

- **Procedimiento N°: PS/00059/2020**

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

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

ANTECEDENTES

PRIMERO. Desde el segundo trimestre del año 2018 se han recibido en esta Agencia 191 reclamaciones a la fecha del acuerdo de inicio 26/02/2020 (23 de las cuales entre el 1 de octubre de 2019 y febrero de 2020) contra la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. (en lo sucesivo VODAFONE o VDF), con NIF A80907397, en las que se denuncia la realización de acciones de mercadotecnia y prospección comercial en nombre y por cuenta de VDF a través de llamadas telefónicas y mediante envío de comunicaciones comerciales electrónicas (mensajes SMS y correos electrónicos).

Tales acciones podrían vulnerar tanto la normativa Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT), la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante LSSICE), como la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantías de Derechos Digitales (en adelante LOPDGD).

Lo anterior, porque estas comunicaciones electrónicas denunciadas se producen, por un lado y en lo que respecta a la LSSICE, sin que hayan sido solicitadas o expresamente autorizadas y/o sin atender el ejercicio del derecho a oponerse al envío de nuevas notificaciones; por otro, en cuanto a la LGT, sin facilitar la posibilidad de ejercer el derecho de oposición o bien, una vez que el afectado ha ejercido previamente su derecho de oposición a través de su inclusión en el fichero de exclusión publicitaria interno de las entidades indicadas (en adelante Listado Robinson Interno -LRI-), o a través del sistema general común de exclusión publicitaria denominado Listado Robinson Adigital -LRAD-; y, finalmente, por lo que respecta a la LOPDGD sin adecuar los procedimientos y garantías establecidas para la ejecución de acciones de mercadotecnia en el contenido de los contratos con los encargados de los tratamientos que actúan en nombre y por cuenta del responsable (VDF) y sin ofrecer al interesado los medios necesarios, suficientes y apropiados que le garanticen la protección de sus derechos y libertades.

Asimismo, debe ponerse de manifiesto que del análisis de las contestaciones a los requerimientos de información de esta Agencia evacuados por la entidad reclamada se desprende, en resumen, lo siguiente:

- No explican la razón por la que suceden y continúan sucediendo los hechos objeto de reclamación.
- No se indica el origen de los datos relativos al número de línea telefónica o dirección electrónica de los destinatarios.
- No se responde el motivo por el que hay reclamantes que han ejercido el derecho de oposición a recibir acciones de mercadotecnia y/o figuran en su LRI o LRAD y, sin embargo, se hayan realizado nuevamente acciones comerciales.

- No explican los motivos por los que no se atienden los derechos ejercidos por los reclamantes ni proponen actuaciones eficaces tendentes a evitar en el futuro este tipo de conducta.
- Continúan las acciones de mercadotecnia tras resoluciones de la AEPD en tutela de los derechos ejercidos y previas resoluciones de procedimientos sancionadores instando la cancelación de acciones comerciales y sancionando los mismos hechos ahora analizados.
- Del trámite de admisión de reclamaciones previsto en el artículo 65 de la LOPDGDD se desprende que si bien se ha obtenido una respuesta satisfactoria para el reclamante en determinadas reclamaciones al haber manifestado la entidad reclamada que los datos del reclamante se incorporaban a los ficheros de exclusión de acciones publicitarias de las entidades (LRI) (a pesar de ya encontrarse incorporados en el LRAD), se pone de manifiesto que el procedimiento llevado a cabo no es resolutivo. Las acciones de mercadotecnia continúan, pudiendo suponer una conducta regular y permanente de posible vulneración de los derechos y libertades de los interesados en el ámbito de las acciones de mercadotecnia directa, de atención de los derechos reconocidos en las citadas normas (LGT, LSSICE y LOPDGDD) y ausencia de medidas técnicas y organizativas apropiadas para la aplicación de forma efectiva de los principios y garantías de los interesados conforme señala la normativa vigente arriba indicada.
- A lo que hay que añadir, a los efectos de falta de colaboración, que las últimas reclamaciones ante esta Agencia durante el trámite de admisión a trámite no han sido atendidas por la entidad, o lo han sido con posterioridad al vencimiento del plazo de 3 meses, lo que ha dado origen a su admisión a trámite por imperativo del art 65.5 de la LOPDGDD.

Consta de la documentación recibida de VDF en fecha 26/04/2019 (en pendrive dado el gran volumen de información, con número de registro de entrada 021640/2019) que el volumen de actuaciones comerciales realizadas en nombre y por cuenta de VDF desde mayo de 2018 a marzo de 2019 es de 200.000.000 (doscientos millones). Consta también del balance de cuentas anuales (marzo 2018-marzo 2019) presentado por VDF que el importe neto de la cifra de negocios supera los 1.600 millones de euros y dispone de 4.000 empleados.

En consecuencia, se estimó necesario iniciar actuaciones de investigación por la Subdirección General de Inspección de Datos tendentes a clarificar las responsabilidades que en materia de protección de datos (RGPD y LOPDGDD) pudiera haber incurrido el responsable de los tratamientos objeto de las reclamaciones en sus actuaciones de mercadotecnia y atención del ejercicio de derechos establecidos en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante RGPD).

También se estimó necesario investigar los hechos denunciados al objeto de dirimir las responsabilidades en que pudiera haber incurrido el responsable de las acciones de mercadotecnia en relación con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 9/2014, de 9 de

mayo, General de Telecomunicaciones (LGT) y artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE).

SEGUNDO: A la vista de lo anterior, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos instó a la Subdirección General de Inspección de Datos a que procediera a realizar actuaciones de investigación necesarias para el esclarecimiento de los hechos en denunciados, en virtud de los poderes de investigación otorgados a las autoridades de control en el artículo 57.1 del RGPD, y de conformidad con lo establecido en el Título VII, Capítulo I, Sección segunda, de la LOPDGDD, teniendo conocimiento de los siguientes extremos :

En fecha de 26/02/2019, se acordó el inicio de actuaciones de investigación a fin de acreditar la posible existencia de una conducta regular y continuada de vulneración de la normativa de protección de datos (RGPD y LOPDGDD), LGT y LSSICE en el ámbito de las acciones de mercadotecnia directa por parte de la entidad ahora investigada (VDF).

El objeto de las actuaciones de investigación a realizar se enmarca en el análisis de los procedimientos diseñados internamente para los tratamientos de datos realizado en el ámbito de la mercadotecnia directa en nombre y por cuenta de VDF, desde que el dato se incorpora a los sistemas de información de los que es responsable hasta que deja de ser utilizado para estos fines.

Esto implica que se clarifique el origen de los datos tratados, el tratamiento posterior de estos y la relación con los encargados de los tratamientos, la comprobación previa de inclusión en el sistema de exclusión publicitaria interno o general de los afectados (listados Robinson interno y General de Adigital), la gestión de los derechos de oposición y supresión, así como las medidas técnicas y organizativas implementadas y su grado de cumplimiento para la protección de los derechos y libertades de los interesados.

ENTIDADES INVESTIGADAS

Durante las presentes actuaciones se han realizado investigaciones a las siguientes entidades:

- ✓ VODAFONE ONO, S.A.U.
- ✓ VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.
- ✓ VODAFONE ENABLER ESPAÑA, S.L.
- ✓ TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U
- ✓ TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A.U.
- ✓ LYCA MOBILE, S.L.
- ✓ XTRA TELECOM
- ✓ DIALOGA SERVICIOS INTERACTIVOS
- ✓ FLASH MEDIA EUROPA,

- ✓ ORANGE ESPAÑA, S.A.U.
- ✓ GLOBALIA CALL CENTER, S.A.
- ✓ MARKTEL GLOBAL SERVICES, S.A.
- ✓ INGENYERIA INFORMATICA OLOT, S.L.
- ✓ CASMAR TELECOM, S.L. (en adelante Casmar)
- ✓ THREE-QUARTERS FULL, S.L. (en adelante TQF)

RESULTADO DE LAS ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN

1. Desde el inicio de las actuaciones de investigación que obran en el expediente de referencia E/01615/2019 se han incorporado 191 reclamaciones a través del expediente de referencia E/09541/2018, de las cuales 23 recibidas desde octubre de 2019 a febrero de 2020.

En fechas de 27/02/2019, 08/03/2019, 18/03/2019, 07/06/2019 se realizan requerimientos de información a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. y en fechas de 18/09/2019 y 30/09/2019 se realiza inspección presencial (cuya Acta y documentación se incorpora al expediente) en la sede de VDF a fin de poder contrastar con la normativa vigente el procedimiento general de gestión del tratamiento de datos relativo a las acciones de mercadotecnia directa a través de llamadas telefónicas, SMS y correos electrónicos, teniendo conocimiento de lo siguiente:

1.1. Con carácter general las acciones de mercadotecnia se pueden clasificar atendiendo a varios criterios.

1.1.1. Campañas gestionadas directamente por VDF y Campañas gestionadas por otras entidades por cuenta y nombre de VDF.

La diferencia entre campañas gestionadas directamente por VDF de las que son gestionadas por otras entidades por cuenta y nombre de VDF es la siguiente:

Que en las primeras (VDF), las bases de datos de los destinatarios de las acciones comerciales son proporcionadas por VDF y las acciones comerciales las realiza, o bien el Departamento interno de Marketing o bien el Departamento interno de Televenta (TVTA en lo sucesivo), éstas últimas a través de entidades contratadas por VDF que conforman lo que denominan la Plataforma de TVTA.

Y las segundas (entidades que actúan por cuenta y nombre de VDF) son realizadas en su totalidad por los llamados Distribuidores/Colaboradores/Agentes (que en ocasiones, subcontratan a su vez la gestión y los tratamientos de datos de afectados para la realización efectiva de las acciones de mercadotecnia en nombre y por cuenta de VDF) pudiendo, en este caso, utilizar las bases de datos proporcionadas por la propia VDF o bien sus propias bases de datos encargándose, según manifiesta VDF, dichos distribuidores/colaboradores/agentes de los filtrados de los datos con ambas Listas Robinson (internas, LRI y Adigital, LRAD).

Sobre las “campañas gestionadas otras entidades por cuenta y nombre de VDF”, no consta que VDF disponga del control técnico y organizativo sobre los tratamientos y

bases de datos que utilizan estas entidades, pues ni cuando el “distribuidor/colaborador/agente” utiliza sus propias bases de datos ni cuando utiliza las facilitadas por la propia VDF, VDF no tiene implantado métodos ni medios técnicos y organizativos que verifiquen la licitud, el origen de estas ni su efectivo filtrado previo con los LRI o LRAD, ni tampoco durante cuánto tiempo se utilizan.

Tampoco consta que VDF tenga control real sobre las acciones comerciales en sí mismas (llamadas, SMS y emails), sino que sólo tiene un control formal basado en las obligaciones contractuales que los distribuidores/colaboradores/agentes adquieren con VDF y referidas solamente a comunicaciones informativas internas, que no de autorizaciones previas para llevar a cabo las acciones de mercadotecnia, en el caso de que utilicen bases de datos propias de los distribuidores/colaboradores/agentes y por tanto ajenas a VDF. En este sentido, señalar que de la documentación requerida a VDF y a estas entidades se infiere que el control sobre las acciones de mercadotecnia es a posteriori, es decir, una vez detectada la deficiencia o presentada reclamación ante la AEPD, se procede a informar a las entidades actuantes e indicar, en su caso, las acciones correctoras.

El departamento interno de VDF que contrata con las entidades distribuidoras/colaboradoras/agentes que conforman este segundo conjunto de es el denominado “*Distribución/agentes*” que está dividido en varios canales de venta, entre otros: <<Canal Door to Door>> (D2D en lo sucesivo), <<canal online>>, <<córnereos físicos en centros comerciales y establecimientos>>.

1.1.2. Clasificación atendiendo a quien realiza materialmente las acciones comerciales:

Estas podrán ser las realizadas por:

- (A) Departamento de Marketing interno de VDF a través de los medios propios de VDF.
- (B) Departamento de Televenta interno de VDF a través de las entidades que conforman la Plataforma de TVTA.
- (C) Departamento de Distribuidores/Colaboradores/Agentes a través de su red de *distribuidores/agentes/colaboradores*.

A.- El Departamento de Marketing interno de VDF realiza sus propias acciones de publicidad desde sus propias bases de datos, sin perjuicio de tener competencias y funciones que se proyectan sobre el departamento de TVTA.

B.- El Departamento de TVTA de VDF, está formado por las siguientes plataformas subcontratadas:

Para LOWI las plataformas de televenta son:

Global Sales Solutions Line, S.L. (GSS)

Emergia Contact Center, S.L. (Emergia)

Konecta Bto, S.L. (Konecta)

Para VDF y ONO las plataformas de televenta son:

Global Sales Solutions Line, S.L. (GSS)



Emergia Contact Center, S.L. (Emergia)

Konecta Bto, S.L. (Konecta)

Telecyl, S.A. (Madison)

Atento Teleservicios España Sucursal en Marruecos/Atento Teleservicios España, S.L. (Atento)

Marktél Servicios de Marketing Telefónico, S.A. (Marktél)

Unísono Soluciones de Negocio, S.A. (Unísono)

VDF manifiesta que para cada una de las plataformas que conforman el Departamento interno de TVTA, existe <<un acuerdo marco de protección de datos>> adaptado al RGPD y, como mínimo, un contrato de *prestación de servicios* donde se regulan los derechos y obligaciones, aunque sólo desde el ámbito mercantil.

Todos estos contratos son negociados por la central de compras del Grupo Vodafone que se ubica en Luxemburgo (Vodafone Procurement, S.a.r.l.).

Por su parte, todas las citadas entidades que conforman la plataforma del Departamento de TVTA, previamente a ser contratados, deben pasar un proceso de <<homologación de proveedores>> que se gestiona desde Vodafone Grupo ubicado en Budapest, Hungría. Para ello se les remite un *checklist* donde se les solicita cierta información con el fin de validar si es posible contratar con dicho proveedor. El citado *checklist* se limita a contestar a determinadas cuestiones con un “SI” o “NO”, sin que se especifique acreditación o contenido de las respuestas y gestión de procedimientos a seguir. El contenido del formulario/checklist es en siguiente:

<<POLÍTICAS DE GOBIERNO

A.1 ¿Dónde se encuentra establecida su sede?

A.2 ¿Disponen de un responsable de la privacidad de los datos personales? SI NO

A.3 En caso afirmativo, ¿cuál es su dirección?

A.4 ¿Tienen un responsable para GDPR? SI NO

A.5 En caso afirmativo, ¿cuál es su dirección?

A.6 ¿Tienen definidos y documentadas políticas y procedimientos para la gestión de datos personales? SI NO

A.7 ¿Las políticas y procedimientos incluyen una declaración sobre el compromiso hacia la protección de los datos y la privacidad? SI NO

A.8 ¿Las políticas y procedimientos tienen reglas transversales, perfiles establecidos y responsabilidades definidas sobre la protección de datos y la privacidad? SI NO

A.9 ¿Las políticas y procedimientos contemplan procesos disciplinarios en el supuesto de brechas de seguridad incluyendo un apropiado escalado para informar a la dirección? SI NO

A.10 ¿Se informan a la dirección los eventuales cambios de la política de protección de datos? SI NO

A.11 ¿Se informa a la dirección de la política de privacidad y de los procedimientos de protección de datos de una manera regular, ej anualmente? SI NO



A.12 ¿Si se le solicita tener un registro del proceso de datos personales, sería válido y estaría actualizado? SI NO

EVALUACIÓN Y MODIFICACIONES DEL PROCESAMIENTO DE DATOS PERSONALES

B.1 ¿Existe un procedimiento para evaluar si un requerimiento o instrucción de Vodafone relativa al procesamiento de datos personales de Vodafone es legítimo? SI NO

B.2 ¿Está preparado para notificar a Vodafone si su evaluación de la instrucción o el requerimiento sobre el procesamiento de datos personales recibido desde Vodafone es ilegítimo o podría derivar en un incumplimiento normativo de la ley sobre protección de datos y privacidad? SI NO

B.3 ¿Ha definido un proceso para asegurar que si hay cambios significativos en la manera en que se tratan los datos personales de Vodafone, se comunique a Vodafone para obtener la aprobación preliminar cuando proceda? SI NO

B.4 ¿Estaría dispuesto a obtener el consentimiento previo por escrito de Vodafone antes de tratar los datos personales de Vodafone con un tercero subcontratado? SI NO

B.5 ¿Estaría dispuesto a ayudar a Vodafone a llevar a cabo la evaluación de los impactos sobre la privacidad de los datos personales para aquellos procesos que Vodafone ha catalogado como de Alto Riesgo según lo expuesto en la normativa GDPR? SI NO

B.6.1 ¿Permitirá a Vodafone llevar a cabo auditorías de sus Políticas y procedimientos de protección de datos, seguridad y privacidad? SI NO

B.6.2 ¿Permitirá a Vodafone llevar a cabo auditorías de los sistemas usados para procesar los datos personales de Vodafone? SI NO

B.6.3 ¿Permitirá a Vodafone llevar a cabo auditorías de las ubicaciones físicas en las cuales se procesan dichos datos personales de Vodafone? SI NO

B.7 ¿Dispone de procesos definidos para documentar el tratamiento de datos personales que lleva a cabo en nombre de Vodafone? SI NO

B.8 ¿Tiene definidos procedimientos para el borrado de los datos personales de Vodafone en concordancia con la política de retención de la información o instrucciones proporcionadas por Vodafone? SI NO

B.9 En ausencia de directrices de retención de datos establecidas por Vodafone, ¿Hay una política estandar de retención y borrado de datos? SI NO

B.10 ¿Hay establecidos procesos para asegurar que una vez que el contrato con Vodafone ha expirado, todos los datos personales de Vodafone son recuperados de todos los sistemas y devueltos a Vodafone y eliminados de todos los sistemas? SI NO

B.11 ¿Se ha establecido un procedimiento por el cual se identifique y se comunique a Vodafone cualquier reglamento u obligación regulatoria a la que esté sujeto y que le obligue a retener los datos personales posteriormente a la finalización del contrato con Vodafone? SI NO

CONOCIMIENTO SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS O LA PRIVACIDAD Y PREPARACIÓN DE LOS DIRECTIVOS INVOLUCRADOS EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

C.1 Los contratos firmados por su dirección ¿les obligan a la protección y el manejo adecuado de los datos personales? SI NO

C.2 Los contratos firmados por su dirección ¿les obligan a extender las responsabilidades sobre los datos personales más allá de la jornada laboral y después de acabar la relación laboral con su empresa? SI NO

C.3 Los contratos firmados por sus empleados ¿contemplan medidas disciplinarias como resultado de un fallo en sus responsabilidades con respecto de los datos personales? SI NO



C.4 ¿Ha comunicado a su dirección y al personal de sistemas de información que están manejando datos personales (mediante el canal adecuado) la política y los procedimientos de protección de datos y privacidad? SI NO

C.5 ¿Se comunica la política de privacidad y protección de datos a todos aquellos nuevos trabajadores y a la dirección cuando hay un cambio de perfil profesional que produjera a su vez nuevas responsabilidades respecto al tratamiento de datos personales? SI NO

C.6 ¿Se dispone del entrenamiento y la formación definida e implementada sobre protección de datos y privacidad para todo el personal involucrado en el procesamiento de datos personales de Vodafone con objeto de asegurar que todo el personal y la dirección disponen de un adecuado conocimiento de los requerimientos para el tratamiento de datos personales? SI NO

C.7 ¿Puede demostrar que se ha impartido formación a todos los nuevos trabajadores y a la dirección existente cuando se producen cambios en las responsabilidades sobre el manejo de datos personales? SI NO

C.8 ¿El programa de formación y concienciación se desarrolla de forma regular, ej anualmente? SI NO

DERECHOS DE LOS INDIVIDUOS

D.1 En el supuesto de un requerimiento de acceso de un individuo, o cualquier otro requerimiento sobre los datos personales (incluyendo cualquier Entidad Supervisora), ¿dispone de un procedimiento para dar cobertura a Vodafone o, si fuera requerido por Vodafone, atender directamente al requerimiento? SI NO

D.2 ¿Hay establecido un procedimiento para ayudar a Vodafone en la corrección de los datos personales procesados en los sistemas de los cuales usted es responsable? SI NO

D.3 ¿El procedimiento tiene procesos de escalado en la comunicación de información a los responsables con límites temporales y mecanismos de rectificación locales? SI NO

D.4 ¿Tiene definidos procedimientos que permitan a Vodafone extraer los datos personales de Vodafone de los sistemas de los cuales es usted responsable para que Vodafone pueda cumplir con las obligaciones sobre la portabilidad de la información de un cliente o un empleado? SI NO

D.5 ¿Dispone de un procedimiento que permitiría a Vodafone bloquear el acceso de un individuo a sus datos personales? SI NO

D.6 ¿Podría Vodafone bloquear con carácter permanente el acceso a un sujeto a los datos personales individuales? SI NO

D.7 ¿Podría Vodafone ser capaz de bloquear el acceso a los datos personales de un individuo de manera temporal? SI NO

D.8 ¿Estaría en disposición de atender a los requerimientos que Vodafone pudiera tener sobre pseudoanonimización y anonimización de datos personales? SI NO

BRECHA DE SEGURIDAD DE DATOS-GESTIÓN DE INCIDENTES Y NOTIFICACIONES

E.1 ¿Tiene definidos procesos para el seguimiento de logs (actividad) y de reporte a Vodafone de incidentes de seguridad en relación con los datos personales de Vodafone? SI NO

E.2 ¿Los procesos de reporte de incidentes de seguridad y seguimiento de logs sobre datos personales de Vodafone se comunican en su organización? SI NO

E.3 ¿Se investigan internamente de manera regular los informes de incidentes de seguridad y brechas de seguridad sobre datos personales, incluyendo la revisión de lecciones aprendidas e identificando cuantos incidentes han ocurrido en los últimos 12 meses? SI NO

E.4 Si se ha producido algún incidente de seguridad en los últimos 12 meses que haya impactado en los datos personales de Vodafone ¿Se ha notificado a Vodafone? SI NO



E.5 ¿Alguna persona de su organización tiene la responsabilidad de gestionar los incidentes e informar de los mismos a Vodafone? SI NO

E.6 ¿El proceso incluye la obligación de notificar en 24h a los clientes afectados como pudiera ser Vodafone para permitir a los clientes investigar y realizar las correspondientes notificaciones a los reguladores antes de las 72h establecidas por GDPR? SI NO

SUBPROCESOS

F.1 ¿Existe evidencia de los procesos de *due diligence* para la selección de subcontratas que incluyan una revisión de los controles técnicos, administrativos físicos concernientes a la protección de datos personales? SI NO

F.2 ¿Asegura tener los acuerdos y contratos con sus subcontratas con las mismas o equivalentes obligaciones, tal y como son requeridas en el contrato con Vodafone, en relación con el procesamiento de datos personales? SI NO

F.3 ¿Proporcionaría a Vodafone la lista de los subprocesos involucrados o quienes estarían involucrados en el procesamiento de los datos personales de Vodafone? SI NO

F.4 ¿Hay un procedimiento para informar a los clientes cuando existe un cambio en un subproceso usado por el proceso principal en el tratamiento de los datos personales? SI NO

F.5 ¿Existe una estrategia de retorno de con todos los subcontratos para devolver los datos personales usados por el subproceso? SI NO

UBICACIÓN DE LOS DATOS PERSONALES TRATADOS

G.1 ¿Los empleados que procesan los datos personales de Vodafone están en la Unión Económica Europea? SI NO

G.2 ¿Los empleados que procesan los datos personales de Vodafone están fuera de la Unión Económica Europea? SI NO

G.3 ¿Los empleados que procesan los datos personales de Vodafone están tanto en la Unión Económica Europea como fuera de la Unión Económica Europea? SI NO

G.4 ¿Procesa los datos personales de Vodafone en centros de datos propios ubicados en Europa? SI NO

G.5 ¿Procesa los datos personales de Vodafone en centros de datos propios ubicados fuera de Europa? SI NO

G.6 ¿Procesa los datos personales de Vodafone en centros de datos de terceros ubicados en Europa? SI NO

G.7 ¿Procesa los datos personales de Vodafone en centros de datos de terceros ubicados fuera de Europa? SI NO

G.8 ¿Procesa los datos personales de Vodafone en centros de datos de nube pública tipo Amazon AWS? SI NO

G.9 ¿Conoce la ubicación de todos los datos personales de Vodafone y cómo/cuando se usan en todas las jurisdicciones donde opera? SI NO

G.10 ¿Asegura que todos los estándares y procedimientos en las ubicaciones/jurisdicciones donde usted o sus subcontratas operan son apropiados y en todo caso son como mínimo equiparables a los estándares y procedimientos que acordó con Vodafone? SI NO

G.11 ¿Transfiere datos personales de Vodafone a algún país fuera de la Unión Europea? SI NO

G.12 Si se transfieren datos personales de Vodafone a una ubicación tal como: Países no pertenecientes a la Unión Europea o países que no se incluyen en la lista de "Países Seguros" por la Unión Europea,



¿Está preparado para firmar un acuerdo de transferencia de datos con Vodafone basado en las cláusulas del Modelo de la Unión Europea para exportación e importación? SI NO

REVELACIÓN A TERCEROS

H.1 ¿Hay definido un procedimiento para evaluar la legitimidad o legalidad de los requerimientos de revelación de datos personales recibidos de terceras partes incluyendo los organismos encargados de velar por el cumplimiento de la Ley? SI NO

H.2 ¿Los empleados que reciben y procesan tales requerimientos son conscientes de ese proceso? SI NO

H.3 ¿El proceso dispone de todas las garantías para estar registrado con seguridad? SI NO

H.4 ¿El proceso necesita que se realice una evaluación para permitir la notificación al cliente del requerimiento de terceros sobre la petición de acceso o sobre la revelación de los datos personales del cliente? SI NO

H.5 ¿El proceso establece quien podría notificar al cliente el requerimiento del tercero para acceder o revelar los datos personales del cliente? SI NO

CONTRATOS Y RECURSOS

I.1 ¿Estaría su empresa dispuesta en firmar con Vodafone un acuerdo de tratamiento de datos en los términos establecidos por Vodafone para regular el proceso? SI NO

I.2 ¿Formalizaría su empresa un acuerdo con responsabilidad ilimitada para la ruptura de las obligaciones contractuales en el procesamiento de datos personales? SI NO>>

Por tanto, cualquier entidad que solicite adherirse a la plataforma TVTA tiene que realizar esa homologación antes de contratar con VDF e incorporarse a la plataforma de TVTA. Este proceso de homologación consiste en cumplimentar un formulario donde obtiene una respuesta "OK" (válido) o "KO" (no válido). En el caso de que el resultado del formulario sea "OK", VDF genera un código denominado "SAP" que es el que se atribuye como identificador a la nueva entidad y le permite realizar contratos en nombre de VDF.

VDF cuenta con los servicios de una tercera empresa que realiza auditorías de calidad (no específicamente en materia de protección de datos) para verificar el correcto proceder de las entidades contratadas y el cumplimiento de los procesos definidos en los contratos.

C.- El Departamento de *Distribuidores/Colaboradores/Agentes* está dividido en varios canales de venta: Canal "Door to Door" (D2D en lo sucesivo), "canal online", "córneres físicos en centros comerciales y establecimientos", entre otros.

Existen agentes exclusivos que suscriben con VDF <<contratos de Agencia>>, en donde siempre se incluye un anexo de contenido general relativo al cumplimiento de la normativa de protección de datos, delegando las responsabilidades sobre el cumplimiento de las obligaciones legales a los agentes. También existen entidades que no suscriben contrato de Agencia.

En cuanto al canal D2D, se deben distinguir, a su vez, dos escenarios al analizar su actuación, uno referido antes de la adquisición por VDF de ONO (en fecha 10/01/2018), y otro con posterioridad.

En el primer escenario, los agentes de VDF realizan acciones de captación “a puerta fría” a potenciales clientes en cuyos domicilios existe la posibilidad de instalación de tecnología de fibra óptica de VDF. Tras la aceptación de la oferta por parte del potencial cliente, el agente muestra en su Tablet las condiciones contractuales del servicio a contratar que son aceptadas por el usuario, y con posterioridad se produce una llamada de verificación por la entidad verificadora Marktelt.

En el segundo escenario, los Distribuidores/Colaboradores/Agentes venden a través de *stands* en comercios y en la calle, que a su vez también llegan a <<acuerdos con otras agencias de televenta y comerciales>> (subencargados del tratamiento por cuenta de VDF) para la realización efectiva de llamadas telefónicas y que gestionan <<sus propios listados>> de números de teléfono de potenciales clientes.

Estas <<otras agencias de televenta y comerciales>> subcontratadas no se someten a un proceso de homologación previo -como hacen las adscritas a la plataforma de TVTA- sino que en la actualidad se sigue trabajando con las que ya prestaban el servicio en ONO antes de la fusión con VDF (en fecha 10/01/2018) y no consta que se hayan verificado los medios técnicos y organizativos de los que disponen.

En estos casos, VDF desconoce la identidad de las entidades (*otras agencias de televenta y comerciales*) subcontratadas por el Distribuidor/Colaborador/Agente y desconoce las garantías de índole técnico u organizativo con las que cuentan. La información relativa a la identidad de estas entidades subcontratadas debe constar en el anexo al contrato (subcontrato) establecido al efecto, pero sólo consta una vez realizada la subcontratación, es decir, VDF desconoce previamente la cualificación técnica y organizativa y la identidad de estas entidades subcontratadas así como su capacidad para el cumplimiento a la normativa vigente.

De las cláusulas del contrato tipo denominado “**Canal Presencial 2019-2020**” (por ejemplo, con CASMAR de 1 de mayo de 2019) suscrito entre VDF y las entidades adscritas a la plataforma de TVTA, figura la obligación de comunicar previamente a VDF la lista de subencargados del tratamiento por cuenta de VDF que van a utilizar los *distribuidores/colaboradores/agentes*. Esta comunicación se recoge, entre otras, en las cláusulas 5 (recursos) y 6 (características de la actividad) del citado contrato (se incluye en el expediente). Sólo en las cláusulas 13.4 y 13.5 del citado contrato se hace referencia a la obligatoriedad del cumplimiento de la normativa de protección de datos en los siguientes términos: “... *sin perjuicio de las obligaciones asumidas por el COLABORADOR en cumplimiento de la legislación de Protección de Datos vigente en cada momento...*” (*sic*). En la cláusula 13.6 se afirma de forma expresa que el “*colaborador tendrá la consideración de encargado del tratamiento debiendo formalizar el Acuerdo estándar de tratamiento de datos que se adjunta como anexo IV...*”.

Sin embargo, esta comunicación a VDF de las entidades subcontratadas tiene un carácter declarativo a posteriori y no está sujeto a aprobación previa por VDF ni consta reflejada la posibilidad del ejercicio de los derechos de los interesados. La finalidad de esta declaración, según manifiesta VDF, es fundamentalmente para disponer de información cuando se detecte una mala praxis.

Se han analizado los contratos, alegaciones y comunicaciones entre dos de las entidades distribuidores/Colaboradores/agentes (CASMAR y THE THREE QUARTERS FULL S.L.,) así como el proceso en virtud del cual VDF tiene conocimiento de las

entidades a su vez subcontratadas por aquellas, y se concluye que no cumple el requisito de autorización previa por VDF, sino que VDF tiene conocimiento en el momento de la contratación tras cumplimentar el ANEXO informativo establecido al efecto según va siendo necesario dar de <<alta>> a los intervinientes (subencargados del tratamiento por cuenta de VDF).

Cumplimentado el citado ANEXO, se solicita el alta a VDF de la entidad a subcontratar y se recaban: nombre y apellidos (o razón social), CIF/NIF y correo electrónico, y es en ese momento cuando VDF tiene conocimiento de la identidad de la entidad subcontratada. No se han encontrado evidencias de que se cumplan las cláusulas 5 y 6 del contrato denominado “Canal Presencial 2019-2020” suscrito entre VDF y las entidades adscritas a la plataforma de TVTA. Se recuerda que dichas cláusulas, (constan en la documentación del expediente) se encuentran en el “contrato de prestación de servicios canal presencial” entre VDF y Casmar de fecha 1/05/2019, y que según manifiesta VDF es un contrato tipo suscrito con las entidades encargadas. A su vez, consta también el contrato entre Casmar y A-Nexo Contact Center SAC, de fecha 1/02/2017, en el que se subcontratan los servicios de venta de productos de VDF a través de ofertas de telemarketing telefónico, según el guion facilitado por Casmar.

VDF no aporta la documentación detallada en materia de garantías de protección de datos del contrato que sustenta la relación entre el distribuidor inicial y el subcontratado ni las garantías para el cumplimiento del encargo. Según ha informado VDF, el contrato es similar al que mantienen VDF y los distribuidores iniciales adscritos a la plataforma de TVTA. VDF incluye como obligación contractual genérica que se trasladen las instrucciones a los <<terceros>> (subencargados del tratamiento por cuenta de VDF), para que se realicen las acciones de mercadotecnia en los términos indicados por VDF, pero sin garantías para acreditar su cumplimiento.

Se ha accedido a los contratos entre los distribuidores de VDF (CASMAR y THE THREE QUARTER FULL, S.L.) con <<terceros>> (subencargados del tratamiento por cuenta de VDF) y se verifica que no son similares al que tiene VDF con los distribuidores adscritos a la plataforma TVTA. Se pueden diferenciar dos modalidades en relación con la determinación del origen de los datos y la obligación de consulta y filtrado de ficheros de exclusión y ejercicio de derechos (oposición):

La primera, en la que VDF contrata con CASMAR y ésta subcontrata con A-NEXO, que a su vez subcontrata con otras personas físicas y jurídicas quienes son las que realizan materialmente las llamadas. En este supuesto los datos utilizados para la realización de llamadas, según afirma CASMAR, los aporta A-NEXO; sin embargo, en el contrato figura que es CASMAR quien proporciona los datos. En este sentido, las acciones de mercadotecnia objeto de este contrato son efectuadas por A-NEXO con un fichero de datos proporcionado por CASMAR y nada se indica sobre consulta previa y filtrado con los ficheros de exclusión ni de ejercicio de derechos. En dicho contrato (cláusula séptima) consta la prohibición expresa de subcontratación con personas físicas o jurídicas sin el previo consentimiento expreso y por escrito de CASMAR.

Consta como contestación por CASMAR al requerimiento de información efectuado por la Inspección de esta AEPD en fecha 11/09/2019, que las llamadas desde la numeración ***TELEFONO.2 y 954781254 se realizaron por A-NEXO. En cuanto a las

numeraciones destino, CASMAR afirma que son aleatorias. Se aportan al expediente a título de muestra, cuatro correos electrónicos entre la gerencia de CASMAR y A-NEXO sobre denuncias ante la AEPD de llamadas indebidas al estar incluidas las numeraciones en listados de exclusión. Entre otros, desde los números de CASMAR 920211348, 951117277, 958146834, 679905774 y 954781254, a los números *****TELEFONO.1, ***TELEFONO.2.**

La segunda, en la que VDF contrata con THE THREE QUARTERS FULL, S.L. y esta subcontrata a su vez con otras personas físicas y jurídicas que son las que realizan materialmente las llamadas. En los contratos aportados suscritos entre THE THREE QUARTERS FULL y los subencargados del tratamiento por cuenta de VDF no figura indicación alguna respecto de la obligación de consulta previa y filtrado con los ficheros de exclusión ni con los de ejercicio de derechos. Tampoco consta el origen de los datos para la realización de las llamadas comerciales.

1.2. Origen de los datos utilizados por VDF para las acciones de mercadotecnia y obligación de filtrado con Lista Robinson Interna y con Lista Robinson de Adigital

El origen de los datos utilizados por VDF para las acciones de mercadotecnia puede agruparse en cinco grandes grupos: (i) generación de numeraciones aleatorias (ii) bases de datos alquiladas a *terceros* (iii) registros generados a través del canal online (web`s) (iv) bases de datos ajenas a VDF de los distribuidores/colaboradores y (v) bases de datos de VDF utilizadas por los distribuidores/colaboradores

1.2.1. (i) Generación de numeraciones aleatorias:

Se generan numeraciones a partir de diferentes rangos numéricos a criterio de VDF, ya sea para numeraciones fijas o móviles. En estos supuestos puede suceder que un usuario haya ejercido el derecho de supresión/oposición y tras la generación aleatoria los datos relativos al teléfono fijo o móvil vuelvan a ser incluidos en otra campaña.

Muchos de estos números llamados no existen o no están asignados a ninguna persona. En cualquier caso, estas bases de datos de numeraciones generadas aleatoriamente, antes de utilizarse para acciones comerciales son cruzadas por VDF tanto con listas Robinson interna y LRAD, siempre y cuando el ejercicio del derecho ante un determinado *colaborador* haya sido informado a VDF, circunstancia esta última que no consta en los contratos suscritos ni consta acreditada, por lo que en este caso se reiteran las llamadas.

1.2.2. (ii) Bases de datos "alquiladas" a terceros.

Se utilizan bases de datos <<alquiladas a *terceros*>>. En este apartado pueden diferenciarse básicamente dos orígenes: las procedentes de DATACENTRIC PDM, S.A. y las procedentes de MEYDIS S.L.

En el primer supuesto, la entidad DATACENTRIC es un intermediario entre VDF y el titular de la base de datos (hay diversos titulares que prestan este servicio a DATACENTRIC, como: WEBPILOT, BELEADER, ADSLASA, EGENTIC, LNVISTO, PRESENTE SERVICE, NETSALES, etc.). Según informan a VDF, los titulares de los datos que se facilitan en estas bases de datos de potenciales clientes han dado su consentimiento para recibir información comercial. Sin embargo, la circunstancia de

disponer de consentimiento expreso para recibir ofertas comerciales a través de comunicaciones electrónicas (correo electrónico o SMS) no ha sido acreditada, ni siquiera por procedimientos estadísticos como podría ser a través de muestras representativas.

En cuanto a la mecánica de trabajo con DATACENTRIC, es la siguiente:

Se realiza por VDF un pedido global que se ejecuta mensualmente. El pedido lo realiza vía correo electrónico el Departamento de Marketing interno de VDF indicando la segmentación (por ejemplo, por códigos postales, tipo de tecnología de acceso instalada en el edificio...). Recibida respuesta de DATACENTRIC con el presupuesto, que previamente ha trasladado la petición a sus colaboradores, se informa de, entre otras cuestiones, el tiempo durante el que se puede utilizar la base de datos.

Estas bases de datos ya se encuentran filtradas por los Listados Robinson generales (Adigital).

En el segundo supuesto, la entidad MEYDIS, proporciona a VDF bases de datos publicados en repertorios de abonados a servicios de telecomunicaciones. Generalmente el plazo durante el que pueden utilizarse los datos es de un año. En este servicio no existe contrato por ser de cuantía inferior al importe determinado por el departamento de compras por lo que se hace un pedido según las condiciones generales de la contratación para este tipo de cuantías. VDF exige a MEYDIS el requisito que los datos sean adecuados para realizar acciones de mercadotecnia. Recibidas por VDF las bases de datos, se procede al cruce con LRI y LRAD.

1.2.3. (iii) Datos obtenidos a través de páginas web, Canal On/Line, generación de "leads".

Desde páginas web de VDF o de terceros (por ejemplo, a través de *banners*) se obtienen datos de potenciales clientes que se interesan por los servicios de VDF y facilitan sus datos de contacto aceptando una determinada política de privacidad, que puede ser para productos o servicios concretos sobre cuestiones planteadas respecto a la disponibilidad de cobertura de fibra en su domicilio, o para acciones comerciales futuras.

También se engloban aquí datos que se obtienen de personas que llaman directamente a VDF solicitando información. Estos datos personales así recabados -llamados "leads"- son incorporados a la <<herramienta *lead management*>> llamada **DELIO**, para luego ser contactados de acuerdo con la política de privacidad aceptada en el momento de facilitar los datos en la web de VDF y que puede implicar dos posibilidades, una referida a recibir información concreta y otra para ser receptor de comunicaciones comerciales futuras.

Con la herramienta DELIO se puede contestar al usuario automáticamente ya que visualiza directamente al operador la web o el canal en el que el usuario ha realizado la consulta y ha aceptado la política de privacidad.

Si finalmente el usuario no contrata el servicio tras recibir la llamada desde DELIO, se crea un registro en el "*lead management*", de acuerdo con la política de privacidad aceptada por el usuario al facilitar sus datos de contacto. Puede suceder que los datos se hayan incorporado para recibir información de un producto o servicio concreto y, en

cambio, no se haya marcado el *check* relativo al uso de datos en futuras acciones comerciales.

Estos leads son contactados posteriormente a través de distintos medios: llamadas desde la plataforma TVTA, SMS o Email.

No obstante, para que un “lead” se incorpore a DELIO, se ha de haber producido al menos la llamada de contacto. Estos *leads* son contactados en un plazo máximo de 48 horas, y se hacen por petición previa del interesado y, pasado dicho plazo, se le envía un SMS informando que se ha intentado contactar sin éxito facilitando un número donde podrá contactar nuevamente con VDF.

Respecto de los datos incorporados tras haberse realizado una consulta de cobertura de fibra, se observa que se ha modificado el proceso de consulta de cobertura respecto del existente en el mes de julio de 2019.

En las pruebas realizadas en el mes de julio de 2019 se verifica que se solicitaba, además de la dirección respecto del domicilio donde se pretendía hacer la consulta, el nombre, apellidos y teléfono y se ofrecía una política de privacidad con dos posibilidades: (i) aceptar el tratamiento de los datos para dar respuesta exclusivamente a lo solicitado, en este caso, si había o no cobertura de fibra óptica – los datos de contacto se podían proporcionar a través de la propia web en ese momento, sin necesidad de conocer nombre, apellidos y teléfono; (ii) además del anterior, aceptar el tratamiento para otros fines comerciales.

En el mes de septiembre de 2019 se verifica que inicialmente se solicita únicamente datos relativos a la dirección del domicilio donde se pretende hacer la consulta, y si el proceso no puede finalizarse (como por ejemplo, el domicilio no está en la base de datos de cobertura, escrita en otro idioma o de manera incorrecta, sea un número de vía que no existe, etc...), la página web ofrece la opción de un sistema de contacto “click to call”, y es en este momento donde se solicita el nombre y teléfono, poniendo a disposición, unos *check* de aceptación de la política de privacidad.

Con los distintos orígenes de datos indicados (aleatorias, bases de datos alquiladas a terceros y generación de *leads*) el Departamento de Marketing interno de VDF filtra los datos con LRAD y listados de ejercicios de derechos, y lo remite al Departamento interno de TVTA. El Departamento de TVTA vuelve a filtrar los datos una segunda vez tras segmentarlos para su reparto entre los distintos servicios de <<calls center>> subencargados del tratamiento por cuenta de VDF que realizan materialmente las llamadas. Algunas entidades que conforman la plataforma de TVTA tienen sus propias LRI que también son objeto de confrontación y filtrado previo. A fin de evitar que por el transcurso del tiempo se produzcan variaciones en la base de datos (referidos a personas que han ejercido con posterioridad el derecho de oposición), la plataforma de TVTA utilizará las bases de datos únicamente durante un mes.

En definitiva, en los tres supuestos indicados, los titulares de los datos son contactados por el Departamento de Marketing o por el Departamento de TVTA a través de las distintas entidades que conforman la plataforma, utilizando siempre las bases de datos filtradas LRAD y listados de usuarios que han ejercido sus derechos.

1.2.4 (iv) Bases de datos ajenas a VDF utilizadas por los Distribuidores/Colaboradores.

Esta posibilidad se da únicamente en las campañas gestionadas por “terceros” usando bases de datos personales no proporcionadas por VDF.

VDF desconoce la adecuación a la legalidad de estas bases de datos ajenas y no ha acreditado su licitud ni siquiera de forma indirecta como puede ser por la realización de muestreos al objeto de contrastar el consentimiento de los interesados, pues VDF entiende que “*corresponde a los terceros controlar su legalidad en tanto son responsables de las mismas*” (origen de los datos, actuaciones para acreditar el consentimiento, filtrado con ambos LR, atención de los derechos ejercidos, etc.).

En relación con las llamadas que realizan estos agentes/distribuidores (y en su caso, otros subencargados del tratamiento por cuenta de VDF) cuando se ejerce un derecho de oposición durante una llamada, no se traslada dicho ejercicio a VDF, sino que incluye en la LRI de los agentes/distribuidores.

La obligación de consulta de LRAD por parte de los distribuidores, no está prevista en el contrato suscrito entre VDF y los distribuidores. Si se contrasta o no las listas LRI, LRAD o de ejercicios de derechos, es una circunstancia que VDF no está en disposición de verificar y, además, VDF entiende -pues así lo afirma en diversas ocasiones- que compete exclusivamente a los distribuidores en cumplimiento de la normativa vigente en materia de protección de datos.

En los contratos analizados entre los distribuidores y los subencargados del tratamiento por cuenta de VDF no se han hallado cláusulas que determinen esta obligación de consulta previa a listados de exclusión y su filtrado.

Consta que los distribuidores no contrastan previamente la base de datos utilizada para las acciones comerciales con la LRI de VDF. Puede suceder que un interesado haya ejercido el derecho de oposición ante VDF y, a pesar de ello, un distribuidor reitere la llamada.

Igualmente ha sucedido que se haya tramitado una reclamación contra VDF ante la AEPD y que se haya resuelto instando a VDF a que informe al afectado de que sus datos se han incluido en LRI y, comunicada esta circunstancia al afectado, con posterioridad se reitere la llamada por uno de estos distribuidores. Esto es debido a que no existe comunicación adecuada por parte de VDF con los distribuidores y subencargados del tratamiento por cuenta de VDF.

VDF tiene establecido protocolos de comunicaciones a través de correos electrónicos para los distribuidores y subencargados del tratamiento por cuenta de VDF -en caso de que existan- relativas al recordatorio de que crucen las bases de datos a utilizar con la LRAD, que consta que han resultado ineficaces.

Respecto de las garantías de legalidad en el uso que hacen los *distribuidores/colaboradores* de las bases de datos, en el escrito de fecha 26/04/2019 VDF manifestó que estas comunicaciones se realizan con el siguiente contenido: <<(…) *si la base de datos utilizada por el colaborador es de su -del colaborador- propiedad, Vodafone les exige que, en primer lugar, tengan **la autorización** de Vodafone para usar esa base de datos en una campaña realizada a nombre y por cuenta de Vodafone. En segundo lugar, se les exige que hayan obtenido **el consentimiento informado** del titular. Y, en tercer lugar, que **filtren su base de datos con los listados Robinson oficiales**.*

Asimismo, deberán facilitar un **medio sencillo** para que los destinatarios de las campañas puedan ejercitar su **derecho de oposición** a continuar recibiendo llamadas o comunicaciones comerciales. (...)>>

En la Inspección realizada en la sede de VDF los días 18 y 30 de septiembre, los representantes de VDF aclaran lo siguiente: << (...) (i) no existe una autorización relativa al uso de base de datos ajenas, es decir, propias de los distribuidores y por tanto no hay un proceso de autorización, sino que se solicita información en el caso de que utilicen estas bases de datos. (ii) VDF no está en condiciones de comprobar que los titulares de las líneas receptoras han prestado su consentimiento o no se han opuesto, pues es una obligación que les corresponde a los agentes colaboradores, (iii) VDF no asegura que en cada llamada se ofrezca un medio efectivo de ejercitar el derecho de oposición.

1.2.5. (v) Bases de datos de VDF utilizadas por los Distribuidores/Colaboradores/.

En ocasiones los distribuidores/colaboradores hacen uso de bases de datos facilitadas por VDF. En estos casos, existen comunicados (que más adelante se indican) por parte de VDF referidos a la obligación de utilizar únicamente estas bases de datos (por encontrarse ya filtradas con LRAD y ejercicio de derechos). Sin embargo, no existe ningún procedimiento habilitado ni controlado por VDF tendente a verificar que únicamente sus distribuidores, y no otros, utilizan la base de datos que VDF les ha proporcionado y durante los periodos que se le indique.

2. **Medidas adoptadas por VDF en relación con las reclamaciones recibidas y tras el conocimiento de la existencia actuaciones de inspección incoadas por la AEPD.**

La mayoría de las reclamaciones recibidas son por campañas que no gestiona directamente VDF (las gestionadas directamente por VDF son las realizadas a través de su Departamento de TVTA o el Departamento de Marketing), sino que versan sobre campañas gestionadas por *terceros*, es decir, *distribuidores/colaboradores* y en su caso subencargados del tratamiento por cuenta de VDF por estos.

En cuanto a la adopción de medidas, pueden distinguirse **medidas generales**, y otras más **concretas** en relación con determinadas reclamaciones, consistentes en solicitar a los distribuidores la inclusión de concretas numeraciones en la LRI cuando ya se ha producido la/s llamada/s o tras un requerimiento de la AEPD, y se resumen en las siguientes:

✓ En el mes de **noviembre de 2018** y en el mes de **julio de 2019** se remitieron **COMUNICADOS** a las entidades adscritas de la plataforma TVTA, y a los Distribuidores/Colaboradores, respectivamente, a fin de recordarles las obligaciones en materia de protección de datos diferenciando dos supuestos:

a) **En caso de usar bases de datos de VDF:** estas han de usarse durante el tiempo estipulado y exclusivamente para la campaña indicada, ya que están filtradas por LRAD y listado de ejercicio de derechos. Si son utilizadas posteriormente en campañas futuras se les advierte que podrán estar desactualizadas.

a) **En caso de utilizar bases de datos propias de los distribuidores/colaboradores (ajenas a VDF):** deberán asegurarse de que cuentan

con la aprobación previa y expresa de VDF para realizar dichas llamadas; que disponen de los datos de forma lícita y obteniendo el consentimiento expreso de los titulares, estando prohibido el uso de bases de datos que no cumplan estos requisitos; filtrar sus bases de datos con LRAD y no utilizar medios de comunicación que no hayan sido consentidos por los destinatarios de la campaña.

En la inspección realizada en la sede de VDF en fechas de 18 y 30 de septiembre de 2019, los representantes de VDF manifestaron que no se han realizado comprobaciones sobre el cumplimiento de las medidas que se indican en los anteriores comunicados.

En el mes de noviembre de 2018, VDF creó una base de datos de numeraciones llamantes (*distribuidores y sus subencargados del tratamiento por cuenta de VDF*) a fin de poder identificar quien realiza las llamadas.

En el mes de julio de 2019 esta base de datos se ha incrementado notablemente, en la medida que en los contratos firmados con el “Canal Presencial 2019-2020” se ha incluido una cláusula que impone como condición obligatoria la identificación previa de las numeraciones desde las que se van a realizar las llamadas comerciales.

Se han aportado al expediente las comunicaciones entre VDF y sus distribuidores solicitando la identificación de los subencargados del tratamiento por cuenta de VDF y las numeraciones que van a utilizar, siendo todas ellas del mes de septiembre de 2019. También se ha aportado al expediente esta base de datos de numeraciones llamantes actualizada a fecha de julio de 2019.

Otra de las medidas que están en estudio es la de llevar a cabo para impedir que se realicen llamadas desde numeraciones no identificadas, el enrutamiento de llamadas únicamente a través de la red interna de VDF, integrando asimismo el “cruce” con las numeraciones incluidas en LRAD y listado de ejercicio de derechos, de modo que se tenga un control efectivo de las llamadas realizadas en su nombre, que pasa por la identificación del llamante y por la exclusión de las acciones comerciales a usuarios que hayan manifestado su oposición o bien a través de su inclusión en ficheros de exclusión de acciones publicitarias de carácter interno o externo.

Por tanto, en el futuro será condición indispensable para prestar el servicio a VDF utilizar troncales de VDF a fin de poder realizar restricciones determinadas, (líneas llamantes, horario, LRAD, derechos de oposición, etc.). La web interface se conectará con el sistema de marcación de VDF para validar previamente la llamada.

VDF comienza a plantear esta idea a finales de mayo de 2019 y en los meses de junio y julio se comunica a los agentes colaboradores. Se producen reuniones en el mes de septiembre 2019 y en octubre se van a iniciar las pruebas con una entidad para posteriormente implementarlo en las restantes.

En este sentido, se aportan comunicaciones entre VDF y colaboradores en el siguiente sentido: <<Asunto: Reunión esta mañana se recogen los compromisos que han adquirido CASMAR, THREE-QUARTER, SOLIVESA en relación con el envío de comunicados a los colaboradores, el aseguramiento de que se filtren las bases de datos con LRAD, y la adopción de medidas para auditar que dichos colaboradores cumplen con los procesos>>. Y también se cita que <<trabajaremos juntos para implantar la plataforma de enrutamiento de llamadas que hemos comentado>>. A la

fecha actual no consta que haya sido implantado este protocolo de enrutamiento desde el troncal de VDF y a fecha del acuerdo de inicio, de las 191 reclamaciones presentadas, 26 reclamaciones datan del mes de septiembre de 2019 a enero de 2020.

Existen otras medidas relacionadas con el envío de comunicados por parte de VDF a los distribuidores sobre reclamaciones concretas en relación con las llamadas, para que se excluyan las numeraciones de posteriores acciones comerciales.

A título de ejemplo constan aportadas al Acta de Inspección E/01615/2019/I-01 como documento número 21, varias comunicaciones consistentes en solicitar a los distribuidores la inclusión de determinadas numeraciones en listas Robinson (interna y AD), cuando ya se ha producido la/s llamada/s y tras un requerimiento de la AEPD.

VDF informa de que no ha interpuesto denuncia ante la Policía respecto a llamadas indebidas en la medida en que VDF no tiene la certeza de la identidad del titular del número llamante que actúa en su nombre.

En la relación entre VDF y los *distribuidores/colaboradores* no es un requisito para el abono de su comisión el verificar el número desde el que se ha realizado la captación del cliente (numeración llamante), sino que las verificaciones se limitan al cumplimiento de los requisitos de la contratación del producto o servicio.

3. Procedimiento de obtención de datos de destinatarios y ejercicio de acciones de mercadotecnia en relación con el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos (SMS):

Las numeraciones destinatarias al envío de SMS se generan de forma aleatoria sin discriminación alguna por lo que se han remitido comunicaciones comerciales electrónicas a potenciales clientes sin la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 21 de la LSSI (expresamente autorizadas). Los envíos de SMS los realiza directamente VDF.

4. Muestreo de evidencias de incumplimiento de la normativa vigente en materia de protección de datos obtenidas en relación con el funcionamiento del proceso descrito en los apartados anteriores.

4.1- Acciones comerciales tras un procedimiento de reclamación resuelto en la AEPD dónde VDF afirma que ha incluido los datos del afectado en la LRI.

✓ En fecha de 3/05/2019, por (...) se presenta escrito en esta agencia en el que indica que *“Puse una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos el 11 de septiembre de 2018 (Nº registro: 193763/2018), la cual adjunto, porque recibíamos llamadas comerciales no solicitadas de Vodafone al teléfono fijo. No éramos ni somos clientes de Vodafone, y estábamos y estamos en la Lista Robinson. La AEPD me respondió (expedientes E/07212/2018 y E/05851/2019) que Vodafone España, S.A.U. les había comunicado "que se ha procedido a su inclusión en su lista Robinson, con el fin de asegurar que al reclamante no se le incluya en futuras campañas comerciales de Vodafone", (...)*

Pues bien, la situación, con las molestias que conlleva, se sigue dando, siguen llamándonos al teléfono fijo teleoperadores de esta empresa para ofrecernos sus servicios comerciales no solicitados, (...)

- ✓ En fecha de 29/05/2019, por (...) se presenta escrito en esta agencia en el que indica que (expedientes E/10150/2018 y E/07447/2019) VODAFONE, mediante carta de fecha 28/02/2019 le comunicó la inclusión de sus datos en la lista Robinson interna a fin de evitar que su número de teléfono pueda ser incluido en futuras campañas comerciales. Manifiesta que desde el 15/05/2019 hasta el 24/05/2019 se han seguido produciendo llamadas comerciales de VODAFONE.

Aporta grabación de dos llamadas recibidas en fecha de 24/05/2019, en la que se verifica lo siguiente:

En la primera llamada el teleoperador pregunta por el reclamante, y tras reiteradas preguntas del reclamante, se identifica como (...) de la compañía ONO VODAFONE para ofrecerle descuentos en servicios, el reclamante tras explicar que se encuentra en lista Robinson y que VODAFONE le envió una carta comunicándole tal circunstancia, el teleoperador comunica que seguirán llamándole.

En la segunda llamada el teleoperador pregunta por el titular de la línea, y tras reiteradas preguntas del reclamante, se identifica como (...) de la compañía ONO VODAFONE. el reclamante manifiesta que se encuentra en lista Robinson. El teleoperador manifiesta que no consultan el fichero de lista Robinson.

- ✓ E/03445/2019, cuyo afectado es (...), denuncia la recepción de llamadas desde la línea 912001212 en el mes de febrero de 2019 (expedientes E/09407/2018 E/03445/2019 E/07055/2019) dónde ya identificó, entre otras, como línea llamante la misma numeración que continua realización llamadas, y en cuyo expediente VODAFONE manifestó la inclusión de sus datos en lista Robinson interna y el envío de comunicados a sus distribuidores.

- ✓ En el expediente E/03367/2018 (y posterior E/03964/2019) se denuncia la recepción de llamadas desde las líneas 911251946 y 955316972, en el que VODAFONE manifestó la inclusión de sus datos en lista Robinson interna, y el envío de comunicados a sus distribuidores, reiterando nuevamente las llamadas en fecha posterior.

- ✓ E/03978/2019, denuncia la recepción de llamadas desde el número de teléfono 935085190 en fecha 11/03/2019, teniendo como antecedente el procedimiento de reclamación E/07329/2018 y en cuyo expediente VODAFONE manifestó la inclusión de sus datos en lista Robinson, además de conocer su inclusión en Lista Robinson Adigital, y el envío de comunicados a sus distribuidores.

- ✓ E/03980/2019 y E/07960/2019, cuyo afectado es (...), denuncia la recepción de llamadas desde el número de teléfono 954781254 en fechas de 12/03/2019 y 01/04/2019, teniendo como antecedente el procedimiento de reclamación E/10149/2018 y en cuyo expediente se dio traslado de la reclamación a VODAFONE dónde además de ponerle de manifiesto los hechos se informó de la inclusión en lista Robinson de Adigital.

✓ E/07106/2019, el reclamante recibe llamadas desde las numeraciones 764255362, 953230927, ***TELEFONO.2 y 953241849, la última en fecha de 10/06/2019, estando en LRAD desde 19/03/2019 y en LRI desde 8/04/2019. VDF no ha podido identificar la titularidad de las líneas llamantes, por no figurar en la base de datos creada al efecto.

4.2.- Acciones comerciales realizadas desde las numeraciones ***TELEFONO.2 y 954781254 por los distribuidores CASMAR y THREE QUARTERS FULL S.L.

Dado el volumen de reclamaciones (191 reclamaciones incorporadas al expediente) que tienen como líneas llamantes las numeraciones indicadas, se han realizado diligencias dirigidas expresamente a analizar la relación de VDF con CASMAR y THREE QUARTERS FULL S.L. (TQTF en lo sucesivo), el procedimiento de obtención de los datos, y el cumplimiento de la obligación de consulta previa con los listados de exclusión.

Se han hallado 17 reclamantes que manifiestan acciones comerciales realizadas desde la numeración 954781254, y 19 reclamantes respecto de las realizadas desde la numeración ***TELEFONO.2, a pesar de que los números de los destinatarios estaban incluidos en LRAD, o han ejercido su derecho de oposición frente a VDF y figuran en su LRI.

VDF manifiesta e insiste nuevamente que la consulta con LRAD compete a los terceros distribuidores por ser ellos los responsables de las bases de datos y que, si bien no consta esa obligación en el contrato, a través de comunicados han realizado una labor de concienciación en ese sentido. CASMAR manifiesta que es la entidad proveedora "A-NEXO" la que proporciona el listado Robinson y no les ha trasladado ningún derecho de oposición recibido tras la realización de llamadas. Sin embargo, en el contrato suscrito entre ambas entidades figura que los listados Robinson son aportados por Casmar.

CASMAR utiliza distintos proveedores, entre los que se encuentra A-NEXO, tanto para aportar la base de datos utilizada como para la realización de las llamadas, que a su vez contrata con comerciales subencargados del tratamiento por cuenta de VDF para la realización efectiva de llamadas.

Este esquema de intervinientes dibuja varios niveles de actuación:

Nivel I.- VDF es quien contrata con la entidad CASMAR (y ésta, en su caso, con otros colaboradores) la realización de acciones comerciales de captación de clientes. La base de datos a utilizar puede ser proporcionada por VDF o por CASMAR que la obtiene por su cuenta (de otros colaboradores).

Nivel II.- CASMAR subcontrata a la entidad A-NEXO (y ésta en su caso a otros colaboradores) la realización de llamadas comerciales. CASMAR informó a la AEPD que los datos utilizados los proporciona A-NEXO y, sin embargo, en el contrato que aportó figura que los datos los proporciona CASMAR.

Nivel III.- A-NEXO subcontrata a su vez a comerciales para la realización de llamadas, tanto personas jurídicas como físicas.

Nivel IV- Comerciales contratados por CASMAR, a su vez, realizan las llamadas por su cuenta.

VDF únicamente tiene relación jurídica con CASMAR y respecto de los restantes niveles, es informado en diferentes espacios temporales y no como parte del contrato de la identidad de los otros colaboradores. Sobre el conocimiento por parte de VDF de los subencargados del tratamiento por cuenta de VDF, CASMAR aportó la documentación contractual donde figuraba “en blanco” la lista de subencargados del tratamiento por cuenta de VDF que debía aprobar VDF, manifestando que está en <<blanco>> por el dinamismo con el que se van reemplazando y actualizando los “calls centers”.

CASMAR aporta un listado de subencargados del tratamiento por cuenta de VDF como Anexo I al contrato “Canal Presencial 2019 2020” de fecha 1/05/2019 que tiene suscrito con VDF, entre los que se encuentra la entidad A-Nexo.

Hay que añadir, que en el anexo I del citado contrato entre Casmar y VDF, figura una relación de 15 entidades y personas físicas subcontratadas denominada “*lista de los subencargados aprobados*” (sic), entre las que se encuentra la entidad A-Nexo, en el que consta que la “*ubicación actual del tratamiento*” (sic) se encuentra en Perú. Según consta en el contrato suscrito entre Casmar y la subcontratada A-Nexo, las numeraciones de los listados de exclusión son facilitadas por Casmar. Dicho anexo I se encuentra firmado por Casmar y VDF con fecha 1/05/2019. No consta acreditado que dispongan de un contrato que contenga las preceptivas cláusulas contractuales tipo de la Decisión de la Comisión, de 5 de febrero de 2010, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países.

Por su parte, TQTF manifestó que VDF tiene conocimiento de los subencargados del tratamiento por cuenta de VDF sólo en el momento en el que se le solicita su acceso a la plataforma de contratación de VDF. Es decir, TQTF solicita el alta a VDF de los subencargados del tratamiento por cuenta de VDF para poder realizar las contrataciones (VDF les suministra usuario de acceso a la plataforma de contratación).

Por tanto, para que los comerciales subencargados del tratamiento por cuenta de VDF puedan dar de alta líneas nuevas, es necesario que VDF haya otorgado acceso a una determinada aplicación de “altas”. VDF no requiere ningún tipo de verificación a los comerciales subencargados del tratamiento por cuenta de VDF sobre los datos a utilizar en las llamadas comerciales, sino que se limita a crear un usuario con contraseña, previa petición de CASMAR o TQTF, que se comunica a los comerciales o al distribuidor final para estar habilitado para realizar altas de líneas contratadas.

VDF conoce la interposición de reclamaciones ante la AEPD, ya que desde el mes de noviembre de 2018 se ha dado traslado de las mismas desde la AEPD y no es hasta el mes de julio de 2019 cuando se lo comunica a los distribuidores (pues ya lo hizo en el mes de noviembre de 2018 para las entidades que conforman el Departamento interno de TVTA).

Son ejemplos de estas acciones en las que no han utilizado numeraciones previamente filtradas con los listados de exclusión publicitaria ni han tenido en cuenta los derechos de oposición previamente ejercidos por los afectados realizadas ante CASMAR o VDF, los siguientes:

- ✓ E/07147/2019: El reclamante recibe llamadas comerciales, la última en fecha de 12/06/2019 tras haber ejercido el derecho de supresión frente a VDF en fecha de 8/05/2019, y en LRI de VDF desde 9/05/2019.
- ✓ E/07144/2019: El reclamante recibe llamadas comerciales, la última en fecha de 5/06/2019, tras haber ejercido el derecho de oposición constando en LRI de VDF desde 2/04/2019, la línea móvil, y 20/08/2018 la línea fija. También en LRAD desde marzo de 2019.
- ✓ E/7765/2019: El reclamante recibe llamadas comerciales, la última en fecha de 7/06/2019, tras haber solicitado la supresión frente a VDF en fecha de 2/06/2019 y figurar inscrito en LRAD desde el 14/11/2017.
- ✓ E/7758/2019: El reclamante recibe llamadas comerciales, la última en fecha de 26/06/2019 figurando en LRAD desde el 22/10/2018. En este caso, el distribuidor llamante es TTQF en nombre y por cuenta de VDF.

Estas reclamaciones evidencian que los distribuidores y subencargados del tratamiento por cuenta de VDF no han utilizado numeraciones previamente filtradas con los listados de exclusión publicitaria ni han tenido en cuenta los derechos de oposición previamente ejercidos por los afectados.

VDF insiste nuevamente en que no contempla en sus contratos con los distribuidores la obligación de consultar LRAD por entender que esta corresponde a los titulares de las bases de datos a utilizar, y según ha manifestado VDF las bases utilizadas no se filtran con los listados de exclusión internos.

4.3- Muestreo de evidencias de incumplimiento en relación con las campañas gestionadas directamente por VDF.

Estas acciones son consideradas "*gestionadas directamente por VDF*" pues la entidad que realiza la llamada es una de las que conforma su propia plataforma de TVTA.

VDF cuenta con un proceso para que tanto la plataforma de TVTA como el Departamento de Marketing, utilicen únicamente bases de datos que contengan datos de líneas que no estén inscritas en LRAD y listados de ejercicios de derechos. No obstante, el tratamiento de los datos seguido por VDF es deficiente tal y como se acredita a continuación:

Desde la numeración 607100219, que pertenece a KONECTA (pertenece a la plataforma TVTA) se han realizado llamadas que han dado lugar a diferentes reclamaciones por estar incluidos los datos de los reclamantes en LRAD, a continuación se indican ejemplos:

- ✓ E/03455/2019: la numeración *****TELEFONO.3** figura inscrita en LRAD desde el mes de marzo de 2017, y las llamadas se producen en el mes de marzo del año 2019.
- ✓ E/1845/2018: que dio lugar al procedimiento sancionador de referencia PS/290/2018 por llamadas realizadas en el año 2018 con destino a un número que figuraba inscrito en LRAD desde el año 2013 y a la nueva reclamación actual de referencia E/03821/2019. En el citado procedimiento sancionador la entidad reconoció

la responsabilidad en los hechos denunciados y fue sancionada por una infracción con multa de 12.000 €, acogiéndose al 40% de reducción de la cuantía.

4.4- Muestreo de evidencias de incumplimiento en relación con el envío de comunicaciones comerciales por medios electrónicos (LSSICE) por cuenta y nombre de VDF.

Tal como se ha indicado en el apartado 4, VDF manifestó que se han enviado SMS a numeraciones generadas aleatoriamente, lo que impide verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 21 de la LSSI, en concreto la exigencia de solicitud "*expresamente autorizada*", considerándose los todos los destinatarios <<potenciales clientes>>.

A continuación, de los 25 expedientes de LSSICE, se indican algunos referidos al envío fraudulento de SMS:

✓ E/03977/2019

NÚM RECEPTOR: *****TELEFONO.4 ***TELEFONO.5**

OPOSICION: 5/07/2018

FECHA DE LOS SMS:

05/07/2018, 20/10/2018, 21/10/2018, 11/02/2019 y 15/02/2019

✓ E/02050/2019 y E/08132/2018

NÚM RECEPTOR: *****TELEFONO.6**

OPOSICION: 8/10/2018 ATENDIDA POR VDF

FECHA DE LOS SMS:

04/02/2019, E/2050/2019 (Antecedente E/08123/2018, 27 dic 2018, carta al reclamante)

NÚM. RECEPTOR: *****TELEFONO.7**

OPOSICION: MEDIANTE RECLAMACION AEPD

FECHA DE LOS SMS:

22/12/2018, 01/02/2019, 30/01/2019

✓ E/00126/2019

NÚM. RECEPTOR: *****TELEFONO.8**

OPOSICIÓN: OCTUBRE 2018

FECHA DE LOS SMS:

05/11/2018, 30/11/2018, 28/12/2018

✓ E/00084/2019



NÚM. RECEPTOR: ***TELEFONO.9 ***TELEFONO.10 ***TELEFONO.11

OPOSICION/CANCELACION: 25/08/2018; 07/10/2018 Y ROBINSON.

FECHA DE LOS SMS:

25/08/2018, 06/09/2018, 23/09/2018, 30/10/2018

5. Las actuaciones presenciales de inspección llevadas a cabo en relación con las reclamaciones recibidas en la AEPD con la finalidad de determinar la adecuación del procedimiento de gestión de las acciones de mercadotecnia llevadas a cabo por cuenta y nombre de VDF figuran anexas al Acta de Inspección y en la documentación del presente expediente que fue debidamente notificada a la representación de la investigada (VDF).

TERCERO: Con fecha 26 de febrero de 2020, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador al reclamado, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), por la presunta infracción del artículo 28 del RGPD en relación con el artículo 24 del RGPD sancionable conforme el artículo 83.4 del RGPD, por la presunta infracción grave del artículo 21 de la LSSICE, tipificada como grave en el artículo 38.3.d) y c) de dicha norma, por la presunta infracción del artículo 48.1.b) de la LGT, considerada grave en el artículo 77.37 de la citada norma.

CUARTO: Notificado el citado acuerdo de inicio, el reclamado presentó en fecha 4/03/2020 escrito en el que solicitaba copia del expediente y ampliación de plazo al objeto de presentar alegaciones. Concedida la ampliación del plazo, se notificó el expediente a la investigada presentando alegaciones en fecha 9/06/2020 (al quedar afectado por la suspensión de plazos como consecuencia del establecimiento del estado de alarma) que se exponen, en síntesis, en los siguientes términos:

1. En los expedientes notificados se incluyen afectados que son personas jurídicas.
2. La exposición de hechos en el Acuerdo de Inicio dificulta en extremo analizar y realizar un examen detallado pudiendo menoscabar el derecho a la legítima defensa.
3. La diligencia debida en los términos del art 28 del RGPD hace referencia solo a la fase de contratación con el encargado y no debe entenderse respecto del seguimiento posterior del contrato.
4. Los proveedores contratados por VDF del departamento interno de televenta han superado un proceso previo de validación y son sometidos a procesos de auditorias en las que se justifica las medidas técnicas y organizativas con las que cuentan para el desarrollo del servicio contratado.
5. Respecto de los proveedores externos usando bases de datos propias: estos proveedores no actúan en calidad de encargados del tratamiento sino como responsables de sus propias bases de datos ya que estos datos personales son recopilados en nombre del proveedor y no en el de VDF.

6. Respecto de los proveedores externos usando bases de datos facilitadas por VDF: VDF cumple en la contratación con los encargados todos los requisitos establecidos en el art 28 del RGPD y estos prestadores reúnen las condiciones para dar cumplimiento a sus obligaciones, no existiendo falta del deber de diligencia por lo que no procede poner en duda la ejecución efectiva de las obligaciones contractualmente asumidas.

7. Respecto de regulación del contrato entre responsable y el encargado de las subcontrataciones realizadas por parte del encargado, en la Guía de la AEPD se aconseja la aplicación de determinadas cláusulas como la utilizada por VDF. En dichas cláusulas se indica que corresponde al encargado inicial regular la nueva relación y con los mismos requisitos formales que con el responsable.

8. La necesidad de autorización expresa previa de los subencargados no es un requisito obligatorio, sino que el art 28.2 indica que el encargado debe informar al responsable y, en su caso, éste autorizar dando así al responsable la opción de oponerse. Este aspecto no se contempla en la Guía de la AEPD (opción B).

9. Según la DT5^a de la LOPDGDD, los contratos previos al 25/05/2018 mantendrán su vigencia hasta el 25/05/2022, por lo que su contenido no puede ser exigible al no ser de aplicación.

10. El control exhaustivo del responsable sobre los encargados impediría *“que puedan marcar un número de teléfono no autorizado”*, habiendo tenido VDF la diligencia razonable.

11. No se ha tenido en cuenta los esfuerzos técnicos realizados por parte de VDF para implementar mejoras en fase de desarrollo, que resultaron acreditadas en el momento de la inspección presencial por parte de la AEPD, minusvalorándose el esfuerzo técnico en desarrollo.

12. Los datos de contacto para acciones de telemarketing puestos a disposición de los proveedores por parte de VDF han sido contrastados previamente con los datos contenido en los listados Robinson internos y de ADigital y se especifica el tiempo de uso para evitar datos desactualizados.

13. Los datos objeto de tratamiento solo pueden ser tratados por las entidades encargadas conforme a las instrucciones de VDF que rigen el contrato, en el que se establecen claramente las condiciones en que deben realizarse los tratamientos de los datos personales.

14. VDF solicita a los proveedores que le comuniquen todas las oposiciones que puedan producirse durante las acciones de telemarketing.

15. Los datos personales de las bases de datos del proveedor no son transferidos en ningún momento a VDF. Solo tras la contratación del servicio se incluyen en el sistema de información de VDF.

16. Tras la contratación se procede a validar esta tras una llamada de control de calidad.

17. VDF ha implementado medidas complementarias para garantizar un control pormenorizado de la actividad de los proveedores de servicios cuando usan sus



propias bases de datos. Dicho control se estima que esté operativo en enero de 2020 (nuevo sistema de enrutamiento a través de la troncal de VDF).

18. La infracción imputada del art 21 de la LSSICE, no procede toda vez que la licitud de los tratamientos se basa en el interés legítimo, tal y como señala el Considerando 47 del RGPD y así lo reconoce la AEPD en su informe 0173/2018.

19. VDF en todo momento permite al interesado a oponerse a recibir comunicaciones, por lo que no procede imputar infracción del artículo 38.3.d).

20. Las reclamaciones relativas a la LSSICE son una minoría y dista mucho del total de reclamaciones presentadas.

21. Respecto de las infracciones relativas a la LGT, VDF facilita siempre la posibilidad de ejercitar el derecho de oposición al interesado, según consta en el art 48.1.b) de dicha norma. También consta que VDF filtra previamente con los listados de exclusión publicitaria antes de facilitar datos de potenciales clientes a los proveedores. Y cuando las bases de datos son externas “*no es posible impedir materialmente la realización de una llamada*” (sic) si bien se están implantando medidas de control basado en tecnología VoIP que impiden llamar a numeraciones incluidas en listados de exclusión publicitaria.

22. La AEPD parece sancionar por recibir reclamaciones sin verificar los hechos descritos en las mismas y concluir de forma automatizada que estas se corresponden con acciones ilegítimas y contrarias al ordenamiento jurídico y, por tanto, adoptando estas decisiones en contra del principio *onus probandi* que rige el derecho sancionador.

23. La cuantificación de las sanciones es desproporcionada, y no cabe sostener que la conducta de VDF es un incumplimiento reiterado y permanente, pues solo podrían verse afectadas 191 interesados de los 200 millones de acciones comerciales llevadas a cabo por VDF.

24. Constan infracciones prescritas como la referida al E/07180/2019 y otras en las que no se han aportado evidencias de infracción (E/01119/2019 y E/02809/2019).

25. En general el Acuerdo de inicio carece de motivación suficiente que sustente la imputación a VDF de las infracciones que relaciona que es una garantía contra la conducta arbitraria proscrita en la C.E.

Estas alegaciones ya fueron contestadas en la Propuesta de Resolución y se reitera en el FD III de esta Resolución.

QUINTO: Transcurrido el plazo de alegaciones concedido en el Acuerdo de inicio y presentadas alegaciones, se acordó abrir periodo de **práctica de pruebas**, según lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, acordando la Instrucción practicar las siguientes pruebas:

1. Se dan por reproducidos a efectos probatorios las reclamaciones interpuestas y que obran en el expediente y su documentación, los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección ante **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, y el Informe de

actuaciones previas de Inspección que forman parte de los expedientes E/01615/2019 y E/09541/2018.

2. Asimismo, se da por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio PS/00059/2020 presentadas por **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, y la documentación que acompaña.
3. Requerir a **Asociación Española de Economía Digital**, C/ Entença, 218 Entlo 7^a 08029 Barcelona, con CIF: G61668505, que certifique la inclusión y fecha de la misma de los números de teléfono siguientes:

NÚMEROS DE TELÉFONO PARA CERTIFICAR SU INCLUSIÓN Y FECHA
EN LISTADO ROBINSON DE ADIGITAL

(LISTADO CON 264 NÚMEROS DE TELÉFONO)

Advirtiéndose que el resultado de esta prueba podrá dar lugar a la realización de otras.

SEXTO: Habiendo advertido el órgano Instructor deficiencias subsanables en la documentación del expediente enviado al investigado en marzo de 2020, con fecha 13/11/2020 se procede a subsanar las deficiencias enviando la documentación completa relativa a los quince expedientes con documentación inicialmente incompleta, otorgando un plazo de 10 días para presentar las alegaciones que estimen convenientes. Consta que con fecha 14/11/2020 fue notificado este segundo envío de subsanación de documentación.

SÉPTIMO: Practicadas las pruebas propuestas y transcurrido el plazo para formular alegaciones a las mismas y al referido segundo envío de la documentación subsanada relativa a quince expedientes, la investigada presentó las siguientes alegaciones:

- 1.- Dos de los expedientes remitidos corresponden a una misma reclamación
- 2.- Siete de los expedientes remitidos no se encontraban mencionados en el primer envío.
- 3.- De las 264 numeraciones telefónicas solicitadas a Adigital para su comprobación en listado Robinson, 33 no constan de alta, 4 son de fecha posterior, 1 corresponde a un procedimiento archivado, 1 corresponde a un proveedor y no a un reclamante, 1 no consta recibidas llamadas comerciales y 1 no se corresponde con VDF como entidad reclamada.

Estas Alegaciones se contestan en los FD III de la presente Resolución. No obstante, se adelanta que fueron objeto de análisis por el órgano instructor admitiendo la anulación a los efectos de valoración en el presente procedimiento de 29 expedientes, resultando los restantes expedientes recogidos en el Anexo, en cuantía de 162.

OCTAVO: Con fecha 22 de diciembre de 2020 la Instrucción formuló propuesta de resolución que propuso y elevó al órgano competente para resolver, las siguientes sanciones:

<Que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., con NIF A80907397,

por infracción del artículo 28 del RGPD en relación con el artículo 24 del RGPD tipificada conforme el artículo 83.4 del RGPD con sanción administrativa de cuantía cuatro millones de euros (4.000.000 €) considerada grave a efectos de prescripción en el artículo 73, apartados j), k) y p) de la LOPDGDD,

por infracción del artículo 44 del RGPD tipificada conforme el artículo 83.5.c) del RGPD, con sanción administrativa de cuantía dos millones de euros (2.000.000 €) considerada muy grave a efectos de prescripción en el artículo 72.l) de la LOPDGDD,

por infracción del artículo 21 de la LSSICE, tipificada como grave en el artículo 38.3.d) y c) de dicha norma con sanción de cuantía ciento cincuenta mil euros (150.000 €) y,

por infracción del artículo 48.1.b) de la LGT, en relación con el artículo 21 del RGPD, tipificada como grave en el artículo 77.37 de la LGT y por infracción del artículo 48.1.b) de la LGT, en relación con el artículo 23 de la LOPDGDD, tipificada como grave en el artículo 77.37 de la LGT, con sanción de dos millones de euros (2.000.000 €)>.

A la Propuesta de Resolución se adjuntó un Anexo que listaba 162 expedientes tras anular de valoración 29 expedientes como consecuencia de deficiencias detectadas en los datos aportados por los reclamantes o investigados por esta AEPD, o bien, por estimación de las alegaciones presentadas por la reclamada.

El citado Anexo, que también se adjunta a la presente Resolución, se compone de la siguiente información.

ANEXO (Ordenado por fecha de entrada de la reclamación en la AEPD)

Leyenda de columnas:

Nº:	Número de orden secuencial
R/D/C:	R óbinson/ D erechos/ C onsentimiento expreso
PF/PJ:	Persona Física/Persona Jurídica
LGT/PD/LSSI:	Ley infringida
F.Robin.acredit:	Fecha acreditada inclusión en listados de exclusión publicitaria
LINEA:	Emisora/Receptora
F.LINEA LLAMADA:	Fecha de la acción publicitaria
REFER. AEPD:	Código de referencia de la reclamación en la AEPD
RECLAMANTE:	Nombre del reclamante (el número indica las veces reclamadas)
TEXTO RECLAM.:	Texto de la reclamación presentada por el reclamante

NOVENO: Transcurrido el plazo para la presentación de alegaciones, se presentaron en fecha 18/01/2021, las siguientes alegaciones a la Propuesta de Resolución:

- 1) Previa: Reiteración de las alegaciones presentadas.
- 2) Primera: Argumentos en contra de los Hechos Probados.
- 3) Segunda: Relativa a los expedientes de requerimiento de información referenciados en el procedimiento sancionador.
- 4) Tercera: Rechazo por parte de la AEPD de las alegaciones presentadas por Vodafone.
- 5) Cuarta: Presunto incumplimiento del artículo 24 RGPD. Consideración de Vodafone como responsable de tratamiento y responsabilidad de Vodafone.
- 6) Quinta: Presunto incumplimiento del artículo 28 RGPD. Supuesta falta de control real, continuo, permanente y auditado de los tratamientos realizados por los encargados.
- 7) Sexta: Presunto incumplimiento del artículo 44 RGPD. Transferencias Internacionales de datos.
- 8) Séptima: Presunto incumplimiento del artículo 21 LSSICE. Envío de comunicaciones comerciales sin consentimiento y a destinatarios que se han opuesto a dicho tratamiento.
- 9) Octava: Presunto incumplimiento de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT). Supuesta no atención del derecho de oposición a no recibir comunicaciones comerciales.
- 10) Novena: Sobre la Propuesta de sanción. Fundamentación jurídica y proporcionalidad de esta.

Estas Alegaciones se contestan en los Fundamentos de Derecho de la presente Resolución.

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

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: VDF es la responsable de los tratamientos de los datos personales llevados a cabo por su cuenta y nombre en las acciones de mercadotecnia a través de llamadas telefónicas, SMS y correos electrónicos, tanto las gestionadas internamente desde sus propios ficheros como de los tratamientos que encarga a otras entidades a través de ficheros alquilados o desde los ficheros propios de estas.

SEGUNDO: VDF no tiene implantado para las acciones de mercadotecnia métodos ni medios organizativos y técnicos que verifiquen, ni siquiera por procedimientos estadísticos, la licitud de los datos objeto de tratamiento, su origen, su filtrado previo con los listados internos de exclusión publicitaria y general de exclusión Róbinson, ni con los de las entidades a las que le ha encargado los tratamientos (encargadas del tratamiento) ni derechos de oposición ejercidos por los afectados ante una y otras.

TERCERO: No consta que VDF tenga control real, continuo, permanente y auditado sobre el desarrollo de los tratamientos de los datos personales de las acciones de

mercadotecnia realizados por su cuenta y en su nombre, limitándose a un control inicial meramente formal y solo en algunos casos concretos referidos solamente a comunicaciones informativas internas de carácter parcial.

No constan autorizaciones previas por escrito para el tratamiento de bases de datos propias de los sucesivos encargados de los tratamientos encomendados a VDF por su cuenta y nombre.

CUARTO: VDF cuenta con un procedimiento de autorización previa de entidades adscritas al Departamento TVTA. Para ello se les remite un *checklist* donde se les solicita cierta información con el fin de validar si es posible contratar con dicho proveedor de servicios. El citado *checklist* se limita a contestar a determinadas cuestiones con un “SI” o “NO”, sin que se especifique acreditación, garantías, contenido y gestión de procedimientos y auditorías conforme señala el art 28 del RGDP.

QUINTO: En estos casos, VDF desconoce de las entidades subcontratadas (“*otras agencias de televenta y comerciales*”) las garantías de índole técnico u organizativo con las que cuentan. La información relativa a la identidad de estas entidades subcontratadas debe constar en el anexo al contrato (subcontrato) establecido al efecto, pero sólo consta una vez realizada la subcontratación y a los meros efectos de facilitar el acceso en el caso de consumarse la contratación en nombre de VDF, es decir, VDF desconoce previamente la cualificación técnica y organizativa y la identidad de estas entidades subcontratadas así como su capacidad para el cumplimiento a la normativa vigente en materia de protección de datos.

SEXTO: VDF no aporta la documentación detallada en materia de garantías de protección de datos del contrato que sustenta la relación entre el encargado del tratamiento inicial y el subcontratado, ni las garantías para el cumplimiento del subencargo. Según ha informado VDF, el contrato es *similar* al que mantienen las entidades inicialmente encargadas por VDF y los encargados iniciales adscritos a la plataforma de TVTA. VDF incluye como obligación contractual genérica que se trasladen las instrucciones a los subencargados del tratamiento por cuenta de VDF para que se realicen las acciones de mercadotecnia en los términos indicados por VDF, pero sin garantías para acreditar su cumplimiento.

SÉPTIMO: Los contratos entre los encargados iniciales de VDF adscritos a la plataforma TVTA (CASMAR y THE THREE QUARTER FULL, S.L. -TQF-) y los subencargados no son similares, por lo que no constan las mismas garantías en contra de lo manifestado por VDF y de lo dispuesto en el art 28 del RGPD, sin perjuicio de las deficiencias de contenido detectadas en los contratos con los encargados iniciales, como son la falta de medidas de seguimiento en la ejecución del contrato.

OCTAVO: Respecto de la entidad Casmar en calidad de encargada del tratamiento en nombre y por cuenta de VDF, manifiesta que es la entidad subcontratada “A-NEXO” la que proporciona el listado Robinson y ésta no les ha trasladado ningún derecho de oposición recibido tras la realización de llamadas. Sin embargo, en el contrato suscrito entre ambas entidades (Casmar y A-Nexo de junio de 2019) figura que los listados de exclusión publicitaria y derechos de oposición son aportados por Casmar. Tampoco se indica la gestión a realizar sobre la consulta previa a los ficheros de exclusión publicitaria ni ejercicio de derechos, en contra de lo dispuesto en el art 28 del RGPD.

NOVENO: Consta que VDF contrata con TQF y ésta subcontrata a su vez con otras personas físicas y jurídicas que son las que realizan materialmente las llamadas. En los contratos aportados suscritos entre TQF -en calidad de encargado del tratamiento por cuenta y en nombre de VDF- y las entidades subcontratadas no figuran indicaciones respecto de la obligación de consulta previa y filtrado con los ficheros de exclusión publicitaria ni con los de ejercicio de derechos por las diversas entidades intervinientes en las acciones de mercadotecnia en nombre y por cuenta de VDF.

DÉCIMO: No consta acreditado que VDF tenga conocimiento de los derechos ejercidos por los afectados ante las entidades encargadas y subencargadas, lo que origina que ante llamadas de tipo secuencial o aleatorio desde una determinada numeración se reiteren llamadas a los afectados que previamente han ejercido su derecho de oposición, a pesar, tanto en el caso de en el caso de ficheros procedentes de VDF como externos, que VDF los haya filtrado previamente para evitar llamadas indebidas.

UNDÉCIMO: En el caso de la entidad DATACENTRIC, que es una *intermediaria* entre VDF y el titular de la base de datos alquilada, no consta que VDF intervenga en el control efectivo de comprobación de la preceptiva autorización expresa de los afectados para comunicaciones de correos electrónicos y envío de SMS.

DUODÉCIMO: En el caso de la entidad MEYDIS, que proporciona a VDF bases de datos publicados en repertorios de abonados a servicios de telecomunicaciones, no consta contrato suscrito conforme al artículo 28 del RGPD, por no requerirlo, según manifiesta VDF, el sistema interno de contratación de ambas entidades, en contra de lo dispuesto en el art 28 del RGPD.

DÉCIMO TERCERO: La obligación de consulta de los listados de exclusión publicitaria por parte de los encargados y subencargados no está prevista en los contratos suscritos al efecto. Si se contrasta o no las citadas listas es una circunstancia que VDF no está en disposición de verificar.

DÉCIMO CUARTO: Consta que ante una reclamación sobre acciones de mercadotecnia de VDF ante la AEPD y que se haya resuelto instando a VDF a que informe al afectado de que sus datos se han incluido en LRI y, comunicada esta circunstancia al afectado, con posterioridad se le reitera la llamada. (PS/00290/2015).

DÉCIMO QUINTO: En la Inspección realizada en la sede de VDF los días 18 y 30 de septiembre, los representantes de VDF afirman que: << (...) (i) *no existe una autorización relativa al uso de base de datos ajenas, es decir, propias de los distribuidores y por tanto no hay un proceso de autorización, sino que se solicita información en el caso de que utilicen estas bases de datos.* (ii) *VDF no está en condiciones de comprobar que los titulares de las líneas receptoras han prestado su consentimiento o no se han opuesto, pues es una obligación que les corresponde a los agentes colaboradores,* (iii) *VDF no asegura que en cada llamada se ofrezca un medio efectivo de ejercitar el derecho de oposición.*

DÉCIMO SEXTO: Respecto de las Bases de datos proporcionadas por VDF y utilizadas por los encargados del tratamiento en nombre y por cuenta de VDF, consta que existen comunicados por parte de VDF referidos a la obligación de utilizar únicamente estas bases de datos. Sin embargo, no existe ningún procedimiento habilitado ni controlado por VDF tendente a verificar los encargados utilizan

únicamente la base de datos que VDF les ha proporcionado y durante los periodos que se les indica. En la inspección realizada en la sede de VDF en fechas de 18 y 30 de septiembre de 2019, los representantes de VDF manifestaron que no se han realizado comprobaciones sobre el cumplimiento de las medidas que se indican en los anteriores comunicados.

DÉCIMO SÉPTIMO: Respecto de las comunicaciones comerciales a través de SMS, se realizan mediante la generación de forma aleatoria sin discriminación alguna, por lo que se han remitido comunicaciones comerciales electrónicas a potenciales clientes sin la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 21 de la LSSI (expresamente autorizadas). Los envíos de SMS los realiza directamente VDF.

DÉCIMO OCTAVO: Sin perjuicio de lo dispuesto en el anexo a esta Resolución, a modo de una muestra representativa, en las acciones comerciales realizadas desde las numeraciones ***TELEFONO.2 y 954781254 por los distribuidores CASMAR y TQF, respectivamente; se han hallado 17 reclamantes que manifiestan acciones comerciales realizadas desde la numeración 954781254, y 19 reclamantes respecto de las realizadas desde la numeración ***TELEFONO.2, a pesar de que los números de los destinatarios estaban incluidos en LRAD, o han ejercido su derecho de oposición frente a VDF y figuran en su LRI.

DÉCIMO NOVENO: En el esquema de intervinientes en las acciones de mercadotecnia llevadas a cabo por VDF, constan los siguientes niveles de actuación en relación con Casmar:

Nivel I.- VDF es quien contrata con la entidad CASMAR (y ésta, en su caso, subcontrata con otros) la realización de acciones comerciales de captación de clientes. La base de datos a utilizar puede ser proporcionada por VDF o por CASMAR que la obtiene por su cuenta (de otros colaboradores).

Nivel II.- CASMAR subcontrata a la entidad A-NEXO (y ésta en su caso a otros colaboradores) la realización de llamadas comerciales. CASMAR informó a requerimiento de la AEPD que los datos utilizados los proporciona A-NEXO y, sin embargo, en el contrato que aportó figura que los datos los proporciona CASMAR.

Nivel III.- A-NEXO subcontrata a su vez a comerciales para la realización de llamadas, tanto personas jurídicas como físicas,

Nivel IV- Comerciales contratados por CASMAR, a su vez, realizan las llamadas por su cuenta desde numeraciones propias sin informar de las mismas a VDF.

Sobre el conocimiento por parte de VDF de los subencargados del tratamiento por cuenta de VDF, CASMAR aportó la documentación contractual donde figuraba “en blanco” (anexo II al contrato canal presencial de 1/05/2019), la lista de subencargados del tratamiento por cuenta de VDF que debía aprobar VDF, manifestando que está en <<blanco>> por el dinamismo con el que se van reemplazando y actualizando los “calls centers”, es decir, con posterioridad a la contratación y no de forma previa y que permita verificar la competencia técnica y organizativa con la que cuentan estas entidades.

VIGÉSIMO: En el contrato suscrito entre Casmar y VDF en fecha 1/05/2019 figura, en anexo aparte y de fecha posterior (1) referenciado a dicho contrato del que trae causa

de fecha 1/05/2019 entre VDF y Casmar, una relación de 15 entidades jurídicas y personas físicas subcontratadas por Casmar denominada “*lista de los subencargados aprobados*” (sic), entre las que se encuentra la entidad A-Nexo, en la que consta que la “*ubicación actual del tratamiento*” (sic) se encuentra en Perú. No consta acreditado que dispongan de un contrato que contenga las preceptivas cláusulas contractuales tipo de la Decisión de la Comisión, de 5 de febrero de 2010, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países.

(1) Consta contrato de fecha 27/06/2019 (posterior al de fecha 1/05/2019 entre VDF y Casmar) entre Casmar y A-nexo (en nombre y representación de la entidad A-NEXO CONTACT CENTER SAC, con RUC 20601266530 y domicilio a efectos de notificaciones en Av. De los Precursores 1192, oficina 303, San Miguel, Lima, Perú.)

VIGÉSIMO PRIMERO: TQTF afirma a requerimiento de la Inspección de esta AEPD que VDF tiene conocimiento de los subencargados del tratamiento por cuenta de VDF sólo en el momento en el que se le solicita su acceso a la plataforma de contratación de VDF y solo a estos efectos. Es decir, TQTF solicita el alta a VDF de los subencargados del tratamiento en nombre y por cuenta de VDF para poder realizar las contrataciones (VDF les suministra usuario de acceso a la plataforma de contratación), sin que se requiera ningún tipo de verificación a los comerciales subencargados del tratamiento en nombre y por cuenta de VDF sobre los datos a utilizar en las llamadas comerciales ni condiciones técnicas y organizativas con las que cuentan, limitándose VDF a generar un usuario con contraseña, previa petición de CASMAR o TQTF, que se comunica a los comerciales o al distribuidor final (subencargados) para estar habilitado para realizar altas de líneas contratadas en los sistemas de VDF.

VIGÉSIMO SEGUNDO: VDF conoce la interposición de reclamaciones ante la AEPD, ya que desde el mes de noviembre de 2018 se ha dado traslado de las mismas desde la AEPD y no es hasta el mes de julio de 2019 cuando se lo comunica a los distribuidores (encargados) sin que conste a la fecha las medidas adoptadas para evitar tratamientos indebidos.

VIGÉSIMO TERCERO: Son ejemplos de estas acciones realizadas por CASMAR a numeraciones inscritas en LRAD o en LRI de VDF, los siguientes:

- ✓ E/07147/2019: El reclamante recibe llamadas comerciales, la última en fecha de 12/06/2019 tras haber ejercido el derecho de supresión frente a VDF en fecha de 8/05/2019, y en LRI de VDF desde 9/05/2019.
- ✓ E/07144/2019: El reclamante recibe llamadas comerciales, la última en fecha de 5/06/2019, tras haber ejercido el derecho de oposición constando en LRI de VDF desde 2/04/2019, la línea móvil, y 20/08/2018 la línea fija. También en LRAD desde marzo de 2019.
- ✓ E/7765/2019: El reclamante recibe llamadas comerciales, la última en fecha de 7/06/2019, tras haber solicitado la supresión frente a VDF en fecha de 2/06/2019 y figurar inscrito en LRAD desde el 14/11/2017.
- ✓ E/7758/2019: El reclamante recibe llamadas comerciales, la última en fecha de 26/06/2019 figurando en LRAD desde el 22/10/2018. En este caso, el distribuidor llamante es TTQF en nombre y por cuenta de VDF.

Esta muestra de reclamaciones (la totalidad de evidencias consta en el anexo a esta Propuesta de Resolución) constata que los encargados y subencargados no han utilizado para realizar las acciones de mercadotecnia por cuenta y en nombre de VDF numeraciones previamente filtradas con los listados de exclusión publicitaria ni han tenido en cuenta los derechos de oposición previamente ejercidos por los afectados, bien ante la propia VDF o bien ante las entidades encargadas o subencargadas cuando actúan en nombre y por cuenta de VDF. Tampoco consta que en las acciones de mercadotecnia a través de llamadas telefónicas VDF disponga de control adecuado que le permita validar la posibilidad de ejercer el derecho de oposición al interesado, pues VDF se limita a facilitar a los encargados una determinada leyenda sin que exija garantías de su efectiva lectura a los afectados.

VIGÉSIMO CUARTO. En el anexo de la presente Resolución figuran el listado completo y detallado de todas las reclamaciones tenidas en cuenta en la valoración de los hechos imputados en este procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27/04/2016, relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD) reconoce a cada Autoridad de Control, y según lo establecido en los artículos 47, 48, 64.2 y 68.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para iniciar y resolver este procedimiento.

El artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que: *“Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se registrarán 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.”*

De conformidad con lo establecido en el art. 43.1, párrafo segundo, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSI), la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para iniciar y resolver este procedimiento sancionador.

De conformidad con lo establecido en el artículo 84.3) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo LGT), la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para iniciar y resolver este procedimiento sancionador.

II

En cuanto a las alegaciones presentadas al acuerdo de inicio, ya fueron contestadas e la Propuesta de Resolución, en síntesis, en los siguientes términos:

1. En los expedientes notificados se incluyen afectados que son personas jurídicas.

Como ya se ha indicado, se han excluido de valoración 29 reclamaciones por las razones que se propusieron sin que se encuentren en el anexo las relativas a personas jurídicas y las referenciadas en las alegaciones de VDF de fecha 1/12/2020. Debe añadirse ahora, que el ámbito de aplicación de la LGT y LSSICE incluye las personas jurídicas y, si se han excluido de valoración 29 expedientes, no ha sido por este motivo.

2. La exposición de hechos en el Acuerdo de Inicio dificulta en extremo analizar y realizar un examen detallado pudiendo menoscabar el derecho a la legítima defensa.

Los términos del acuerdo de inicio se ajustan a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. En este sentido, señalar que VDF no ha solicitado práctica de prueba alguna tras el acuerdo de inicio pudiendo haberlo solicitado si realmente considera que menoscaba su derecho a la legítima defensa.

A mayor abundamiento, VDF no explicita ni acredita en qué se ha menoscabado su derecho a la legítima defensa y cuál es el perjuicio real y efectivo que se le ha producido. Máxime cuando los hechos nos muestran que ha podido alegar tras el acuerdo de inicio y a lo largo de todo el procedimiento administrativo todo lo que a su derecho convenía, realizado, todo tipo de alegaciones con un volumen importante tanto en sus razonamientos como en su cantidad (incluyendo también, en tal consideración el elevado número de páginas de los documentos presentados por VDF). También ha podido aportar toda la documentación que ha considerado relevante y necesaria. La defensa real y efectiva del reclamado ni tan siquiera se ha mermado en ningún momento.

Debemos traer a colación, por todas, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 22 febrero 2019 (RJCA 2019/63), en la que recogiendo asimismo diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se afirma taxativamente que *"en consecuencia, fuera de los supuestos de nulidad de pleno derecho sólo tienen alcance anulatorio aquellas infracciones del procedimiento, que hayan dejado al interesado en una situación de indefensión real o material por dictarse una resolución contraria a sus intereses sin haber podido alegar o no haber podido probar (SS.TC. 155/1988, de 22 de julio (RTC 1988, 155), FJ 4; 212/1994, de 13 de julio (RTC 1994, 212), FJ 4; 137/1996, de 16 de septiembre (RTC 1996, 137) , FJ 2; 89/1997, de 5 de mayo (RTC 1997, 89) , FJ 3; 78/1999, de 26 de abril (RTC 1999, 78) , FJ 2, entre otras). [...] Ahora bien, no se produce indefensión a estos efectos, tal y como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012 (RJ 2012, 11351) -recurso nº. 408/2010 -, " si el interesado ha podido alegar y probar en el expediente cuanto ha considerado oportuno en defensa de sus derechos y postura asumida, como también recurrir en reposición, doctrina que se basa en el artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836) , si hizo dentro del expediente las alegaciones que estimó oportunas" (S.TS. 27 de febrero de 1991), "si ejercitó, en fin, todos los recursos procedentes, tanto el administrativo como el jurisdiccional" (S.TS. de 20 de julio de 1992). [...] En definitiva, la parte actora no concreta qué indefensión material le han producido los supuestos vicios procedimentales denunciados, y en cualquier caso, la ANC ha podido alegar y probar, tanto en vía administrativa previa como en esta vía judicial, cuanto ha estimado*

conveniente en defensa de sus derechos e intereses legítimos, por lo que ninguna vulneración de su derecho de defensa (artículo 24.2 CE)”.

Asimismo, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de la Audiencia Nacional de Audiencia Nacional de 8 de abril de 2019 (RJCA\2019\466), ratifica que la indefensión ha de ser material, traduciéndose en un perjuicio real y efectivo, puesto que *“A tal efecto y con carácter general, ha de traerse a colación la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual, para apreciar la existencia de lesión constitucional, no basta la existencia de un defecto procedimental, sino que es igualmente necesario que éste se haya traducido en indefensión material, esto es, en un perjuicio real y efectivo, nunca potencial y abstracto, de las posibilidades de defensa en un procedimiento con las necesarias garantías (SSTC 15/1995, de 24 de enero y 1/2000, de 17 de enero , entre otras muchas) . Concepto de indefensión con relevancia constitucional que, en cualquier caso, no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal ni menos con cualquier infracción de normas procesales, sino que requiere, como condición indispensable, que la imposibilidad de alegar y probar los propios derechos e intereses y rebatir las alegaciones de contrario hayan producido un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte, un perjuicio de índole material. Sin que exista indefensión material si, a pesar de haberse producido algún quebrantamiento procesal, las partes han podido defender sus derechos e interés legítimos (STC 27/2001 de 29 de enero)”.*

3. La diligencia debida en los términos del art 28 del RGPD hace referencia solo a la fase de contratación con el encargado y no debe entenderse respecto del seguimiento posterior del contrato.

Se contesta en los siguientes fundamentos de derecho

4. Los proveedores contratados por VDF del departamento interno de televenta han superado un proceso previo de validación y son sometidos a procesos de auditoria en las que se justifica las medidas técnicas y organizativas con las que cuentan para el desarrollo del servicio contratado.

El proceso selectivo se entidades encargadas se limita a un *checklist* inicial, sin que conste evaluación posterior del encargo contratado, tal y como se señala en fundamentos de derecho posteriores.

En la Inspección presencial, se constató que (página 11 de la presente Resolución), respecto al segundo escenario, los Distribuidores/Colaboradores/Agentes venden a través de *stands* en comercios y en la calle, que a su vez también llegan a <<acuerdos con otras agencias de televenta y comerciales>> (subencargados del tratamiento por cuenta y en nombre de VDF) para la realización efectiva de llamadas telefónicas y que gestionan <<sus propios listados>> de números de teléfono de potenciales clientes.

Estas <<otras agencias de televenta y comerciales>> subcontratadas no se someten a un proceso de homologación previo -como hacen las adscritas a la plataforma de TVTA- sino que en la actualidad se sigue trabajando con las que ya prestaban el servicio en ONO antes de la fusión con VDF (en fecha 10/01/2018) y no consta que se hayan verificado los medios técnicos y organizativos de los que disponen.

Se debe señalar que la decisión por VDF de seguir en la actualidad trabajando con las entidades encargadas del tratamiento que ya prestaban el servicio en ONO antes de la

fusión con VDF (en fecha 10/01/2018), acredita que la responsable de dichos tratamientos es VDF.

En estos casos, VDF desconoce la identidad de las entidades (*otras agencias de televenta y comerciales*) subcontratadas por el Distribuidor/Colaborador/Agente y desconoce las garantías de índole técnico u organizativo con las que cuentan. La información relativa a la identidad de estas entidades subcontratadas debe constar en el anexo al contrato (subcontrato) establecido al efecto, pero sólo consta una vez realizada la subcontratación, es decir, VDF desconoce previamente la cualificación técnica y organizativa y la identidad de estas entidades subcontratadas así como su capacidad para el cumplimiento a la normativa vigente.

De las cláusulas del contrato tipo denominado “**Canal Presencial 2019-2020**” (por ejemplo, con CASMAR de 1 de mayo de 2019) suscrito entre VDF y las entidades adscritas a la plataforma de TVTA, figura la obligación de comunicar previamente a VDF la lista de subencargados del tratamiento por cuenta de VDF que van a utilizar los *distribuidores/colaboradores/agentes*. Esta comunicación se recoge, entre otras, en las cláusulas 5 (recursos) y 6 (características de la actividad) del citado contrato (se incluye en el expediente). Sólo en las cláusulas 13.4 y 13.5 del citado contrato se hace referencia a la obligatoriedad del cumplimiento de la normativa de protección de datos en los siguientes términos: “... *sin perjuicio de las obligaciones asumidas por el COLABORADOR en cumplimiento de la legislación de Protección de Datos vigente en cada momento...*” (*sic*). En la cláusula 13.6 se afirma de forma expresa que el “*colaborador tendrá la consideración de encargado del tratamiento debiendo formalizar el Acuerdo estándar de tratamiento de datos que se adjunta como anexo IV...*”.

Sin embargo, esta comunicación a VDF de las entidades subcontratadas tiene un carácter declarativo a posteriori y no está sujeto a aprobación previa por VDF ni consta reflejada la posibilidad del ejercicio de los derechos de los interesados. La finalidad de esta declaración, según manifiesta VDF, es fundamentalmente para disponer de información cuando se detecte una mala praxis.

5. Respecto de los proveedores externos usando bases de datos propias: estos proveedores no actúan en calidad de encargados del tratamiento sino como responsables de sus propias bases de datos ya que estos datos personales son recopilados en nombre del proveedor y no en el de VDF.

Se contesta en los siguientes fundamentos de derecho

6. Respecto de los proveedores externos usando bases de datos facilitadas por VDF: VDF cumple en la contratación con los encargados todos los requisitos establecidos en el art 28 del RGPD y estos prestadores reúnen las condiciones para dar cumplimiento a sus obligaciones, no existiendo falta del deber de diligencia por lo que no procede poner en duda la ejecución efectiva de las obligaciones contractualmente asumidas.

Se contesta en los siguientes fundamentos de derecho

7. Respecto de regulación del contrato entre responsable y el encargado de las subcontrataciones realizadas por parte del encargado, en la Guía de la AEPD se aconseja la aplicación de determinadas cláusulas como la utilizada por VDF. En dichas

cláusulas de indica que corresponde al encargado inicial regular la nueva relación y con los mismos requisitos formales que con el responsable.

En la Guía aludida se trata de resumir las condiciones iniciales que deben reunir las contrataciones entre responsable y encargado, sin perjuicio del seguimiento que el responsable debe realizar para evaluar el efectivo cumplimiento de las cláusulas suscritas.

Se ha de considerar que la Guía contiene orientaciones que deben adaptarse a cada supuesto concreto, ya que la guía citada advierte expresamente que *“Este documento tiene como objetivo identificar los puntos clave a tener presentes en el momento de establecer la relación entre el responsable del tratamiento y el encargado del tratamiento, así como identificar las cuestiones que afectan de forma directa a la gestión de la relación entre ambos. Asimismo, pretende ofrecer orientaciones, a modo de recomendación, para confeccionar el documento que regule dicha relación”*.

En idéntico sentido, se advierte expresamente que su Anexo I al recogerse un ejemplo de lo que podría ser el contrato de encargado de tratamiento, que *“Estas cláusulas tienen sólo carácter orientativo y deben adaptarse a las circunstancias concretas del tratamiento que se lleve a cabo”*; de tal forma que, a lo largo de la Guía y por múltiples vías se pone de manifiesto de manera indubitada que se trata de orientaciones, que no eximen al responsable del tratamiento de realizar el contrato de tratamiento acorde al RGPD en relación con las circunstancias concurrentes en cada supuesto individual concreto.

8. La necesidad de autorización expresa previa de los subencargados no es un requisito obligatorio, sino que el art 28.2 indica que el encargado debe informar al responsable y, en su caso, éste autorizar dando así al responsable la opción de oponerse. Este aspecto no se contempla en la Guía de la AEPD (opción B).

El artículo 28.2 del RGPD indica que *“El encargado del tratamiento no recurrirá a otro encargado sin la autorización previa por escrito, específica o general, del responsable. En este último caso, el encargado informará al responsable de cualquier cambio previsto en la incorporación o sustitución de otros encargados, dando así al responsable la oportunidad de oponerse a dichos cambios”*.

Esto implica que se requerirá autorización previa y por escrito para que el encargado del tratamiento pueda recurrir a otro encargado. Y que dicha autorización puede ser específica (con indicación de la entidad subcontratada) o general. Sólo en este último supuesto, ya existiendo autorización general por parte del responsable del tratamiento, es cuando se ha de informar de cambios en la incorporación o sustitución de otros encargados, respecto de la cual, además, puede oponerse el responsable del tratamiento (por ejemplo, si no reúne las medidas técnicas u organizativas que se fijaron en la autorización general).

De lo anterior, se concluye que la autorización previa siempre es obligatoria.

La autorización previa a la subcontratación de encargados debe evaluar, en todo caso y entre otras cuestiones, las condiciones técnicas y organizativas con las que cuenta el encargado del tratamiento para llevar a cabo el contrato. Tal y como está configurada en el artículo 28.2 del RGPD no es una simple comunicación de índole formal, sino que constituye un verdadero requisito material de cumplimiento del RGPD.

9. Según la DT5ª de la LOPDGDD, los contratos previos al 25/05/2018 mantendrán su vigencia hasta el 25/05/2022, por lo que su contenido no puede ser exigible al no ser de aplicación.

La Disposición transitoria 5ª de la LOPDGDD determina que “Los contratos de encargado del tratamiento suscritos con anterioridad al 25 de mayo de 2018 al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal mantendrán su vigencia hasta la fecha de vencimiento señalada en los mismos y en caso de haberse pactado de forma indefinida, hasta el 25 de mayo de 2022.

Durante dichos plazos cualquiera de las partes podrá exigir a la otra la modificación del contrato a fin de que el mismo resulte conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del Reglamento (UE) 2016/679 y en el Capítulo II del Título V de esta ley orgánica”.

La Disposición transitoria 5ª de la LOPDGDD permite “mantener la vigencia” de los contratos de encargado de tratamiento suscritos con anterioridad a la aplicación del RGPD. Se refiere únicamente a la vigencia del contrato.

Ello es así porque en cumplimiento de la propia responsabilidad proactiva por el responsable del tratamiento, precisan de su adaptación material al RGPD. Las obligaciones dimanantes del texto legal han de cumplirse desde la plena de aplicación del mismo en mayo de 2018.

Pues bien, esta Disposición también hace referencia a la modificación del contrato para que resulte conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del RGPD. Como hemos indicado, podemos entender que tal modificación se constriñe al contenido formal del artículo 28 del RGPD, permitiendo a cada una de las partes exigir a la otra la modificación del contrato a fin de cumplir con el precepto citado. Pero no afecta a la aplicación de los principios y obligaciones materiales del RGPD ya que se trata de una norma con efecto directo de carácter imperativo y ninguna previsión podría ir en contra de este carácter.

Por tanto, la vigencia de los contratos de encargado del tratamiento hasta el 25/05/2022 se mantendrá siempre que su contenido se ajuste a los principios dispuestos en el RGPD y a la LOPDGDD.

10. El control exhaustivo del responsable sobre los encargados impediría “que puedan marcar un número de teléfono no autorizado”, habiendo tenido VDF la diligencia razonable.

El control del responsable del tratamiento sobre el encargado deberá ser el razonable y adecuado durante todo el desarrollo del contrato y en el presente caso constan afectados los derechos y libertades de los interesados de forma reiterada sin que VDF haya adoptado medidas correctoras adecuadas a fin de evitar infracciones como las ahora analizadas.

11. No se ha tenido en cuenta los esfuerzos técnicos realizados por parte de VDF para implementar mejoras en fase de desarrollo, que resultaron acreditadas en el momento de la inspección presencial por parte de la AEPD, minusvalorándose el esfuerzo técnico en desarrollo.

Los esfuerzos técnicos realizados por VDF para evitar reclamaciones ante la AEPD no constan que haya sido implantados a día de hoy.

12. Los datos de contacto para acciones de telemarketing puestos a disposición de los proveedores por parte de VDF han sido contrastados previamente con los datos contenido en los listados Robinson internos y de ADigital y se especifica el tiempo de uso para evitar datos desactualizados.

Los datos de los interesados objeto de acciones publicitarias no han sido contrastados con los listados de exclusión publicitaria y derechos de oposición, en especial cuando se han ejercido ante encargados o subencargados y no se han comunicado al responsable ni éste haya obligado a su comunicación, en especial en cuanto a acciones publicitarias que parten de numeraciones aleatorias.

13. Los datos objeto de tratamiento solo pueden ser tratados por las entidades encargadas conforme a las instrucciones de VDF que rigen el contrato, en el que se establecen claramente las condiciones en que deben realizarse los tratamientos de los datos personales.

No consta por parte de VDF el seguimiento de la ejecución de los contratos suscritos con los encargados en nombre y por cuenta del responsable.

14. VDF solicita a los proveedores que le comuniquen todas las oposiciones que puedan producirse durante las acciones de telemarketing.

No consta que VDF requiera a los encargados que le comuniquen los derechos de oposición ejercidos por los interesados y haya desplegado medios técnicos y organizativos que permitan tenerlos en cuenta en posteriores campañas publicitarias.

15. Los datos personales de las bases de datos del proveedor no son transferidos en ningún momento a VDF. Solo tras la contratación del servicio se incluyen en el sistema de información de VDF.

Los datos personales objeto de tratamiento por los encargados se realizan en nombre y por cuenta de VDF como entidad responsable con independencia de que se encuentren incluidos en su sistema de información.

16. Tras la contratación se procede a validar esta tras una llamada de control de calidad.

La llamada de control de calidad se realiza una vez efectuada la contratación del servicio ofrecido en nombre de VDF, circunstancia que queda al margen del presente procedimiento.

17. VDF ha implementado medidas complementarias para garantizar un control pormenorizado de la actividad de los proveedores de servicios cuando usan sus propias bases de datos. Dicho control se estimaba que esté operativo en enero de 2020 (nuevo sistema de enrutamiento a través de la troncal de VDF).

No consta que VDF haya implantado medidas técnicas y organizativas para garantizar un control pormenorizado de la actividad de los encargados que actúan por cuenta y en nombre de VDF a partir de enero de 2020. Ejemplo de reclamaciones posteriores (enero y febrero de 2020) son, entre otras, las siguientes:



22/01/2020	E/02252/2020	A.A.A.
23/01/2020	E/02255/2020	B.B.B.
24/01/2020	E/02262/2020	C.C.C.
25/01/2020	E/02263/2020	D.D.D.
27/01/2020	E/02266/2020	E.E.E.
28/01/2020	E/02269/2020	F.F.F.
03/02/2020	E/02271/2020	G.G.G.
03/02/2020	E/02274/2020	H.H.H.

18. La infracción imputada del art 21 de la LSSICE, no procede toda vez que la licitud de los tratamientos se basa en el interés legítimo, tal y como señala el Considerando 47 del RGPD y así lo reconoce la AEPD en su informe 0173/2018.

La LSSICE requiere en el artículo 21 autorización expresamente autorizada para comunicaciones publicitarias electrónicas, y en el presente caso no consta.

19. VDF en todo momento permite al interesado a oponerse a recibir comunicaciones, por lo que no procede imputar infracción del artículo 38.3.d).

No consta que tanto VDF como los encargados y subencargados que actúan en nombre y por cuenta de VDF dispongan de las medidas técnicas y organizativas que permitan llevar a cabo el derecho de oposición ejercido por el interesado puesto que consta la reiteración de acciones publicitarias tras el ejercicio de tal derecho.

20. Las reclamaciones relativas a la LSSICE son una minoría y dista mucho del total de reclamaciones presentadas.

Consta en el anexo a esta Propuesta que el número de reclamaciones por infracción a la LSSICE ascienden a veinticuatro (24) de las 162 tenidas en cuenta en la presente Resolución.

21. Respecto de las infracciones relativas a la LGT, VDF facilita siempre la posibilidad de ejercitar el derecho de oposición al interesado, según consta en el art 48.1.b) de dicha norma. También consta que VDF filtra previamente con los listados de exclusión publicitaria antes de facilitar datos de potenciales clientes a los proveedores. Y cuando las bases de datos son externas *"no es posible impedir materialmente la realización de una llamada"* (sic) si bien se están implantado medidas de control basado en tecnología VoZIP que impiden llamar a numeraciones incluidas en listados de exclusión publicitaria.

La alegación no puede ser aceptada toda vez que tal y como consta en hechos probados y en el anexo adjunto se han realizado acciones publicitarias por cuenta y en nombre de VDF de forma reiterada aun encontrándose el interesado en la relación de exclusiones publicitarias o habiendo ejercido previamente su derecho de oposición a tales acciones, en contra de los dispuesto en el artículo 48.1.b) de la LGT.

22. La AEPD parece sancionar por recibir reclamaciones sin verificar los hechos descritos en las mismas y concluir de forma automatizada que estas se corresponden con acciones ilegítimas y contrarias al ordenamiento jurídico y, por tanto, adoptando

estas decisiones en contra del principio *onus probandi* que rige el derecho sancionador.

Consta en la documentación del expediente notificada a VDF en marzo de 2020 razones suficientes para enervar la presunción de inocencia toda vez que la propia VDF en sus contestaciones a los requerimientos de información de esta AEPD manifiesta su error y procede a corregir puntualmente informando al reclamante. No obstante, esta conducta infractora y posterior adopción de medidas supuestamente correctoras se reiteran de forma permanente, y en ocasiones constan hasta tres reclamaciones posteriores de un mismo afectado tras ser “supuestamente” atendido el derecho de oposición ante VDF

23. La cuantificación de las sanciones es desproporcionada, y no cabe sostener que la conducta de VDF es un incumplimiento reiterado y permanente, pues solo podrían verse afectadas 191 interesados de los 200 millones de acciones comerciales llevadas a cabo por VDF.

Respecto a la graduación y cuantificación final de las sanciones propuestas se debe señalar que, sin perjuicio de las nuevas cuantías señaladas en el RGPD y criterios de graduación aplicados, y solo a efectos comparativos con la derogada LOPD, la cuantía sería muy superior a la actual propuesta. En concreto, y solo a efectos comparativos con la LOPD, ahora se imputan ciento cuarenta y una (141) infracciones al RGPD que supondrían de forma separada y aplicando la LOPD, una cantidad próxima a los seis millones de euros, considerando cuantía mínima (40.001 €). En el mismo sentido las ciento veinticuatro (124) infracciones a la LGT y las veinticuatro (24) a la LSSICE, en las que se ha ponderado las cuantías también de forma conjunta.

A mayor abundamiento, respecto de la alegación de que “solo podrían verse afectadas 191 interesados de los 200 millones de acciones comerciales llevadas a cabo por VDF”, se ha de señalar que, como puede ser el caso en el presente procedimiento, de la confluencia de varias reclamaciones de personas individuales afectadas se ponga de manifiesto una actuación del responsable que con carácter general (esto es, no sólo en los casos concretos presentados por los reclamantes) de la que resulte que dichos casos concretos son el reflejo de una pauta o política común aplicada a todas aquellas personas afectadas que estén en el mismo caso que los interesados y que no estén reclamando ni ante VDF ni ante la AEPD.

De las reclamaciones presentadas se infiere patrón de conducta en el tratamiento de los datos personales en relación con las operaciones de marketing de VDF (que incluye la negligencia grave en su actuación y la inacción) que impacta directamente, y de manera general e indiscriminada, en los derechos y libertades de los ciudadanos.

24. Constan infracciones prescritas como la referida al E/07180/2019 y otras en las que no se han aportado evidencias de infracción (E/01119/2019 y E/02809/2019).

Los expedientes aludidos en la alegación no constan entre los ciento sesenta y dos (162) valorados en la presente Resolución.

25. En general el Acuerdo de inicio carece de motivación suficiente que sustente la imputación a VDF de las infracciones que relaciona que es una garantía contra la conducta arbitraria proscrita en la C.E.

La motivación se exige por mor del art. 35 de la LPACAP, estableciendo el Tribunal Supremo una serie de elementos deben concurrir para que esta sea adecuada.

Así, la motivación tiene un carácter finalista, esto es, que se cumpla con la exigencia legal de explicar o exteriorizar el núcleo de la decisión administrativa, a partir de la cual el interesado pueda desplegar sus medios de defensa. Tal y como determina la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de la Audiencia Nacional de 13 de septiembre de 2019, *“La exigencia de la motivación de los actos administrativos responde, según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001, a la finalidad de que el interesado pueda conocer con exactitud y precisión el cuándo, cómo y por qué de lo establecido por la Administración, con la amplitud necesaria para la defensa de sus derechos e intereses, permitiendo también, a su vez, a los órganos jurisdiccionales el conocimiento de los datos fácticos y normativos que les permitan resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa; de tal modo que la falta de esa motivación o su insuficiencia notoria, en la medida que impiden impugnar ese acto con seria posibilidad de criticar las bases y criterios en que se funda, integran un vicio de anulabilidad, en cuanto dejan al interesado en situación de indefensión.*

Todo ello sin perjuicio de la lógica discrepancia de quien obtiene una resolución desfavorable a sus intereses, lo que no constituye falta de motivación, porque su derecho no alcanza a la concesión de lo pedido, ya que nadie tiene derecho a que le den la razón, sino a que la decisión que se le brinda ofrezca la explicación necesaria para que el administrado pueda conocer con exactitud y precisión el contenido del acto>>”.

La motivación puede ser breve y sucinta, mas siempre suficiente de tal forma que permita al interesado conocer las razones decisorias administrativas (STS de 15 de diciembre de 1999).

Para que la motivación sea suficiente debe ser concreta, esto es, que haga referencia al caso particular discutido en el específico procedimiento administrativo (STS de 23 de septiembre de 2008) y congruente con el contenido decisorio. Si la decisión administrativa lleva aparejado el ejercicio de potestades discrecionales, es preciso que se explicita el proceso lógico que determine tal decisión (STS de 15 de diciembre de 1998).

En cuanto a la falta de motivación del acuerdo de inicio, motivo por el que se alega arbitrariedad en la actuación de esta AEPD, se debe señalar que constan suficientemente razonadas en el acuerdo de inicio las infracciones imputadas con base en la documentación que obra en el expediente y que tiene su origen tanto en la inspección presencial efectuada (cuya documentación conoce VDF) en la sede de VDF como en la adjunta en las reclamaciones de los afectados y que figura en el expediente. En el mismo sentido, la infracción ahora imputada de Transferencia Internacional sin las adecuadas medidas exigidas en el RGPD, también se encuentra documentada y acreditada de las propias manifestaciones de VDF en la documentación facilitada a esta AEPD.

Del examen del expediente administrativo y de las diversas resoluciones dictadas en su seno, se revela con claridad, de forma amplia y razonada, concreta y congruente, el

porqué de la decisión administrativa, cumpliendo más que suficientemente con las prescripciones fijadas por la Ley.

III

Respecto de las alegaciones presentadas a la práctica de pruebas y el segundo envío de expedientes al objeto de subsanar deficiencias en la documentación inicialmente notificada, se resumen en lo siguiente:

- 1.- Dos de los expedientes remitidos corresponden a una misma reclamación.
- 2.- Siete de los expedientes remitidos no se encontraban mencionados en el primer envío.
- 3.- De las 264 numeraciones telefónicas solicitadas a Adigital para su comprobación en listado Robinson, 33 no constan de alta, 4 son de fecha posterior, 1 corresponde a un procedimiento archivado, 1 corresponde a un proveedor y no a un reclamante, 1 no consta recibidas llamadas comerciales y 1 no se corresponde con VDF como entidad reclamada.

En primer lugar, en las alegaciones vertidas por VDF en fecha 1/12/2020 no se detallan los procedimientos a los que hace referencia. No obstante, se significa que hay varias reclamaciones que conforman expedientes distintos de un mismo reclamante, toda vez que por los mismos hechos han formulado varias reclamaciones sucesivas al continuar realizándose por VDF los hechos ahora imputados.

En segundo lugar, se debe señalar que de las iniciales 191 reclamaciones que dieron origen al presente procedimiento se han suprimido de valoración, aceptando parcialmente las alegaciones de VDF de fecha 1/12/2020, veintinueve reclamaciones (29) por diversos motivos, como no constar la inclusión de las numeraciones en plazo en los listados de exclusión publicitaria o ejercicio previo de derechos, así como la falta de numeración de llamada emisora, entrante o fecha de la actividad publicitaria, o que las reclamaciones iban dirigidas a entidades diferentes a VDF (en dos casos). Sin embargo, si se valoran aquellas otras en las que la propia VDF confirma en sus propios escritos de contestación a los requerimientos de la AEPD que el reclamante se encontraba incluido en los listados de exclusión publicitaria o que había ejercido previamente el derecho de oposición ante VDF, y que obran en el expediente.

Hay que añadir, que en el Anexo de expedientes notificado es cierto que figuran en ocasiones diversos expedientes en los que alguno de ellos no pertenece al presente procedimiento. En este sentido, se debe aclarar que tal circunstancia se debe a que se han indicado también, junto al expediente concreto objeto de valoración en el presente procedimiento, aquellos otros previos -a modo indicativo y sin que se sumen a los ahora valorados- y con el mismo reclamante por los mismos hechos y ya resueltos por Resolución de esta Agencia conforme al artículo 65 de la LOPDGDD, lo que permite acreditar la falta de medidas técnicas y organizativas continuadas en el tiempo en cuanto a la atención de los derechos ejercidos por los afectados. Se puede resumir en que también se han indicado (sin que se sumen a los ahora valorados) las reincidencias infractoras tras resoluciones de esta Agencia en tutela de los derechos oposición/cancelación ejercidos previamente por el mismo reclamante ante VDF. En las alegaciones vertidas por VDF en fecha 1/12/2020 no se detallan los procedimientos a los que hace referencia. Todo ello muestra el patrón de comportamiento, al que

anteriormente hacemos mención, en relación con las obligaciones de protección de datos que corresponden a VDF.

En cuanto a los 14 números remitidos a Adigital en la práctica de pruebas que VDF alega están repetidos, se debe señalar que, si bien no se indican cuáles son, se corresponden a reclamaciones que parten del mismo número de teléfono receptor de la llamada indebida, por lo que no afecta a los hechos ahora valorados.

Alega VDF que otros 49 números no se encuentran en el expediente, sin señalar cuales, por lo que no es posible su análisis.

VDF añade que 33 números del listado de práctica de pruebas no constan de alta en Robinson, sin indicar cuales. Al respecto, ya se ha indicado y así consta en el expediente, que VDF en sus propias contestaciones a los requerimientos de esta AEPD afirmaba que se encontraban incluidos en Robinson.

El resto de alegaciones se refieren a otros 4 números de teléfono receptores de llamadas, que no indica cuales.

Por último, si bien estas alegaciones se refieren a aspectos meramente formales y sin indicar su referencia, se insiste que en adelante solo se tomarán en cuenta para su valoración en el presente procedimiento las reclamaciones ante la AEPD que figuran en el citado anexo (162 reclamaciones), habiéndose eliminado del Anexo aquellas reclamaciones/expedientes que presentaban defectos, incluso formales.

IV

Respecto de las alegaciones presentadas a la Propuesta de Resolución se resumen según lo arriba indicado en el antecedente quinto, en lo siguiente:

1. Previa: Reiteración de las alegaciones presentadas.
2. Primera: Argumentos en contra de los Hechos Probados.
3. Segunda: Relativa a los expedientes de requerimiento de información referenciados en el procedimiento sancionador.
4. Tercera: Rechazo por parte de la AEPD de las alegaciones presentadas por Vodafone.
5. Cuarta: Presunto incumplimiento del artículo 24 RGPD. Consideración de Vodafone como responsable de tratamiento y responsabilidad de Vodafone.
6. Quinta: Presunto incumplimiento del artículo 28 RGPD. Supuesta falta de control real, continuo, permanente y auditado de los tratamientos realizados por los encargados.
7. Sexta: Presunto incumplimiento del artículo 44 RGPD. Transferencias Internacionales de datos.
8. Séptima: Presunto incumplimiento del artículo 21 LSSICE. Envío de comunicaciones comerciales sin consentimiento y a destinatarios que se han opuesto a dicho tratamiento.

9. Octava: Presunto incumplimiento de la Ley General de Telecomunicaciones (LGT). Supuesta no atención del derecho de oposición a no recibir comunicaciones comerciales.

Como cuestión previa a contestar a las alegaciones, y respecto del bloque documental aportado por VDF, señalar que se compone de una serie de documentos entre los que se encuentran una *“propuesta para VODAFONE el servicio de DESARROLLO Y HOSTING para control de robinsones en área Door to Door, siguiendo sus instrucciones en base al Servicio de Gestión de lista Robinsones 2020”*, fechado el 17 de agosto de 2020. Tal documento se encuentra sin firmar entre las partes (página 20 de la citada documentación), de tal forma que no se nos acredita que efectivamente tal propuesta se encuentre implantada.

Asimismo, también aportan un contrato de prestación de servicios del canal presencial entre VDF y CASMAR que parece que presentan como nuevo modelo a suscribir con sus proveedores. Este contrato, aunque cumplimentado con los datos de las partes, tampoco se encuentra ni fechado ni firmado. Tampoco acredita que ese contrato se esté ejecutando en este momento ni, en su caso, cuáles son las específicas garantías implantadas sobre los derechos de los afectados con las que se está llevando a cabo.

Tales documentos no prueban la instauración y funcionamiento presente del sistema que dicen haber implantado (que denominan “enrutamiento”), ni tan siquiera corroborado por los pantallazos que presentan en la documentación. Además, a la fecha continúan incoándose procedimientos sancionadores por los mismos hechos como consecuencia de las reclamaciones presentadas ante esta AEPD.

El responsable del tratamiento, derivado de su responsabilidad proactiva, debe de acreditar que ha cumplido, que cumple y que va a cumplir con lo dispuesto en el RGPD y LOPDGDD. Y para acreditar que cumple en la actualidad no bastan meros documentos de parte, borradores; se desconoce fehacientemente si ha llevado a efecto su contenido. La acreditación del cumplimiento debe producirse a través de un certificado de la propia empresa o con la aportación de los antedichos documentos con plena validez jurídica (arts. 1254, 1258 y 1261 del Código Civil).

En relación con esto, el Informe 0064/2020 del Gabinete Jurídico de la AEPD atribuye al responsable del tratamiento, dentro de las obligaciones de la responsabilidad proactiva, la carga de *“...garantizar la protección de dicho derecho mediante el cumplimiento de todos los principios recogidos en el artículo 5.1 del RGPD, documentando adecuadamente todas las decisiones que adopte al objeto de poder demostrarlo”*.

Sin perjuicio de lo antedicho, no podemos obviar que el hecho de que estén implantando este nuevo sistema nos indica que con anterioridad no lo estaban llevando a cabo, que los colaboradores de VDF no contrastaban con la Lista Robinson, la lista Robinson interna de VDF ni con la lista Robinson interna de los colaboradores; y que VDF tampoco controlaba el proceso de contraste, ósea, desconocía si sus colaboradores estaban cumpliendo con sus instrucciones y con la normativa de protección de datos.

Recordemos que VDF tiene la obligación de controlar el tratamiento de sus colaboradores como si lo hiciera él mismo, implantando todo tipo de sistemas y

medidas de seguridad y monitoreo que verifiquen el cumplimiento de sus instrucciones y el cumplimiento de la normativa de protección de datos.

En los documentos nuevos aportados, siguen con idéntico planteamiento del que han mantenido a lo largo del procedimiento en cuanto a los encargados del tratamiento.

Esto es, indican en tal documentación que los colaboradores con quienes contratan llaman en nombre y por cuenta de VDF para ofrecer productos de VDF: *“Que, por lo anterior, el ámbito de este contrato de prestación de servicios es la promoción door-to-door de los Servicios en nombre y por cuenta de VODAFONE-ES y de VODAFONE-ONO”* (página 24 de la documentación aportada).

Sin embargo, les obligan a presentarse en su propio nombre y como responsables del tratamiento: *“Asimismo, el COLABORADOR dispondrá de sus propias bases de datos de potenciales clientes que deberán cumplir con los requisitos establecidos por la normativa aplicable en materia de protección de datos y a los que ofrecerá los servicios de VODAFONE en el caso de que los mismos muestren su interés. Por ello, el COLABORADOR deberá presentarse ante dichos potenciales clientes en su propio nombre, como responsable del tratamiento de los mismos, cumpliendo con la normativa aplicable en materia de protección de datos personales”* (página 30 y 31 de la documentación aportada).

Si los colaboradores usan sus propias bases de datos, entonces VDF los considera responsables del tratamiento hasta que se tenga que validar la venta. No obstante, lo anterior, VDF tiene acceso a dichas bases de datos mediante la información que los números de teléfono que sus colaboradores utilicen: *“El COLABORADOR deberá informar a VODAFONE en todo momento de todos aquellos números de teléfono que tanto el COLABORADOR como sus terceros colaboradores utilicen para contactar con Clientes o posibles Clientes de VODAFONE en el desarrollo de la actividad objeto del presente contrato. En este sentido, la utilización de números de teléfono no informados previamente a VODAFONE será entendido como un incumplimiento del contrato”* (página 33 de la documentación aportada).

Podemos observar una clara incongruencia entre estas manifestaciones, lo que redundará en una indefinición de quién es el responsable y encargado del tratamiento entre las partes, pudiendo, asimismo, transmitir una información confusa al cliente o posible cliente sobre quién es el responsable del tratamiento.

Lo cierto es que VDF es la responsable del tratamiento, puesto que, aunque las bases de datos no sean propias de VDF, la mercantil las controla suministrando instrucciones para realizar los tratamientos como si fueran propias en el marco de un contrato en el que el colaborador actúa y trata datos personales por cuenta y en nombre de VDF.

Mención especial hay que hacer respecto de los correos electrónicos intercambiados por VDF y sus colaboradores y que han sido aportados con esta documentación. En un correo electrónico de fecha 30 de julio de 2019 VDF indica a CASMAR, cuando utilicen sus propias bases de datos, que *“Por otro lado, en el caso de que realicen llamadas utilizando sus propias bases de datos, no facilitadas por Vodafone deberá asegurarse de:*

- Que cuentan con la aprobación previa y expresa de Vodafone para realizar dichas llamadas.

- *Que disponen de los datos de forma lícita, informando y obteniendo el consentimiento de los titulares para poder realizar acciones comerciales en nombre de Vodafone. Les recordamos que está prohibido el uso de bases de datos con fines de captación en nombre de Vodafone que no cumplan este requisito.*

- *Filtrar sus bases de datos con las listas Robinson públicas, por ejemplo la gestionada por ADigital, con carácter previo al inicio de la campaña.*

- *No utilizar medios de comunicación que no hayan sido consentidos por los destinatarios de la campaña”, (página 54 de la documentación aportada).*

Así se pone de manifiesto que realizan acciones comerciales en nombre de VDF. El colaborador no ostenta ningún interés propio respecto del resultado de la operación, salvo la compensación económica que va a recibir por tal servicio.

Que, antes de realizar las llamadas, tienen que verificar que cuentan con la aprobación de VDF. Las bases de datos, entonces, se elaboran por los colaboradores específicamente para VDF, pues han de contar con su aprobación previa y pasar por diversos filtros. En ese momento los colaboradores ya son encargados del tratamiento.

En el mismo correo indican que *“En ambos escenarios-bases de datos de VDF y bases de datos del colaborador-, es fundamental, que el colaborador:*

- *Proporcione un medio sencillo para que cualquier destinatario de la campaña pueda comunicar su voluntad de no continuar recibiendo llamadas o mensajes comerciales en nombre de Vodafone.*

- *Trasladar a Vodafone inmediatamente los datos de aquellos destinatarios que les hayan comunicado que no desean recibir más comunicaciones comerciales y asegurarse de que no vuelven a contactar con ellos en futuras emisiones”.*

Este mandato de VDF, cualesquiera que sean las bases de datos que utilicen los colaboradores (propias de los colaboradores y elaboradas para VDF), pone de manifiesto de nuevo que el colaborador es encargado del tratamiento desde el principio. Que, aunque VDF les indique en el nuevo modelo de contrato que son responsables del tratamiento y que *“el COLABORADOR deberá presentarse ante dichos potenciales clientes en su propio nombre, como responsable del tratamiento de los mismos”*, lo cierto es que les manda que el derecho de oposición se pueda ejercer ante el colaborador frente a VDF. Esta circunstancia pone de manifiesto que están tratando datos personales por cuenta y en nombre de VDF.

Previa R) En cuanto a la reiteración de las alegaciones presentadas, se debe señalar que ya han sido contestadas en la Propuesta de Resolución y que figuran en el FD II de la presente Resolución.

No obstante, se debe insistir en que los 15 expedientes objeto del segundo envío notificado en noviembre de 2020 no se corresponden con quince expedientes adicionales, sino se debe a la subsanación material de documentación incompleta por así considerarlo el órgano instructor, a fin de subsanar deficiencias y evitar en todo momento vulnerar el derecho a la defensa en aras del principio de transparencia que debe presidir toda actuación administrativa.

En cuanto a la falta de evidencias e imputación de infracciones por meras suposiciones, se debe señalar que de la documentación que obra en el expediente se infiere de forma indubitada los hechos ahora sancionados. No sólo a través de la inspección presencial efectuada en el mes de septiembre de 2019 en la sede de VDF y que así consta en el Acta de Inspección, sino de la documentación adjunta al citado Acta y en la documentación facilitada por los reclamantes y que obra completa en el expediente.

La falta de motivación, alegada de forma genérica, en la contestación a las alegaciones por el órgano instructor no puede ser admitida toda vez que la motivación ha sido razonada y suficiente para cada una de las alegaciones presentadas y conforme a lo dispuesto en el artículo 35.1 de la Ley 39/2015. Lo que no ha sido desvirtuado por VDF han sido los hechos ahora analizados tras presentar esta AEPD pruebas suficientes que acreditan los hechos imputados.

En cuanto a clasificar a todos los “colaboradores” (sic) como encargados del tratamiento cuando según VDF no lo son, se debe insistir en lo dispuesto en la propia definición de “Responsable del tratamiento” e informes de esta AEPD y del Comité Europeo de Protección de Datos y que se detallan y desarrollan en los FD de esta Resolución.

Respecto a la alegación de que la contratación por VDF de sus encargados del tratamiento es acorde con lo dispuesto en el art. 28 del RGPD, se debe rechazar de plano, por cuanto en los FD de la presente Resolución (y en la Propuesta de Resolución) se explica y detalla de forma minuciosa los motivos por los que VDF ha vulnerado el citado artículo 28.

VDF alega también, que la infracción del artículo 44 del RGPD (Transferencia Internacional de Datos sin las debidas garantías exigidas por el RGPD) no consta en el Acuerdo de Inicio cuando la AEPD ya contaba con toda la documentación desde la fase de investigación. Esta alegación se debe ser rechazada toda vez que el acuerdo de inicio se ajusta a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del PACAP, en donde el apartado 2.b) *in fine* indica de forma expresa “... *sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción*”. Dicho artículo se complementa con lo dispuesto en el artículo 89.3 de dicha norma cuando señala que “*En la propuesta de resolución se fijarán de forma motivada los hechos que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan, la persona o personas responsables y la sanción que se proponga, la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, así como las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado...*”.

VDF también alega que no se han valorado las condiciones específicas en las que se realizan las reclamaciones relativas al incumplimiento de la LSSICE. La alegación debe ser rechazada puesto que la acreditación de que la comunicación electrónica ha sido solicitada o expresamente autorizada no ha sido constata por VDF en ningún momento incluso a lo largo del presente procedimiento, según indica el artículo 21.1 de dicha norma.

Respecto de la alegación sobre falta de acreditación del incumplimiento del artículo 48.1.b) de la LGT, se debe señalar que ha quedado acreditado y así obra en la documentación del expediente respecto de las pruebas realizadas que en nombre y



por cuenta de VDF se realizaron llamadas comerciales a líneas que figuraban en los listados de exclusión publicitaria (Robinson), en contra de lo dispuesto en el artículo 23 de la LOPDGDD.

Por último, y agrupando las tres últimas alegaciones previas (9,10 y 11), se debe significar que todas y cada una de las infracciones imputadas en el presente procedimiento han sido suficientemente razonadas y motivadas, así como que en todo momento se ha justificado la proporcionalidad de la sanción habiendo, además, sido advertido VDF en la Propuesta de Resolución de que de haberse incoado expedientes independientes la sanción sería de mayor cuantía.

También alega actuación arbitraria por parte de la AEPD en la tramitación del procedimiento sancionador. En este sentido, señalar que, en primer lugar, no concreta la actuación arbitraria que alega y, en segundo lugar, el procedimiento sancionador se ha tramitado de la forma legalmente exigida conforme a la normativa aplicable en cada infracción imputada y conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional cuarta de la LOPDGDD. En consecuencia, la alegación debe ser rechazada.

1R)

a) <Respecto a la falta de implementación de medidas eficaces, VDF alega que ha implantado gradualmente un “sistema de enrutamiento” centralizado de acciones publicitarias que garantiza los derechos de los afectados>.

Lo alegado no consta acreditado, y en caso de que así sea, los hechos a los que el presente procedimiento hace referencia son previos a la supuesta implantación de dicho sistema, por lo que no procede su análisis a los efectos de las infracciones ahora sancionadas, sin perjuicio de que en el futuro sea objeto de valoración en el caso de que se acredite su implantación y sea conforme a lo dispuesto en el RGPD, LGT y LSSICE.

Además, se debe hacer constar que el supuesto nuevo sistema implantado de “enrutamiento” de forma progresiva y culminando su supuesta implantación en febrero de 2020, no consta que haya sido efectivo toda vez que continúan a la fecha recibiendo reclamaciones por los mismos motivos a esta AEPD. Y, a mayor abundamiento, siguen recibiendo reclamaciones adicionales o complementarias de los ahora reclamantes por los mismos hechos sin que conste acción alguna por VDF, en calidad de responsable de los tratamientos de datos imputados, por mitigar o minimizar los efectos de la vulneración de su derecho fundamental a la protección de datos, consagrado en la C.E. en su artículo 18.4, y desarrollado en el RGPD y LOPDGDD, así como en la LGT y LSSICE, aun teniendo conocimiento a través del presente procedimiento se sus identidades y hechos objeto de reclamación.

En este sentido, y a efectos meramente informativos, constan nuevas reclamaciones complementarias a las ya efectuadas de los siguientes reclamantes:

Ñ.Ñ.Ñ., E/10495/2019, en fecha 16/09/2020, NRE: e2000002161.

O.O.O., E/07697/2018 y E/05544/2019, en fecha 11/06/2020, NRE: 019495/2020.

P.P.P., E/01633/2019, en fecha 30/09/2020, NRE: e2000003876.

Q.Q.Q., E/07183/2019, E/04493/2019, en fecha 26/09/2020, NRE: e2000003364.

R.R.R., E/08276/2019, en fecha 28/10/2020, NRE: e2000007996.

S.S.S., E/08043/2019, en fecha 13/10/2020, NRE: e2000005754.

T.T.T., E/08276/2019, en fecha 28/10/2020, NRE: e2000007996.

U.U.U., E/07106/2019, en fecha 17/11/2020, NRE: e2000010906.

b) < VDF alega falta de identificación de numeraciones llamantes y de los destinatarios>.

En este sentido, se insiste en que los expedientes en los que no se acredita la acción comercial indebida se han retirado de valoración por varios motivos ya señalados anteriormente. Se debe aclarar una vez más, que consta en la documentación del expediente llamadas a numeraciones no incluidas en los sistemas de exclusión publicitaria, pero que en la contestación al requerimiento de esta AEPD se ha manifestado por parte de VDF la inclusión en los sistemas de exclusión publicitaria y/o en sus sistemas de exclusión de la línea receptora, motivo por el que figuran en el anexo.

Este tipo de afirmaciones por parte de VDF ha dado lugar, en los expedientes concretos en los que se ha realizado tal afirmación, a una resolución favorable por parte de esta AEPD, por lo que ahora no procede alegar lo contrario al albur de lo que más interesa en cada momento. VDF añade que la entidad CASMAR (haciéndolo extensible al resto de entidades intervinientes) es responsable de las bases de datos de las numeraciones receptoras y sin que VDF haya intervenido aun siendo la responsable del tratamiento. Esta alegación debe ser rechazada de plano con base en la propia definición de “responsable del tratamiento” del artículo 4.7 del RGPD, y porque la propia VDF afirma su no intervención en el tratamiento cuando es la responsable de este.

c) <VDF alega que dispone de un procedimiento específico para facilitar el ejercicio y atención del derecho de oposición en las campañas publicitarias gestionadas directamente por VDF (SMS y email) pudiendo cursar la baja>

Al respecto, se debe insistir en que el art 21.1 de la LSSICE exige “*solicitud o autorización expresa*” para realizar la acción publicitaria, sin perjuicio del cumplimiento de otros requisitos, y tal solicitud o autorización expresa no consta acreditada por VDF que como responsable del tratamiento es la obligada a acreditarlo.

VDF relaciona una serie de referencias de expedientes en los que señala que los afectados no ejercieron derecho alguno. Al respecto, y analizadas las referencias señaladas se significa que una vez hecha la comprobación, o bien si se encuentran en el listado Robinson, se refieren a la falta de autorización expresa, el afectado acredita haber ejercido sus derechos, o bien VDF no contestó al requerimiento de información realizado desde la Inspección de esta Agencia (E/07056/2019 y E/08284/2019) estando obligado a ello.

Añade VDF que son los encargados los que deben realizar las oportunas consultas a las listas de exclusión publicitaria. Al respecto, se debe insistir de nuevo que el responsable del tratamiento, en este caso VDF, está obligada, en virtud de lo dispuesto en el art 28 del RGPD, a contratar con aquellas entidades encargadas con capacidad técnica y organizativa suficiente para llevar a cabo el encargo y VDF ser capaz de monitorear todo el tratamiento encargado a fin de que los tratamientos objeto de encargo se ajusten en puridad al RGPD y LOPDGDD.

d) <VDF alega que en el Hecho Probado Cuarto, se hace referencia a un expediente sancionar de referencia PS/00290/2015, cuando dicho expediente es ajeno a VDF>.

En este sentido, se debe señalar y corregir el error material ortográfico, que dicho expediente se refiere al de referencia PS/00290/2018 tal y como consta en el Acuerdo de Inicio, y del que VDF tiene pleno conocimiento desde el principio del presente procedimiento.

e) VDF alega que se le imputa una falta de colaboración generalizada con la AEPD. En este sentido, ya consta contestada la alegación en el apartado c) anterior, por cuanto VDF no ha contestado a varios requerimientos de información en fase de investigación previa emitidos por esta AEPD, dando lugar su falta de contestación al inicio de actuaciones inspectoras.

f) <VDF alega improcedente imputar falta de acción y comunicación con colaboradores>.

Al respecto, se debe significar que durante el trámite de inspección previa en 2019, quedó acreditado que VDF no cumplió con el deber de informar a los encargados de las deficiencias que VDF debió detectar en los tratamientos objeto de encargo ni tampoco impuso las medidas correctoras adecuadas, a lo que estaba obligado en calidad de responsable del tratamiento, para evitar en el futuro la repetición de las deficiencias en los tratamientos, bien porque las desconocía, bien porque simplemente no exigió su corrección y ajuste de medidas acorde con el RGPD.

En este sentido, consta un correo electrónico enviado en el mes de julio de 2019 a algunos de los encargados, no a todos ni tampoco a los subencargados, en el que se les informa de la obligación de cruzar sus ficheros con las listas de exclusión publicitaria en el que no se imponían medidas correctoras, cuando en esa fecha VDF ya tenía conocimiento de las reclamaciones efectuadas por los reclamantes ante esta AEPD.

Asimismo, consta otra misiva informativa posterior, en noviembre de 2020, con más información sobre el cumplimiento de sus obligaciones en el que explica a los encargados, y no a los subencargados, el nuevo sistema de enrutamiento que se está implantando, con fecha de finalización febrero de 2020, para la realización de acciones de mercadotecnia, pero continua sin exigir e imponer las medidas correctoras adecuadas para evitar en el futuro la repetición de las deficiencias aun cuando, se insiste, en esa fecha VDF ya tenía conocimiento de las reclamaciones efectuadas por los reclamantes ante esta AEPD e incluso ya se había realizado la inspección presencial por la Inspección de esta AEPD.

Al respecto, se debe insistir en que, en cuanto al primer correo electrónico de julio de 2019, la información era parcial y con no con carácter general a todos los encargados, y que estos informaran a su vez los subencargados, sino era un correo electrónico concreto a determinados encargados que, aun así, no consta que se cumplieran las obligaciones de las que informaba ni imponía medidas correctoras, toda vez que continuaron las reclamaciones.

Respecto a la segunda misiva informativa de noviembre de 2020, se debe recalcar en que es muy posterior a las investigaciones llevadas a cabo en el seno del presente expediente. En consecuencia, la efectividad del citado correo electrónico no fue más allá que una comunicación informal sin ánimo de obligatoriedad y de distribución parcial toda vez que no imponía medidas correctoras.

Los correos electrónicos que VDF envía a algunos de sus encargados de tratamiento recordándole sus obligaciones en materia de Protección de Datos son insuficientes en el marco de la responsabilidad proactiva. Resulta claramente perceptible la insuficiencia de las “medidas” adoptadas por el hecho indubitado de que la problemática examinada en este procedimiento sancionador se sigue produciendo sin solución de continuidad.

Pero es que, además, la dejación de sus obligaciones se muestra de la simple comparación de las medidas que VDF habría adoptado si encargados del tratamiento hubieran incumplido cualquiera de los términos que constituyen el núcleo duro del objeto del contrato (campañas de mercadotecnia). VDF no se hubiera limitado a enviar correos recordatorios de que tienen que ejecutar el contrato, sino que hubiera impuesto penalidades o incluso procedido a la resolución del contrato. La misma diligencia es la que tiene que aplicarse respecto de la responsabilidad proactiva y la Protección de Datos.

En consecuencia, procede rechazar la alegación al hacer quedado acreditado la falta de diligencia debida por el responsable (VDF) en el seguimiento y monitoreo de los tratamientos de datos objeto de encargo.

g) Sobre la condición de responsable o encargados de las entidades intervinientes en los tratamientos llevados a cabo en nombre y por cuenta de VDF ya se ha contestado en la Propuesta de Resolución. No obstante, la contestación se reitera y amplía en los Fundamentos de Derecho de la presente resolución.

2R) <VDF alega, entre otras, la existencia de expedientes abiertos a personas jurídicas y que se han retirado por este motivo>.

Se debe señalar que ya se ha contestado a esta alegación, por lo que se insiste en que el ámbito de aplicación de LGT y LSSICE incluye a las personas jurídicas. El hecho de que se hayan retirado expedientes (29 en total, de los 191 iniciales) ya ha sido objeto de contestación en el sentido de que la retirada se debe a incertidumbre en los datos, y no por el motivo alegado de corresponder a personas jurídicas y siempre en aras de la transparencia que debe presidir toda actuación administrativa.

<Respecto a la existencia de numeraciones o líneas receptoras que no se encontraban en la lista Robinson>, ya se ha contestado que la propia VDF en sus escritos de contestación a los requerimientos de información afirmaba lo contrario y

aceptaba su inclusión, informando a esta AEPD que en lo sucesivo se incluían en el listado interno de VDF de exclusiones.

Respecto de los expedientes ajenos a VDF, ya se ha contestado que sólo afectaba a dos y ya han sido retirados de valoración en el presente procedimiento, encontrándose entre los 29 omitidos en el Anexo.

El hecho de retirar un 15% de expedientes de valoración, no supone una disminución de la culpabilidad en los hechos imputados, pues se imputa infracción del RGPD (junto a las de la LGT y LSSICE) tipificada en el art 83.4 en que se dispone como límite máximo de sanción administrativa la cuantía de 10.000.000 (o 2% de la facturación anual). Además, ya se ha indicado que de haber incoado procedimientos sancionadores independientes la cuantía hubiera sido mayor a la ahora sancionada, incluso si se hubiera aplicado la derogada LOPD. No hay que olvidar que el legislador europeo ha modificado la cuantía de las sanciones y ahora es la normativa aplicable.

La cuantía de la sanción se encuentra motivada y ajustada a derecho dentro de los criterios discrecionales seguidos por la doctrina de esta AEPD sin que en ningún momento puedan calificarse de arbitrarios. En este sentido, se debe añadir que las sanciones del RGPD son diferentes a las de la derogada LOPD, resultando ser del orden de quince veces superiores por mandato del legislativo europeo, por lo que no son cuantías comprobables. Además, el artículo 83.4 RGPD ahora imputado, permite imponer cuantías hasta el 2% del volumen global de negocio total anual que, en este caso, es del orden de 1.600 millones, por lo que la cuantía máxima establecida legalmente en el RGPD podría ser de 32 millones de euros, y el doble en el caso del 83.5 RGPD, cuando la ahora impuesta es de 4 y 2 millones de euros, respectivamente, es decir, la quinta (o décima parte en la infracción del art 44 del RGPD) parte sobre la máxima aplicable. En consecuencia, la cuantía de la sanción administrativa impuesta (art 58.2.i RGPD) es proporcional a los hechos imputados.

En cuanto a los expedientes alegados, se significa lo siguiente:

Respecto al E/04471/2018 se encuentra la línea en el sistema de excusión publicitaria según consta en el expediente y acreditado por el reclamante con número de registro de entrada (NRE): 199267/2018.

Respecto de los expedientes E/07183/2019 y E/07940/2019, constan imputados los códigos (primera columna del anexo) RDC y RD, respectivamente, y acreditado por la documentación obrante en el expediente.

<Respecto a la distinta personalidad jurídica alegada de las entidades VDF ESPAÑA, VDF ONO, LOWI y VDF Servicios>, se debe señalar que en la Inspección presencian ante VDF se afirmó que las entidades citadas forman parte del Grupo VDF en España y que en lo referido a las acciones de mercadotecnia se rigen por el mismo procedimiento y que a dicho Grupo lo representaba Vodafone España SAU, pues era la responsable de las decisiones de los tratamientos de las restantes.

Y así consta en el Acta de Inspección:

página 2 Acta de Inspección,

<<Las entidades que forman parte del Grupo Vodafone en España son VODAFONE ESPAÑA S.A.U., (VDF en lo sucesivo) VODAFONE ONO, S.A.U (VDFONO en lo sucesivo) y VODAFONE ENABLER ESPAÑA, S.L (LOWI en lo sucesivo), en lo referido a las acciones de mercadotecnia directa, en concreto a la gestión de campañas de captación, con carácter general se rigen por el mismo proceso, (con pequeñas diferencias relativas por ejemplo a proveedores de televenta (TVTA en lo sucesivo)). •

En cuanto al proceso de unificación de los sistemas de información entre VDF y VDFONO, el proceso respecto del segmento “particulares” está finalizado, mientras que el proceso respecto del segmento “empresas” está en la actualidad en suspenso hasta tener las verificaciones oportunas de su correcto funcionamiento en el segmento “particulares”. Los sistemas de gestión de clientes (CRM en lo sucesivo) de LOWI continúan siendo independientes>>).

Al respecto, se debe insistir en lo ya dicho con anterioridad que la decisión por VDF de seguir en la actualidad trabajando con las entidades encargadas del tratamiento que ya prestaban el servicio en ONO antes de la fusión con VDF (en fecha 10/01/2018), acredita que la responsable de las operaciones de tratamiento analizadas en el presente procedimiento llevados a cabo por ONO desde la citada fecha es VDF. Por tal motivo, las infracciones analizadas en el presente procedimiento se imputan íntegramente a VDF al ser la entidad que decide los fines y medios, sin perjuicio de que los sistemas de información de gestión de clientes de Lowi continúe siendo independiente.

<Respecto del contenido del Anexo adjunto a la Propuesta de Resolución>, se significa que al reclamante de siglas **J.J.J.** le corresponde la referencia E/01489/2019. Respecto al reclamante de siglas **L.L.L.** le corresponden las referencias E/07671/2018 y la referencia de investigación posterior E/04688/2019, así como las referencias E/08243/2018 y E/07690/2018. Respecto al reclamante de siglas **M.M.M.**, le corresponden la referencia E/01633/2019. Y respecto al reclamante de siglas **N.N.N.** las referencias E/10149/2018 y la de las actuaciones de investigación posteriores E/07960/2019, así como las referencias de expedientes E/07775/2019 y E/07960/2019. No obstante, esta alegación no afecta al fondo del asunto, limitándose a plasmar unas correcciones cuando lo importante hubiera sido entrar en el expediente y dirimir las cuestiones planteadas en la reclamación, que no son otras que la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos de los reclamantes y corregir, ahora sí, las deficiencias organizativas y técnicas de las que traen causa las reclamaciones, o en su caso, minimizar su impacto.

<En cuanto alegación de duplicidad de “procedimientos” (sic)>, que deberá referirse a “expedientes” (apartado 5), se debe señalar lo siguiente lo mismo que en el anterior párrafo, que ahora se corrige, y que debe figurar el expediente de referencia E/09407/2018.

No obstante, detectados los citados errores materiales en el Anexo, y que ahora se corrigen, se debe señalar que no afectan ni cuantitativamente ni sobre el fondo del asunto planteado en este procedimiento ni causan indefensión alguna por cuanto los reclamantes son los mismos y se encuentran en el seno del presente procedimiento, por lo que tras su corrección conforme al art 109.2 de la Ley 39/2015, de PACAP, la alegación debe ser rechazada.

En el apartado 6 de la misma alegación, se insiste en falta de documentación de los expedientes de referencia E/07608/2018, E/07190/2019 y E/07188/2018 (este último no ha sido encontrado afecto al procedimiento, por lo que debe ser errónea la referencia aportada). Respecto de los dos primeros, de reclamantes con siglas FJJN y FRPM respectivamente, se debe señalar que no consta que la información facilitada por esta Agencia haya sido incompleta tras la subsanación realizada por la Instrucción con el segundo envío de documentación en noviembre de 2020. En consecuencia, la alegación debe ser rechazada.

Por último, en el apartado 6 de la alegación segunda, se añade que <la AEPD no ha emitido a todos los reclamantes notificación del acuerdo de inicio del presente procedimiento, por lo que nuevamente la conducta de la AEPD ha sido arbitraria>.

Al respecto, no consta en esta Agencia los hechos referenciados, por lo que la alegación debe ser rechazada, y respecto a la arbitrariedad señalar que la Propuesta de Resolución ha sido razonada y ajustada tanto en forma como en fondo a la normativa legalmente establecida, por lo que no se observa una conducta arbitraria o carente de fundamento por parte de la AEPD.

3R) VDF alega, <que en el DF III de la Propuesta de Resolución no se contesta con suficiente motivación las alegaciones presentadas, lo que menoscaba el derecho de defensa de la entidad alegante>.

Al respecto, hay que añadir que la contestación por el órgano instructor a las alegaciones vertidas por VDF tras el acuerdo de inicio del presente procedimiento, fueron contestadas en su integridad y suficientemente razonadas. Volvemos a traer a este punto los razonamientos ya expuestos en esta resolución sobre lo que realmente constituye falta de motivación y que puede producir indefensión, y que, no se produce en el supuesto examinado.

No obstante, añadir que respecto de la alegación formulada por VDF de que <“AEPD parece no tomar en cuenta que se trata de entidades terceras y que los controles han de respetar la regulación vigente en materia mercantil y laboral. El nivel de control pretendido por la AEPD (continuo, permanente y auditado) no sólo no cuenta con sustento legal, sino que supondría una intromisión en la actividad de los colaboradores que difícilmente se puede ejecutar sin transgredir dichas normativas (i.e. posible indicio de cesión ilegal de trabajadores de esas empresas hacia las empresas principales). Especialmente considerando que el criterio de la AEPD para valorar si un control es adecuado o no, es únicamente el de su resultado y, a su parecer, solo goza de tal condición si es absolutamente infalible”>, se debe señalar que no se produce ninguna transgresión en las actividades de los colaboradores porque no se incide en su actividad mercantil, sino sólo en lo que afecta al tratamiento de datos de carácter personal.

El responsable del tratamiento es el que tiene la capacidad de determinar los fines y los medios del tratamiento y en tal lid se suscribe un contrato de encargado del tratamiento. Indicar los medios del tratamiento, cómo se tiene que llevar a cabo el mismo mediante las correspondientes instrucciones y cómo se comprueba que se está ejecutando de la forma encomendada no implica ni más ni menos que delimitar elementos propios de la contratación que se está llevando a cabo entre ambas entidades.

No habría en ningún caso esa cesión ilegal de trabajadores que alegan. Primero, porque no parece concurrir ninguna de las circunstancias legalmente previstas para ello según deviene del art. 43 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (a partir de ahora, ET); así ni el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limita a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, ni la empresa cedente carece de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuenta con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerce las funciones inherentes a su condición de empresario: aquí nos encontramos con dos personas jurídicas distintas que poseen su propia estructura organizativa, donde no hay confusión posible entre ambas.

Y, segundo, porque el responsable del tratamiento no remite instrucciones ni mandata a los empleados del encargado, sino al encargado mismo, quien ejercerá como considere el poder de dirección sobre sus propios empleados (art. 20.3 del ET).

Sin perjuicio de ampliar la contestación de los siguientes apartados de la alegación en los Fundamentos de Derecho siguientes y de las ya contestadas durante el procedimiento sancionador y que ya se ha incluido más arriba en la presente resolución, se procede ahora a contestar de forma sucinta:

Respecto a la inclusión errónea de expedientes, ya se ha contestado, no sin insistir ahora en que la retirada de 29 expedientes no ha sido motivada por la “inclusión errónea de expedientes”, sino en aras de la transparencia, y solo en dos casos y que a través de la audiencia facilitada a VDF por la instrucción a la documentación del expediente ha sido corregido,

En cuanto a la exposición confusa y desordenada del acuerdo de inicio, señalar que la alegante no ha solicitado práctica prueba alguna a fin de aclarar, a su juicio, deficiencias que le impidan ejercer su derecho a la defensa, cosa que si ha hecho el órgano instructor a fin de evitarlo. Se debe añadir que la documentación enviada a VDF en marzo de 2020 consta debidamente ordenada por orden de fecha de entrada en esta AEPD.

Respecto al filtrado previo de la base de datos de VDF señalar, tal y como ha quedado acreditado (Inspección Presencial de septiembre de 2020), que en ninguno de los casos este filtrado ha sido satisfactorio. Ni en las Bases de datos propiedad de VDF, toda vez que entregadas a los encargados estos no filtraban con los listados de exclusión ejercidos ante ellos, ni en las bases de datos procedentes de los encargados puesto que no se filtraban con los listados de exclusión de VDF. En ambos casos, se producía una carencia total de comunicación entre los intervinientes del tratamiento (VDF y encargados y viceversa) como consecuencia de los deficientes medios organizativos y técnicos establecidos en los protocolos de comunicación entre las entidades, que simplemente no existían, y que su correcta implantación era responsabilidad de VDF en calidad de responsable de los tratamientos llevados a cabo entre las entidades intervinientes. Todo ello ha dado lugar a la vulneración de las garantías y derechos de los afectados de forma sistemática y sin que el responsable (VDF) lo detectara y en su caso, corrigiera. Además, es materialmente imposible que los encargados siguieran las instrucciones del responsable (VDF) simplemente porque estas instrucciones o eran confusas, o eran escasas o no existían, lo que no puede aceptarse de una entidad como VDF que es una de las primeras operadoras de telecomunicaciones del

país con millones de abonados y, al menos se supone, con experiencia suficiente y vinculada con la realización de tratamientos de datos personales. En resumen, VDF no intervino, debiendo imperativamente intervenir, en obligar a los encargados en todo momento a respetar las garantías y derechos que impone el RGPD.

Se debe añadir que, respecto a la LGT, el derecho de oposición debe interpretarse conforme al RGPD y LOPDGDD, mientras que conforme la LSSICE es necesario autorización previa para comunicaciones electrónicas. En ambos casos, tampoco consta implantado por el responsable (VDF) los adecuados protocolos de comunicación entre las diferentes entidades intervinientes a fin de garantizar los derechos de los afectados, a pesar de estar legalmente obligado a ello.

En cuanto a que VDF implementará el rechazo de contrataciones que no cumplan el protocolo establecido por VDF, se debe señalar que, en primer lugar, ese protocolo debe existir conteniendo instrucciones y mandatos pormenorizados que de forma clara eviten cualquier desvío de actuaciones; y en segundo lugar, y en lo que ahora afecta, no basta con el rechazo de las contrataciones que vulneren ese tipo de protocolos establecidos, sino que lo que hay que evitar es que se llegue a esa situación vulnerando previamente las garantías y derechos de los afectados.

Respecto del nuevo sistema de “enrutamiento” supuestamente implantado por VDF de forma progresiva y con fecha de finalización en febrero de 2020, ya se la dicho en esta Resolución que ni está acreditado ni existen indicios de que lo esté, toda vez que los propios reclamantes de los expedientes de este procedimiento han presentado con posterioridad a esa fecha nuevas reclamaciones complementarias a la inicial y continúa la AEPD recibiendo reclamaciones por los mismos hechos u a la fecha, en concreto un años después. Todo ello denota que, o el nuevo sistema no se ha implantado, o en su caso, es altamente ineficiente por lo que se debería reconsiderar su estructura y funcionamiento. La conculcación de los derechos de los interesados se sigue produciendo.

Alega VDF que no se han implantado medidas correctivas porque los hechos son “*esporádicos y excepcionales*” (sic). Basta con recordar los más de cuarenta expedientes sancionadores incoados en los dos últimos años a VDF por esta AEPD y el elevado porcentaje de medios materiales y humanos que está utilizando esta AEPD para salvaguardar o restablecer el derecho fundamental a la protección de datos y garantías de los afectados como consecuencia de las numerosas reclamaciones que se reiteran ante esta AEPD contra VDF. En consecuencia, calificar de “*esporádicos y excepcionales*” los hechos ahora analizados no puede admitirse.

En cuanto a que la AEPD no ha acreditado las infracciones cometidas, el presente procedimiento trata de ello y así constan debidamente documentadas, y por no por meras suposiciones como alega, sino por hechos objetivos que parten acreditados desde la documentación aportada por los reclamantes como de las investigaciones llevadas a cabo por esta AEPD, y que VDF no ha podido desvirtuar.

4R) Sobre el Responsable del Tratamiento conforme señala el art 24 del RGPD, es un concepto amplio, que trata de procurar una protección eficaz y completa a los interesados.

Así lo ha determinado la jurisprudencia del TJUE. Por ejemplo, las STJUE en el asunto Google-Spain de 13 de mayo de 2014, C-131/12, considera en un sentido amplio al

responsable del tratamiento para garantizar *“una protección eficaz y completa de los interesados”*.

De igual forma tal protección eficaz y completa se tiene que desplegar en el supuesto de que el tratamiento de datos lo efectúe el responsable del tratamiento a través de un encargado del tratamiento, pues si no, se estaría violando la letra y la finalidad del RGPD. Se estaría produciendo una “huida” del derecho de protección de datos.

Así, en el Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD de 20 de julio de 2006 se colige que *“lo importante para delimitar los conceptos de responsable y encargado de tratamiento no resulta ser la causa que motiva el tratamiento de estos, sino la esfera de dirección, control u ordenación que el responsable pueda ejercer sobre el tratamiento de los datos de carácter personal que obran en su poder en virtud de aquella causa y que estaría enteramente vedado al encargado del tratamiento”*; en nuestro caso, el control, dirección y ordenación del tratamiento corresponde a VDF. Cuando los encargados utilizan bases de datos propias no decae el control, dirección y ordenación de VDF, en cuyo nombre y representación llaman a posibles clientes. El encargado no decide sobre la finalidad de sus bases de datos, sino que es VDF quién les indica para qué pueden utilizarlas y deben hacerlo.

El art. 33.2 de la LOPDGDD indica que se consideran responsables y no encargados los que *“en su propio nombre y sin que consten que actúen por cuenta de otro establezca relaciones con los afectados”*; lo que, interpretado en sentido contrario, supone que es encargado quien en nombre del responsable establece relaciones con los afectados. Ello es independientemente de si para ello es preciso acceder a datos por cuenta de terceros.

El encargado, para serlo, no ostenta ningún interés propio respecto del resultado del tratamiento objeto de encargo, sin perjuicio de la compensación económica que recibe por el servicio prestado y que es lo que acontece en el supuesto examinado. Los encargados no tienen ningún interés propio, actúan por cuenta y en nombre del responsable, cumpliendo sus órdenes y para las finalidades de éste, y esto es lo que determina que sean encargados desde el principio. El uso de bases de datos propias o ajenas en nada cambia tal percepción.

En este sentido, el Informe 0064/2020 del Gabinete Jurídico de la AEDP (de fecha 18/12/2020) establece que *“Asimismo, otro criterio a considerar es si la entidad involucrada en el tratamiento no persigue ningún fin propio en relación con el tratamiento, sino que simplemente se le paga por los servicios prestados, ya que en este caso, actuaría, en principio, como encargado más que como responsable (apartado 60)”* - Directrices 07/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) sobre los conceptos de responsable del tratamiento y encargado en el RGPD (pendientes en este momento de adopción definitiva tras haber finalizado el proceso de consulta pública) de 2 de septiembre de 2020-.

Respecto la no aplicación de la citada STS 1562/2020, hemos de significar que si resulta ser de aplicación al presente caso puesto que lo que pone de manifiesto es que a los efectos de la normativa de protección de datos una entidad es encargado de tratamiento, aunque trabaje con sus propias bases de datos. La situación es la misma que en la que ahora nos encontramos, con la diferencia de que VDF en idéntica circunstancia ha entendido que sus colaboradores no son encargados de tratamiento sino responsables del tratamiento.

Es meridianamente claro que se es responsable del tratamiento cuando se decide sobre los medios y fines del tratamiento. VDF alega de contrario que *“no puede ser responsable del tratamiento de la práctica totalidad de los datos personales objeto de análisis en el presente procedimiento, en tanto no es la entidad que facilita las bases de datos en cuestión, no pone los medios a los colaboradores para realizar el tratamiento de los datos, ni tampoco decide, ni fija en modo alguno, los parámetros identificativos de los destinatarios de la acción comercial, siendo esta realizada de forma completamente independiente, y a su mejor criterio, por parte de los colaboradores”*. Sin embargo, sí está determinando los medios del tratamiento cuando elige que los colaboradores utilicen sus propias bases de datos, especialmente elaborados para VDF, y les permite cierto margen de actuación respecto de los parámetros identificativos de los destinatarios de la acción comercial.

Ratificando lo anterior, el Informe 0064/2020 del Gabinete Jurídico de la AEDP (de fecha 18/12/2020) asevera que *“En todo caso, deberá analizarse detenidamente y en profundidad la relación jurídica establecida entre las partes al objeto de identificar quién determina los fines y los medios, para lo que las reiteradamente citadas Directrices del CEPD dan distintos criterios que pueden servir para fijar dichas posiciones, partiendo de que la palabra “determinar” implica ejercer realmente una influencia sobre los fines y medios, para lo que no es óbice que el servicio se defina de una manera específica por el encargado, siempre que al responsable se le presente una descripción detallada y pueda tomar la decisión final sobre la forma en la que se realiza el tratamiento y poder solicitar cambios en caso de ser necesario, sin que el encargado pueda introducir posteriormente modificaciones en los elementos esenciales del tratamiento sin la aprobación del responsable (apartado 28) o que se reconozca un cierto margen de maniobra al encargado para tomar algunas decisiones en relación con el tratamiento (apartado 35) pudiendo dejarse al encargado la toma de decisiones sobre medios no esenciales (apartado 39), de modo que el encargado no deberá tratar los datos de otra manera que no sea de acuerdo con las instrucciones del responsable, sin perjuicio de que dichas instrucciones puedan dejar cierto grado de discreción sobre cómo servir mejor a los intereses del responsable permitiendo al encargado elegir las medidas técnicas y organizativas más adecuadas (apartado 78)”*.

Está claro que VDF, examinado el supuesto concreto del presente procedimiento sancionador, es quien “ejercer realmente una influencia sobre los fines y los medios”; la simple aseveración de VDF de que sus colaboradores no son encargados del tratamiento no enerva la realidad de los hechos. Es VDF “quien puede tomar la decisión final sobre la forma en la que se realiza el tratamiento y pueda solicitar cambios”.

En relación con los medios del tratamiento, el responsable del tratamiento establecerá los medios del tratamiento con mayor o menor amplitud atendiendo a su estrategia comercial. El hecho de que al encargado del tratamiento Vodafone le otorgue cierto margen de maniobra o que sus instrucciones le dejen cierto margen de discreción, no obsta para que siga siendo considerado encargado del tratamiento.

Por todo ello, los colaboradores de VDF son jurídicamente encargados del tratamiento porque VDF determina los medios (las propias bases de datos de los colaboradores) aunque VDF les suministre instrucciones permitiéndoles a tales efectos cierto margen de autonomía en cuanto a la elección de los parámetros para realizar dichas llamadas.



Determinar cuáles son los medios del tratamiento, lo que abarca con qué, el cómo y el cuándo se tiene que llevar el tratamiento a cabo, engloba cualquier acción decisoria del responsable del tratamiento, independientemente de la amplitud de ésta.

Añade VDF que *“Complementariamente a lo expuesto, como bien conoce la AEPD, la posición de los proveedores de servicios de publicidad es objeto de regulación específica en el artículo 46.2 del RLOPD referente al tratamiento de datos en campañas publicitarias, normativa que se mantiene en vigor en tanto no contradiga o entre en conflicto con lo dispuesto por RGPD, estableciendo, en su apartado 2 b), que: “En caso de que una entidad contrate o encomiende a terceros la realización de una determinada campaña publicitaria de sus productos o servicios, encomendándole el tratamiento de determinados datos, se aplicarán las siguientes normas: b) Cuando los parámetros fueran determinados únicamente por la entidad o entidades contratadas, dichas entidades serán las responsables del tratamiento”.*

Pues bien, la disposición derogatoria única de la LOPDGDD establece en su apartado tercero que *“Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica”.*

Si bien no deroga expresamente el RLOPD, éste se entenderá tácitamente derogado en todas aquellas cuestiones que contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el RGPD y en la LOPDGDD. El precepto del RLOPD citado queda superado por el RGPD y la LOPDGDD, conforme a la conceptualización de lo que es ser responsable y encargado del tratamiento.

En todo caso, no nos encontramos en una situación fáctica en el que los parámetros son determinados únicamente por las entidades contratadas; mas bien al contrario, es VDF quien, como responsable del tratamiento, está fijando los parámetros.

En resumen, en el supuesto examinado los colaboradores contratados para realizar actuaciones de marketing directo, son encargados de tratamiento de VDF al realizar las actuaciones de marketing directo en nombre y por cuenta de este. Actúan bajo la marca de VDF de forma exclusiva. Es VDF quien determina los fines y medios del tratamiento, siendo significativo que las bases de datos que el encargado del tratamiento pone a disposición de VDF se elaboren específicamente para estos últimos (es el medio que VDF elige). Y, no podemos olvidar, aunque sea a título meramente ilustrativo, que el nuevo sistema de enrutamiento, que señalan que han implementado, integra a todos los encargados del tratamiento en tal red de enrutamiento.

5R) Yendo a la génesis del concepto de encargado del tratamiento y siguiendo el Dictamen 1/2010, de 16/2, del GT29, *“El concepto de encargado del tratamiento no figuraba en el Convenio 108. La función del encargado del tratamiento se reconocía por primera vez en la primera propuesta de la Comisión —aunque ésta no introducía el concepto— con el fin de «evitar situaciones en las que el tratamiento por terceros por cuenta del responsable del tratamiento del fichero tenga el efecto de reducir el nivel de protección del que goza el interesado».* El concepto de encargado del



tratamiento sólo se recoge explícita y autónomamente en la propuesta modificada de la Comisión y después de una propuesta del Parlamento Europeo cuando, antes de revestir su formulación actual en la Posición Común del Consejo. Al igual que la definición del responsable del tratamiento, la definición del encargado del tratamiento abarca una amplia variedad de agentes que pueden desempeñar ese papel («persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo»). La existencia de un encargado del tratamiento depende de una decisión adoptada por el responsable del tratamiento, que puede decidir que los datos se traten dentro de su organización, por ejemplo por personal autorizado para procesar datos bajo su autoridad directa (véase, en sentido inverso, el artículo 2.f)), o delegar todas o una parte de las actividades de tratamiento en una organización externa, es decir —como se señala en la exposición de motivos de la propuesta modificada de la Comisión—, en «una persona jurídicamente distinta que actúa por su cuenta».

Por lo tanto, para poder actuar como encargado del tratamiento tienen que darse dos condiciones básicas: por una parte, ser una entidad jurídica independiente del responsable del tratamiento y, por otra, realizar el tratamiento de datos personales por cuenta de éste”.

Respecto de la alegación formulada, VDF se contesta en la misma cuando señala que *“En realidad, la normativa referida establece la obligación por parte del responsable de realizar las verificaciones de idoneidad durante la selección de aquellos proveedores a los que pretenda facilitar datos personales y, asimismo, las condiciones mínimas bajo la que éstos deberán tratar dichos datos personales, debiendo fijarse dichas condiciones en el correspondiente contrato que contemplará todos los aspectos exigidos en el artículo 28 RGPD ... ”*, lo que en el presente caso no se ha realizado.

El artículo 28.1 del RGPD señala: *“1. Cuando se vaya a realizar un tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento, este elegirá únicamente un encargado que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado.”*. Se observa que hace referencia a las medidas técnicas y organizativas que deben garantizar en todo tratamiento objeto de encargo. Es decir, desde antes del encargo del tratamiento propiamente dicho, como es la elección adecuada del que actuará como encargado, hasta la finalización de la prestación según señala el propio artículo 28.3.g).

Y continúa el artículo 28.3.h): *“pondrá a disposición del responsable toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, por parte del responsable o de otro auditor autorizado por dicho responsable”.*

Respecto a la realización de auditorías como un medio idóneo para que el responsable del tratamiento supervise de manera continua al encargado del tratamiento, las Directrices 07/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) sobre los conceptos de responsable del tratamiento y encargado en el RGPD de 2 de septiembre de 2020 establecen que -la traducción es nuestra- *“97. La obligación de utilizar únicamente a encargados de tratamiento “que proporcionen garantías suficientes” contenidas en el artículo 28, apartado 1, del RGPD es una obligación*

continua. No termina en el momento en que el controlador y el encargado del tratamiento celebran un contrato u otro acto legal. En su lugar, el controlador debe, a intervalos apropiados, verificar las garantías del procesador, incluso mediante auditorías e inspecciones cuando proceda".

De igual manera que el responsable del tratamiento audita aquellos tratamientos que realiza directamente y por su mano, debe de auditar los tratamientos que otros realizan por su encomienda.

En el presente caso, VDF no ha cumplido ni uno ni otro de los apartados transcritos, en especial, cuando pudiendo y teniendo la obligación legal de hacerlo (con auditorías e inspecciones), VDF no ha requerido al encargado del tratamiento el cumplimiento de sus obligaciones, incumplimiento que debe atribuirse sólo a VDF como responsable del tratamiento.

6R) Respecto al incumplimiento del artículo 44 del RGPD.

De las pruebas obrantes en la documentación del expediente y así queda reflejado en el Hecho Probado VIGÉSIMO, en concreto del contrato de encargado del tratamiento suscrito entre VDF y Casmar de 1/05/2019, en el que VDF en calidad de responsable del tratamiento suscribe con Casmar que para llevar a cabo el tratamiento objeto de encargo se realice desde tercer país (Perú) sin cumplir las debidas garantías que exige el RGPD, al consentir -con pleno conocimiento por las partes signatarias puesto que así consta en el contrato- que Casmar lo llevara a cabo a través de la entidad subencargada (A-Nexo) en nombre y por cuenta de VDF (según contrato suscrito de fecha 1/05/2019 entre VDF y Casmar y el posterior contrato suscrito entre Casmar y A-nexo de fecha 27/06/2019). En dicho contrato consta textualmente: "*ubicación del tratamiento: Perú*" (sic). En consecuencia, el responsable de esta Transferencia Internacional (TI) sin las debidas garantías acordada entre VDF y Casmar a través de la entidad subencargada con sede en Perú -A-nexo-, no es otro que VDF al actuar en calidad de responsable del tratamiento objeto de encargo en las citadas condiciones por lo que VDF es la obligada a imponer y establecer las debidas garantías para que pueda realizarse esa TI acordada conforme a los requisitos establecidos en el RGPD.

7R) Respecto al incumplimiento del artículo 21.1 de la LSSICE.

Artículo 21 de la LSSICE: "*Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.*

1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo

y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”.

Ya consta desde el principio del procedimiento que las acciones de mercadotecnia en nombre y por cuenta de VDF se realizarían utilizando números aleatorios (y direcciones electrónicas) a “potenciales clientes” en cuya domicilio o zona se disponía de servicios de VDF instalados. También se ha alegado que tales numeraciones (utilizadas para el envío de SMS) se cruzaban previamente con los listados de exclusión publicitaria, lo que en ningún momento consta realizado y sin perjuicio de que más adelante se explica.

Ahora VDF alega que los SMS enviados se realizaban a clientes acogidos a la excepción del artículo 21.2 de la LSSICE.

Bien, podría ser así en algunos casos ajenos a este procedimiento, pero en el presente caso se ha acreditado lo contrario, es decir, que los destinatarios no eran clientes de VDF e incluso habían ejercido su derecho de oposición, por lo que no procede la aplicación del citado apartado del artículo 21 (21.2) de la LSSI. Los expedientes relativos al incumplimiento de la LSSICE figuran señalados con el código “C” en la columna del Anexo de la Propuesta de Resolución y que ahora también se adjunta.

En consecuencia, la alegación debe ser rechazada.

8R) Respecto a la LGT, VDF alega presunto incumplimiento.

El Preámbulo de la LOPDGDD, señala lo siguiente:

“En el Título IV se recogen «Disposiciones aplicables a tratamientos concretos», incorporando una serie de supuestos que en ningún caso debe considerarse exhaustiva de todos los tratamientos lícitos. Dentro de ellos cabe apreciar, en primer lugar, aquellos respecto de los que el legislador establece una presunción «iuris tantum» de prevalencia del interés legítimo del responsable cuando se lleven a cabo con una serie de requisitos, lo que no excluye la licitud de este tipo de tratamientos cuando no se cumplen estrictamente las condiciones previstas en el texto, si bien en este caso el responsable deberá llevar a cabo la ponderación legalmente exigible, al no presumirse la prevalencia de su interés legítimo. ... “

El artículo 23.4 de dicha norma (LOPDGDD) señala:

“4. Quienes pretendan realizar comunicaciones de mercadotecnia directa, deberán previamente consultar los sistemas de exclusión publicitaria que pudieran afectar a su actuación, excluyendo del tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa al mismo. A estos efectos, para considerar cumplida la obligación anterior será suficiente la consulta de los sistemas de exclusión incluidos en la relación publicada por la autoridad de control competente.

No será necesario realizar la consulta a la que se refiere el párrafo anterior cuando el afectado hubiera prestado, conforme a lo dispuesto en esta ley orgánica, su consentimiento para recibir la comunicación a quien pretenda realizarla.”.

Ya se indica en la presente Resolución (FD V) y que no procede reiterar, los motivos por el que en el derecho español prevalece la aplicación de la LGT, como norma especial, frente al RGPD y LOPDGDD como normas generales.

En el presente caso, al no resultar aplicable la habilitación dispuesta en el segundo párrafo del citado apartado 4 del artículo 23, porque no consta consentimiento de los reclamantes, ha quedado suficientemente acreditado a lo largo del procedimiento que tanto VDF, en calidad de responsable del tratamiento, como los encargados que actuaban por cuenta y en nombre de VDF no suprimieron aquellas líneas receptoras que se encontraban previamente incluidas en los sistemas de exclusión publicitaria de sus acciones de mercadotecnia. Así consta reflejado en la columna del Anexo de la Propuesta de Resolución y que ahora también se adjunta con el código “R”.

En consecuencia, VDF ha infringido el citado artículo 48.1.b) en relación con el 23 de la LOPDGDD por lo que la alegación debe rechazarse.

9R) VDF alega una clara posición de indefensión durante el presente procedimiento sancionador.

Respecto al principio de interdicción de la arbitrariedad, se debe señalar que no consta acción alguna por esta AEPD de desvío de actuaciones legales, sino que todo el procedimiento seguido se ha ajustado a la normativa legal tanto en forma como en las motivaciones de sus actos administrativos, pruebas y demás garantías legales y constitucionales exigibles.

No hay duda de que el presente procedimiento sancionador es complejo y voluminoso, pero aun así se ha cumplido con todas las garantías legales exigibles. Incluso en la rectificación de errores materiales conforme señala el art. 109 de la LPACAP, en especial en el envío complementario de subsanación -que no de inclusión de nuevos expedientes-, dando audiencia al interesado conforme señala la citada norma y el art 105 de la C.E. A lo que hay que añadir que, estando vigente la suspensión de plazos conforme al estado de alarma decretado en España, el órgano instructor consideró como trámite urgente el envío del expediente (se realizó en marzo 2020) a fin de evitar indefensión y que durante el tiempo de suspensión de plazos la imputada dispusiera del tiempo necesario para analizar la documentación (unas diez mil hojas), que en condiciones normales sin suspensión de plazos hubiera tenido como máximo 15 días de plazo para el estudio y preparación de la línea de defensa.

En cuanto a la imputación de infracción del artículo 44 del RGPD (Transferencia Internacional de datos personales sin las garantías exigidas en el RGPD) en la Propuesta de Resolución, ya se ha hecho mención en esta Resolución.

Por último, se debe significar que VDF no ha solicitado prueba alguna durante el procedimiento sancionador en apoyo de alguna línea de defensa que considerara oportuna frente a las infracciones imputadas. La única prueba practicada ha sido solicitada por el órgano instructor a fin de evitar indefensión a la reclamada, ha procedido a subsanar errores materiales tras el análisis de las más de diez mil hojas de la que consta el expediente y ha facilitado a VDF un Anexo con el resumen

estructurado de los hechos precisamente para que tuviera la posibilidad de tratarlo de forma automática y en aras de la transparencia y evitar así cualquier impedimento que le pudiera ocasionar una merma de sus derechos, dando la preceptiva audiencia y plazo para alegaciones, tal y como VDF lo ha hecho. En consecuencia, procede rechazar la alegación al no constar arbitrariedad en la actuación de la AEPD ni vulneración al principio de defensa, sino que consta que durante el desarrollo del presente procedimiento sancionador se han observado todas las garantías legalmente establecidas.

V

Artículo 2.4 RGPD. Relación con la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en lo sucesivo Directiva 2000/31/CE).

“4. El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de la Directiva 2000/31/CE, en particular sus normas relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecidas en sus artículos 12 a 15”.

Al respecto, a LSSICE incorpora al ordenamiento jurídico español la citada Directiva 2000/31/CE.

Artículo 95 RGPD. Relación con la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (en lo sucesivo Directiva 2002/58/CE).

“El presente Reglamento no impondrá obligaciones adicionales a las personas físicas o jurídicas en materia de tratamiento en el marco de la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación de la Unión en ámbitos en los que estén sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002”.

Al respecto, la LGT incorpora al ordenamiento jurídico español la citada Directiva 2002/58/CE.

En relación con los citados artículos del RGPD arriba mencionados (art 2.4 y 95) y las citadas LGT y LSSICE, se debe traer a colación el Informe Jurídico de esta AEPD de referencia 0173/2018, ya conocido por la investigada que lo alega en su escrito.

En el mismo sentido se pronuncia el Dictamen 5/2019 sobre la interacción entre la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas y el Reglamento general de protección de datos, en particular en lo que respecta a la competencia, funciones y poderes de las autoridades de protección de datos Adoptado el 12 de marzo de 2019, en los párrafos 66 a 70 y 86 en conclusiones, y que se reproducen a continuación:

<66. En caso de que la legislación nacional confiera a la autoridad de protección de datos competencia para la aplicación de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, la legislación debe determinar también las funciones y

poderes de la autoridad de protección de datos en relación con la aplicación de la Directiva. La autoridad de protección de datos no puede confiar automáticamente en las funciones y poderes previstos en el RGPD para adoptar medidas para hacer cumplir las normas nacionales en materia de privacidad y comunicaciones electrónicas, ya que estas funciones y poderes del RGPD están vinculadas a la aplicación del RGPD. La legislación nacional puede asignar funciones y poderes inspirados en el RGPD, pero también puede otorgar otras funciones y poderes a la autoridad de protección de datos para la aplicación de las normas nacionales sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas de conformidad con el artículo 15 bis de la Directiva.

67. La facultad discrecional solo existe dentro de los requisitos y límites establecidos en normas superiores. El artículo 8, apartado 3, de la Carta exige que el cumplimiento de las normas sobre protección de datos personales esté sujeto al control de una autoridad independiente.

68. Cuando el tratamiento de datos personales activa el ámbito de aplicación material tanto del RGPD como de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, las autoridades de protección de datos son competentes para controlar los subconjuntos del tratamiento que se rigen por las normas nacionales de transposición de la Directiva únicamente si la legislación nacional les confiere esta competencia. No obstante, la competencia de las autoridades de protección de datos en virtud del RGPD en cualquier caso sigue siendo no exhaustiva en lo que respecta a las operaciones de tratamiento que no están sujetas a las normas especiales contenidas en la Directiva. Esta línea de demarcación no puede ser modificada por la legislación nacional por la que se transpone la Directiva (por ejemplo, ampliando el ámbito de aplicación material más allá de lo exigido por la Directiva y concediendo competencias exclusivas para dicha disposición a la autoridad nacional de reglamentación).

69. Las autoridades de protección de datos son competentes para hacer cumplir el RGPD. El mero hecho de que un subconjunto del tratamiento esté incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva no limita la competencia de las autoridades de protección de datos en virtud del RGPD.

70. Cuando se haya otorgado competencia exclusiva a un organismo distinto de la autoridad de protección de datos, el Derecho procesal nacional determina lo que debe ocurrir cuando los interesados presenten denuncias ante la autoridad de protección de datos, en relación, por ejemplo, con el tratamiento de datos personales en forma de datos de tráfico o de localización, comunicaciones electrónicas no solicitadas o recogida de datos personales mediante cookies, sin denunciar además una infracción (potencial) del RGPD.

86. Cuando el tratamiento de datos personales activa el ámbito de aplicación material tanto del RGPD como de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, las autoridades de protección de datos son competentes para controlar las operaciones de tratamiento de datos que se rigen por las normas nacionales de privacidad electrónica únicamente si la legislación nacional les confiere esta competencia, y tal control debe tener lugar dentro de las competencias de supervisión asignadas a la autoridad por la legislación nacional que transpone la Directiva.>>

En consecuencia, en relación con la materia específica que regulan la LGT y la LSSICE, deben prevalecer estas leyes por razón de materia frente al RGPD y LOPDGDD, sin perjuicio de que las primeras puedan necesitar de ser complementadas por las figuras jurídicas que desarrollan las segundas.

Sin perjuicio del desarrollo posterior de los hechos ahora analizados desde la perspectiva de las citadas leyes especiales (LGT y LSSICE), se adelantan las definiciones de los conceptos jurídicos que el RGPD señala en el artículo 4:

Artículo 4 RGPD. Definiciones

A efectos del presente Reglamento se entenderá por:

1) «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona;

2) «tratamiento»: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción;

6) «fichero»: todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica;

7) «responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros;

8) «encargado del tratamiento» o «encargado»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento;

10) «tercero»: persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u organismo distinto del interesado, del responsable del tratamiento, del encargado del tratamiento y de las personas autorizadas para tratar los datos personales bajo la autoridad directa del responsable o del encargado;

11) «consentimiento del interesado»: toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.



18) «empresa»: persona física o jurídica dedicada a una actividad económica, independientemente de su forma jurídica, incluidas las sociedades o asociaciones que desempeñen regularmente una actividad económica;

25) «servicio de la sociedad de la información»: todo servicio conforme a la definición del artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo. (Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información (DO L 241 de 17.9.2015, p. 1)).

VI

Artículo 24 Responsabilidad del responsable del tratamiento

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

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

El Informe 0064/2020 del Gabinete Jurídico de la AEPD ha expresado con rotundidad que *“El RGPD ha supuesto un cambio de paradigma al abordar la regulación del derecho a la protección de datos personales, que pasa a fundamentarse en el principio de «accountability» o «responsabilidad proactiva» tal y como ha señalado reiteradamente la AEPD (Informe 17/2019, entre otros muchos) y se recoge en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD)”*.

Sigue diciendo el citado informe que *“...los criterios sobre cómo atribuir los diferentes roles siguen siendo los mismos (apartado 11), reitera que se trata de conceptos funcionales, que tienen por objeto asignar responsabilidades de acuerdo con los roles reales de las partes (apartado 12), lo que implica que en la mayoría de los supuestos deba atenderse a las circunstancias del caso concreto (case by case) atendiendo a sus actividades reales en lugar de la designación formal de un actor como “responsable” o “encargado” (por ejemplo, en un contrato), así como de conceptos autónomos, cuya interpretación debe realizarse al amparo de la normativa europea sobre protección de datos personales (apartado 13), y teniendo en cuenta (apartado 24) que la necesidad de una evaluación fáctica también significa que el papel de un responsable del tratamiento no se deriva de la naturaleza de una entidad que está procesando datos sino de sus actividades concretas en un contexto específico...”*

Los conceptos de responsable y encargado de tratamiento no son formales, sino funcionales y deben atender al caso concreto. La denominación por parte de VDF de “responsables del tratamiento” a sus colaboradores, no les confiere automáticamente tal condición.

El responsable del tratamiento lo es desde el momento que decide los fines y los medios del tratamiento, no perdiendo tal condición el hecho de dejar cierto margen de actuación al encargado del tratamiento o por no tener acceso a las bases de datos del encargado.

Así se expresa indubitadamente en las Directrices 07/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) sobre los conceptos de responsable del tratamiento y encargado en el RGPD -la traducción es nuestra-, *“Un responsable del tratamiento es quien determina los propósitos y los medios del tratamiento, es decir, el porqué y el cómo del tratamiento. El responsable del tratamiento debe decidir sobre ambos propósitos y medios. Sin embargo, algunos aspectos más prácticos de la implementación (“medios no esenciales”) se pueden dejar en manos del encargado del tratamiento. No es necesario que el responsable tenga realmente acceso a los datos que se están tratando para calificarse como responsable”*.

En el presente caso, consta que VDF es la responsable de los tratamientos de datos ahora analizados toda vez que conforme define el art 4.7 del RGPD es la entidad que determina la finalidad y medios de los tratamientos realizados en acciones de mercadotecnia directa de las tres entidades (VDF, ONO, LOWI). Por lo que en su condición de responsable del tratamiento está obligada a cumplir con lo dispuesto en el transcrito art 24 del RGPD y, en especial, en cuanto al control efectivo y continuado de *“medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento”* entre las que se encuentran las dispuestas en el artículo 28 del RGPD en relación con los encargados de los tratamientos que actúan en nombre y por cuenta de VDF.

En este sentido, y en relación con la alegación evacuada por VDF en su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio sobre que los responsables de los tratamientos que las diversas entidades realizan por cuenta y nombre de VDF y, por tanto, aquellas que disponen de sus propios ficheros no actúan en calidad de encargadas sino en calidad de responsables de esos tratamientos, se debe señalar, que en las Directrices 07/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) sobre los conceptos de responsable del tratamiento y encargado en el RGPD -la traducción es nuestra-, *“42. No es necesario que el responsable del tratamiento tenga realmente acceso a los datos que se están procesando. Quien externalice una actividad de tratamiento y, al hacerlo, tenga una influencia determinante en la finalidad y los medios (esenciales) del tratamiento (por ejemplo, ajustando los parámetros de un servicio de tal manera que influya en cuyos datos personales serán tratados), debe ser considerado como responsable aunque nunca tendrá acceso real a los datos”*. Recordemos que VDF determina a quién se pueden realizar las llamadas, pues no cabe efectuarlas a quienes ya son clientes de la compañía, amén del filtrado respecto de listas de exclusión publicitaria o lo que corresponda respecto del ejercicio de oposición.

Asimismo, siguiendo el informe jurídico de la AEPD de fecha 20/11/2019, con referencia interna 0007/2019 y STS 1562/2020 (por todas), hemos de reseñar que se analiza la figura jurídica de encargado del tratamiento desde la perspectiva del RGPD que la regula de forma exclusiva.

<<Artículo 28 Encargado del tratamiento

1. Cuando se vaya a realizar un tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento, este elegirá únicamente un encargado que ofrezca garantías suficientes



para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiados, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado.

2. El encargado del tratamiento no recurrirá a otro encargado sin la autorización previa por escrito, específica o general, del responsable. En este último caso, el encargado informará al responsable de cualquier cambio previsto en la incorporación o sustitución de otros encargados, dando así al responsable la oportunidad de oponerse a dichos cambios.

3. El tratamiento por el encargado se registrará por un contrato u otro acto jurídico con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que vincule al encargado respecto del responsable y establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable. Dicho contrato o acto jurídico estipulará, en particular, que el encargado:

a) tratará los datos personales únicamente siguiendo instrucciones documentadas del responsable, inclusive con respecto a las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, salvo que esté obligado a ello en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al encargado; en tal caso, el encargado informará al responsable de esa exigencia legal previa al tratamiento, salvo que tal Derecho lo prohíba por razones importantes de interés público;

b) garantizará que las personas autorizadas para tratar datos personales se hayan comprometido a respetar la confidencialidad o estén sujetas a una obligación de confidencialidad de naturaleza estatutaria;

c) tomará todas las medidas necesarias de conformidad con el artículo 32;

d) respetará las condiciones indicadas en los apartados 2 y 4 para recurrir a otro encargado del tratamiento;

e) asistirá al responsable, teniendo cuenta la naturaleza del tratamiento, a través de medidas técnicas y organizativas apropiadas, siempre que sea posible, para que este pueda cumplir con su obligación de responder a las solicitudes que tengan por objeto el ejercicio de los derechos de los interesados establecidos en el capítulo III;

f) ayudará al responsable a garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 32 a 36, teniendo en cuenta la naturaleza del tratamiento y la información a disposición del encargado;

g) a elección del responsable, suprimirá o devolverá todos los datos personales una vez finalice la prestación de los servicios de tratamiento, y suprimirá las copias existentes a menos que se requiera la conservación de los datos personales en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros;

h) pondrá a disposición del responsable toda la información necesaria para demostrar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, por parte del responsable o de otro auditor autorizado por dicho responsable.



En relación con lo dispuesto en la letra h) del párrafo primero, el encargado informará inmediatamente al responsable si, en su opinión, una instrucción infringe el presente Reglamento u otras disposiciones en materia de protección de datos de la Unión o de los Estados miembros.

4. Cuando un encargado del tratamiento recurra a otro encargado para llevar a cabo determinadas actividades de tratamiento por cuenta del responsable, se impondrán a este otro encargado, mediante contrato u otro acto jurídico establecido con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembros, las mismas obligaciones de protección de datos que las estipuladas en el contrato u otro acto jurídico entre el responsable y el encargado a que se refiere el apartado 3, en particular la prestación de garantías suficientes de aplicación de medidas técnicas y organizativas apropiadas de manera que el tratamiento sea conforme con las disposiciones del presente Reglamento. Si ese otro encargado incumple sus obligaciones de protección de datos, el encargado inicial seguirá siendo plenamente responsable ante el responsable del tratamiento por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones del otro encargado.

5. La adhesión del encargado del tratamiento a un código de conducta aprobado a tenor del artículo 40 o a un mecanismo de certificación aprobado a tenor del artículo 42 podrá utilizarse como elemento para demostrar la existencia de las garantías suficientes a que se refieren los apartados 1 y 4 del presente artículo.

6. Sin perjuicio de que el responsable y el encargado del tratamiento celebren un contrato individual, el contrato u otro acto jurídico a que se refieren los apartados 3 y 4 del presente artículo podrá basarse, total o parcialmente, en las cláusulas contractuales tipo a que se refieren los apartados 7 y 8 del presente artículo, inclusive cuando formen parte de una certificación concedida al responsable o encargado de conformidad con los artículos 42 y 43.

7. La Comisión podrá fijar cláusulas contractuales tipo para los asuntos a que se refieren los apartados 3 y 4 del presente artículo, de acuerdo con el procedimiento de examen a que se refiere el artículo 93, apartado 2.

8. Una autoridad de control podrá adoptar cláusulas contractuales tipo para los asuntos a que se refieren los apartados 3 y 4 del presente artículo, de acuerdo con el mecanismo de coherencia a que se refiere el artículo 63.>>

9. El contrato u otro acto jurídico a que se refieren los apartados 3 y 4 constará por escrito, inclusive en formato electrónico.

10. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 82, 83 y 84, si un encargado del tratamiento infringe el presente Reglamento al determinar los fines y medios del tratamiento, será considerado responsable del tratamiento con respecto a dicho tratamiento.>>

La definición de «encargado del tratamiento» incluye una amplia gama de actores, ya sean personas físicas o jurídicas, autoridades públicas, agencias u otros organismos.

La existencia de encargado del tratamiento depende de una decisión adoptada por el responsable del tratamiento, que podrá decidir realizar ella misma determinadas



operaciones de tratamiento o contratar la totalidad o parte del tratamiento con un encargado.

La esencia de la función de «*encargado del tratamiento*» es que los datos personales sean tratados en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento. En la práctica, es el responsable el que determina la finalidad y los medios, al menos los esenciales, mientras que el encargado del tratamiento tiene una función de prestar servicios a los Responsables del Tratamiento. En otras palabras, «*actuando en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento*» significa que el encargado del tratamiento está al servicio del interés del responsable del tratamiento en llevar a cabo una tarea específica y que, por tanto, sigue las instrucciones establecidas por el responsable del tratamiento, al menos en lo que se refiere a la finalidad y a los medios esenciales del tratamiento encomendado.

El artículo 28, apartado 1, del RGPD establece que *“Cuando se vaya a realizar un tratamiento por cuenta de un responsable del tratamiento, este elegirá únicamente un encargado que ofrezca garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiados, de manera que el tratamiento sea conforme con los requisitos del presente Reglamento y garantice la protección de los derechos del interesado”*.

La obligación prevista en el artículo 28.1 del RGPD -de seleccionar un encargado del tratamiento que ofrezca garantías suficientes para garantizar la aplicación del Reglamento y los derechos y libertades del interesado- no se agota en la actuación previa de selección y contratación de encargado de tratamiento. Esto obliga al responsable del tratamiento a evaluar en todo momento durante la ejecución del contrato si las garantías (técnicas u organizativas) ofrecidas por el encargado del tratamiento son suficientes.

Las Directrices 07/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) sobre los conceptos de responsable del tratamiento y encargado en el RGPD -la traducción es nuestra- disponen, sin lugar a dudas que, -“97. La obligación de utilizar únicamente los encargados de tratamiento “que proporcionan garantías suficientes” contenidas en el artículo 28, apartado 1, del RGPD es una obligación continua. No termina en el momento en que el responsable y el encargado del tratamiento celebran un contrato u otro acto legal. En su lugar, el responsable debe, a intervalos apropiados, verificar las garantías del encargado, incluso a través de auditorías e inspecciones cuando corresponda”.

Y ello porque el responsable del tratamiento es quien tiene la obligación de garantizar la aplicación de la normativa de protección de datos y la protección de los derechos de los interesados, así como ser capaz de demostrarlo (artículos 5.2, 24, 28 y 32 del RGPD). El control del cumplimiento de la legalidad se extiende durante todo el tratamiento, desde el principio hasta el final. El responsable del tratamiento debe actuar, en cualquier caso, de forma diligente, consciente, comprometida y activa.

Ese mandato del legislador es independiente de que el tratamiento lo realice directamente el responsable del tratamiento o de que lo efectúe valiéndose de un encargado del tratamiento. Donde la Ley no distingue, no podemos distinguir nosotros.

Además, el tratamiento ejecutado materialmente por un encargado de tratamiento por cuenta del responsable del tratamiento pertenece la esfera de actuación de éste

último, de igual forma que si lo realizara directamente él mismo. El encargado de tratamiento, en el supuesto examinado, es una extensión del responsable del tratamiento.

El responsable del tratamiento tiene la obligación de integrar y desplegar la protección de datos dentro de todo lo que constituya su organización, en todos sus ámbitos. Se debe tener muy presente que en última instancia la finalidad determinante es la de garantizar la protección del interesado.

Interpretarlo en sentido contrario -las obligaciones que el artículo 28 del RGPD impone al responsable del tratamiento se limitan a verificar las capacidades del encargado ab initio y a suscribir el contrato de encargado del tratamiento- no sólo contravendrían la legalidad vigente constituyendo una actuación claramente fraudulenta, sino que violaría el espíritu y finalidad del RGPD.

A la luz del principio de responsabilidad proactiva (art 5.2 RGPD), el responsable del tratamiento debe poder demostrar que ha tomado en cuenta todos los elementos previstos en el RGPD.

El responsable del tratamiento debe tener en cuenta si el encargado del tratamiento aporta documentación adecuada que demuestre dicho cumplimiento, políticas de protección de la intimidad, las políticas de gestión de archivos, las políticas de seguridad de la información, los informes de auditoría externa, las certificaciones, gestión de los ejercicios de derechos ... etc.

El responsable del tratamiento debe también tener en cuenta los conocimientos técnicos especializados del encargado del tratamiento, la fiabilidad y sus recursos. Solo si el responsable del tratamiento puede demostrar (principio de responsabilidad proactiva del art 5.2 del RGPD) que el encargado del tratamiento es adecuado durante toda la fase del tratamiento (en todo momento) para llevar a cabo el encargo encomendado podrá celebrar un acuerdo vinculante que cumpla los requisitos del artículo 28 del RGPD, sin perjuicio de que el responsable del tratamiento debe seguir cumpliendo el principio de rendición de cuentas y comprobar periódicamente la conformidad del encargado y las medidas en uso. Antes de externalizar un tratamiento y a fin de evitar posibles vulneraciones de derechos y libertades de los afectados, el responsable del tratamiento debe celebrar un contrato, otro acto jurídico o un acuerdo vinculante con la otra entidad que establezca obligaciones claras y precisas en materia de protección de datos.

El encargado del tratamiento solo puede realizar tratamientos sobre las instrucciones documentadas del responsable, a menos que esté obligado a hacerlo por el Derecho de la Unión o de un Estado miembro, que no es el caso. El encargado del tratamiento tiene también la obligación de colaborar con el responsable en garantizar los derechos de los interesados y cumplir las obligaciones del responsable del tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el citado art 28 del RGPD (y conexos).

Por tanto, se insiste, en que el responsable del tratamiento debe establecer modalidades claras para dicha asistencia y dar instrucciones precisas al encargado del tratamiento sobre cómo cumplirlas de forma adecuada y documentarlo previamente a través de un contrato o bien en otro acuerdo (vinculante) y comprobar en todo momento del desarrollo del contrato su cumplimiento en la forma establecida en el mismo.



Sin embargo, a pesar de las obligaciones del responsable, el artículo 28 del RGPD parece sugerir que la responsabilidad del encargado del tratamiento sigue siendo limitada en comparación con la responsabilidad del responsable del tratamiento. En otras palabras, aunque los responsables del tratamiento pueden, en principio, ser responsables de los perjuicios derivados de cualquier infracción relacionada con el tratamiento de datos personales (incluidos los que se hayan cometido por el encargado del tratamiento) o el incumplimiento del contrato u otro acuerdo (vinculante) los encargados podrán ser considerados responsables cuando hayan actuado al margen del mandato otorgado por el responsable del tratamiento, o no hayan cumplido sus propias obligaciones contractuales o con arreglo al RGPD. En estos casos, el encargado del tratamiento puede ser considerado total o parcialmente responsable de la «parte» de la operación de tratamiento en la que participa. Solo será el encargado plenamente responsable cuando sea enteramente responsable de los perjuicios ocasionados en cuanto a los derechos y libertades de los interesados afectados ; todo ello, sin eludir la responsabilidad en la que el responsable del tratamiento haya incurrido a fin de evitarlos.

En el presente caso, a pesar de la reiterada denominación como entidades «terceras» por parte de Vodafone España, S.A.U. a las entidades <<colaboradoras/agentes/distribuidoras>>, se debe señalar que la correcta calificación jurídica con arreglo al RGPD estas entidades deben ser calificadas de <<encargadas del tratamiento>>, toda vez que, con arreglo a la definición, actúan plenamente en nombre y por cuenta del responsable (VDF) a todos los efectos en materia de protección de datos. En consecuencia, en adelante, estas entidades serán denominadas encargadas del tratamiento con asunción de las responsabilidades que dicho término conlleva en el seno del RGPD tanto para el responsable como para las propias encargadas de las operaciones de tratamiento. Basta con traer a colación el contenido de la ya mencionada STS 1562/2020 (por todas), que señala lo siguiente :

« En tal sentido, ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2004, que confirma, en casación para Unificación de Doctrina, la de esta AN de 16 de octubre de 2003, haciéndose eco de lo argumentado por esta Sala refiere la diferenciación de dos responsables en función de que el poder de decisión vaya dirigido al fichero o al propio tratamiento de datos. Así, el responsable del fichero es quien decide la creación del fichero y su aplicación, y también su finalidad, contenido y uso, es decir, quien tiene capacidad de decisión sobre la totalidad de los datos registrados en dicho fichero. El responsable del tratamiento, sin embargo, es el sujeto al que cabe imputar las decisiones sobre las concretas actividades de un determinado tratamiento de datos, esto es, sobre una aplicación específica. Se trataría de todos aquellos supuestos en los que el poder de decisión debe diferenciarse de la realización material de la actividad que integra el tratamiento. Con ello, como asimismo argumenta la STS de 26 de Abril de 2005 (casación para unificación de doctrina 217/2004), el legislador español pretende adaptarse a las exigencias de la Directiva 95/46/CE, que tiene como objetivo dar respuesta legal al fenómeno, que cada vez es más frecuente, de la llamada externalización de los servicios informáticos, donde actúan múltiples operadores, muchos de ellos insolventes, creados con el objetivo de buscar la impunidad o irresponsabilidad de los que le siguen en los eslabones siguientes de la cadena. En la actualidad, el nuevo Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, y de aplicación directa a partir del 25 de mayo de 2018) distingue



asimismo entre las figuras del responsable y del encargado del tratamiento. La primera se define en el apartado 7) del artículo 4 como " persona física o jurídica (...) que determine los fines y medios del tratamiento" . Y el encargado de tratamiento en el apartado 8) del mismo artículo 4 como aquel que "trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento".

Ello en relación con los Artículos 24 y 28 del mismo Reglamento Europeo de Protección de Datos. Responsable y encargado del tratamiento de datos que, sin lugar a dudas, resultan asimismo responsables de las infracciones en materia de protección de datos, en tal nuevo marco normativo, de conformidad con lo previsto en el artículo 82.2 del repetido Reglamento (UE) 2016/679 a cuyo tenor: Cualquier responsable que participe en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla lo dispuesto por el presente Reglamento. Un encargado únicamente responderá de los daños y perjuicios causados por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones del presente Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable. Se desprende de todo lo anterior que la concurrencia, en el presente supuesto, de un encargado del tratamiento ZZZZ en absoluto exime de responsabilidad a la entidad XXXX ahora recurrente, y ello a pesar de la contundencia de las cláusulas que figuran en el contrato y anexo al mismo firmados por ambas compañías (hechos probados 9 y 10) en cuanto los datos personales tratados lo fueron con la finalidad de llevar a cabo una campaña publicitaria respecto de seguros de coche y moto que comercializaba la (XXXX), en definitiva en beneficio de dicha XXXX, siendo tal entidad actora la que, en último termino, determina los fines y medios del repetido tratamiento de datos, por lo que la misma no puede ser exonerada de responsabilidad.>>

Continua la STS, en relación con la posible exoneración de responsabilidad alegada en cuanto a lo suscrito en el contrato de «encargado del tratamiento», lo siguiente :

« La conducta sancionada de obstaculización o impedimento por XXXX del ejercicio por su cliente del derecho de oposición al tratamiento de sus datos, se manifiesta en que dicha sociedad no adoptó ninguna clase de medida o de cautela para evitar el envío de publicidad a las direcciones de correo electrónico de su cliente por parte de aquellas empresas a las que encomendó la realización de las campañas publicitarias. La adopción de las medidas o cautelas necesarias para asegurar la efectividad del derecho de oposición al tratamiento de sus datos por parte de XXXX, como responsable del fichero, subsisten aunque las campañas publicitarias no se realicen a partir de los datos de sus propios ficheros, sino con bases de datos de otras compañías contratadas por XXXX, y en este caso quedó acreditado que la recurrente no comunicó a las empresas con las que contrató la realización de servicios de publicidad la oposición del denunciante a recibir publicidad de la Mutua, ni en definitiva adoptó previsión alguna para asegurar la exclusión de su cliente de los envíos publicitarios contratados con terceras entidades.»

En consecuencia, se debe concluir que en todos los tratamientos analizados en los antecedentes en sus diversas modalidades el responsable del tratamiento es Vodafone España, S.A.U. (VDF) y actuando en calidad de encargados aquellas otras entidades que actúan en nombre y por cuenta de VDF y en beneficio de esta.

De la documentación que obra en el expediente a la que se hace mención en la presente resolución a partir de la información recabada por la Inspección de esta AEPD y propios actos y manifestaciones de VDF, se acredita el incumplimiento por VDF como responsable de los tratamientos encomendados del control efectivo y continuado en el tiempo de las medidas dispuestas en el arriba transcrito art 28 del RGPD. Al respecto, añadir que la obligación dispuesta en el art 28.3.h) RGPD, utilizando en el inicio el término imperativo « pondrá » referido al encargado del tratamiento, genera la obligación de « exigir » al responsable « *el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo, así como para permitir y contribuir a la realización de auditorías, incluidas inspecciones, por parte del responsable o de otro auditor autorizado por dicho responsable.* »

Así, consta que los encargados del tratamiento (y sucesivos subencargados) que actúan en nombre y por cuenta de VDF no ofrecen las garantías suficientes para aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas al tratamiento encargado por VDF. Y tampoco constan debidamente documentadas por VDF las tareas encomendadas a los sucesivos encargados que llevan a cabo los tratamientos en nombre y por cuenta del responsable (VDF). Más aún, constan como aprobadas por VDF tratamientos que vulneran el ámbito de aplicación del RGPD al permitir tratamientos en terceros países sin las garantías legales adecuadas.

Tampoco consta autorización previa y por escrito de VDF con conocimiento de las medidas técnicas y organizativas de las entidades sucesivas subcontratadas de otros encargados, toda vez que sólo se informa a VDF una vez que el subencargado ya se encuentra elegido y a los solos efectos de asignar un código de acceso a los aplicativos de gestión de clientes de VDF. VDF, como responsable del tratamiento, desconoce con antelación a quien y en que condiciones se contrata a un encargado/subencargado para actuar por su cuenta y nombre y bajo sus especificaciones concretas -que no existen- y acepta sin reparos esta conducta de forma continuada y reiterada desde, al menos abril de 2018, aún teniendo conocimiento de esta anomalía.

Nada consta en la relación entre VDF y encargados y sucesivos subencargados respecto a los requisitos enumerados en el art 28.3 arriba citado que, en resumen, se concretan en definir previamente por el responsable del tratamiento (VDF) el objeto, duración, naturaleza, finalidad, tipos de datos, categorías, obligaciones y derechos de los interesados, y facultades obligatorias de control continuo ... etc. Tan sólo en ocasiones puntuales se cita haber comunicado informalmente unas u otras pautas concretas de actuación sin que ello implique control efectivo alguno de VDF con los tratamientos encomendados (y a su vez subencargados) por su cuenta y en su nombre.

Por lo tanto, el incumplimiento de la normativa sobre protección de datos debe ser plenamente imputada al responsable del tratamiento (VDF) al no actuar de forma clara, activa y eficaz en estipular y hacer efectivas las especificaciones oportunas para llevar a cabo adecuadamente en el tiempo el tratamiento encomendado en su nombre.

Tampoco consta que VDF haya realizado un seguimiento continuo durante todo el ciclo de ejecución de los tratamientos encargados y a su vez subencargados por otras entidades en su nombre a pesar de las numerosas reclamaciones conocidas e investigaciones en curso llevadas a cabo por AEPD y de las que VDF tenía

conocimiento, y en especial en cuanto a la reiterada conducta ya sancionada previamente en el PS/00290/2018.

En consecuencia, conforme lo citado, VDF ha infringido de forma grave -reiterada y sistemática- las obligaciones impuestas en calidad de responsable de los tratamientos llevados a cabo en su nombre de lo dispuesto en el 28 del RGPD, en relación con las responsabilidades que exige a todo responsable del tratamiento el art 24 del RGPD, en especial a lo concerniente a los principios y responsabilidad proactiva declarados en los artículos 5.1.f) y 5.2) del RGPD.

Por otro lado, el artículo 44 del RGPD, señala lo siguiente:

<<Artículo 44 Principio general de las transferencias

Solo se realizarán transferencias de datos personales que sean objeto de tratamiento o vayan a serlo tras su transferencia a un tercer país u organización internacional si, a reserva de las demás disposiciones del presente Reglamento, el responsable y el encargado del tratamiento cumplen las condiciones establecidas en el presente capítulo, incluidas las relativas a las transferencias ulteriores de datos personales desde el tercer país u organización internacional a otro tercer país u otra organización internacional. Todas las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a fin de asegurar que el nivel de protección de las personas físicas garantizado por el presente Reglamento no se vea menoscabado>>.

En el presente caso, acreditada la Transferencia Internacional de datos a tercer país (Perú) sin las medidas adecuadas exigidas en el RGPD, no consta que VDF en calidad de responsable del tratamiento haya cumplido las condiciones establecidas en el capítulo V del RGPD (Ya justificado en la contestación a la alegación 6R) en la página 65 de esta Resolución).

VII

En segundo lugar, se debe señalar que desde la perspectiva del RGPD figuran diversos conceptos jurídicos que complementan directamente los incorporados en la LGT y LSSICE.

En este sentido, respecto a la LGT en cuanto al derecho a oponerse (derecho de oposición) a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial y a ser informado de este, será de aplicación el concepto de oposición conforme el RGPD. Se debe añadir que, según la LOPDGDD, Título IV, donde se recogen «Disposiciones aplicables a tratamientos concretos», incorpora una serie de supuestos que en ningún caso debe considerarse exhaustiva de todos los tratamientos lícitos. Dentro de ellos cabe apreciar, en primer lugar, aquellos respecto de los que el legislador establece una presunción “*ius tantum*” de prevalencia del interés legítimo del responsable cuando se lleven a cabo con una serie de requisitos. Junto a estos supuestos se recogen otros, tales como los ficheros de exclusión publicitaria en que la licitud del tratamiento proviene de la existencia de un interés público, en los términos establecidos en el artículo 6.1.e) del RGPD, que requiere, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2, se encuentre contemplado en una norma con rango de ley que así lo disponga, que, en este caso, es el artículo 23 de la propia LOPDGDD que regula los “*sistemas de exclusión publicitaria*”.



Así lo dispone el art 21 del RGPD:

<< *Derecho de oposición*

1. *El interesado tendrá derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f), incluida la elaboración de perfiles sobre la base de dichas disposiciones. El responsable del tratamiento dejará de tratar los datos personales, salvo que acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.*

2. *Cuando el tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa, el interesado tendrá derecho a oponerse en todo momento al tratamiento de los datos personales que le conciernan, incluida la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con la citada mercadotecnia.*

3. *Cuando el interesado se oponga al tratamiento con fines de mercadotecnia directa, los datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines.*

4. *A más tardar en el momento de la primera comunicación con el interesado, el derecho indicado en los apartados 1 y 2 será mencionado explícitamente al interesado y será presentado claramente y al margen de cualquier otra información.*

5. *En el contexto de la utilización de servicios de la sociedad de la información, y no obstante lo dispuesto en la Directiva 2002/58/CE, el interesado podrá ejercer su derecho a oponerse por medios automatizados que apliquen especificaciones técnicas.*

6. *Cuando los datos personales se traten con fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos de conformidad con el artículo 89, apartado 1, el interesado tendrá derecho, por motivos relacionados con su situación particular, a oponerse al tratamiento de datos personales que le conciernan, salvo que sea necesario para el cumplimiento de una misión realizada por razones de interés público>>.*

Lo anterior, sin perjuicio de que el régimen sancionador sea el regulado en la en la LGT.

Respecto a la LSSICE, la necesidad de autorización expresa por los destinatarios de comunicaciones comerciales por medios electrónicos se recoge de forma específica en el art 21.1 de la LSSICE, que señala:

<<Artículo 21. *Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.*

1. *Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas>>.*



Sin perjuicio de que a los efectos formales de recabar la autorización la norma aplicable sea lo dispuesto en el art 4.11, en relación con el art 19 de la LSSICE, que dispone:

<< 1. Las comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales se registrarán, además de por la presente Ley, por su normativa propia y la vigente en materia comercial y de publicidad.

2. En todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales>>.

Sin embargo, en cuanto al derecho de oposición, el artículo 21.2 de la LSSICE establece la obligación de ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirijan.

<<Artículo 21.2. Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

(...)

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección>>.

En este sentido, esta modalidad de ejercicio del derecho de oposición constituye una obligación específica en el ámbito de las comunicaciones comerciales realizadas a través de medios electrónicos. En virtud del artículo 95 del RGPD no se podrán imponer obligaciones adicionales que tengan el mismo objetivo, como sería, en este caso, el deber de consultar los sistemas de exclusión publicitaria previsto en el artículo 23.4 de la LOPDGDD, que, por este motivo, no resulta de aplicación.

En todo caso, la infracción se regula en el régimen sancionador de la LSSICE.

Respecto a los derechos ejercidos por los afectados para evitar ser destinatarios de acciones de mercadotecnia directa.

Considerando 70 del RGPD.

<<Si los datos personales son tratados con fines de mercadotecnia directa, el interesado debe tener derecho a oponerse a dicho tratamiento, inclusive a la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con dicha mercadotecnia directa, ya sea con respecto a un tratamiento inicial o ulterior, y ello en cualquier momento y sin coste alguno. Dicho derecho debe comunicarse explícitamente al interesado y presentarse claramente y al margen de cualquier otra información>>.

Asimismo, los citados conceptos jurídicos que señala el RGPD (entre ellos lo dispuesto en el art 21 RGPD arriba transcrito) y de aplicación directa a la LGT, se incorporan también en la LOPDGDD tal y como a continuación se expone:

Art 23 LOPDGDD.

Artículo 23. Sistemas de exclusión publicitaria.

<<1. Será lícito el tratamiento de datos personales que tenga por objeto evitar el envío de comunicaciones comerciales a quienes hubiesen manifestado su negativa u oposición a recibirlas. A tal efecto, podrán crearse sistemas de información, generales o sectoriales, en los que solo se incluirán los datos imprescindibles para identificar a los afectados. Estos sistemas también podrán incluir servicios de preferencia, mediante los cuales los afectados limiten la recepción de comunicaciones comerciales a las procedentes de determinadas empresas.

2. Las entidades responsables de los sistemas de exclusión publicitaria comunicarán a la autoridad de control competente su creación, su carácter general o sectorial, así como el modo en que los afectados pueden incorporarse a los mismos y, en su caso, hacer valer sus preferencias. La autoridad de control competente hará pública en su sede electrónica una relación de los sistemas de esta naturaleza que le fueran comunicados, incorporando la información mencionada en el párrafo anterior. A tal efecto, la autoridad de control competente a la que se haya comunicado la creación del sistema lo pondrá en conocimiento de las restantes autoridades de control para su publicación por todas ellas.

3. Cuando un afectado manifieste a un responsable su deseo de que sus datos no sean tratados para la remisión de comunicaciones comerciales, este deberá informarle de los sistemas de exclusión publicitaria existentes, pudiendo remitirse a la información publicada por la autoridad de control competente.

4. Quienes pretendan realizar comunicaciones de mercadotecnia directa, deberán previamente consultar los sistemas de exclusión publicitaria que pudieran afectar a su actuación, excluyendo del tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa al mismo. A estos efectos, para considerar cumplida la obligación anterior será suficiente la consulta de los sistemas de exclusión incluidos en la relación publicada por la autoridad de control competente.

No será necesario realizar la consulta a la que se refiere el párrafo anterior cuando el afectado hubiera prestado, conforme a lo dispuesto en esta ley orgánica, su consentimiento para recibir la comunicación a quien pretenda realizarla.>>

VIII

Para el caso de que concurra una infracción de los preceptos del RGPD, entre los poderes correctivos de los que dispone la Agencia Española de Protección de Datos, como autoridad de control, el artículo 58.2 de dicho Reglamento contempla los siguientes:

“2 Cada autoridad de control dispondrá de todos los siguientes poderes correctivos indicados a continuación:

(...)

b) sancionar a todo responsable o encargado del tratamiento con apercibimiento cuando las operaciones de tratamiento hayan infringido lo dispuesto en el presente Reglamento;”

(...)

d) ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del presente Reglamento, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado;

(...)

i) imponer una multa administrativa con arreglo al artículo 83, además o en lugar de las medidas mencionadas en el presente apartado, según las circunstancias de cada caso particular;”.

Según lo dispuesto en el artículo 83.2 del RGPD, la medida prevista en la letra d) anterior es compatible con la sanción consistente en multa administrativa.

IX

Por lo tanto, VDF en calidad de responsable de los tratamientos llevados por cuenta y en su nombre y de conformidad con las evidencias de las que se dispone en el presente momento, se considera que los hechos expuestos podrían incumplir lo establecido en el artículo 28, con el alcance expresado en los Fundamentos de Derecho anteriores, lo que, de confirmarse, podrían suponer la comisión de una infracción tipificada en el artículo 83.4.a) del RGPD, que bajo la rúbrica *“Condiciones generales para la imposición de multas administrativas”* dispone lo siguiente:

El artículo 83.4.a) del RGPD,

“4. Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 10 000 000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 2 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:

a) las obligaciones del responsable y del encargado a tenor de los artículos 8, 11, 25 a 39, 42 y 43”.

Consideradas graves a efectos de prescripción en el art 73 de la LOPDGDD.



El artículo 83.5.c) del RGPD,

“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:

c) las transferencias de datos personales a un destinatario en un tercer país o una organización internacional a tenor de los artículos 44 a 49”.

En el presente caso consta acreditada la realización por VDF en calidad de responsable del tratamiento de una transferencia internacional de datos a tercer país (Perú) al consentir que Casmar llevara a cabo por A-Nexo las acciones de mercadotecnia en nombre y por cuenta de VDF, según contrato suscrito de fecha 1/05/2019 entre VDF y Casmar y el posterior contrato suscrito entre Casmar y A-nexo de fecha 27/06/2019; Infracción considerada muy grave a efectos de prescripción en el art 72.I) de la LOPDGDD.

X

Artículo 71 de la LOPDGDD. Infracciones.

Constituyen infracciones los actos y conductas a las que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679, así como las que resulten contrarias a la presente ley orgánica.

Artículo 72.1.I) Infracciones consideradas muy graves.

<<1. En función de lo que establece el artículo 83.5 del Reglamento (UE) 2016/679 se consideran muy graves y prescribirán a los tres años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquel y, en particular, las siguientes:

l) La transferencia internacional de datos personales a un destinatario que se encuentre en un tercer país o a una organización internacional, cuando no concurren las garantías, requisitos o excepciones establecidos en los artículos 44 a 49 del Reglamento (UE) 2016/679.>>

Artículo 73 LOPDGDD. Infracciones consideradas graves.

<<En función de lo que establece el artículo 83.4 del Reglamento (UE) 2016/679 se consideran graves y prescribirán a los dos años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquel y, en particular, las siguientes:

j) La contratación por el responsable del tratamiento de un encargado de tratamiento que no ofrezca las garantías suficientes para aplicar las medidas técnicas y organizativas apropiadas conforme a lo establecido en el Capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679.

k) Encargar el tratamiento de datos a un tercero sin la previa formalización de un contrato u otro acto jurídico escrito con el contenido exigido por el artículo 28.3 del Reglamento (UE) 2016/679.

p) El tratamiento de datos personales sin llevar a cabo una previa valoración de los elementos mencionados en el artículo 28 de esta ley orgánica.

En el presente caso se imputan a VDF la vulneración del artículo 28 del RGPD, sancionable conforme el artículo 83.4.a) del RGPD, infracción tipificada en el Artículo 73 de la LOPDGDD, apartados j), k), p), y calificada como grave a efectos de prescripción.

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

“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;

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;

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 (...);

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.

Por su parte, en relación con el art 83.2.k) RGPD, el artículo 76 “Sanciones y medidas correctivas” de la LOPDGDD dispone:



“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.

(...)

De acuerdo con los preceptos transcritos, y derivado de la instrucción del procedimiento a efectos de fijar el importe de la sanción por infracción del art 28 del RGPD a VDF como responsable de la citada infracción tipificada en el artículo 83.4.a) del RGPD, procede graduar la multa que correspondería imponer como sigue:

Infracción por incumplimiento de lo establecido en el artículo 28 en relación con el 24 del RGPD, tipificada en el artículo 83.4.a) y calificada como grave a efectos de prescripción en el artículo 73, apartados j), k), p) de la LOPDGDD:

En el presente caso, se estiman concurrentes los criterios de graduación siguientes:

. La naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de las operaciones de tratamiento de que se trata; en cuanto a la naturaleza y gravedad consta que los tratamientos objeto de análisis responden a una manifiesta situación de desequilibrio en perjuicio de los derechos de los interesados.

. La intencionalidad o negligencia apreciada en la comisión de la infracción; en el presente caso, consta una grave negligencia en la conducta de VDF pues tras reiteradas reclamaciones y conociendo los hechos ahora analizados continua sin aplicar las medidas correctoras adecuadas.

. El carácter continuado de la infracción. En el supuesto examinado consta acreditada una infracción y de larga duración, desde el segundo trimestre de 2018 hasta la fecha.

. La alta vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales. Es conocido que VDF es una entidad con más de quince millones de clientes cuyos datos personales son tratados de forma sistemática en el ejercicio de sus atribuciones como una de las principales operadoras de telecomunicaciones.

. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción. Es obvio que los tratamientos de las acciones de mercadotecnia ahora analizadas responden a la obtención de beneficios.

. La condición de gran empresa de la entidad responsable y su volumen de negocio (según el informe de cuentas anual auditado correspondiente al periodo de marzo 2018 a marzo 2019, más 1.600 millones de euros de cifra de negocio y con más de 4.000 empleados).

- . Elevado volumen de datos y tratamientos que constituye el objeto del expediente. Consta de la documentación aportada por VDF que los tratamientos de las acciones de mercadotecnia superan los doscientos millones.
- . Elevado número de afectados. Constan, al menos, los 162 reclamantes.
- . La entidad imputada (VDF) no tiene implantados procedimientos adecuados de actuación en la contratación y seguimiento efectivo de los encargados del tratamiento de modo que la infracción no es consecuencia de una anomalía puntual en el funcionamiento de dichos procedimientos sino un defecto persistente y continuado del sistema de gestión de los datos personales diseñado por la responsable en cuanto a los tratamientos delegados a los encargados de estos.

Considerando los factores expuestos, la valoración inicial que alcanza la cuantía de la multa por la infracción imputada por el art 28 del RGPD es de 4.000.000 € (cuatro millones de euros) y por la infracción imputada por el art 44 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.c) del RGPD es de 2.000.000 € (dos millones de euros).

XI

Tanto en el acuerdo de inicio como en la propuesta de resolución se advertía de lo siguiente:

“De confirmarse la infracción, podría también acordarse imponer al responsable (Vodafone España, S.A.U.) la adopción de medidas adecuadas para ajustar su actuación a la normativa mencionada en este acto, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 58.2.d) del RGPD, según el cual cada autoridad de control podrá “ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del presente Reglamento, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado...”.

En tal caso, en la resolución que se adopte, esta Agencia podrá requerir a la entidad responsable para que, en el plazo que se determine, adecúe a la normativa de protección de datos personales las operaciones de tratamiento que delegue en los encargados y todo ello con el alcance expresado en los Fundamentos de Derecho del presente acuerdo y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

Se advierte que no atender los requerimientos de este organismo puede ser considerado como una infracción administrativa grave al “no cooperar con la Autoridad de control” ante los requerimientos efectuados, pudiendo ser valorada tal conducta a la hora de la apertura de un procedimiento administrativo sancionador con multa pecuniaria”.

En el presente caso, se procede a ordenar a VDF en la parte resolutive de esta Resolución, en virtud de los poderes correctivos que señala el artículo 58.2.d) del RGPD, ordenar a VDF que en el plazo de seis meses a contar desde la notificación de la presente Resolución, acredite ante esta AEPD que ha ajustado a lo dispuesto en el RGPD y LOPDGDD todas las operaciones de tratamiento analizados en el presente procedimiento referidos los artículos 17, 21, 24, 28 y 44 a 49 del RGPD y 12, 15, 18, 23, 40 a 43 de la LOPDGDD.

XII

Artículo 21 de la LSSICE. Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

<<1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.>>

En el presente caso consta que los tratamientos realizados de envío de comunicaciones electrónicas (SMS, email) a través de los diferentes canales utilizados carecen de autorización expresa de los destinatarios. Las comunicaciones realizadas a través de SMS se llevaron a cabo sin ofrecer al destinatario la posibilidad eficaz y comprobada de oponerse al tratamiento. Esta posibilidad no se implantó hasta noviembre de 2018 a través de un enlace a una web exclusiva para tal finalidad, sin que llegara a ser efectiva toda vez que los ejercicios de oposición no eran atendidos.

Además, consta que se han realizado comunicaciones comerciales en nombre y por cuenta de VDF por medios electrónicos a destinatarios que no las habían autorizado expresamente y que no tenían relación comercial con VDF.

De las evidencias obtenidas se observa que el procedimiento de VDF para la realización de acciones de mercadotecnia directa a través de comunicaciones comerciales electrónicas a potenciales clientes, no garantiza el cumplimiento del artículo 21 de la LSSICE, al dirigirse las acciones de envío de SMS a numeraciones y direcciones generadas aleatoriamente, lo que impide verificar la existencia de autorización previa y expresa o, en su defecto, la existencia de una relación comercial previa de servicios similares.

XIII

Artículo 38 de la LSSICE. Infracciones.

“1. Las infracciones de los preceptos de esta Ley se calificarán como muy graves, graves y leves.



2. Son infracciones muy graves: a) (Sin contenido) b) El incumplimiento de la obligación de suspender la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a la red o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación, cuando un órgano administrativo competente lo ordene, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11. c) (Derogado) d) (Derogado)

3. Son infracciones graves:

c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21.

d) El incumplimiento significativo de la obligación del prestador de servicios establecida en el apartado 1 del artículo 22, en relación con los procedimientos para revocar el consentimiento prestado por los destinatarios.

XIV

Artículo 39 de la LSSICE. Sanciones

<<Sanciones. 1. Por la comisión de las infracciones recogidas en el artículo anterior, se impondrán las siguientes sanciones:

a) Por la comisión de infracciones muy graves, multa de 150.001 hasta 600.000 euros. La reiteración en el plazo de tres años de dos o más infracciones muy graves, sancionadas con carácter firme, podrá dar lugar, en función de sus circunstancias, a la sanción de prohibición de actuación en España, durante un plazo máximo de dos años.

b) Por la comisión de infracciones graves, multa de 30.001 hasta 150.000 euros. >>

Artículo 40 de la LSSICE. Graduación de la cuantía de las sanciones.

“La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

a) La existencia de intencionalidad.

b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.

c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.

d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.

e) Los beneficios obtenidos por la infracción.

f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida.



g) La adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes”.

En el presente caso se aprecian contra la entidad VDF las agravantes de la a) a la f) indicadas en el arriba transcrito art 40 de la LSSICE.

XV

Artículo 45 de la LSSICE. Prescripción.

“Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año”.

En el presente caso no se aprecia prescripción en las infracciones graves cometidas por VDF.

XVI

Los hechos expuestos podrían suponer por Vodafone España, S.A.U. la comisión de infracción del artículo 21 de la LSSICE.

Estas Infracciones están tipificadas como graves en el artículo 38.3.c) y d) de la citada Ley, pudiendo ser sancionada cada una con multa de 30.001 hasta 150.000 €, de acuerdo con el artículo 39 de la citada LSSICE.

XVII

Tras las evidencias obtenidas en la fase de investigaciones previas e instrucción, se considera que procede graduar la sanción a imponer de acuerdo con los siguientes criterios que establece el art. 40 de la LSSI:

- La existencia de intencionalidad, expresión que ha de interpretarse como equivalente a grado de culpabilidad de acuerdo con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12/11/2007 recaída en el Recurso núm. 351/2006, correspondiendo a la entidad denunciada la determinación de un sistema de obtención del consentimiento informado que se adecue al mandato de la LSSICE (apartado a).
- Plazo de tiempo durante el que ha venido cometiendo la infracción, al ser la reclamación de mayo de 2018, (apartado b).
- La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme al haber quedado acreditado la reincidencia de la misma conducta que se sancionó en el procedimiento de referencia PS/00290/2018 (apartado c).

- La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados, con relación al volumen de usuarios a los que afecta la infracción, más de 12 millones de acciones comerciales de mercadotecnia, (apartado d) y más de 200 millones de acciones comerciales.
- Los beneficios obtenidos por la infracción, con relación al volumen de usuarios a los que afecta la infracción (apartado e).
- Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida, pues sobrepasa los mil seiscientos millones de euros en el periodo contable de 31 marzo 2018 a 31 marzo de 2019 (apartado f).

Con arreglo a dichos criterios, se estima adecuado imponer a Vodafone España, S.A.U. por infracción del artículo 21 de la LSSI una sanción de 150.000 € (ciento cincuenta mil euros).

XVIII

Artículo 48.1.b) de la LGT

<<Artículo 48. Derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas, con los datos de tráfico y de localización y con las guías de abonados.

1. Respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos:

b) A oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en la letra anterior y a ser informado de este derecho>>.

En el presente caso consta acreditado que se han realizado acciones comerciales por cuenta y en nombre de VDF a través de llamadas a destinatarios (usuarios finales) que habían expresado su oposición, bien frente a la entidad llamante, o bien previa inclusión en el listado de exclusión Robinson de Adigital y/o listados internos de exclusión de cada una de las entidades intervinientes en el tratamiento encomendado por VDF en su propio nombre.

De las evidencias obtenidas, señaladas en los antecedentes, se observa que el procedimiento de VDF para la realización de acciones de mercadotecnia directa a través de llamadas telefónicas no garantiza el cumplimiento del derecho de oposición de los usuarios finales con los que contacta a no recibir llamadas comerciales, ni en el caso de:

1. campañas gestionadas directamente por VDF, ni en,
 1. campañas gestionadas por los encargados y subencargados, ya sea utilizando la base de datos propia de VDF que no verifica que se utilicen cumpliendo con sus instrucciones, ya sea utilizando las bases de datos propias de los encargados del tratamiento contratados por cuenta y nombre de VDF. VDF desconoce cómo se realiza el tratamiento por parte de los encargados y sus subencargados. No conoce los contratos entre éstos, ni por tanto tiene información

sobre el origen de los datos ni quien asume, en esta subcontratación, la obligada consulta de ficheros de exclusión de acciones publicitarias.

Consta, además, que VDF no comunica un ejercicio del derecho de oposición que haya satisfecho a petición de un afectado o tras la resolución de una reclamación en la AEPD a los encargados y que estos a su vez subcontratan la realización material de las llamadas. Esta situación tiene como consecuencia reducir a mero formalismo el ejercicio del derecho de oposición previsto en los preceptos citados, y convierte en ineficaz el procedimiento de oposición pues nada impide que se vuelvan a realizar llamadas comerciales a afectados que se encuentren en los supuestos descritos.

XIX

Artículo 77.37 LGT. Infracciones graves.

<<Se consideran infracciones graves:

37. La vulneración grave de los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el título III de la Ley y su normativa de desarrollo.

En el presente caso los hechos analizados se considera infracción grave dado el gran volumen de actuaciones de mercadotecnia realizadas y las reclamaciones recibidas en esta AEPD como consecuencia de los derechos vulnerados a los interesados, así como por la duración excesiva y continuada de las actuaciones de mercadotecnia llevadas a cabo en nombre y por cuenta de VDF.

Artículo 83. Prescripción

<<1. Las infracciones reguladas en esta Ley prescribirán, las muy graves, a los tres años; las graves, a los dos años, y las leves, al año.

El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a computarse desde el día en que se hubieran cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador. El plazo de prescripción volverá a correr si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

En el supuesto de infracción continuada, la fecha inicial del cómputo será aquella en que deje de realizarse la actividad infractora o la del último acto con que la infracción se consume. No obstante, se entenderá que persiste la infracción en tanto los equipos, aparatos o instalaciones objeto del expediente no se encuentren a disposición de la Administración o quede constancia fehaciente de su imposibilidad de uso.

2. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años; las impuestas por faltas graves, a los dos años, y las impuestas por faltas leves, al año. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a computarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a correr el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.>>

XX



Artículo 79.1, c) LGT. Sanciones.

1. Por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos anteriores se impondrán las siguientes sanciones:

c) Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta dos millones de euros.>>

XXI

Los hechos expuestos, suponen la comisión por parte de VDF, de una infracción del artículo 48.1.b) de la Ley LGT, recogido en su Título III, que señala del derecho: (...) *b) A oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en la letra anterior y a ser informado de este derecho*".

Si bien, el citado artículo no configura de forma explícita tal derecho, se debe acudir a las normas de protección de datos ya indicadas en los Fundamentos anteriores en las que se regula el derecho de oposición: artículo 21 del RGPD, y artículo 23 de la LOPDGDD.

Esta Infracción se encuentra tipificada como "grave", en el artículo 77.37) de dicha norma, que considera como tal: "37. *La vulneración grave de los derechos de los consumidores y usuarios finales, según lo establecido en el título III de la Ley y su normativa de desarrollo*". pudiendo ser sancionada con multa de hasta 2.000.000 €, de acuerdo con el artículo 79.1.c) de la citada LGT.

De acuerdo con los preceptos indicados, a efectos de fijar el importe de la sanción a imponer en el presente caso, se considera que procede graduar la sanción a imponer de acuerdo con los siguientes criterios que establece el artículo 80.1) y 2) de la LGT:

<<1. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (debe entenderse referido al art 29 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de RJSP), lo siguiente:

a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona. b) La repercusión social de las infracciones.

c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.

d) El daño causado y su reparación.

e) El cumplimiento voluntario de las medidas cautelares que, en su caso, se impongan en el procedimiento sancionador.

f) La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.

g) El cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente sancionador.

2. Para la fijación de la sanción también se tendrá en cuenta la situación económica del infractor, derivada de su patrimonio, de sus ingresos, de sus posibles cargas familiares y de las demás circunstancias personales que acredite que le afectan. El infractor vendrá obligado, en su caso, al pago de las tasas que hubiera debido satisfacer en el supuesto de haber realizado la notificación a que se refiere el artículo 6 o de haber disfrutado de título para la utilización del dominio público radioeléctrico>>.

En el caso concreto se señalan los siguientes agravantes para cuantificar la sanción de multa:

a) *La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona.* Consta que la entidad ha sido sancionada con multa o apercibimiento desde enero de 2018 a febrero de 2020 en más de 50 ocasiones.

b) *La repercusión social de las infracciones.* El hecho de existir 162 reclamaciones en el plazo de algo menos de dos años según consta en la AEPD y la gran cantidad de acciones de mercadotecnia mediante llamadas telefónicas (unos doscientos millones de acciones de mercadotecnia) permite que quede acreditada la fuerte repercusión social de los tratamientos ahora analizados.

c) *El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción.* Todas las acciones comerciales tienen como finalidad el aumento de los beneficios reportados que pueden estimarse en el aumento de clientes entre los años 2018 y 2020:

- *En telefonía móvil, el número de Clientes de contrato de telefonía móvil ascendía al cierre del trimestre a 11,4 millones.*
- *En banda ancha fija, la base de Clientes volvió a crecer hasta alcanzar los 3,2 millones.*
- *En fibra, se incrementó en 60.000 para cerrar el año con 2,9 millones.*
- *En Vodafone TV, el número de Clientes creció en 36.000 y superaba al cierre del último trimestre los 1,3 millones.*

d) *El daño causado y su reparación.* Son evidentes los daños causados en la privacidad de los afectados, que incluso habiendo ejercido su derecho de exclusión a acciones de mercadotecnia, fueron contactados nuevamente con esta misma finalidad, en ocasiones de forma reiterada e insistente.

f) *La negativa u obstrucción al acceso a las instalaciones o a facilitar la información o documentación requerida.* Consta que VDF no ha atendido los últimos requerimientos de información emitidos por esta AEPD. (E/07056/2019 y E/08284/2019).

g) Tampoco consta el cese de la actividad infractora, previamente o durante la tramitación del expediente de investigación e incluso con posterioridad a la inspección presencial en los locales de VDF en septiembre de 2019, toda vez que constan reclamaciones posteriores ante esta AEPD por los mismos hechos.

En relación con la situación económica del infractor, consta que VDF es una de las mayores operadoras de telecomunicaciones con facturación anual superior a 1.600 millones de euros y más de 4.000 empleados.

Tras las evidencias obtenidas en la fase de investigaciones previas, se considera que procede graduar la sanción a imponer en la cuantía de 2.000.000 € (dos millones de euros).

Por lo tanto, de acuerdo con la legislación aplicable y valorados los criterios de graduación de las sanciones cuya existencia ha quedado acreditada, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

PRIMERO:

IMPONER a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, con NIF **A80907397**, por una infracción del Artículo 28 del RGPD en relación con el artículo 24 del RGPD, tipificada conforme el artículo 83.4.a) del RGPD con sanción administrativa de cuantía cuatro millones de euros (4.000.000 €).

IMPONER a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, con NIF **A80907397**, por infracción del artículo 44 del RGPD tipificada conforme el artículo 83.5.c) del RGPD, con sanción administrativa de cuantía dos millones de euros (2.000.000 €).

IMPONER a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, con NIF **A80907397**, por infracción del artículo 21 de la LSSICE, tipificada como grave en el artículo 38.3.d) y c) de dicha norma con sanción de cuantía ciento cincuenta mil euros (150.000 €)

IMPONER a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, con NIF **A80907397**, por infracción del artículo 48.1.b) de la LGT, en relación con el artículo 21 del RGPD y artículo 23 de la LOPDGDD, tipificada como grave en el artículo 77.37 de la LGT con sanción de cuantía dos millones de euros (2.000.000 €).

ORDENAR a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, con NIF **A80907397**, para que, en el plazo de seis meses a contar desde la notificación de la presente Resolución, acredite ante esta AEPD que ha ajustado a lo dispuesto en el RGPD y LOPDGDD todas las operaciones de tratamiento analizados en el presente procedimiento referidos los artículos 17, 21, 24, 28 y 44 a 49 del RGPD y 12, 15, 18, 23, 40 a 43 de la LOPDGDD.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., con NIF A80907397, con domicilio en Avda. de América 115, 28042 Madrid.

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 ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), en el plazo de pago voluntario establecido en el art. 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso, indicando el NIF del sancionado y el número de procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento, en la cuenta restringida nº **ES00 0000 0000 0000 0000 0000**, 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.



PF/PJ:	Persona Física/Persona Jurídica
LGT/PD/LSSI:	Ley infringida
F.Robin.acredit:	Fecha acreditada inclusión en listados de exclusión publicitaria
LINEA:	Emisora/Receptora
F.LINEA LLAMADA:	Fecha de la acción publicitaria
REFER. AEPD:	Código de referencia de la reclamación en la AEPD
RECLAMANTE:	Nombre del reclamante (el número indica las veces reclamadas)
TEXTO RECLAM.:	Texto de la reclamación presentada por el reclamante