



Procedimiento Nº PS/00412/2018

RESOLUCIÓN: R/00326/2019

En el procedimiento sancionador PS/00412/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., vista la denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 07/04/2018 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo, el reclamante) en el que expone que TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., (en lo sucesivo, la reclamada o TME) utiliza sus datos personales sin su consentimiento; le envía SMS masivos a su línea *****TELEFONO.1**; utiliza su número de teléfono para realizar pruebas, contrataciones no solicitadas y gestionar incidencias. Añade que por idéntica conducta interpuso ante la AEPD en el pasado varias denuncias que dieron lugar a la tramitación de los expedientes sancionadores PS/446/2017, PS/276/2017 y PS/567/2015.

El reclamante, cliente de TME, explica que las medidas que hasta ahora ha adoptado la operadora -claves de seguridad y alertas en su perfil de cliente- para no realizar pruebas con su número de línea y no enviar SMS de prueba de otros clientes a su número móvil resultan insuficientes.

Anexa a su reclamación la captura de pantalla de varios SMS, todos ellos remitidos desde el número 1004, de los cuales son legibles en su integridad cuarenta y siete, siendo el más antiguo de fecha 30/01/2018 y el más reciente de 06/04/2018.

Los SMS de los que ha facilitado una copia versan sobre estas cuestiones: Sobre una reclamación (i), sobre un requerimiento de pago (ii) o sobre un pedido (iii). Entre los del primer grupo (i), unos informan de la apertura de una reclamación y tienen el siguiente texto: *"Info: Reclamación [una secuencia numérica de ocho dígitos que comienza siempre con **XX**] abierta. Estamos analizándola en detalle. Le daremos respuesta lo antes posible"*. Seguidamente consta la fecha y la hora. Otros SMS versan sobre el cierre de la reclamación y tienen el siguiente texto: *"Reclamación [una secuencia numérica de ocho dígitos que comienza siempre con **XX**] cerrada. Como le*

hemos comunicado por teléfono, su reclamación se ha resuelto”.

Un segundo grupo de los SMS que el reclamante recibió del 1004 de los que aporta copia (ii), contienen un requerimiento de pago y la siguiente redacción además de la fecha y la hora: *“Movistar info: Importe pendiente: -***euros. Puede abonar esta cantidad en oficinas del banco BBVA; Santander o en oficinas de Correos Informatizadas”.*

Existe también un SMS -hay un segundo SMS de idéntico contenido pero no se toma en consideración toda vez que no es posible visualizar la fecha y hora- relativo a un pedido (iii): *“Tu pedido de Fibra óptica 50 Mb ha sido registrado con el número [secuencia numérica de 12 dígitos]. Gracias por confiar en movistar.es.”* Se incluye la fecha y hora.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia en fecha 11/06/2018 se solicita información a la reclamada. TME responde en escrito de fecha 11/07/2018 en el que hace las manifestaciones y aporta los documentos que se detallan:

1. Declara que, analizados los SMS cuya copia ha facilitado el denunciante con su escrito de denuncia, *“observa que en la mayoría de los casos se debe a un error humano en la cumplimentación del formulario de apertura de reclamación de clientes”.* Explica que *“es necesario que el agente introduzca de forma manual un número de teléfono móvil en el momento de la apertura de la reclamación tanto para informar de la línea reclamada como del número de teléfono de contacto para acreditar ante el cliente la gestión realizada”.*

Respecto a los dos SMS que contienen información sobre un pedido de Fibra Óptica (los pedidos número ***PEDIDO.1 y ***PEDIDO.2), indica que *“se ha podido comprobar que el dato del número ***TELEFONO.1 es aportado por un tercero en el ámbito de una solicitud o petición tramitada directamente a través del canal on line de Movistar www.movistar.es”.* Afirma que *“en ambos casos se trata de contrataciones que precisan de una instalación de servicio fijo por lo que es imprescindible que el cliente aporte un número de teléfono de contacto móvil para facilitar la coordinación con el personal técnico que ha de desplazarse al domicilio de instalación”.* Y seguidamente indica que aporta como documento anexo la información que los clientes facilitaron en cada uno de los pedidos, en la que puede comprobarse que consta incluida la línea controvertida.

No obstante, los documentos a los que alude TME consisten en capturas de pantalla de una solicitud online sin que deba inferirse de ella que, tal y como sostiene, el número de línea del denunciante fue facilitado por un tercero. Cabe destacar que en esas peticiones el origen es *“ventas_ORQ”* y que en los datos de contacto tanto remitente como destinatario están relacionados con la denunciada. Así, el remitente es *****EMAIL.1** y el destinatario *****EMAIL.2**

2. TME ha informado sobre las medidas adoptadas para solucionar la incidencia

denunciada y evitar que se vuelvan a producir en el futuro.

Afirma que tiene implantadas medidas desde el año 2014 con el fin de impedir el tratamiento no autorizado de los datos de carácter personal del denunciante como titular de la línea *****TELEFONO.1** y que, tal y como el denunciante declaró en su denuncia, existen claves de seguridad en su ficha cliente que impiden cualquier cambio o modificación que afecte a las líneas que tiene contratadas con MOVISTAR.

Manifiesta que en mayo de 2016 adoptó una medida que consiste en publicar un comunicado en la herramienta ELYPSE -que tienen a su disposición los agentes que atienden el servicio del 1004- *“en el segmento de empresas al que está asociado el denunciante con la advertencia de no utilizar la línea *****TELEFONO.1** para hacer pruebas ni como dato de contacto”* y que en julio de 2017 publicó el mismo comunicado para el segmento residencial.

Añade que esos dos comunicados continúan vigentes y, además, con vistas al futuro, prevé adoptar como mejora adicional la incorporación de *“un link en el protocolo de apertura de reclamaciones disponible en esa herramienta que enlace directamente con una advertencia respecto al uso de la numeración *****TELEFONO.1**”*.

También, de cara al futuro, manifiesta que se está trabajando en una nueva funcionalidad del sistema de apertura de reclamaciones que impida la inclusión de determinados números de teléfono como el *****TELEFONO.1** en los campos de texto libre, solución que según declaró entonces, esperaba que estuviera disponible en septiembre de 2018.

3. Informa del resultado de haber analizado la evolución del número de SMS´s que el denunciante ha venido recibiendo en la línea *****TELEFONO.1** mensualmente *“desde distintos remitentes de negocio”* y el seguimiento realizado con las *“área identificada al objeto de mejorar cada uno de los procesos en los que hemos podido observar alguna anomalía desde junio de 2017”*

Llega a la conclusión de que se han reducido de forma significativa el número de SMS que el denunciante ha recibido desde MOVISTAR. A título de ejemplo indica que el reclamante no ha recibido ningún SMS desde el número 22580, *“hecho que dio origen al procedimiento sancionador PS/0567/2015”*. *“Que desde julio de 2017 (fecha en la que se realizó la Inspección) se ha comprobado que la recepción de mensajes desde el número 215652 se ha reducido en un 84% (de 5 SMS´s diarios a 0,8 SMS´s diarios)”*

4. Declara que, hasta que finalicen los distintos desarrollos que se han solicitado para evitar la introducción manual de la línea del denunciante tanto por parte de agentes comerciales como de terceras personas, mantendrá en vigor la medida adoptada en junio de 2018 a tenor de la cual -afirma- se bloquea la emisión de cualquier SMS al número controvertido procedente de los distintos sistemas y plataformas que emiten mensajes relacionados con cualquier área de negocio en el entorno MOVISTAR.

Mediante Diligencia de fecha 29/01/2019, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se deja constancia de la incorporación al expediente del Acta de Inspección E/5373/2016/I-01, que forma parte del expediente E/5373/2016, habida cuenta de la relación que existe entre los hechos sobre los que versa la denuncia y los que fueron

objeto de investigación en el marco del E/5373/2016.

TERCERO: Los hechos objeto de la reclamación quedan sometidos a las disposiciones de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y a su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1720/2007 (RLOPD).

Se toman en consideración a tal fin cuarenta y siete mensajes SMS enviados entre el 30/01/2018 y el 06/04/2018 desde el número 1004 de TME a la línea móvil del reclamante que éste ha aportado en prueba de los hechos que denuncia. Mensajes SMS que son, por tanto, anteriores a la fecha de aplicación efectiva del Reglamento (UE) 2016/679 -el 25/05/2018- relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Sobre las normas de procedimiento aplicables al expediente sancionador PS/412/2018 que nos ocupa, teniendo en cuenta que el procedimiento administrativo sancionador comienza con la firma del acuerdo de inicio por la Directora de la AEPD, que data del 06/02/2019, hemos de estar a lo que indica la Disposición Transitoria Tercera, *“Régimen transitorio de los procedimientos”*, de la Ley Orgánica 3/2018 (LOPDGDD) que entró en vigor el 07/12/2018: *“1. Los procedimientos ya iniciados a la entrada en vigor de esta Ley Orgánica se regirán por la normativa anterior, salvo que esta Ley Orgánica contenga disposiciones más favorables para el interesado”*.

Así pues, en aplicación de la referida Disposición Transitoria Tercera de la LOPDGDD, *“a sensu contrario”*, el procedimiento a seguir será el previsto en el Título VIII de la citada Ley Orgánica, artículos 63 a 69, aplicándose con carácter subsidiario, en lo que no la contradigan, las disposiciones de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), (ex artículo 63.2 de la LOPDGDD)

CUARTO: Con fecha 06/02/2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a TME por presunta infracción del artículo 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), tipificada como infracción grave en su artículo 44.3.c), pudiendo ser sancionada con multa de 40.001 euros a 300.000 euros, de conformidad con el artículo 45.2 de la LOPD.

QUINTO: Notificado el acuerdo de inicio, la reclamada formula alegaciones en escrito de fecha 25/02/2019 en las que solicita la reducción de la sanción y la aplicación del efecto jurídico previsto en el artículo 45.5 LOPD: la imposición de una sanción con arreglo a la escala prevista para las infracciones que precedan inmediatamente en gravedad a aquella en la que se integra la infracción efectivamente cometida, de manera que esté comprendida en las cuantías que el artículo 45.1 de la LOPD fija para las infracciones leves.

En primer término, la reclamada pone de manifiesto que en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador se ha asignado a las Actuaciones de Investigación Previa un número de referencia que no coincide con el que tenían cuando recibió el requerimiento informativo de esta Agencia: el expediente número E/02952/2018.

Afirmación de la entidad que es totalmente correcta, pues en el acuerdo de inicio, y exclusivamente en ese documento, se hizo constar un número de referencia de actuaciones previas equivocado.

En apoyo de su pretensión de que se reduzca el importe de la sanción prevista en el acuerdo de apertura, la reclamada invoca los siguientes argumentos:

1. Respecto a los hechos que dan origen al expediente sancionador manifiesta:

-Por lo que concierne a los SMS recibidos por el reclamante que versaron sobre la apertura o cierre de una reclamación (i), reitera “... *que la inclusión del número ***TELEFONO.1 se debe a un error humano en la cumplimentación del formulario de apertura de reclamación de clientes por parte del agente comercial sin que esta actuación suponga el acceso a los datos de carácter personal del reclamante o a su ficha de cliente*”. Que “*es necesario que el agente introduzca manualmente un número de teléfono móvil en el momento de la apertura de la reclamación; tanto para informar de la línea reclamada como del número de teléfono de contacto para acreditar ante el cliente la gestión realizada. Se trata de un campo obligatorio*”

- Afirma que, tras conocer en abril de 2018 la reclamación del afectado, procedió a reforzar, a través de las coordinadoras de los centros de atención al cliente 1004 “... *la operativa publicada en la herramienta de información comercial que tienen a su disposición los distintos agentes del 1004*”. Esta herramienta, denominada Elype “*está implementada desde 2016 y ampliada en julio de 2017 para el canal de atención de empresas*”.

- Que, desde el 06/10/2018, la línea del reclamante (*****TELEFONO.1**) no ha recibido más SMS procedentes del número de TME 1004, “*a raíz de haber puesto en servicio una funcionalidad en el sistema de apertura de reclamaciones que impide la inclusión de determinados números como el [número de teléfono del reclamante] en los campos de texto libre*”. Añade que tal medida fue anunciada en la respuesta al requerimiento informativo de la Inspección de Datos en el E/02952/2018.

- Afirma que en el último periodo de tiempo que ha analizado -entre el 18/09/2018 y el 11/02/2019-, “*únicamente se han enviado 11 sms a la línea del reclamante*”, el último de fecha 06/10/2018.

- Concluye que las medidas adoptadas “*han conseguido corregir de forma diligente los hechos reclamados*”.

- A propósito del conjunto de SMS catalogados en el grupo (iii), relativos a los pedidos efectuados vía on line, reitera las manifestaciones realizadas en fase de actuaciones previas: que la persona que cumplimenta la solicitud de pedido es quien proporciona, al introducirlo en el formulario, el número de teléfono de contacto y que, en ningún caso el número se proporciona por el sistema.

Sobre esta cuestión se remite al Acta de Inspección E/05373/2016/I-01 y a los documentos aportados en fase de investigación previa. En ellos puede verificarse que cada pedido lleva incorporada una dirección de correo electrónico diferente; que el dato del teléfono es introducido por un tercero y que no cabe cuestionar tal extremo por la circunstancia de que, “*tanto el remitente como el destinatario de los datos del*

*pedido se correspondan con dominios de Telefónica: ***EMAIL.1 y el destinatario ***EMAIL.2; toda vez que los datos introducidos en la página web www.movistar.es (canal on line-COL) vuelcan a un pedido que debe ser remitido a otra dirección que desencadenará las distintas actuaciones para la provisión de dichos pedidos sin que en ningún caso exista una manipulación de los datos proporcionados por el/la solicitante”.*

- Finaliza su alegato diciendo que, como reconoció en las actuaciones previas del E/2952/2018, envió al reclamante “SMS improcedentes” por diferentes causas, “*algunas ajenas a TME como es el caso de los mensajes relacionados con pedidos solicitados a través de la web*”, y que tras las medidas que la entidad ha adoptado se ha reducido significativamente el número de SMS. Cita como ejemplo los SMS “*procedentes del 1004 relativos al tratamiento de reclamaciones*”. Y añade que el número de SMS recibidos por el reclamante procedentes de TME constituye un 2% del total de mensajes que ese número recibe por su particular configuración.

2. Bajo la rúbrica “*Reconocimiento de culpabilidad*”, afirma que en fase de actuaciones previas ha reconocido “*algunos errores detectados por el uso indebido de la línea ***TELEFONO.1 en la gestión de reclamaciones*” y que “*Este reconocimiento debe ser valorado a los efectos previstos en el artículo 45.5.d) de la LOPD*”.

- Solicita también la aplicación de los siguientes criterios de atenuación descritos en los apartados e), f), h), e i) del artículo 45.4 de la LOPD: ausencia de beneficios, ausencia de intencionalidad, ausencia de perjuicios al denunciante y la existencia de un protocolo adecuado que puntualmente ha fallado.

* Sobre la procedencia de aplicar como atenuante el apartado e, del artículo 45.4 -ausencia de beneficios- dice que, como consecuencia de la comisión de la infracción, no ha obtenido beneficio alguno sino todo lo contrario pues se ha visto obligada a implementar diversas medidas, unas con carácter individual (relacionadas con las líneas de las que el reclamante es titular) y otras destinadas a las plataformas de atención al cliente.

* Respecto a la circunstancia del apartado f) del artículo 45.4, dice que no ha existido ningún grado de intencionalidad ya que se encuentra ante el caso de agentes comerciales que no han seguido las indicaciones publicadas por TME en ELYPSE.

* Por lo que atañe a los perjuicios causados al denunciante, apartado h), hace constar, por una parte, que el uso indebido de la línea del reclamante “*no implican la contratación de productos y/o servicios*” y, por otra, que los SMS que el reclamante ha recibido de TME representan el 2% del total de mensajes que recibe de otras empresas por la singularidad de la línea.

SEXTO: En fecha 20/06/2019 se notificó a la reclama la apertura del periodo de prueba. Las diligencias practicadas consistieron en incorporar al expediente administrativo a efectos probatorios los documentos siguientes:

- 1.- El Acta de Inspección E/5373/2016/1-01 así como sus anexos (documentos 1 a 9)
- 2.- Dar por reproducidos a efectos de prueba:

(i) La denuncia y los documentos que el reclamante aporta con su escrito de reclamación.

(ii) El escrito remitido por TME a esta Agencia en respuesta a la solicitud de información en el marco del E/2952/2018.

(iii) Las alegaciones de TME al acuerdo de inicio del expediente sancionador con fecha de entrada en la AEPD el 25/02/2019.

SÉPTIMO: En fecha 08/07/2019 se formuló propuesta de resolución en los siguientes términos:

“Que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. con NIF A78923125, con multa de 50.000 euros (cincuenta mil euros) por la infracción del artículo 4.3 de la LOPD, tipificada como infracción grave en el artículo 44.3.c) de dicha norma.”

La propuesta se notificó a la reclamada por medios electrónicos siendo la fecha de puesta a disposición el 08/07/2019 y la fecha de “aceptación” de la notificación por la reclamada el 15/07/2019.

OCTAVO: En fecha 29/07/2019 tienen entrada en la sede electrónica de la AEPD las alegaciones de TME a la propuesta de resolución en las que solicita que se aprecie la atenuante cualificada del artículo 45.5.d) LOPD y, por consiguiente, se imponga la sanción con arreglo a las cuantías del artículo 45.1 LOPD.

En defensa de su pretensión de que se aplique el artículo 45.5.d) LOPD -pretensión que ya había formulado en sus alegaciones al acuerdo de inicio y que fue denegada en la propuesta de resolución- aduce que *“en ningún momento ha negado ...la existencia de una vulneración del principio de exactitud o veracidad del dato, (...) en relación a los “sms improcedentes” que recibió el Sr. [reclamante] procedentes del 1004 y que obran en las actuaciones del expediente informativo previo E/02952/2018”*.

Añade que nada impide que, junto con el reconocimiento de culpabilidad que hizo en sus alegaciones al acuerdo de inicio del expediente sancionador, expusiera las circunstancias que a su juicio incidían en la responsabilidad con el objetivo lícito de obtener una reducción en el importe de la sanción.

Rechaza que haya intervenido por su parte, respecto a la conducta en la que se concreta la infracción, *“una grave falta de diligencia”* o *“falta de interés”* en poner fin al incumplimiento del principio de exactitud o veracidad del dato, como la Agencia sostiene en su propuesta de resolución. La reclama argumenta que desde la incoación del procedimiento sancionador PS/445/2017 el seguimiento que ha realizado se ha traducido en una constante disminución del número de SMS improcedentes que recibe la línea *****TELEFONO.1**, todo ello sin perjuicio de continuar la labor permanente de hacer un seguimiento activo de la evolución de las medidas implementadas a fin de evitar que se lleguen a producir nuevas reclamaciones.

Destaca que *“la funcionalidad implementada por TME”* para evitar que en la apertura de reclamaciones se introdujera el número *****TELEFONO.1** requirió un desarrollo especial en un sistema denominado CTC y no Elypse, que es únicamente el nombre de la intranet del 1004, por lo que no se trató de una medida tan “simple” como pretende la AEPD a lo que se ha de sumar que su desarrollo e implementación se ejecutó entre junio y septiembre de 2018.

De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento, han quedado acreditados los siguientes

HECHOS PROBADOS

1. El reclamante, D. **A.A.A.**, es titular de la línea móvil número *****TELEFONO.1**, para la que tiene contratado el servicio con Telefónica Móviles España, S.A.U. (TME)
2. Obran en el expediente las capturas de pantalla de los mensajes SMS recibidos por el reclamante en la línea controvertida, enviados todos ellos desde el número 1004.

De las capturas de pantalla del terminal móvil que aporta resulta que 47 mensajes SMS son perfectamente legibles y que todos ellos se enviaron entre el 30/01/2018 y el 06/04/2018.

3. Por razón de su contenido, los SMS de los que el reclamante ha facilitado copia podrían agruparse en tres bloques:

- (i) Aquellos que informan de la apertura o cierre de una reclamación. Incorporan un número de reclamación y la fecha y la hora en la que el SMS se envía.
A este grupo pertenecen 42 del total de los 47 SMS cuya recepción por el reclamante está acreditada.
- (ii) Aquellos que contienen un requerimiento de pago. Indican el importe pendiente de abono y consta en ellos la fecha y hora del mensaje. Pertenecen a este grupo 3 de los SMS aportados por el reclamante.
- (iii) Los que versan sobre la petición de un producto o servicio a la operadora. A este grupo pertenece sólo 1 de los SMS pues el otro no es legible en su totalidad.

5. El Acta de Inspección E/05373/2016/I-01 incorporaba el resultado de la inspección que la Inspección de Datos de la AEPD realizó en la sede de TME en fechas 13/07/2017 y 01/08/2017, en el marco de la investigación que daría lugar al procedimiento sancionador PS/446/2017.

La inspección se realizó con motivo de una denuncia del ahora reclamante en la que relataba el envío masivo de SMS a su número móvil *****TELEFONO.1** desde el número 1004 así como desde otros números de la operadora.

El punto 5 del Acta de Inspección dice:

<< 5. Se realiza en los ficheros citados en el punto 2 una búsqueda de los SMS recibidos por la línea del denunciante con origen en la línea 1004.

Se localizan un total de 763 mensajes enviados entre el 20 de junio de 2016 al 28 de mayo de 2017.

Se adjunta como DOC. 4 un fichero en formato Excel con los datos extraídos de los ficheros aportados por TME.

Los mensajes recibidos con origen en la línea 1004 tienen asuntos distintos, como

los pedidos de “Movistar+” y la gestión de reclamaciones.

- a. (...)
- b. (...)
- c. (...)
- d. *En relación con los mensajes de reclamaciones enviados desde el 1004, los representantes de la G. de Gran Público y Organismos Oficiales, unidad responsable del envío del envío de SMS relacionados con las reclamaciones denunciados, manifiestan que:*

- *Los operadores que atienden el número de atención al cliente 1004 tratan de contactar con los clientes que previamente se han puesto en contacto con ellos.*
- *Una vez identificado el cliente que llama, se cargan los datos de la línea móvil para el envío de SMS se cargan de la ficha de cliente, ya que es un dato obligatorio, pero el operador puede modificar ese dato e introducir otro número de móvil.*

Un empleado de la entidad muestra al subinspector actuante el funcionamiento del sistema en donde se constatan las manifestaciones sobre la carga del dato, la obligatoriedad del mismo y la posibilidad de modificarlo. >>

5.TME reitera en sus alegaciones al acuerdo de inicio que los SMS enviados al reclamante que versan sobre la apertura y/o cierre de una reclamación fueron debidos a un error humano en la cumplimentación del formulario de apertura de reclamaciones de clientes por parte del agente comercial.

6. TME ha afirmado en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio que, desde el 06/10/2018, no se han enviado más SMS al reclamante desde el número 1004 *como consecuencia* de haber puesto en funcionamiento “la nueva funcionalidad en el sistema de apertura de reclamaciones que impide la inclusión de determinados números, como el *****TELEFONO.1**, en los campos de texto libre”

7. TME manifestó en su respuesta al requerimiento informativo en actuaciones previas que, en mayo de 2016, publicó un comunicado en la herramienta ELYPSE, en el segmento de empresas, que tienen a su disposición los agentes que atienden el número 1004 y que en 2017 lo publicó además en el segmento residencial (en las alegaciones al acuerdo de inicio la información es exactamente al revés). Añade que ambos comunicados están vigentes en la actualidad.

8. El reclamante remitió a esta Agencia en fecha 12/09/2018 -a raíz de haber recibido el 13/07/2018 una carta de TME explicándole el origen de los hechos que denuncia y las medidas adoptadas- un escrito en el que afirma:

- A fecha 12/09/2018 sigue recibiendo mensajes SMS enviados desde el número 1004
- Además ahora recibe mensajes SMS desde el número 5056 de los cuales

declara haber recibido 7 el 16/08/2018.

El reclamante no ha facilitado a la AEPD documentos que acrediten sus manifestaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

II

El artículo 4 de la LOPD. "*Calidad de los datos*", dedica su apartado 3 al principio de exactitud o veracidad, precepto que dispone:

"Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado".

El artículo 44.3.c) de la LOPD tipifica como infracción grave "*Tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que los desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave*".

Las infracciones graves pueden ser sancionadas con multa de 40.001 euros a 300.000 euros según lo prevenido en el artículo 45.2 de la LOPD.

III

Los principios generales de protección de datos regulados en los artículos 4 a 12 de la LOPD, que integran su Título II, constituyen el contenido esencial de este derecho fundamental. En palabras de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional estos principios "*sirven para delimitar el marco en el que debe desenvolverse cualquier uso o cesión de los datos de carácter personal*", en definitiva, definen las pautas a las que debe atenerse la recogida, tratamiento y uso de los datos de carácter personal (por todas SSAN de 24/03/2004 y 7/07/2006)

La Directiva 95/46 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que se traspuso al ordenamiento interno español a través de la LOPD, señalaba en su artículo 6. 1. d) que "*Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean (...) d) exactos, y cuando sea necesario, actualizados. Deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompatibles, con respeto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificados*", indicando el apartado 6.2 que: "*Corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1*".

La norma del artículo 4.3 LOPD exige que los datos personales objeto de tratamiento resulten exactos y respondan, en todo momento, a la situación actual de los afectados, quedando sujetos los responsables del tratamiento al cumplimiento de esta obligación. La razón de ser del principio de exactitud o veracidad del artículo 4.3

LOPD y de los de proporcionalidad y finalidad, artículos 4.1 y 4.2 LOPD, respectivamente, con los que está relacionado -pues la inexactitud de un dato puede acarrear su separación de la finalidad para la que se recogió-, es la de garantizar y proteger la calidad de la información sometida a tratamiento (exacta y puesta al día) por la que debe velar quien trata datos de carácter personal.

Los requisitos de exactitud y veracidad de los datos personales son exigibles al responsable del fichero o del tratamiento no sólo respecto a la conservación de los datos en los propios ficheros sino también en cualquiera de las numerosas conductas en las que puede concretarse el tratamiento de los datos personales, habida cuenta de la amplitud del concepto de tratamiento que ofrece el artículo 3.c) de la LOPD: *“operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permiten la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”*.

IV

La infracción del artículo 4.3 de la LOPD de la que se responsabiliza a TME se evidencia en los numerosos mensajes SMS que la reclamada envió desde el número 1004 a la línea móvil del reclamante entre el 30/01/2018 y el 06/04/2018, que no guardan relación con él.

Del total de mensajes SMS de los que el reclamante ha facilitado una copia a la Agencia se han tomado en consideración, con el fin de valorar la conducta de la reclamada, exclusivamente, aquellos que son legibles en su integridad: un total de cuarenta y siete mensajes de texto.

De los cuarenta y siete mensajes mencionados cuarenta y dos versan sobre reclamaciones que terceros hicieron a TME y en los que la operadora les informaba de la apertura de una reclamación o del cierre de la reclamación que se hubiera abierto. Otros tres versan sobre requerimientos de deuda y únicamente un SMS (ya que el segundo, al no ser legible en su integridad, no se toma en consideración) versa sobre la solicitud de productos/servicios a TME. Respecto a este último tipo la reclamada ha alegado que el número de móvil controvertido es introducido por el tercero que solicita un producto a la entidad y no por los empleados de la compañía. Sin embargo, estimamos que no es oportuno entrar a valorar tal cuestión habida cuenta de que existe un único SMS de ese carácter y de que obra en el expediente abundante documentación (cuarenta y seis mensajes SMS) que evidencian la conducta de TME contraria al principio de exactitud.

Obran en el procedimiento cuarenta y dos SMS relativos a reclamaciones formuladas por terceros que acreditan que TME trató el número de móvil *****TELEFONO.1**, del que es titular el reclamante, y lo vinculó a datos de otros clientes.

Existen además otros tres mensajes SMS de requerimiento de pago enviados desde el 1004 al número de móvil del reclamante, a los que él es totalmente ajeno, de los que cabe inferir, asimismo, que la reclamada trató el número de móvil del afectado asociándolo a datos de terceros. Los mensajes aludidos constituyen pruebas

indubitadas de la vulneración del principio de exactitud o veracidad en la que se concreta la conducta de la que se responsabiliza a la reclamada.

Al igual que se puso de manifiesto en 2017 con ocasión de la inspección efectuada por la Subdirección de Inspección de Datos en la sede de TME, estos cuarenta y seis mensajes SMS reflejan que la denunciada ha estado asociando o vinculando el número de teléfono del denunciante, *****TELEFONO.1**, a datos de otros clientes, infringiendo con ello el principio de exactitud y veracidad.

A propósito de los SMS referentes a reclamaciones que TME envió al número de móvil del reclamante -categoría en la que, como hemos indicado, se integran cuarenta y dos de los cuarenta y siete mensajes de los que el reclamante ha aportado una copia anexa a su reclamación- se ha de destacar que la operadora ha reconocido expresamente que los envió y ha añadido que esta conducta tiene su origen en un “error” humano en la cumplimentación del formulario de apertura de reclamación de clientes por parte del agente comercial. Hace, además, una precisión que resulta innecesaria -habida cuenta de que la infracción que se le atribuye no es la vulneración del principio del consentimiento sino de calidad de datos-: *“sin que esta actuación suponga el acceso a los datos de carácter personal del reclamante o a su ficha de cliente”*. Comentario irrelevante pues lo decisivo en el presente caso, por cuanto en ello se concreta la infracción de la normativa de protección de datos, es la vinculación o asociación a datos de terceros del número de línea *****TELEFONO.1**, todo ello con las consecuencias negativas que además le viene reportando al reclamante.

Por lo que atañe a este tipo de SMS enviados desde el 1004 y referentes a reclamaciones, el Acta de Inspección E/05373/2016/I-01, firmada el 01/08/2017 y que tuvo su origen en la denuncia de hechos análogos acaecidos en 2016, (ver Hecho Probado 4) detallaba cómo los operadores que atienden el número de atención al cliente 1004 tratan de comunicar con los clientes que previamente se han puesto en contacto con ellos; que una vez identificado el cliente que llama, se cargan los datos de la línea móvil para el envío de SMS, de la ficha de cliente, ya que es un dato obligatorio, pero que el operador puede modificar ese dato e introducir otro número de móvil. Es más, el último párrafo del punto 5 del Acta citada dice: *<<Un empleado de la entidad muestra al subinspector actuante el funcionamiento del sistema en donde se constatan las manifestaciones sobre la carga del dato, la obligatoriedad del mismo y la posibilidad de modificarlo. >>*

En su respuesta al requerimiento informativo de la Inspección de Datos así como en sus alegaciones al acuerdo de inicio, TME afirmó que las medidas que había adoptado hasta la fecha en la que la AEPD le dio traslado de la reclamación del afectado que origina el presente procedimiento habían consistido en sendos avisos incorporados a su herramienta informática ELYPSE en el segmento empresarial (mayo de 2016) y en el segmento residencial (julio de 2017). Esto, además de las medidas relativas al perfil del cliente (claves y medidas de seguridad) que más bien guardan relación con las conductas que desembocaron en el PS/276/2014, cuyos hechos se denunciaron en junio de 2013.

Los hechos expuestos, acreditados a través de la documentación que obra en el

expediente, evidencian que TME vulneró el artículo 4.3 LOPD al haber vinculado reiteradamente el número de línea del afectado a datos de terceros clientes; infracción tipificada en el artículo 44.3.c) LOPD.

V

La Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público dispone en el artículo 28, bajo la rúbrica “Responsabilidad”, *“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.”*

La responsabilidad sancionadora puede exigirse a título de dolo o de culpa, siendo suficiente en este último caso la mera inobservancia del deber de cuidado sin que esa mera inobservancia pueda ser interpretada como admisión de la responsabilidad objetiva. En materia sancionadora rige en nuestro Derecho el principio de culpabilidad que impide imponer sanciones basadas en la responsabilidad objetiva del presunto infractor.

El Tribunal Constitucional, entre otras, en STC 76/1999, afirma 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.

Respecto al grado de diligencia que resulta exigible, en definitiva al grado de diligencia que el responsable del tratamiento de datos personales ha de desplegar en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la LOPD -por lo que aquí interesa la obligación de veracidad y exactitud en el tratamiento de los datos- puede citarse la SAN de 17/10/2007 (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 precisó 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 sus alegaciones a la propuesta de resolución la reclamada niega que hubiera intervenido por su parte una grave falta de diligencia o falta de interés en poner fin a la vulneración del principio de exactitud. Sin embargo, se aprecia una grave falta de diligencia de la entidad que, pese a haber sido sancionada por la misma conducta diez

meses antes, no se molestó en verificar -verificación que tecnológicamente estaba claramente a su alcance- la efectividad de las medidas adoptadas. En otros términos, omitió toda diligencia encaminada a dar cumplimiento al principio de exactitud y veracidad en el tratamiento de los datos personales de sus clientes.

Recordemos que en octubre de 2017 se sancionó a TME por vulneración del artículo 4.3 LOPD, por vincular el número de línea del reclamante a datos de terceros y enviar mensajes SMS desde el número 1004, y que las medidas adoptadas por la entidad -sin tomar en consideración que desde el año 2014 se empezaran a adoptar otras medidas, como claves de seguridad y alertas en su perfil de cliente, que guardan relación con otras conductas infractoras distintas de la actual en las que TME había incurrido- consistieron en incorporar a la herramienta que utilizan los empleados del 1004 (ELYPSE) varios avisos recordando que no se utilicen ciertos números, entre ellos el de la línea móvil del reclamante. Parece evidente que de haber obrado la entidad diligentemente la información facilitada por un adecuado seguimiento de dichas medidas habría revelado de inmediato su total ineficacia para cumplir la obligación de exactitud y veracidad de los datos.

Será a raíz de que la AEPD envíe a TME un nuevo requerimiento informativo sobre hechos idénticos (E/2952/2018) cuando en su respuesta comunique que tiene previsto poner en marcha en septiembre de 2018 una nueva “funcionalidad”.

Esta medida anunciada entonces a la AEPD (julio de 2018) se tradujo -sin perjuicio de trabajo de carácter tecnológico que subyace- en hacer desaparecer un campo en el que los empleados introducían el número controvertido en la aplicación ELYPSE que utilizan los empleados del 1004. La reclamada ha manifestado en sus alegaciones a la propuesta de resolución que la funcionalidad implementada por TME para evitar que en la apertura de reclamaciones se introdujese el número *****TELÉFONO.1** *“requirió un desarrollo especial en el sistema denominado CTC”*. Añade que *“no se trató de una medida tan simple”* como pretende la AEPD en su propuesta de resolución.

Entendemos que es relevante en relación con la omisión de la diligencia debida que hubiera tardado diez meses en decidir adoptar una medida como la “funcionalidad” tecnológica que le ha permitido poner fin a la incesante vinculación del dato del móvil del reclamante a datos de terceros, habida cuenta de la obligación que le impone la LOPD y las características de la reclamada: el tratamiento de datos es consustancial al desenvolvimiento de su actividad empresarial y dispone de los medios tecnológicos necesarios. Circunstancias que corroboran que la conducta en la que se concreta la infracción estuvo acompañada de una grave falta de diligencia imputable a la entidad.

Tampoco desvirtúa la consideración de la Agencia de que TME ha omitido la diligencia que era procedente en el cumplimiento de la obligación de respetar el principio de exactitud o veracidad en el tratamiento de los datos de terceros el alegato



de la entidad sobre la evolución positiva en el número de mensajes SMS enviados a la línea del reclamante. La entidad afirmó que *“Que desde julio de 2017 (fecha en la que se realizó la Inspección) se ha comprobado que la recepción de mensajes desde el número 215652 se ha reducido en un 84% (de 5 SMS’s diarios a 0,8 SMS’s diarios)”*

Sin embargo, el descenso al que la entidad alude -la reducción del 84%- se refiere a los mensajes que se enviaron desde el número 215652 pero nada dice TME sobre los mensajes enviados desde el número 1004 -sobre los que versa la conducta que constituye el objeto del presente expediente sancionador y del precedente inmediato, el PS/446/2017- De tal forma que a raíz de la resolución sancionadora recaída en el procedimiento aludido la entidad no ha tomado medidas realmente eficaces para poner fin al tratamiento del dato inexacto que lleva a cabo el departamento del 1004 sin que la reflexión sobre el descenso de un 84% en el envío de SMS guarde relación con los hechos que nos ocupan

Sobre el elemento de la culpabilidad en la actuación de las personas jurídicas resulta muy esclarecedora la STS de 22/05/2015 (Rec. 95/2014) en la que en relación a las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas señala que *“(...) no se suprime el elemento subjetivo de la culpa pero el mismo se debe aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Recuerda el Auto del Tribunal Constitucional 193/2007, de 26 de marzo, que esa 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 las personas jurídicas. Falta en ellas el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas. Esa capacidad de infracción conduce a la reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y de la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz.”*

Y continúa: *“Así se ha afirmado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la capital STC 246/1991 de 19 de diciembre. La responsabilidad a efectos sancionadores de las personas jurídicas existe sin que por ello abandone el Alto Tribunal el elemento de la culpa, necesario en nuestro Estado de Derecho. El principio de culpabilidad no impide que el Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a cómo se hace respecto de las personas físicas.”*

La omisión por TME de la diligencia que era procedente en el respeto al principio de exactitud de los datos pone de manifiesto la existencia de culpabilidad en su conducta, contraria al artículo 4.3 LOPD, por lo que es subsumible en el tipo infractor del artículo 44.3.c) LOPD.

VI

El artículo 45 de la LOPD establece en sus apartados 1 a 5 lo siguiente:

- “1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 a 40.000 euros.*
- 2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros.*
- 3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 300.001 a 600.000 euros.*
- 4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:*
 - a) El carácter continuado de la infracción.*
 - b) El volumen de los tratamientos efectuados.*
 - c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.*
 - d) El volumen de negocio o actividad del infractor.*
 - e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
 - f) El grado de intencionalidad.*
 - g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.*
 - h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.*
 - i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.*
 - j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.*
- 5. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:*
 - a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.*
 - b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.*
 - c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.*
 - d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.»

El artículo 45.5 de la LOPD deriva del principio de proporcionalidad de la sanción y permite establecer su cuantía *“aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate”*, pero para ello es necesario que concurra bien una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado, bien de la antijuridicidad del hecho, o bien de alguna otra de las circunstancias que el mismo precepto cita.

En sus alegaciones al acuerdo de inicio la reclamada solicitó la aplicación del artículo 45.5 LOPD, apartados b), reacción diligente, y d) reconocimiento de culpabilidad, siendo ambas peticiones rechazadas en la propuesta de resolución.

Sobre la atenuante cualificada del artículo 45.5.b) LOPD se indicaba en la propuesta que, como se refleja en los Fundamentos precedentes, la conducta que ha dado origen al presente procedimiento sancionador es la misma que dio lugar al PS/445/2017; que los hechos de los que trae causa este último procedimiento acontecieron en el año 2016 y que era con esa perspectiva con la que debía valorarse la nueva funcionalidad implementada por TME que a su juicio sería el exponente de la pretendida reacción diligente. Nos remitimos en respuesta a esta pretensión de la reclamada a las consideraciones hechas en el Fundamento Jurídico precedente.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución TME reitera su solicitud de que se aprecie la atenuante cualificada del artículo 45.5. d) LOPD.

Apartándonos de la tesis mantenida por la propuesta de resolución, la AEPD entiende que el reconocimiento expreso efectuado por la reclamada de haber enviado indebidamente mensajes SMS al número móvil del reclamante desde el 1004 implican -atendida la documentación aportada y el resto de circunstancias presentes- que ha existido por su parte un reconocimiento de su culpabilidad en los hechos, por lo que corresponde aplicar la atenuante cualificada del artículo 45.5.d) de la LOPD, *“reconocimiento espontáneo de culpabilidad”*.

Así pues, en la determinación del importe de la sanción ha de aplicarse el efecto jurídico descrito en el artículo 45.5 LOPD: la imposición de la sanción con arreglo a la escala prevista para las infracciones que preceden inmediatamente en gravedad a aquella en la que se integra la efectivamente cometida. La sanción habrá de estar comprendida dentro de los límites que el artículo 45.1 LOPD fija para las infracciones leves: entre 900 euros y 40.000 euros.

A fin de graduar el importe de la sanción se han de valorar las circunstancias que concurren, sean en calidad de atenuantes o de agravantes, de las descritas en el artículo 45.4 LOPD.

TME solicitó en sus alegaciones al acuerdo de inicio del expediente la aplicación como atenuantes de los factores mencionados en los apartados e) -ausencia de beneficios; f) -ausencia de intencionalidad-; h) -la ausencia de perjuicios provocados al afectado- e i) -la implantación de procedimientos adecuados que han fallado por una anomalía no imputable a su falta de diligencia-, del artículo 45.4 LOPD.

Esta resolución ratifica el criterio de la propuesta de resolución en la que se rechazó la estimación en calidad de atenuantes de todas ellas argumentando a estos efectos lo siguiente:

-Sobre la ausencia de intencionalidad, que la expresión utilizada por el artículo 45.4 f) es equivalente a falta de culpabilidad, comprensiva tanto del dolo como de la culpa en cualquiera de sus grados. Y sobre esta cuestión, como se expone en el fundamento precedente, se aprecia en la actuación de la denunciada una *“grave falta de diligencia”*. La SAN de 12/11/2007 (Rec. 351/2006) indicó sobre esta cuestión que *“(…)Cuando concurre una falta de diligencia, como aquí acontece, existe culpabilidad y la conducta merece sin duda un reproche sancionador sin que el hecho de que no exista actuación dolosa deba conllevar necesariamente una disminución aún mayor de la sanción cuando ésta ha sido impuesta en su grado mínimo”*.

- Respecto a la ausencia de perjuicios se indicó que era evidente que la actuación de TME ha provocado que el afectado tuviera que hacer las gestiones oportunas para la salvaguarda de su derecho y que sólo por los SMS recibidos desde el 1004 es la segunda vez que el reclamante se ve obligado a acudir a la AEPD. Si bien no podemos calificar de *“especialmente graves”* los daños sufridos -razón por la cual tal circunstancia no fue valorada por esta Agencia como agravante de la responsabilidad de la reclamada- no cabe tampoco afirmar que exista una ausencia de daños al afectado que sirva de fundamento a la admisión de una atenuante al amparo del apartado h) del artículo 45.4 LOPD.

Por último, frente a la pretensión de que se acepten en calidad de atenuantes las circunstancias de los apartados e) e i) del artículo 45.4 LOPD, nos limitamos a poner de manifiesto que esta pretensión debe rechazarse pues aunque TME no ha obtenido beneficios de su conducta es evidente que la entidad ha tratado de evitar asumir la inversión necesaria para adecuar sus servicios a las medidas técnicas que le permitan respetar la normativa de protección de datos, por una parte, y, por otra, la documentación que obra en el expediente evidencia que el protocolo que tenía implantado hasta fechas recientes para evitar la vulneración del principio de exactitud era a todas luces inconsistente.

Esta Agencia aprecia -al igual que en la propuesta de resolución- que concurren en relación con los hechos que nos ocupan en calidad de agravantes las siguientes circunstancias descritas en el artículo 45.4 LOPD:

- *“El volumen de tratamientos efectuados”* (apartado b) Tan solo en el periodo transcurrido entre el 30/01/2018 y el 06/04/2018 el denunciante recibió en su número de móvil cuarenta y seis SMS procedentes del número 1004.

- *“La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal”*, (apartado c) La actividad empresarial de TME, por su misma naturaleza, lleva implícita el tratamiento de *datos* de carácter personal, lo que le obliga a extremar la diligencia en el cumplimiento de la normativa de protección de datos.

-*“El volumen de negocio o actividad del infractor”*, (apartado d). La condición de gran empresa del sector de telecomunicaciones de TME es un hecho notorio que no precisa prueba.

- *“La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza”, apartado g):* Precepto que ha de integrarse con la norma del artículo 29.3. d, de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, que al referirse a la aplicación del principio de proporcionalidad advierte que se deberán tomar en consideración, entre otros criterios, *“La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa”*. A tal efecto cabe citar la resolución recaída en el PS/445/2017, de 17/10/2017 y la del PS446/2017, de 17/10/2017.

Tomando en consideración la presencia de la atenuante cualificada del artículo 45.5.d) LOPD, las circunstancias agravantes que han sido estimadas y el principio de proporcionalidad que ha de presidir la imposición de la sanción, se acuerda sancionar a TME por vulneración del artículo 4.3 LOPD, infracción tipificada en el artículo 44.3.c) de la Ley Orgánica 15/1999, con una multa de 25.000 euros, cuantía próxima al mínimo de la mitad superior de la sanción prevista en el artículo 45.1 LOPD para las infracciones leves.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

PRIMERO: IMPONER a la entidad TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. con NIF A78923125, por una infracción del artículo 4.3 de la LOPD de la LOPD, tipificada como infracción grave en el artículo 44.3.c) de la LOPD, una multa de 25.000 € (veinticinco mil euros), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1 en relación con el artículo 45.5 de la citada LOPD.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., con NIF A78923125.

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 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 en la cuenta restringida nº ES00 0000 0000 0000 0000, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. o 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 apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 del referido texto legal.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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