reclamada pudiera estar fundado en alguna de las circunstancias legitimadoras del tratamiento sería preciso que, en su condición de responsable del tratamiento, pudiera acreditar que el titular de los datos tratados fue efectivamente quien los facilitó.

Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, Vodafone no ha aportado ni en su respuesta a la petición informativa previa a la admisión a trámite de esta reclamación ni a lo largo de este procedimiento sancionador ningún documento o elemento probatorio que acredite cuál es el fundamento jurídico del tratamiento efectuado.

Aunque aporta la política de seguridad, no aclara cómo se procedió en este caso, ni tiene documentación ni grabaciones.

En definitiva, en el caso analizado, queda en entredicho la diligencia empleada por parte de la reclamada para identificar a la persona que realizó las contrataciones.

En todo caso, no se siguió el procedimiento implantado por la parte reclamada, ya que, de haberlo hecho, se debió haber producido la denegación del mismo.

A la vista de lo anterior, Vodafone 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.

IV

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”.*

V

Sanción de multa: Determinación del importe

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.”*

Vodafone solicita que se aprecien las siguientes circunstancias atenuantes:

El grado de responsabilidad del responsable del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32 del RGPD.

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.

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.

No se admite ninguna de las circunstancias invocadas.

El Artículo 83.2.d) RGPD: *“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;”*.

La reclamada se ha limitado a declarar que el tercero que contrató con ella superó la política de seguridad de la compañía sin aportar ninguna prueba que demuestre que recabó de la persona que intervino en la contratación algún documento que acreditara que era efectivamente el titular de los datos que había facilitado como propios o que articuló algún mecanismo que permitiera contrastar la veracidad de los datos de identidad proporcionados.

Por otra parte, el principio de proactividad supone transferir al responsable del tratamiento la obligación no solo de cumplir con la normativa, también la de poder demostrar su cumplimiento. Entre los mecanismos que el RGPD contempla para lograrlo se encuentran los previstos en el artículo 25, *“protección de datos desde el diseño”*, a tenor del cual el responsable debe aplicar *“tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento”* medidas técnicas y organizativas que garanticen que hace una efectiva aplicación de los principios del RGPD con ocasión de los tratamientos que realiza.

El artículo 83.2.f) del RGPD se refiere al *“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;”*. La respuesta de la reclamada al requerimiento informativo de la Subdirección de Inspección no cumplía esas finalidades, por lo que no es encuadrable en esa circunstancia atenuante.

La consideración de la cooperación con la Agencia como atenuante, tal y como pretende la reclamada, no está ligada a ninguno de los supuestos en los que pueda existir una colaboración o cooperación o requerimiento por mor de un mandato legal, cuando las actuaciones son debidas y obligadas por la Ley, como en el caso que nos ocupa.

A tal efecto hay que tener en consideración las Directrices 04/2022 del Comité Europeo de Protección de Datos sobre el cálculo de las multas administrativas con arreglo al RGPD, en su versión 2.1 adoptadas el 24 de mayo de 2023, las cuales

señalan que *“debe considerarse que el deber ordinario de cooperación es obligatorio y, por tanto, debe considerarse neutro (y no un factor atenuante).”*

Así queda confirmado en las mismas Directrices del CEPD sobre la aplicación y la fijación de multas administrativas a efectos del Reglamento 2016/679, adoptadas el 3 de octubre de 2017, en las que se asevera que *“Dicho esto, no sería apropiado tener en cuenta por añadidura la cooperación que la ley exige; por ejemplo, en todo caso se exige a la entidad permitir a la autoridad de control acceso a las instalaciones para realizar auditorías o inspecciones”*.

Sobre la aplicación del artículo 76.2.c) de la LOPDGDD, en conexión con el artículo 83.2.k), inexistencia de beneficios obtenidos, cabe señalar que tal circunstancia solo puede operar como agravante y en ningún caso como circunstancia 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 Vodafone 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. La admisión de que opere como una atenuante la ausencia de beneficios es contraria al espíritu del artículo 83.1 del RGPD y a los principios por los que se rige la determinación del importe de la sanción de multa. Si a raíz de la comisión de una infracción del RGPD se califica como atenuante que no han existido beneficios, se anula en parte la finalidad disuasoria que se cumple a través de la sanción. Aceptar la tesis de Vodafone en un supuesto como el que nos ocupa supondría introducir una rebaja artificial en la sanción que verdaderamente procede imponerse; la que resulta de considerar las circunstancias del artículo 83.2 RGPD que sí deben de ser valoradas.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha advertido que, el hecho de que en un supuesto 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”:

En aras a graduar el importe de la sanción de multa que se propone imponer a Vodafone por la infracción del artículo 6.1 del RGPD, estimamos que concurren las

circunstancias a las que nos referiremos a continuación, que operan en calidad de agravantes:

- La circunstancia del artículo 83.2 e) RGPD: *“Toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento”*.

El considerando 148 del RGPD señala *“A fin de reforzar la aplicación de las normas del presente Reglamento [...]”* e indica a este respecto que *“Debe no obstante, prestarse especial atención a la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, a su carácter intencional [...] o a cualquier infracción pertinente [...]”*.

Así pues, conforme al apartado e) del artículo 83.2. RGPD, en la determinación del importe de la sanción de multa administrativa no podrán dejar de valorarse todas aquellas infracciones anteriores del responsable o del encargado de tratamiento en aras a calibrar la antijuricidad de la conducta analizada o la culpabilidad del sujeto infractor.

Además, una correcta interpretación de la disposición del artículo 83.2.e) RGPD no puede obviar la finalidad perseguida por la norma: decidir la cuantía de la sanción de multa administrativa en el caso individual planteado atendiendo siempre a que la sanción sea proporcional, efectiva y disuasoria.

Son numerosos los procedimientos sancionadores tramitados por la AEPD en los que la reclamada ha sido sancionada por la infracción del artículo 6.1 del RGPD:

i.EXP202204287 Resolución dictada el 24 de octubre de 2022 en la que se impuso una sanción de 70.000 euros. Los hechos versaron sobre un duplicado de la tarjeta SIM fraudulento sin legitimación. Vodafone se acogió a una de las dos reducciones previstas.

ii.EXP202203916. Resolución dictada el 24 de octubre de 2022 en la que se impuso una sanción de 70.000 euros. Los hechos versaron sobre un duplicado de la tarjeta SIM fraudulento sin legitimación. Vodafone se acogió a una de las dos reducciones previstas.

iii.EXP202203914 Resolución dictada el 24 de octubre de 2022 en la que se impuso una sanción de 70.000 euros. Los hechos versaron sobre un duplicado de la tarjeta SIM fraudulento sin legitimación. Vodafone se acogió a una de las dos reducciones previstas.

No obstante, la reclamada señala *“que estos tres casos no se pueden considerar casos previos en los que Vodafone haya sido sancionada por hechos similares a los del presente supuesto. La mera alusión del incumplimiento del artículo 6.1 del RGPD puede abarcar multitud de supuestos de tratamientos de datos que nada tengan que ver con los hechos acaecidos y sancionados en la presente Propuesta de Resolución.”*

Pero no podemos compartir la interpretación que realiza la parte reclamada, pues el artículo 83.2 e) del RGPD a *“toda infracción cometida (...)”* sin entrar a valorar si ha de ser por hechos similares o no.

La finalidad de tal regulación no es otra que forzar el cumplimiento del RGPD, evitar el incumplimiento, fomentar el cumplimiento y que la infracción no resulte más rentable que el incumplimiento, es decir, que las multas sean disuasorias, tal y como indica el artículo 83.1 del RGPD.

Sentido en el que también se pronuncia la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de marzo de 2006 (recurso de casación 7133/2003): *“Ha de tenerse en cuenta, además, que uno de los criterios rectores de la aplicación de dicho principio régimen sancionador administrativo (criterio recogido bajo la rúbrica de <<principio de proporcionalidad>> en el apartado 2 del artículo 131 de la citada Ley 30/1992) es que la imposición de sanciones pecuniarias no debe suponer que la comisión de las infracciones tipificadas resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas”.*

- 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.”*

En calidad de atenuantes:

Procedió la parte reclamada a solventar la incidencia objeto de reclamación de forma efectiva (art. 83.2 c).

Procede graduar la sanción a imponer a la reclamada y fijarla en la cuantía de 200.000 € por la por la presunta infracción del artículo 6.1) tipificada en el artículo 83.5.a) del citado 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 VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. con NIF A80907397, por una infracción del Artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD, una multa por un importe de 200.000 euros (doscientos mil euros).

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. con NIF A80907397.

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