

- **Expediente N.º: EXP202211479**

### RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

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

#### ANTECEDENTES

PRIMERO: Dña. **A.A.A.** (en adelante, la parte reclamante) con fecha 15 de septiembre de 2022 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra Telefónica Móviles España, S.A.U. con NIF A78923125 (en adelante, la parte reclamada o “TME”). Los motivos en que basa la reclamación son los siguientes:

La parte reclamante manifiesta que el día 24 de agosto de 2022, un tercero contacta telefónicamente con la parte reclamada solicitando la portabilidad de su línea telefónica, pero no lo consigue, por lo que solicita en varias ocasiones un duplicado de la tarjeta SIM, activándose dicha tarjeta el 26 de agosto de 2022, fecha en la que se queda sin servicio en su teléfono móvil.

Así las cosas, dicho tercero, valiéndose de la información contenida en el teléfono móvil, accede a la banca online de la parte reclamante (con sus claves y contraseñas) realizando numerosos cargos y operaciones fraudulentas en su cuenta bancaria, además de contratar dos tarjetas de débito.

Posteriormente, cancela sus cuentas y las tarjetas bancarias y le indica su entidad financiera que no procede la devolución de los importes fraudulentos al encontrarse las operaciones debidamente autorizadas.

Asimismo, “TME” le confirma la intención inicial del solicitante de realizar una portabilidad y la solicitud y emisión posterior de un duplicado de su tarjeta SIM, así como la existencia de varias llamadas a un centro de atención de llamadas de la parte reclamada en Málaga.

No obstante, le indican salvo por orden judicial, no pueden facilitarle la dirección en la que se entregó el duplicado de la tarjeta SIM.

Junto a la reclamación se aporta la siguiente documentación relevante:

Detalle de los movimientos bancarios controvertidos y acreditación de la titularidad de las tarjetas bancarias.

Copia de dos denuncias presentadas ante la Policía, en fechas 29 de agosto y 7 de septiembre de 2022.

Correo electrónico de la parte reclamada, de fecha 5 de septiembre de 2022, por el que se le facilita información acerca de la fecha en que se solicitó el duplicado y el día que se procedió a su activación.

Pantallazo relativo a la solicitud del duplicado SIM controvertido.

Acreditación de la presentación de una reclamación ante Consumo el día 12 de septiembre de 2022.

**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 21 de noviembre de 2022 como consta en el acuse de recibo que obra en el expediente.

Con fecha 21 de diciembre de 2022 se recibe en esta Agencia escrito de respuesta indicando: *<<En relación a los hechos reclamados, Telefónica informa de que existen hasta tres solicitudes de cambio de ICC de la tarjeta SIM asociada a la línea \*\*\*TELÉFONO.1, de titularidad de Dña. A.A.A., producidos a lo largo del día 26 de agosto de 2022 a través de nuestro servicio de atención al cliente telefónico 1551, que no se gestionan porque no reunían los requisitos necesarios conforme a la operativa establecida a tales efectos, actuando por tanto nuestros agentes de forma correcta.*

*No obstante, lo anterior, más tarde, en el último de los intentos, a través de ese contacto sí se realiza el cambio de ICC de la tarjeta SIM sin que conste la grabación de la solicitud en nuestros sistemas. Por tanto, podemos determinar que, pese a que Telefónica cuenta con una operativa adecuada y conocida por todos nuestros agentes sobre cómo actuar ante una solicitud de cambio de tarjeta SIM y que se detallará más adelante, en este caso en concreto se ha podido determinar que, en esta ocasión, el cuarto intento, el agente comercial no siguió correctamente dicha operativa, al no figurar en nuestro soporte documental la grabación de solicitud de cambio de SIM>>.*

**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 el día 15 de septiembre de 2022, se comunica que su

reclamación ha sido admitida a trámite, con fecha 15 de diciembre de 2022, al haber transcurrido tres meses desde que la misma tuvo entrada en la AEPD.

CUARTO: Con fecha 22 de febrero 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 LPACAP, por la presunta infracción del Artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD.

QUINTO: Notificado el citado acuerdo de inicio conforme a las normas establecidas en la LPACAP, la parte reclamada presentó escrito solicitando la concesión de la ampliación del plazo concedido para formular alegaciones.

El 17 de marzo de 2023, presentó escrito de alegaciones en el que, en síntesis, manifestaba que: *<<esta parte solicita la suspensión de este procedimiento por prejudicialidad penal dada la íntima relación que, como esta parte ya adelanta, es probable que exista entre el procedimiento penal y el administrativo.*

*No consta por tanto una prueba de cargo, con entidad suficiente, como para destruir la presunción de inocencia de Telefónica que acredite la ausencia de verificación de la identidad de quien solicitó el duplicado de la tarjeta SIM, ni tampoco para acreditar la ausencia de aplicación de las cautelas previstas, para casos como el que nos ocupa.*

*Telefónica trabaja continuamente en la mejora de las medidas de las que dispone con el objetivo de evitar la suplantación de identidad en los distintos procesos de contratación y posteriores gestiones que soliciten los titulares a través de los diferentes canales.*

*Indicar que, conforme a la operativa, las comprobaciones de identidad se han tenido que llevar a cabo, toda vez que Telefónica cuenta con un procedimiento consolidado y adecuado de verificación de identidad de nuestros clientes que reviste las garantías suficientes para identificar al solicitante del duplicado de la tarjeta SIM, y la Agencia no ha podido acreditar mediante prueba de cargo suficiente al respecto, que esto no haya sido así.*

*Telefónica ha demostrado el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los principios de responsabilidad proactiva y diligencia debida a la hora de revisar y actualizar las medidas implantadas a fin de que sean adecuadas a los nuevos riesgos que se van detectando.*

*Y a este respecto, la propia grabación aportada por esta parte durante la tramitación de la reclamación demuestra que la operativa es robusta y se cumple.*

*En gran parte de solicitudes fraudulentas detectadas el problema reside en que, excepcionalmente, los agentes comerciales del canal presencial y del canal telefónico han sido engañados e inducidos a cometer errores humanos a la hora de aplicar la operativa de identificación diseñada y exigida por Telefónica para la atención de las solicitudes de duplicado de tarjeta SIM y de cambio de titular, como por ejemplo, mediante la indicación de los datos personales necesarios del Reclamante para llevar a cabo la solicitud.*

*En el ámbito sancionador, para que una conducta pueda ser reprochada se exige que esta sea típica, antijurídica y culpable. Por ello, una vez analizados los hechos, esta parte considera que el principio de tipicidad se está vulnerando dado que la conducta realizada por Telefónica no es subsumible en ninguno de los preceptos cuya infracción se imputa.*

*A este respecto, interesa a esta parte señalar que la consideración de los hechos objeto del procedimiento como ilícitos supone la cualificación de los mismos por el*

*resultado de los actos de engaño, manipulación y uso ilícito de los datos, llevado a cabo por el posible defraudador bancario que haya podido suplantar la identidad del reclamante, no por las acciones de mi representada. Es decir, en cualquier caso, el tratamiento de datos ilícito lo estaría realizando el tercero defraudador, quien no cuenta con base legitimadora suficiente para el tratamiento de los datos del Reclamante, y no Telefónica.*

*A este respecto la Agencia debe ser consciente de que, a pesar de que Telefónica diseñe e implemente medidas de seguridad para la realización de una gestión sensible, como lo es el duplicado de SIM, en numerosas ocasiones, por causas no imputables a Telefónica, no es posible seguir la operativa marcada.*

*Todo lo anterior no hace más que evidenciar que la conducta seguida por Telefónica en ningún caso puede ser considerada típica, dado que la conducta realizada por Telefónica no es subsumible en el precepto cuya infracción se imputa. Pero es que, además, tampoco puede ser considerada antijurídica.*

*Telefónica considera que ha actuado en todo momento con buena fe y fundada creencia excluyente de toda culpabilidad.*

*La actitud de Telefónica revela una inequívoca voluntad de proceder conforme a Derecho sin existir en modo alguno intencionalidad de infringir la norma y teniendo en todo caso voluntad de cumplimiento. Es doctrina reiterada la que considera que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al derecho administrativo sancionador, señalando que uno de los principales componentes de la infracción administrativa es el elemento de la culpabilidad, lo que presupone que la acción u omisión ha de ser en todo caso imputable a su autor por malicia, imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable.*

*Por si la Agencia no acordase el archivo del presente expediente sancionador, de forma subsidiaria, esta parte quiere manifestar su disconformidad con el Acuerdo, cuando dispone como circunstancia para agravar la sanción la siguiente: “La evidente vinculación entre la actividad empresarial de la reclamada y el tratamiento de datos personales de clientes o de terceros (artículo 83.2.k, del RGPD en relación con el artículo 76.2.b, de la LOPDGDD)”.*

*De otro lado, interesa poner de relieve la atenuante apreciada por la Agencia, cuando indica que: “Procedió la parte reclamada a solventar la incidencia objeto de reclamación de forma efectiva (art. 83.2 c)”, tal como fue señalado en las alegaciones presentadas al expediente informativo del que trae causa el presente sancionador.*

*Telefónica ha procedido al tratamiento de los datos del reclamante con la diligencia debida, toda vez que el tratamiento de los datos del reclamante se ha llevado a cabo con la base legitimadora suficiente y con las medidas de seguridad necesarias que se materializan en el protocolo de identificación seguido por esta parte.*

*Por todo lo expuesto, llegado el caso en el que la Agencia decida mantener, pese a los argumentos esgrimidos por esta parte, la sanción, estas atenuantes deberán ser tenidas en cuenta para la disminución del importe de esta.*

*La doctrina de los actos propios empleada ya por los Tribunales, en síntesis, acoge la idea de que, las palabras y los gestos nos vinculan, es decir, establece la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos hechos con anterioridad. Es decir, prohíbe que una persona pueda ir contra su propio comportamiento mostrado con anterioridad para limitar los derechos de otra, que había actuado de esa manera movido por la buena fe de la primera.*

*En este sentido, interesa poner de relieve que, la actuación de la Agencia ante un expediente referido a hechos sustancialmente iguales a los que son objeto de reclamación que nos ocupa, ha sido contradictoria, pues así nos lo hizo saber la*

*propia Agencia en el expediente con referencia N.º EXP202104446 de fecha 26 de enero de 2022, en el que se procedió al archivo del mismo al entender que ya había un expediente sancionador en curso por los mismos hechos, cuyo literal fue el siguiente: “Sobre este particular, procede resaltar que hechos similares a los que son objeto de reclamación han sido investigados por esta Agencia y sancionados en el procedimiento sancionador PS/00021/2021, tramitado contra la parte reclamada, por resolución de fecha 8/11/2021, por lo que no procede el inicio de un nuevo procedimiento sancionador”.*

*En consecuencia, la discrepancia de la actuación administrativa entre un expediente y otro supondría la clara vulneración de la doctrina de los actos propios creando una palpable inseguridad jurídica y, por consiguiente, supondría la concurrencia de la causa de anulabilidad del Acuerdo prevista en el artículo 48.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, la “Ley 39/2015”).*

*A este respecto, cabe recordar que Telefónica ya ha sido sancionada por los mismos hechos que hoy se desarrollan en este procedimiento, la Agencia impuso la sanción a través del procedimiento con referencia PS/00021/2021, y tal y como conoce la Agencia, actualmente, se ha interpuesto el correspondiente recurso ante los Tribunales de Justicia.*

*Lo anterior nos lleva a considerar que el iniciar un nuevo procedimiento sancionador, de forma sucesiva, sin que haya un pronunciamiento por parte de los Tribunales de Justicia, y sobre los mismos hechos, incumple el principio non bis in idem.*

*Por ello, esta parte considera que debería procederse con el archivo del presente expediente sancionador o, al menos, suspenderlo, y esperar al dictamen de los Tribunales de Justicia al respecto.*

*Por todo lo expuesto, se declare la inexistencia de responsabilidad por parte de Telefónica por las presuntas infracciones que se le imputan en este procedimiento, ordenando el archivo del presente expediente sancionador. Subsidiariamente y para el caso de que no se proceda al archivo del presente expediente sancionador, se suspenda el presente procedimiento y se requiera al reclamante a fin de que aporte en qué punto está la denuncia interpuesta, así como el contenido del procedimiento penal que en su caso se encuentre en marcha, con el fin de determinar si existe prejudicialidad penal. Por último, en caso de que no se estimasen ninguna de las pretensiones anteriores, que se minore la sanción inicialmente propuesta en virtud del art. 83 del RGPD>>.*

**SEXTO:** Con fecha 17 de marzo de 2023, el instructor del procedimiento acordó practicar las siguientes pruebas: <<1. Se dan por reproducidos a efectos probatorios la reclamación interpuesta por **A.A.A.** y su documentación, los documentos obtenidos y generados durante la fase de admisión a trámite de la reclamación. 2. Asimismo, se da por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador referenciado, presentadas por **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.**, y la documentación que a ellas acompaña>>.

**SÉPTIMO:** Con fecha 27 de abril de 2023 se formuló propuesta de resolución, proponiendo que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.**, con NIF A78923125, por una infracción del Artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD, con una multa por un importe de 70.000 euros (setenta mil euros).



OCTAVO: Notificada la propuesta de resolución, la parte reclamada solicitó ampliación de plazo para formular alegaciones que le fue concedido, y presentó escrito de alegaciones el 25 de mayo de 2023 en el que, en síntesis, se ratifica en las realizadas en el Acuerdo de inicio, solicitando se suspenda el presente procedimiento y se requiera al reclamante a fin de que aporte en qué punto está la denuncia interpuesta, así como el contenido del procedimiento penal que en su caso se encuentre en marcha, con el fin de determinar si existe prejudicialidad penal, proponga declaración de inexistencia de responsabilidad por parte de la reclamada por presunta infracción que se le imputa en el presente procedimiento, y se dicte en su día Resolución ordenando el archivo del presente expediente sancionador al margen referenciado, y subsidiariamente, minore la sanción inicialmente propuesta.

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

### HECHOS PROBADOS

1º. La parte reclamante formuló reclamación ante esta Agencia el 15 de septiembre de 2022 en la que se hace constar que, un tercero contacta telefónicamente con la parte reclamada solicitando la portabilidad de su línea telefónica, pero no lo consigue, por lo que solicita en varias ocasiones un duplicado de la tarjeta SIM, activándose dicha tarjeta el 26 de agosto de 2022, fecha en la que se queda sin servicio en su teléfono móvil.

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

2º. “TME” acredita que existen hasta tres solicitudes de cambio de ICC de la tarjeta SIM asociada a la línea **\*\*\*TELÉFONO.1**, de titularidad de la parte reclamante, producidos a lo largo del día 26 de agosto de 2022, que no se gestionan porque no reunían los requisitos necesarios.

3º. “TME” acredita que, en el último de los intentos, se realizó el cambio de ICC de la tarjeta SIM sin que conste la grabación de la solicitud en sus sistemas. En el cuarto intento, el agente comercial no siguió correctamente la operativa.

### 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 LOPDGDD, es competente para iniciar y resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

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

## II

### Prejudicialidad penal

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

Se manifiesta sobre estos hechos que están siendo actualmente objeto de una investigación penal. Considera que, por ello, en aplicación del principio de prejudicialidad penal recogido en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no debe resolverse el asunto en vía administrativa en tanto en cuanto no se resuelva por la vía penal. Ello, manifiesta, dado que los hechos declarados probados vincularán a la Agencia respecto a un posible procedimiento sancionador, conforme a lo previsto en el artículo 77.4 de la Ley 39/2015.

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

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

*No obstante, y para la concurrencia de una prejudicialidad penal, se requiere que ésta condicione directamente la decisión que haya de tomarse o que sea imprescindible para resolver, presupuestos que no concurren en el caso examinado, en el que existe*

*una separación entre los hechos por los que se sanciona en la resolución ahora recurrida y los que la recurrente invoca como posibles ilícitos penales. Así, y aun de haberse iniciado, en el presente supuesto, y por los hechos ahora controvertidos, también actuaciones penales frente a la empresa distribuidora, lo cierto es que tanto la conducta sancionadora como el bien jurídico protegido son distintos en una y otra vía (contencioso-administrativa y penal). En el ámbito penal, el bien jurídico protegido es una posible falsedad documental y estafa, y en el ámbito administrativo, en cambio, la facultad de disposición de sus datos personales por parte de su titular, por lo que tal objeción de la demandada ha de ser rechazada”.*

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

### III Obligación Incumplida

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

La emisión de un duplicado de tarjeta SIM supone el tratamiento de los datos personales de su titular ya que se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador (artículo 4.1) del RGPD).

Por lo tanto, la tarjeta SIM identifica un número de teléfono y este número a su vez, identifica a su titular. En este sentido la Sentencia del TJUE en el asunto C - 101/2001(Lindqvist) de 6.11.2003, apartado 24, Rec. 2003 p. I-12971: *«El concepto de “datos personales” que emplea el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46 comprende, con arreglo a la definición que figura en el artículo 2, letra a), de dicha Directiva “toda información sobre una persona física identificada o identificable”. Este concepto incluye, sin duda, el nombre de una persona junto a su número de teléfono o a otra información relativa a sus condiciones de trabajo o a sus aficiones».*

En suma, tanto los datos que se tratan para emitir un duplicado de tarjeta SIM como la tarjeta SIM (Subscriber Identity Module) que identifica de forma inequívoca y unívoca al abonado en la red, son datos de carácter personal, debiendo su tratamiento estar sujeto a la normativa de protección de datos.

Pues bien, se imputa a la reclamada la comisión de una infracción por vulneración del artículo 6 del RGPD, *“Licitud del tratamiento”*, que señala en su apartado 1 los supuestos en los que el tratamiento de datos de terceros es considerado lícito:

*“1. El tratamiento sólo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:*



- a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;*
- b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;*
- c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;*
- d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;*
- e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;*
- f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones”.*

A su vez, el artículo 6.1 de la LOPDGDD, indica, sobre el tratamiento de los datos personales basado en el consentimiento del afectado que: “1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen (...)”.

#### IV

##### Tipificación de la infracción del artículo 6 del RGPD

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

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

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

La LOPDGDD, 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”.

En el presente caso, resulta acreditado que “TME” facilitó un duplicado de la tarjeta

SIM de la parte reclamante a un tercero, sin su consentimiento y sin verificar la identidad de dicho tercero, el cual, ha accedido a la información contenida en el teléfono móvil, tales como datos bancarios, contraseñas, dirección de correo electrónico y otros datos personales asociados al terminal. Así pues, la reclamada, no verificó la personalidad del que solicitó el duplicado de la tarjeta SIM, no tomó las cautelas necesarias para que estos hechos no se produjeran.

En base a lo anteriormente expuesto, en el caso analizado, queda en entredicho la diligencia empleada por parte de la reclamada para identificar a la persona que solicitó un duplicado de la tarjeta SIM.

En su respuesta de fecha 21 de diciembre de 2022, la parte reclamada reconoce que se produjo el duplicado fraudulento, manifestando que se realizó la emisión de la tarjeta SIM sin estar debidamente autorizada y sin constar ninguna grabación de la misma

Ahora bien, "TME" señala de que existen hasta tres solicitudes de cambio de ICC de la tarjeta SIM asociada a la línea **\*\*\*TELÉFONO.1**, de titularidad de Dña. **A.A.A.**, producidos a lo largo del día 26 de agosto de 2022 a través de nuestro servicio de atención al cliente telefónico 1551, que no se gestionan porque no reunían los requisitos necesarios conforme a la operativa establecida a tales efectos, actuando por tanto nuestros agentes de forma correcta.

*"No obstante, lo anterior, más tarde, en el último de los intentos, a través de ese contacto sí se realiza el cambio de ICC de la tarjeta SIM sin que conste la grabación de la solicitud en nuestros sistemas. Por tanto, podemos determinar que, pese a que Telefónica cuenta con una operativa adecuada y conocida por todos nuestros agentes sobre cómo actuar ante una solicitud de cambio de tarjeta SIM y que se detallará más adelante, en este caso en concreto se ha podido determinar que, en esta ocasión, el cuarto intento, el agente comercial no siguió correctamente dicha operativa, al no figurar en nuestro soporte documental la grabación de solicitud de cambio de SIM"*

En todo caso, la operadora reconoce que no se siguió el procedimiento implantado por ella misma, ya que, de haberlo hecho, se debió haber producido la denegación del duplicado de la tarjeta SIM.

A la vista de lo anterior, la parte reclamada no logra acreditar que se haya seguido ese procedimiento.

En base a lo anteriormente expuesto, en el caso analizado, queda en entredicho la diligencia empleada por parte de la reclamada para identificar a la persona que solicitó un duplicado de la tarjeta SIM.

Telefónica cita en su descargo una serie de resoluciones dictadas por la AEPD, manifestando que el EXP20210446 se procedió al archivo del mismo al entender que ya había un expediente sancionador en curso por los mismos hechos y que Telefónica ya ha sido sancionada por los mismos hechos que hoy se desarrollan en el procedimiento, la Agencia impuso la sanción a través del procedimiento con referencia PS/00021/2021y por lo tanto incumple principio non bis ídem.

Sobre este particular, amén de que los hechos consignados en la reclamación no son los mismos, procede resaltar que dichos procedimientos tuvieron por objeto analizar

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

En el procedimiento sancionador PS/00021/2021, tramitado contra la parte reclamada se le sancionó por la infracción del artículo 5.1.f) del RGPD no por el tratamiento de datos sin legitimación sino por no garantizar el principio de confidencialidad.

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

En el presente procedimiento sancionador, la sanción se impone debido a que “TME” facilitó un duplicado de la tarjeta SIM de la parte reclamante a un tercero, sin su consentimiento y sin verificar la identidad de dicho tercero, y por este motivo se imputa el artículo 6.1 del RGPD.

En cuanto a la responsabilidad de “TME”, debe indicarse que, con carácter general Telefónica trata los datos de sus clientes al amparo de lo previsto en el artículo 6.1 b) del RGPD, por considerarse un tratamiento necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales. En otros casos, fundamenta la licitud del tratamiento en las bases previstas en el artículo 6.1.a), c), e) y f) del RGPD.

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

Por dicha razón, este es un proceso en donde la diligencia prestada por las operadoras es fundamental para evitar este tipo de estafas y vulneraciones del RGPD. Diligencia que se traduce en el establecimiento de medidas adecuadas para garantizar que se implantan y mantienen medidas de seguridad apropiadas para proteger eficazmente la confidencialidad, integridad y disponibilidad de todos los datos personales de los cuales son responsables, o de aquellos que tengan por encargo de otro responsable.

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

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

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

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

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

En ese sentido el Considerando 40 del RGPD señala:

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

## V Sanción

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

*“1. Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 9 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.”*

*“2. Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:*

*a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate, así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;*

*b) la intencionalidad o negligencia en la infracción;*

*c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados;*

*d) el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32;*

*e) toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento;*

*f) el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción;*

*g) las categorías de los datos de carácter personal afectados por la infracción;*

*h) la forma en que la autoridad de control tuvo conocimiento de la infracción, en particular si el responsable o el encargado notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida;*

*i) cuando las medidas indicadas en el artículo 58, apartado 2, hayan sido ordenadas previamente contra el responsable o el encargado de que se trate en relación con el mismo asunto, el cumplimiento de dichas medidas;*

*j) la adhesión a códigos de conducta en virtud del artículo 40 o a mecanismos de certificación aprobados con arreglo al artículo 42, y*

*k) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción.”*

Dentro de este apartado, la LOPDGDD contempla en su artículo 76, titulado



*“Sanciones y medidas correctivas”:*

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

*2. De acuerdo a lo previsto en el artículo 83.2.k) del Reglamento (UE) 2016/679 también podrán tenerse en cuenta:*

- a) El carácter continuado de la infracción.*
- b) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales.*
- c) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
- d) La posibilidad de que la conducta del afectado hubiera podido inducir a la comisión de la infracción.*
- e) La existencia de un proceso de fusión por absorción posterior a la comisión de la infracción, que no puede imputarse a la entidad absorbente.*
- f) La afectación a los derechos de los menores.*
- g) Disponer, cuando no fuere obligatorio, de un delegado de protección de datos.*
- h) El sometimiento por parte del responsable o encargado, con carácter voluntario, a mecanismos de resolución alternativa de conflictos, en aquellos supuestos en los que existan controversias entre aquellos y cualquier interesado.*

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

De acuerdo con los preceptos transcritos, a efectos de fijar el importe de la sanción de multa a imponer a la entidad reclamada como responsable de una infracción tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD y 72.1 b) de la LOPDGDD, se estiman concurrentes en el presente caso los siguientes factores:

En calidad de agravantes:

- 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 bloquear la línea en cuanto tuvo conocimiento de los hechos (art. 83.2 c).

Procede graduar la sanción a imponer a la reclamada y fijarla en la cuantía de 70.000 € 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 TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., con NIF A78923125, por una infracción del Artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD, una multa de 70.000 euros (setenta mil euros).

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.

TERCERO: Advertir al sancionado que deberá hacer efectiva la sanción impuesta una vez que la presente resolución sea ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 98.1.b) de la LPACAP, en el plazo de pago voluntario establecido en el art. 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso, indicando el NIF del sancionado y el número de procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento, en la cuenta restringida nº **IBAN: ES00-0000-0000-0000-0000-0000 (BIC/Código SWIFT: 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