



Procedimiento Nº PS/00061/2011

RESOLUCIÓN: R/01197/2011

En el procedimiento sancionador PS/00061/2011, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **COLLECTION ASSISTENCE ASESORIA, VODAFONE ESPAÑA, S.A.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.**, **B.B.B.** y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 22 de mayo de 2009 tiene entrada en la Agencia Española de Protección de Datos un escrito remitido por D. **B.B.B.** en representación de su hijo menor de edad **A.A.A.** en el que manifiesta que la denunciada le está reclamando el pago de una deuda a través de una empresa de recobro cuando la relación que tiene con dicha entidad es únicamente una línea móvil de prepago.

Con fecha 19/10/2009, se dictó resolución del Director por la que se procedía la archivo de las actuaciones. Con fecha 4/12/2009, el denunciante presentó recurso de reposición que fue resuelto con fecha 8/02/2010 de forma estimatoria y se daba orden a la S.G. de Inspección de Datos de realizar actuaciones de investigación.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se solicita información a la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A. teniendo conocimiento de que:

Con fecha 14 de abril de 2010 se solicita a VODAFONE ESPAÑA la siguiente información relativa a **D. A.A.A.:**

- En relación con los datos personales que constan en sus sistemas, aparece un cliente con el mismo nombre que el denunciante, pero cuyo DNI no coincide. Tampoco coincide la dirección, ya que a la entidad le consta el siguiente domicilio:

c/ **(C/.....1) (Granada)** y el denunciante reside en Madrid.

- Respecto de los productos contratados:

El denunciante contrató tres líneas telefónicas siguientes, que permanecen activas, con fecha de alta:

*****TEL.1** (pospago): 07/04/2005

*****TEL.2** (prepago): 13/10/2004

*****TEL.3** (prepago): 26/04/2004

Sin embargo, ninguno de estos productos es la línea del denunciante que ha generado la denuncia: ***TEL.4

- Se aporta copia del contrato de la línea de prepago ***TEL.3 y sus condiciones (03/04/2008), que fueron remitidas al domicilio de Granada, al igual que el canje del terminal por puntos (07/01/2010). Se han emitido facturas desde junio de 2006. Actualmente, no existe ninguna factura pendiente de abono asociada al número ***TEL.3. La acreditación de la prestación del servicio se realiza con las facturas aportadas, que reflejan el consumo.

Respecto de las comunicaciones y contactos que han existido entre esa entidad y el cliente, aportan la siguiente información: Se aporta imágenes de sus sistemas donde se recogen las comunicaciones entre la entidad y un cliente con el mismo nombre que el denunciante.

No aportan copia del expediente en papel que consta en la entidad y que recoge las reclamaciones efectuadas por el afectado y se observa lo siguiente: No se ha localizado documento en papel relacionado con el **Sr. B.B.B.**

De la información facilitada se puede deducir que es relativa a otro cliente que no guarda relación con el denunciante salvo por el nombre y los apellidos.

No hay documentación que haga referencia a la remisión de información que hace VODAFONE ESPAÑA, S.A. a Collective Assistance solicitando el pago de la deuda de **C.C.C.**

TERCERO: Con fecha 4 de febrero de 2011, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar, procedimiento sancionador a **COLLECTION ASSISTENCE ASESORIA** y a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por la presunta infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 d) de la citada Ley Orgánica.

CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio, **COLLECTION ASSISTENCE ASESORIA**, mediante escrito de fecha 21/02/2011 formuló alegaciones manifestando:

- 1.- El nº de cliente o expediente *****N-EXPTE.1** pertenece al nº de **móvil ***TEL.4**. En fecha de 25/03/2009 **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** les entrega un fichero con el expediente *****N-EXPTE.1** donde figura como titular la persona a reclamar D. **A.A.A.**. Con fecha 28/04/2009 envían una carta reclamando el importe pendiente y con fecha de 4/05/2009 el padre del destinatario les comunica que es menor de edad
- 2.- Con fecha 02/06/2009 una vez aclarado todo con VODAFONE ESPAÑA, S.A., se comunicaron con el padre, pidiendo disculpas en nombre de Vodafone ya que al enviarles el fichero hubo un error.
- 3.- Con fecha 05/06/2009 VODAFONE ESPAÑA, S.A. les envía un abono y con fecha 15/06/2009, le devuelven el fichero a éstos.



QUINTO: Notificado el acuerdo de inicio, **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** mediante escrito de fecha 25/03/2011 formuló alegaciones, significando, que:

1.- D. **A.A.A.**, tiene los siguientes productos:

- a) línea de prepago *****TEL.2** desde 2004, estando activa en la actualidad.
- b) línea de prepago *****TEL.5** desde 2004, estando activa en la actualidad.
- c) línea de pospago *****TEL.1**, con fecha de alta 31/03/2005, activa en la actualidad.

2.- El tratamiento de datos de **D. A.A.A.**, esta amparado en la relación contractual antes descrita. No se ha reclamado deuda alguna a éste en relación con los servicios contratados no habiendo sufrido perjuicio alguno por ese concepto. Por lo que ha de aplicarse el art. 45.5 LOPD.

SEXTO: Con fecha 28/02/2011 se inició el período de práctica de pruebas, en el que se dio por reproducidos a efectos probatorios la denuncia interpuesta por **B.B.B.** y su documentación, los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección ante **VODAFONE ESPAÑA, S.A.**, y el Informe de actuaciones previas de Inspección que forman parte del expediente E/00656/2010, así como las alegaciones al acuerdo de inicio PS/00061/2011 presentadas por **COLLECTION ASSISTENCE ASESORIA** y **VODAFONE ESPAÑA, S.A.**, y la documentación que a ellas acompaña.

Asimismo se solicitó a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.**, para que explique la razón por la cual se emite la factura a nombre de D. **C.C.C.**, y cual es el producto cuya deuda genera la emisión de la carta de requerimiento de pago cuyo destinatario es D. **C.C.C.** y para que comunique la titularidad del nº de Cuenta Cliente: *****N-EXPTE.1** que obra en sus sistemas, así como los productos contratados por dicho titular.

SEPTIMO: Con fecha de 07/03/2011 **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** presento escrito en el que facilitaba la información requerida en el tramite de pruebas, manifestando que:

1. Respecto a *la razón por la cual se emite la factura a nombre de D. C.C.C.*, manifiesta que es por la asociación de la dirección de facturación a la cuenta *****N-EXPTE.1** al mismo.
2. Respecto *cual es el producto cuya deuda genera la emisión de la carta de requerimiento de pago cuyo destinatario es D. C.C.C.*, no hace manifestación alguna.
3. Respecto a *la titularidad del nº de Cuenta Cliente: ***N-EXPTE.1 que obra en sus sistemas, así como los productos contratados por dicho titular.* Manifiesta que corresponde a **B.B.B.**, y los productos contratados son dos líneas de pospago: *****TEL.6** con alta el 18/05/06 y baja el 23/03/09 y *****TEL.4** con alta el 13/08/07 y baja el 05/02/09. Y una línea de prepago *****TEL.7**, actualmente de baja.

OCTAVO: En fecha de 15/03/2011, dentro del periodo de práctica de pruebas, el Instructor del procedimiento requirió a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** para que aportara la siguiente información:

1.- **Productos** contratados (y por tanto, acreditación de la contratación) por D. **A.A.A.**, con DNI *****DNI.1** y domicilio en C/ **(C/.....2)MADRID**, y en su caso **facturas** emitidas por éstos.

Aclarando que en otros requerimientos se remitió información , concretamente en su escrito de 28/04/2010, de un titular cuyo DNI/NIF es *****DNI.2**, y domicilio es C/ **(C/.....1)**, *****CP.1** de **GRANADA**, siendo, por tanto, los productos que comunicaron de otra persona.

2.- Especificación del producto en virtud del cual se devenga la factura nº: *****FACTURA.1**, y su titular.

NOVENO: En fecha de 29/03/2011, **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** presento escrito en el que facilitaba la información requerida en el trámite de pruebas, manifestando que:

- Lo ocurrido se debe a una incidencia en el momento de la gestión del alta de los servicios asociados al cliente **B.B.B.**. Se volcaron de forma errónea de tal modo que fueron los datos de D: **A.A.A.** los que quedaron asociados a la facturación de la cuenta *****N-EXPT.1**.
- La factura nº: *****FACTURA.1** corresponde al nº *****TEL.6** cuya titularidad corresponde a **B.B.B.**.

El punto en el que se dio de alta fue la entidad distribuidora The Phone House Europa.

DECIMO: En fecha de 16/03/2011, dentro del periodo de práctica de pruebas, el Instructor del procedimiento requirió a La Unidad de Documentación de españoles y Archivo de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil para que aportaran la siguiente información:

- 1) Titularidad del DNI *****DNI.1** y para el caso de que existan duplicados, la fecha en que se han expedido estos.
- 2) Titularidad del DNI **0***DNI.2** y para el caso de que existan duplicados, la fecha en que se han expedido estos.

UNDECIMO: En fecha de 22/03/2011, la Unidad de Documentación de españoles y Archivo de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil manifestó que el DNI *****DNI.2** corresponde a **D.D.D.**, nacido el DD/MM/AA y que el DNI *****DNI.1** corresponde a **A.A.A.**, sin que ninguno haya tenido duplicados.

DUODECIMO: En fecha de 12/04/2011, el Instructor del Procedimiento emitió Propuesta de Resolución en el sentido de:



- I. Que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se ARCHIVE el presente procedimiento sancionador a **COLLECTION ASSISTENCE ASESORIA**, por inexistencia de comisión de infracción de la LOPD.
- II. Que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** con multa de 50.000 € (**cincuenta mil euros**) por la infracción del artículo 4.3 de la LOPD tipificada como grave en el artículo 44.3 c) de dicha norma.
- III. Que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** con multa de 50.000 € (**cincuenta mil euros**) por la infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 b) de dicha norma.

DECIMOTERCERO: En fecha de 09/05/2011, la representación de VODAFONE ESPAÑA, S.A. formuló alegaciones consistentes en:

- Un fallo en la gestión del alta por parte del agente encargado de la misma hizo que se volcaran de forma errónea los datos, de modo que fueron los del Sr. **C.C.C.**, en lugar de los del Sr., **B.B.B.**, los que se asociaron a la facturación de la cuenta ***CCC.1. lo que hizo que al generarse facturas impagadas de la línea ***TEL.4 asociado a la cuenta ***CCC.1 titularidad del Sr. B.B.B., se remitiesen a nombre del Sr. C.C.C.. Reitera que no consta ningún producto contratado por parte del Sr. C.C.C.. Únicamente datos asociados a la dirección de facturación.
- Cambio en la calificación jurídica, generando indefensión.
- Respecto de la infracción del art. 6 LOPD, cabe señalar que no es exigible el consentimiento. El Sr. **C.C.C.** es hijo del Sr. **B.B.B.**, quien resulta ser titular de tres líneas, siendo la línea de pospago ***TEL.4 sobre la que se asienta la controversia de este procedimiento. dicha vinculación parental evidencia que pudo ser a través del propio padre como la entidad pudo obtener los datos del menor.
- Respecto de la vulneración del art. 4.3 LOPD. no hay vulneración en tanto que los datos del menor, se encontraban asociados a la líneas del padre, de ahí que al ahora de volcar los datos en los sistemas de Vodafone aparecieran erróneos. Por esa razón hizo que el menor recibiera las facturas y las cartas de la entidad de recobro. Se desprende que los datos puestos a disposición del agente que gestiona el alta del servicio ***TEL.4, son datos exactos y puestos al día y que respondían con veracidad a la situación real del cliente.
- Concurso de infracciones. Art. 4.4 RD 1389/1993. debe imponerse, en su caso, sanción por una infracción.
- Aplicación del art. 45.5 LOPD.

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

HECHOS PROBADOS

UNO.- Resulta acreditado que mediante cartas de fechas 28/04/2009 y 05/05/2009, D. **A.A.A.** es requerido por COLLECTION ASSITANCE ASESORIA en nombre de VODAFONE ESPAÑA, S.A. para el pago de 238,38 €. En las cartas consta como nº de expediente *****N-EXPTE.2**. (Folios 2 y 3)

DOS.- Resulta acreditado que mediante carta de fecha 21/08/2009, **A.A.A.** es requerido mediante carta nominativa, por VODAFONE ESPAÑA, S.A. para el pago de 87,58 €. En la carta consta como número de cuenta cliente: *****N-EXPTE.2** (folio 33).

TRES.- Resulta acreditado que el nº de cuenta cliente *****N-EXPTE.2** corresponde a **B.B.B.** y que tenía los siguientes productos contratados con VODAFONE ESPAÑA, S.A.: dos líneas de pospago: *****TEL.6** con alta el 18/05/06 y baja el 23/03/09 y *****TEL.4** con alta el 13/08/07 y baja el 05/02/09. Y una línea de prepago *****TEL.7**, actualmente de baja. (Folio 97)

CUATRO.- Resulta acreditado que COLLECTION ASSITANCE ASESORIA, recibió un fichero en el que contenía un registro de expediente *****N-EXPTE.2**, donde figura como titular la persona a reclamar D. **A.A.A.**. (Folios 70 a 85)

CINCO.- Resulta acreditado que VODAFONE ESPAÑA, S.A. trató los datos personales de **A.A.A.** y le emitió en fecha 12/03/2009 la factura nº *****FACTURA.1** con nº de cuenta cliente *****N-EXPTE.2** cuyo servicio y titularidad no le corresponden. (Folio 30 y 113).

SEIS.- Resulta acreditado que la factura nº *****FACTURA.1** corresponde al servicio de la línea nº *****TEL.6** cuyo titular no es **A.A.A.** sino que es **B.B.B.**

SIETE.- Resulta acreditado que el nº de DNI *****DNI.3** no corresponde a **A.A.A.** sino a otra persona, ajena al denunciante. (Folios 115 a 117)

SIETE.- Resulta acreditado que el nº de cuenta cliente *****CCC.2** está asociado a **A.A.A.** con DNI *****DNI.3** y no con el nº de DNI *****DNI.1** y está asociado al nº *****TEL.5** cuya modalidad de servicio es contrato o pospago. (folio 45,46,48 y 49).

OCHO.- Resulta acreditado que el nº de DNI de **A.A.A.** es *****DNI.1** (Folio 11) y en los sistemas de VODAFONE ESPAÑA, S.A., consta como nº de DNI de éste el nº *****DNI.3** y dirección **c/ (C/.....1). -***CP.1 Granada**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

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

II

En orden a precisar el alcance antijurídico de los referidos hechos, procede



analizar las siguientes disposiciones de la LOPD:

El artículo 6, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica 15/1999, relativo al “consentimiento del afectado”, dispone:

“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado. (El subrayado es de la AEPD)

El artículo 4.3 de la LOPD, referente a la “calidad de los datos”, establece:

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

III

Respecto a la indefensión aducida por VODAFONE por cambio de la calificación jurídica, acertadamente en la Propuesta de Resolución se señaló que: *“Si bien en el Acuerdo de Inicio de este Procedimiento Sancionador se calificó la actuación de la entidad como una presunta infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada en el artículo 44.3.d) como infracción grave, en la Propuesta de Resolución se estima oportuno cambiar tal calificación jurídica por entender que la conducta de VODAFONE ESPAÑA, S.A. **constituye además, la vulneración del principio de calidad del dato, infracción del art. 4.3 de la LOPD tipificada como grave en el artículo 44.c) de la citada Ley Orgánica.***

Por lo que respecta a la procedencia de cambiar en fase de propuesta la calificación jurídica de los hechos que se realizó en el Acuerdo de Inicio y a la incidencia que tal cambio puede tener en el derecho de defensa de VODAFONE ESPAÑA, S.A., conviene reseñar que nada impide efectuar esta modificación siempre y cuando, como en este supuesto ha acontecido, permanezcan invariables los hechos en los que se fundaba la acusación formulada.

El primero de los derechos que el artículo 135 de la LRJPAC reconoce a favor del presunto infractor es el derecho a que se le notifiquen los términos de la acusación, que comprende la información “de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudiera imponer...”.

El Tribunal Constitucional ha venido señalando que “el contenido esencial del derecho constitucional a ser informado de la acusación se refiere a los hechos considerados punibles que se imputan al acusado” (STC 95/1995). A diferencia de lo que acontece con los hechos, el TC, en Sentencia 145/1993 advierte que la

comunicación al presunto infractor de la calificación jurídica y de la eventual sanción a imponer no integra el contenido esencial del derecho a ser informado de la acusación.

Hasta tal punto es importante la puesta en conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción administrativa, que el T.C. ha declarado que las exigencias del artículo 24.2 de la CE se satisfacen fundamentalmente con la sola comunicación de los hechos imputados para poder defenderse sobre los mismos (STC 2/1987 y 190/1987). En esta línea el Tribunal Supremo, Sentencia de 03/03/2004, señala que "la finalidad primordial del acuerdo de inicio es informar sobre los hechos imputados y no sobre la calificación jurídica, de lo que se encargará la propuesta de resolución

En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29/01/2003, recaída en el Recurso nº 1542/1998, estima conforme a derecho el cambio de calificación jurídica realizado en la Resolución del procedimiento respecto del realizado en la Propuesta de Resolución, por lo que con mayor motivo puede realizarse del Acuerdo de Inicio a la Propuesta de Resolución, donde el denunciado tiene de nuevo tramite de alegaciones y defensa, sin perjuicio de la vía de recurso administrativo que corresponda:

Tal y como declara la STC 471/1991, en relación con el proceso penal, doctrina trasladable, como hemos visto, al procedimiento administrativo sancionador, "...el reconocimiento que el art. 24 CE efectúa de los derechos de la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías, suponen, considerados conjuntamente, que en todo proceso penal...el acusado ha de conocer la acusación contra él formulada en el curso del proceso para poder defenderse de forma contradictoria frente a ella, y que el pronunciamiento del juez o tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal como han sido formulados en las pretensiones de la acusación y la defensa, lo cual significa, entre otras cosas, que ha de existir siempre una correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia...". Así pues, este derecho a conocer la acusación implica el derecho a ser informado de los derechos que la sustentan, pues son éstos los que constituyen el objeto del procedimiento sancionador y no su calificación jurídica, exigiéndose, en consecuencia, una completa identidad del hecho punible entre el señalado por la acusación en la propuesta de resolución y el objeto de la sanción (SSTC 2/87, 190/87 y SSTS, 3ª, de 26 de enero de 1988 y 12 de diciembre de 1991). Así pues, la comunicación al presunto infractor de la calificación jurídica de la infracción y de la eventual sanción a imponer no forma parte del contenido esencial del derecho a ser informado de la acusación (STC 145/1993) y ello, porque, como hemos visto, el título de condena no forma parte del objeto del procedimiento sancionador, de forma que la Administración al resolver el expediente sancionador no se encuentra vinculada en este aspecto a la calificación jurídica efectuada en la propuesta de resolución, encontrándose sometida únicamente al principio de legalidad / SSTS, 3ª, de 28 de octubre de 1981 y de 4 de marzo de 1989). Ahora bien, tal afirmación ha sido matizada por la jurisprudencia constitucional y la emanada del Tribunal Supremo, no sólo en aquellos casos en los que el órgano decisor del procedimiento incluye de oficio en la resolución definitiva una infracción de mayor gravedad que la contenida en la propuesta de resolución formulada por el instructor, sino también, y este sería el supuesto alegado en la demanda, en aquellos casos en los que entre la calificación propuesta y la definitivamente apreciada no exista una relación de homogeneidad entre los bienes jurídicos protegidos por ambos tipos infractores. En estos casos sería imprescindible oír al presunto infractor antes de dictar la resolución definitiva en la que se pretende efectuar una calificación heterogénea respecto de la contenida en la



propuesta, esto es, que se trate de una infracción que persiga un bien jurídico distinto. La STC 95/95, se pronuncia a este respecto en estos clarificadores términos: “ desde la STC 12/81, hemos señalado que el contenido esencial del derecho constitucional a ser informado de la acusación se refiere a “ los hechos considerados punibles que se imputan al acusado”. Y si bien la calificación jurídica de tales hechos corresponde en principio al tribunal que los juzga, no cabe olvidar que esta calificación no es ajena al debate contradictorio en el proceso penal, debate que recae así, “ no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica” (STC 12/81, f.j.4º). Por lo que es posible, y con frecuencia ocurre, que el tribunal acoja en la sentencia una de las calificaciones propuestas por las partes; aunque también puede apartarse de ellas y, como lo ha entendido el tribunal Supremo, que se pueda condenar por un delito distinto del apreciado en los escritos de calificación, dentro de ciertos límites sentados por la jurisprudencia (STC 12/81, f.j.4º). posibilidad esta última que, en relación al derecho constitucional al defensa, hemos dicho que requiere el cumplimiento de dos condiciones: una es la identidad del hecho punible, de forma que “ el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación”. La segunda condición es que ambos delitos, el sentado en la sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el tribunal ante el que se ha recurrido aquella decisión “ sean homogéneos”, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo (Ibid.F.j.5º). Doctrina que se ha reiterado en la STC 105/183 y en otras muchas decisiones posteriores (SSTC 54/85, 134/86, 83/87, 57/87, 10/88, 168/90 y 161/94, e ntre otras). B) Por tanto, es claro que faltando una de esas dos condiciones se produce la indefensión que la Constitución prohíbe, pues si el proceso penal exige la contradicción entre las partes y ello entraña la posibilidad de conocer el hecho punible cuya comisión se atribuye y la de contestar o rechazar la acusación formulada, resultando en verdad imposible cumplir con esta exigencia constitucional si la acusación se concreta en el momento de emisión del fallo condenatorio, “ confundiéndose así acusación y condena” (STC 83/92, con cita de las SSTC 54/85, 84/85, 134/86, 53/87 y 168/90). Mientras que no cabe considerar que existe indefensión “ si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la sentencia, siendo inocuo el cambio de calificación si existe homogeneidad, entendida como identidad del bien o interés protegido en cuanto haya una porción de acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y e n la sentencia”(STC 134/86, f.j. 2º).

Por lo tanto, las manifestaciones a cerca de la indefensión han de ser desestimada.

IV

Estos preceptos deben integrarse con la definición legal de “tratamiento de datos” y “consentimiento del interesado” que ofrecen, respectivamente, los artículos 3, c) y 3, h) de la LOPD:

“operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”; “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el

tratamiento de datos personales que le conciernen”.

V

Analicemos, en primer término, la posible infracción de los artículos 6.1 y 4.3 de la LOPD que se imputa a VODAFONE ESPAÑA, S.A. y a COLLECTION ASSISTANCE deben hacerse las siguientes consideraciones:

A) El artículo 6 de la LOPD consagra el “principio del consentimiento o autodeterminación”, piedra angular en la construcción del derecho fundamental a la protección de datos. Conforme al citado precepto, el tratamiento de datos sin consentimiento o sin otra habilitación amparada en la Ley constituye una vulneración de este derecho, pues sólo el consentimiento, con las excepciones contempladas en la ley, legitima el tratamiento de los datos personales.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (Fundamento Jurídico 7), se refiere al contenido esencial de este derecho fundamental y expone que *“consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)”* (El subrayado es de la AEPD)

No puede olvidarse que el menor era cliente de

B) En relación a la posible infracción del artículo 4.3 de la LOPD que se imputa a VODAFONE ESPAÑA, S.A. y a COLLECTION ASSISTANCE deben hacerse las siguientes consideraciones:

Los principios generales de protección de datos regulados en los artículos 4 a 12, que integran el Título II de la Ley Orgánica 15/1999, constituyen el contenido esencial de este derecho fundamental.

La Audiencia Nacional en diversas sentencias (entre otras SAN de 24 de marzo de 2004 y 7 de julio de 2006) ha señalado que los principios generales contenidos en el Título II de la LOPD definen las pautas a las que debe atenerse la recogida, tratamiento y uso de los datos de carácter personal. En este sentido, la STAN de 25 de julio de 2006 manifiesta: *“...dichos principios sirven para delimitar el marco en el que debe desenvolverse cualquier uso o cesión de los datos de carácter personal y para integrar la definición de los tipos de infracción definidos en el artículo 44 de la LOPD, pues este precepto aborda la tipificación de las distintas infracciones mediante una remisión a los principios definidos en la propia Ley”*. Entre tales principios se recoge –artículo 4.3- el de exactitud o veracidad, a través del cual se trata de garantizar y proteger la calidad de la información sometida a tratamiento -exacta y puesta al día- por la que debe velar quien recoge y trata datos de carácter personal.



La Directiva 95/46 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que traspone la LOPD, establece en su artículo 6. I. d) que “Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean...d) exactos, y cuando sea necesario, actualizados. Deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompatibles, con respeto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas”, indicando el apartado 6.2 que “Corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado I”. (El subrayado es de la AEPD)

C) En el presente caso, se ha vulnerado, **el principio del consentimiento para el tratamiento de datos y el principio de calidad del dato** pues se trataron los datos personales del menor de edad para cursar alta en un contrato/servicio y se asociaron a un producto y por consiguiente a las deudas que de dicho producto se derivaban, y además se asociaron los datos del menor a un DNI y su facturación sin explicación alguna, con las siguientes consecuencias:

Se emitió una factura con sus datos personales siendo titularidad de otra persona.

Se emitió una carta de cobro de deuda por VODAFONE ESPAÑA, S.A. por un producto del que no era titular, con el correspondiente tratamiento de datos y vulneración del principio de calidad.

Se comunico a la entidad COLLECTION ASSISTANCE que actuaba por cuenta de VODAFONE ESPAÑA, S.A. en virtud de un contrato previsto en el art. 12 de la LOPD, los datos del menor de manera errónea y se emitieron dos requerimientos de pago a éste.

Asimismo consta el nº de DNI *****DNI.2** asociado al menor de edad, cuando se ha acreditado que dicho número corresponde a otra persona ajena a aquél, vulnerando el principio de calidad del dato.

Se vulnera tanto el principio del consentimiento como el principio de calidad del dato. El primero, porque VODAFONE ESPAÑA, S.A. no ha acreditado producto alguno del menor de edad con su verdadero DNI, es decir, *****DNI.1**, asimismo VODAFONE ESPAÑA S,A., reconoce que el menor no tiene ningún producto contratado. Cuestión distinta son los productos contratados que constan a nombre similar al del menor y con un DNI, que es de otra persona.

Recuérdese que una de las excepciones a la acreditación del consentimiento, se da cuando el tratamiento de datos es necesario para las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento;

Asimismo no puede compartirse las alegaciones de VODAFONE respecto a que pudo ser su progenitor quien facilitara los datos del menor, pues quien gestiona la base de datos ha de estar en condiciones de acreditar que contaba con el consentimiento, y la entidad denunciada no ha aportoado prueba al respecto. Asimismo aunque fuera su progenitor quien los aportara, no justifica la razón por la que se asocian a una cuenta de facturación que no le corresponde.

El segundo, porque los datos no ofrecían testimonio de la realidad que debía ostentar, recuérdese que tanto la emisión de la factura, como la asociación a un producto, como el DNI incorrecto asociado son datos del todo inexactos.

VI

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en lo sucesivo LRJPAC), –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 17) recoge “los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia”- acoge el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable, estableciendo en el artículo 128.2 que “las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.

Por tal razón, si bien los hechos que constituyen el presupuesto fáctico de las imputaciones dirigidas contra TME se encuadraban, al tiempo de su comisión por la entidad, en el tipo sancionador previsto en el artículo 44.3.d) de la LOPD, infracción grave para la que el artículo 45.2 de la LOPD preveía una sanción con multa de 60.101,21 € a 300.506,05 €, estimamos que, en virtud del principio de retroactividad in *bonam partem* o retroactividad de la disposición sancionadora más favorable, debemos optar, en el presente caso, por aplicar las disposiciones más beneficiosas para la denunciada introducidas por la reforma operada en la Ley Orgánica 15/1999 a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, publicada en el BOE el 5 de marzo de 2011 y que entró en vigor al día siguiente a su publicación.

De acuerdo con las previsiones de la LOPD, según redacción dada por la Ley 2/2011, el artículo 44.3.b) tipifica como infracción grave “Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”. A su vez, el artículo 44.3.c) tipifica como infracción grave “Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave”. A tenor del artículo 45.2 las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros.

En el supuesto que nos ocupa, la conducta de VODAFONE ESPAÑA, S.A. ha vulnerado tanto el principio del consentimiento, artículo 6.1, como el principio de calidad de los datos, artículo 4.3 en relación con el 29.4, de la LOPD; infracciones que, tras la reforma introducida por la Ley 2/2011, se encuentran tipificadas, respectivamente, en los artículos 44.3.b) y 44.3.c) de la Ley Orgánica 15/1999.

VII

Procede a continuación abordar si la conducta observada por VODAFONE ESPAÑA, S.A. y a COLLECTION ASSISTANCE, a cuyo examen se dedican los apartados I y III de esta Propuesta de Resolución y que se estima vulnera los artículos 6.1 y 4.3 de la LOPD, puede subsumirse en el tipo sancionador contemplado en el



artículo 44.3 b y c)) y si, en tal caso, ambas infracciones son imputables a la citada entidad.

A) Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, una vez constatado que la entidad realizó la acción típica – infracción de los principios del consentimiento y de calidad del dato –, debemos analizar si concurre en ambos casos el elemento subjetivo de la culpabilidad.

La presencia del elemento subjetivo es esencial para exigir en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador responsabilidad por el ilícito cometido, pues no cabe en este marco imponer sanciones basadas en la responsabilidad objetiva del presunto infractor. Así, en STC 76/1999 el Alto Tribunal afirma que las sanciones administrativas participan de la misma naturaleza que las penales, al ser una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, y que, como exigencia derivada de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal consagrados en los artículos 9.3 y 25.1 de la CE, es imprescindible la presencia de este elemento para imponerlas.

El artículo 130.1 de la LRJPAC recoge el principio de culpabilidad en el marco del procedimiento administrativo sancionador y dispone: “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”.(El subrayado es de la AEPD)

Del tenor del artículo 130.1 de la LRJPAC se concluye que bastará la “*simple inobservancia*” para apreciar la presencia de culpabilidad a título de negligencia, expresión que alude a la omisión del deber de cuidado que exige el respeto a la norma.

Conviene traer a colación en este caso la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006), en la que el Tribunal expone que “...el ilícito administrativo previsto en el artículo 44.3.d) de la LOPD se consuma, como suele ser la norma general en las infracciones administrativas, por la concurrencia de culpa leve. En efecto, el principio de culpabilidad previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 dispone que solo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracciones administrativas los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en Derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva” (El subrayado es de la AEPD)

Por lo que atañe a la diligencia que es exigible en estos casos, la STAN de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006) indica: “...el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el infractor no se comporta con la diligencia exigible. Y en la valoración del grado de diligencia ha de ponderarse especialmente la profesionalidad o no del sujeto, y no cabe duda de que, en el caso ahora examinado, cuando la actividad de la recurrente es de constante y abundante manejo de datos de carácter personal ha de insistirse en el rigor y el exquisito cuidado por ajustarse a las prevenciones legales al respecto”. (El subrayado es de la AEPD)

Respecto a la ausencia del elemento subjetivo de la infracción que se invoca por la denunciada, resulta fundamental recordar que el Tribunal Supremo, Sentencia de

23 de enero de 1998, advierte que “...aunque la culpabilidad de la conducta también puede ser objeto de prueba, debe considerarse en orden a la asunción de la correspondiente carga que ordinariamente los elementos volitivos y cognoscitivos necesarios para apreciar aquella forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos, o en su vertiente normativa, que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta, en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de ausencia de culpa”.(El subrayado es de la AEPD)

El ilícito administrativo que se imputa a VODAFONE ESPAÑA, artículo 44.3. b) y c) de la LOPD, requiere la existencia de culpa como elemento integrante del tipo sancionador. La presencia de este elemento ha quedado acreditada en las dos infracciones que se imputan y se concreta en la falta de diligencia de que adolece su actuación. En concreto, la entidad denunciada, ha explicado el motivo por el que los datos personales del, por aquel entonces, menor de edad, estaban asociados a una cuenta de facturación que resulto ser de su padre, que no es otro que por un error, pero no ha explicado por que razón los datos del menor estaban ahocicados a un DNI con el que nada tiene que ver. Tampoco ha explicado el motivo de que pese a que el 09/06/2009 (folio 8) COLLECTION ASISTANCE le comunica el error en los datos que les han suministrado, emite la carta de pago de fecha 21/08/2009(Folio 33).

Asimismo, respecto a la culpabilidad o diligencia exigible en la comisión de la infracción del principio de calidad del dato, sirva a modo de ejemplo que a fecha de 28/04/2010, en la información que VODAFONE ESPAÑA, S.A. aporta en el trámite de investigaciones previas del presente procedimiento, siguen constando los datos del menor de manera errónea. Tanto con servicios asociados a éste de los que no es titular como con un DNI erróneo. (Folio 49). E Incluso a fecha de 25/02/2011 en la información que VODAFONE ESPAÑA, S.A. aporta en el trámite de pruebas del procedimiento sancionador de referencia, **continua ratificándose en su anterior escrito**.

Asimismo, se pone de manifiesto la falta de control en el tratamiento de datos que realiza VODAFONE ESPAÑA, S.A. por si misma y a través de sus distribuidores. A este respecto manifestó que fue el distribuidor The Phone House, quien volcó los datos en los sistemas.

Sin embargo tal circunstancia no se ha acreditado, y aún en el caso de constar probada tal actuación, es necesario establecer mecanismos de control de que los datos aportados al fichero, tanto por el responsable como por el encargado, cumplen la legalidad conforme a la LOPD.

En el presente caso se desconocen las cautelas que se tomaron para que los datos personales del menor de edad causaran alta en los sistemas, si VODAFONE ESPAÑA, S.A. o su distribuidor realizo alguna comprobación para verificar la identidad del potencial cliente y que efectivamente era titular del DNI que se comunicó, pues a la vista de as pruebas practicadas, éste correspondía a otra persona y a pesar de todo causa alta en sus sistemas, de lo que se deduce que o ninguna comprobación realizaron o erraron en la misma.

B) Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, la Ley Orgánica 15/1999 en su artículo 43.1 indica que “*los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en*



la presente Ley”.

Por su parte, el artículo 3 d) del citado texto legal considera “responsable del fichero o tratamiento” a la *“persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”*. En este caso la infracción es imputable a la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A. en su condición de responsable del fichero en el que figuraban los datos de la denunciante, y del tratamiento realizado.

Sin que consten hechos que permitan imputar a COLLECTION ASSISTANCE en tanto que actuaba en condición de “encargado de tratamiento” con el fichero que aquella le proporcionaba. Por tanto actuaba por cuenta de VODAFONE ESPAÑA, S.A. y no se han acreditado motivos para la aplicación del art. 12.4 de la LOPD, que agregarían la responsabilidad de éste, sin que en ningún caso exonerarían la de aquella.

VIII

Respecto al concurso de infracciones, y la vulneración del art. 4.4 del RD. 1389/1993 de 4 de agosto, cabe señalar lo siguiente:

En el presente caso, además de asociarse los datos de un menor a una cuenta de facturación que no era titular, y generar facturas y cartas de recobro a nombre de éste, los datos de dicho menor, están asociados a otro DNI y a otros productos distintos de los de la citada cuenta de facturación. Es decir, hay que diferenciar dos casos:

- A) El primero, es que por error en el volcado de datos realizado, según afirma VODAFONE con el distribuidor, en sus sistemas, se asociaron los datos a una cuenta que no le correspondía y a partir de ahí, se sucedieron los procedimientos previstos ante un impago (requerimiento de pago, y cartas de empresa de recobro). En ese caso hay incumplimiento del Art. 6 y del art. 4.3 de la LOPD, pero como es una única acción la que genera tales infracciones, **se aplica la teoría del concurso ideal de infracciones en virtud del cual se sancionaría únicamente por una de ellas, es decir, la más grave**. Resulta especialmente clarificadora a este respecto la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de mayo de 2010, (Rec. 421/2009).
- B) Y sin embargo, el segundo es que los datos del menor consistentes en nombre y apellidos, están, además de asociados a la cuenta de facturación de su padre, a un DNI con el que nada tiene que ver, y a unos productos, concretamente 3 líneas de teléfono *****TEL.1, ***TEL.5** y *****TEL.2**, que no ha contratado. Es decir, VODAFONE carece de cautela alguna a la hora de contratar estos tres productos: en primer lugar, porque el nombre del menor, esta asociado a un DNI cuyo titular es **D.D.D.**, nacido el 4/04/1969, y con domicilio en Madrid y en segundo lugar, porque el domicilio del “cliente” titular de estos servicios es de la localidad de Granada, por lo que las facturas están siendo enviadas a dicha dirección derivadas de una contratación fraudulenta de dichos productos. Es decir, el titular del DNI en cuestión no ha contratado los tres productos que tiene asociado, pues el dato del nombre y apellidos y dirección

constan de manera errónea, asociados al menor de edad-denunciante en el presente procedimiento.

- C) Las circunstancias expuestas *ut supra*, hacen que no se imponga sanción alguna por la vulneración del art. 4.3 de la LOPD, por aplicación de la teoría del concurso de infracciones, pero **agravan el desvalor de la acción típica**, es decir, el tratamiento sin consentimiento que realiza VODAFONE en las contrataciones acreditadas, al haberse acreditado **tres contrataciones fraudulentas y por tanto el tratamiento de datos sin consentimiento derivado de las mismas.**

IX

El artículo 45 de la LOPD, en la redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece, en sus apartados 1 a 5, lo siguiente:

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



significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

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

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

Debemos destacar circunstancias que resultan de gran trascendencia en aras a la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD:

La entidad denunciada ha tenido sendas oportunidades de corregir o subsanar el error que manifiesta que se ha cometido, sin que haya hecho nada, pues no puede dejar de valorarse la realidad que los datos del menor testimonian en los sistemas de VODAFONE ESPAÑA, S.A.. Asimismo es inadmisibles que tengan un DNI de otra persona y asociados tres productos que no se ha probado su contratación, que no haya aportado ninguna evidencia de que el error, aunque de manera indiciaria sea imputable a The Phone House.

Las circunstancias del precepto, no se dan en el presente caso, lo que impide apreciar la existencia de motivos para la aplicación de la facultad contemplada en el artículo 45.5, debido, por un lado, a que no obra en el expediente ningún elemento que lleve a apreciar la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en los apartados c), d) y e) del referido artículo y, por otro, a la especial diligencia y conocimiento de la normativa de protección de datos que se ha de exigir a las entidades profesionales cuando, como ocurre con la entidad imputada, el tratamiento de datos personales constituye parte habitual y esencial de su actividad.

Las empresas que por su actividad están habituadas al tratamiento de datos personales deben ser especialmente diligentes y cuidadosas al realizar operaciones con ellos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos (como de forma reiterada sostiene la Audiencia Nacional, entre otras en Sentencia de 26 de noviembre de 2008).

Por todo ello, procede imponer, por la infracción cometida, una multa cuyo importe se encuentre entre 40.001 € y 300.000 €, en aplicación de lo previsto en el apartado 2 del citado artículo 45, al tener la infracción imputada la consideración de grave. En el presente caso, tomando en consideración los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 45.4, y en particular, el carácter continuado de la infracción (*recuérdese que VODAFONE ESPAÑA, S.A. ha podido corregir la discordancia de los datos del menor y de la información aportada se deduce que nada ha hecho*), la falta de diligencia en la contratación de las líneas *****TEL.1, ***TEL.5 y ***TEL.2**, que si bien **no son objeto de sanción**, resulta especialmente clarificadoras para valorar las cautelas que toma la entidad denunciada cuando contrata sus productos, y finalmente la vinculación de la actividad de la entidad infractora con la realización de tratamientos de datos de carácter personal y el volumen de negocio de la misma, se impone una multa de 70.000 € por la infracción cometidas por VODAFONE

ESPAÑA, S.A.

X

Respecto al cambio de importe en la presente resolución del fijado en la Propuesta de Resolución, hay que señalar que tales variaciones son admitidas por la jurisprudencia del Alto Tribunal, al considerar que **siempre que las infracciones revistan la misma gravedad**, en el presente caso, grave, no se conculca los derechos procesales y de defensa del imputado, y por tanto no se da la *reformatio in peius*, ni es de aplicación lo dispuesto en el art. 20.3 del RD. 1389/1993 de 4 de agosto. La audiencia al interesado no es necesaria cuando al relación de hechos se mantiene, la calificación de la infracción (leve, grave o muy grave) no sea modificada y la sanción, aunque mayor que la fijada en la propuesta de resolución, sea una de la previstas por la ley. Así lo estableció el Tribunal Supremo en sendas Sentencias de 21/04/1997 (RJ 1997,3340) de 19/11/1998 (RJ 1998,1587). En palabras de la Sentencia de 17/09/199 del Tribunal Supremo “ *según reiterado criterio jurisprudencial de esta Sala (...) no existe la vinculación del órgano administrativo decisor a la propuesta del instructor en los términos que sostiene la actora, sino que los límites que debe respetar la resolución final del expediente son los hechos y la homogeneidad de la calificación de la infracción efectuada sobre la que se ha tenido oportunidad de defensa, pudiendo, por el contrario, adecuar la cuantía de la sanción dentro de los márgenes que permite la norma*”. (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: IMPONER a la entidad, **VODAFONE ESPAÑA, S.A.**, por una infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 b) de dicha norma, una multa de 70.000 € (setenta mil euros) de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **COLLECTION ASSISTENCE ASESORIA, VODAFONE ESPAÑA, S.A.** y a **A.A.A., B.B.B.**

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0000 0000 00 0000000000 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si recibe la notificación entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará



pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Madrid, 3 de junio de 2011
EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte