



Procedimiento N° PS/00002/2012

RESOLUCIÓN: R/01232/2012

En el procedimiento sancionador PS/00002/2012, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.**, vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.** y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 1 de Febrero de 2011 tiene entrada en la Agencia Española de Protección de Datos un escrito remitido por **Don A.A.A.** (*en lo sucesivo el denunciante) en el que manifiesta que la entidad denunciada ha dado de alta dos líneas de teléfono (*****TEL.1** y *****TEL.2**) con sus datos personales y sin su consentimiento, y le reclaman facturas pendientes de pago.

Adjunta entre otra la siguiente documentación:

- Carta de Vodafone España de fecha 22/12/2010 informando al epigrafiado de su obligación de satisfacer la cantidad pendiente de pago.
- Requerimiento de pago de fecha 11/01/2011 de la entidad SEINCO S.L. en representación de Vodafone España por un importe de 109,76€.
- Facturas de Vodafone.

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 12 de Abril de 2011 se solicita a **Vodafone España S.A.** la siguiente información relativa al epigrafiado y de su respuesta se desprenden los siguientes aspectos:

- Respecto de los productos que constan de alta a su nombre:

Consta el alta del producto denominado a mi aire 90x1 a todos con línea telefónica *****TEL.1** a nombre del epigrafiado con **fecha de alta 19/08/2010 y fecha de baja por impago 03/12/2010.**

La venta se formalizó telefónicamente (*televenta).

Consta el alta del producto denominado Línea Datos GSM con línea telefónica *****TEL.2** a nombre del epigrafiado con **fecha de alta 18/08/2010 y fecha de baja por impago 03/12/2010.**

La venta se formalizó telefónicamente (* televenta).

- Las facturas que se encuentran pendientes de pago están comprendidas entre el periodo de 18/08/2010 a 25/03/2011. Aportan copia de las que facturas que se encuentran pendientes de pago.

Actualmente, la deuda contraída se encuentra vigente.

- **No aportan las grabaciones relativas a la contratación de los servicios de las líneas telefónicas ***TEL.1 y ***TEL.2, indicando que les es imposible localizar tales grabaciones. No aportan tampoco contratos escritos.**
- Aportan copia de los contactos mantenidos con el cliente. Existe un contacto de fecha 02/09/2010 con la siguiente anotación "EL CLIENTE NO SE PORTARA SU LINEA YA QUE NO ES EL TITULAR... CLIENTE SOLICITA ANULAR PEDIDO...". Consta otro de fecha 06/09/2010 con la anotación "LOGRO CONTACTO CON CLIENTE ESTA INFORMADO DE COMUNICARSE CON EL DEPARTAMENTO DE BAJAS".
- Indican que no consta en la entidad expediente en papel relativo a las reclamaciones efectuadas por el afectado.
- La contratación no se realizó a través de tercera entidad.

TERCERO: Con fecha 13 de enero de 2012, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar, procedimiento sancionador a la Entidad--**VODAFONE ESPAÑA, S.A--**, por presunta infracción del art. 6 LOPD de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), tipificadas como infracción grave en el artículo 44.3 b) de dicha norma.

CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio, **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** mediante escrito de fecha 09/02/2012 formuló alegaciones, significando, que:

El denunciante tiene dos líneas asociadas a la Entidad Vodafone, la primera asociada al número *****TEL.1** dada de alta 19/08/2010 y desactivada temporalmente desde el 03/12/2010; y la segunda asociado al número *****TEL.2** dado de alta el 18/08/2010 y desactivada temporalmente el 03/12/2010.

Ponemos en conocimiento de la AEPD que no ha sido posible a mi representada localizar las grabaciones relativas a la contratación de los servicios (*****TEL.1** y *****TEL.2**) por parte del denunciante.

Los datos del denunciante como son entre otros, DNI, domicilio y cuenta bancaria, no se pueden obtener ordinariamente sin que sean facilitados por su dueño debido al carácter personalísimo y privado de los mismos; por tanto, la Entidad Vodafone no pudo haber obtenido los mismos salvo directamente del propio denunciante o de un tercero conocedor de los mismos.

Respecto a "copia del expediente en papel que, en su caso, obre en su poder relativo a las reclamaciones efectuadas por el afectado o por terceros en su nombre...", no consta en Vodafone documentación alguna al respecto.

Adjunta copia de las facturas pendientes de pago por parte del denunciante a la Entidad Vodafone.



QUINTO: Con fecha **17/02/2012** se inició el período de práctica de pruebas, según lo dispuesto en el art. 17.1 RD 1398/1993, 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

En el presente procedimiento se tienen por reproducidos a efectos probatorios la denuncia interpuesta por el denunciante y su documentación, los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección de la AEPD ante la Entidad Vodafone y el Informe de actuaciones previas de Inspección que forman parte del expediente E/1248/2011. Asimismo, se da por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio presentadas por la Entidad Vodafone y la documentación adjunta.

Item, en fecha 17/02/2012 se solicita en fase probatoria a la Entidad denunciada “que aporte copia de los documentos de identidad y bancarios aportados en su caso para la contratación de la línea asociada al DNI *****DNI.1** en relación con los números asociados a las líneas -*****TEL.1** y *****TEL.2**—”, “así como, copia del contrato o grabación correspondientes a los números -*****TEL.1** y *****TEL.2**-- .

En fecha 05/03/2012 se recibe la contestación de la entidad denunciada en donde manifiesta que *“los servicios *****TEL.4** y *****TEL.2** fueron contratados a través del canal de venta telefónica de Vodafone no habiendo podido recuperar las grabaciones correspondientes a las citadas altas. Por ello Vodafone no dispone de la información requerida en el presente apartado”*.

SEXTO: De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento, han quedado acreditados los siguientes hechos probados:

- 1) Que el denunciante tiene asociadas a la Entidad Vodafone tres servicios postpago: líneas *****TEL.3**, *****TEL.4** y *****TEL.2**. El mismo manifiesta no haber dado su consentimiento para el alta de las líneas -*****TEL.4** y *****TEL.2**--. Aporta las facturas correspondientes a los siguientes meses que abarcan: agosto, septiembre, octubre y noviembre del año 2010 emitidas por Vodafone, en donde se le requiere el pago de consumo asociado a los números indicados. Entre la documentación aporta copia de requerimiento de pago emitido por la Entidad SEINCO S.L de fecha 11/01/2011 en donde se le comunica que adeuda la cantidad de 109,76 €. (folios nº 1, 3, 6 a 17).
- 2) El servicio postpago relativo a la línea *****TEL.4** fue dado de alta en fecha 18/06/2009 y desactivado temporalmente por impago en fecha 03/12/2010. Mientras que el servicio postpago relativo a la línea *****TEL.2** fue dado de alta el 19/08/2010 y desactivado temporalmente por impago el 03/12/2010.
- 3) Solicitada por esta Agencia copia completa e íntegra de la grabación que contenga la contratación en el caso de contratación telefónica, la Entidad Vodafone alega en fecha 03/05/2011 “no ha sido posible a mi representada localizar las grabaciones relativas a la contratación de los servicios *****TEL.4** y *****TEL.2**.(folio nº 25).
- 4) El único contrato que la Entidad denunciada aporta es el correspondiente a la línea -*****TEL.3**--, única línea contratada por el denunciante.
- 5) Requerida la Entidad denunciada para que aporte “copia relativa a las reclamaciones efectuadas por el afectado o por terceros en su nombre”, **no consta** en Vodafone documentación alguna al respecto.

- 6) En fecha 05/03/2012 la entidad denunciada manifiesta que *“los servicios ***TEL.4 y ***TEL.2 fueron contratados a través del canal de venta telefónica de Vodafone no habiendo podido recuperar las grabaciones correspondientes a las citadas altas. Por ello Vodafone no dispone de la información requerida en el presente apartado”*.(folios nº 106 y 107)

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

Se imputa a la Entidad—**VODAFONE**—una vulneración del artículo 6.1 de la LO 15/1999.

El artículo 6 de la LOPD, determina:

*“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 comercial, 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 tratamiento de datos de carácter personal tiene que contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público, que existe una Ley que ampara ese tratamiento o una relación contractual o comercial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

El tratamiento de datos sin consentimiento constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, (F.J. 7 primer párrafo) señala 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. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele”.

Son pues elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales, los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y tratamiento de sus datos personales y a saber de los mismos.

III

Consta en los sistemas de información de la Entidad **VODAFONE ESPAÑA S.A.U** los datos personales del denunciante, asociados a un servicio que presta aquella, en concreto las líneas:

- *****TEL.3:** dada de alta en fecha 18 de junio de 2009 y que fue portada el 15 de junio de 2010.
- *****TEL.1:** dado de alta por televenta el 19 de agosto de 2010 y desactivado temporalmente por impago el 3 de diciembre de 2010.
- *****TEL.2:** dado de alta por televenta el 19 de agosto de 2010 y desactivado temporalmente por impago el 3 de diciembre de 2010.

Los sistemas de información de la denunciada han de conjugarse como la definición de **fichero**, que de conformidad con el art. 3b) LOPD como “*todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que sea la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso*”. Se puede afirmar por tanto, que la TME tiene en sus ficheros, los datos personales del denunciante.

Todo ello sitúa a la Entidad denunciada como responsable del fichero y se evidencia un tratamiento de datos, de conformidad con las definiciones legales recogidas en el texto normativo de la LOPD.

Por lo que de conformidad con el artículo 43 de la LOPD, la Entidad denunciada

se sitúa bajo el régimen de responsabilidad de la Ley orgánica de tanta cita.

IV

De acuerdo con las disposiciones transcritas en el Fundamento de Derecho II de esta Resolución, el tratamiento de los datos personales de un tercero exige contar con **el consentimiento** previo e inequívoco de su titular, exigencia de la que se dispensa al responsable del fichero, - entre otros supuestos previstos en la Ley Orgánica 15/1999-, cuando el tratamiento en cuestión se refiera a las partes de un contrato o precontrato y sea necesario para su mantenimiento o cumplimiento, (artículo 6.2 de la citada Ley Orgánica).

Es un hecho probado que el denunciante es cliente de la entidad-Vodafone—y que es titular de la línea asociada al número *****TEL.3**. Este aspecto es reconocido por ambas partes, tanto por el denunciante, como por la Entidad denunciada que aporta como único contrato el suscrito por el mismo en fecha 13 de junio del año 2009, en dónde constan los datos personales del mismo (nombre, apellidos, número de teléfono y número de cuenta bancaria).

En cuanto a las líneas objetos de controversia--*****TEL.4 y ***TEL.2**—las mismas fueron dadas de alta por el sistema de televenta asociada a los datos del afectado, el 19/08/2009 y se dieron de baja por impago, el 03/12/2010.

También resulta acreditado que la Entidad –Vodafone-- giró diversas facturas (cuatro en total) vinculadas a esas línea de telefonía en las que consta el nombre, apellidos, DNI y número de cuenta del denunciante. Estas facturas son aportadas por el denunciante **folios 6 a 13** ambos inclusive.

La cuestión central es determinar si la denunciada contaba con el consentimiento inequívoco del titular de los datos para el tratamiento realizado o si, al menos, la Entidad —Vodafone-- adoptó las medidas que la diligencia exige a fin de acreditar que la persona de quien recabó y obtuvo el consentimiento al tratamiento era su titular, única hipótesis en la que el tratamiento que ha venido haciendo de los datos del afectado tendría amparo legal.

Con este propósito por parte de esta Agencia se solicitó a la Entidad Vodafone, tanto durante las actuaciones previas de inspección como durante la fase de prueba, que aportara la Agencia copia del documento, cualquiera que fuese el soporte en el que conste, que acreditara que contaba con el consentimiento del epigrafiado para el tratamiento de sus datos vinculado al alta de la línea de telefonía móvil --*****TEL.4 y ***TEL.2--**.

En particular se solicitó a la Entidad Vodafone durante las actuaciones previas de inspección *“copia de los contratos suscritos por el afectado, incluyendo condiciones generales y particulares aplicables”*. A tal efecto, la Entidad denunciada aporta como único documento copia de un escrito emitido por la misma que *“se corresponde con un canje de puntos solicitado por el Sr. **A.A.A.** correspondiente a la línea *****TEL.5**”*.

En lo relativo a los contratos asociados a los números --*****TEL.4 y ***TEL.2--**, la Entidad denunciada alega en fecha 03/05/2011 *“no ha sido posible a mi representada localizar*



las grabaciones relativas a la contratación de los servicios -***TEL.4 y ***TEL.2--por parte del Sr. **A.A.A.**”.

Item, en idénticos términos se manifiesta en fecha 05/03/2012 cuando a requerimiento de la Agencia se le solicita copia de los documentos de identidad y bancarios aportados en su caso para la contratación de las líneas-- *****TEL.4 y ***TEL.2--**, alegando que “no habiendo podido recuperar las grabaciones correspondientes a las citadas altas”.

Finalmente, la Entidad denunciada manifiesta en fecha 09/02/2012 “que en lo que se refiere al estado de la deuda de los servicios de titularidad del Sr. A.A.A., advertir que ya no existe deuda pendiente, en tanto la misma ha sido cancelada realizando los abonos oportunos por parte de mi representada”, si bien **no consta** fehacientemente en que fecha se ha producido tal regularización.

En este caso, los datos personales del denunciante fueron vinculados a los siguientes números--*****TEL.4 y ***TEL.2--**, sin que haya quedado acreditado que el operador dispusiera del consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos personales ni que hubiera tomado las medidas para acreditar fehacientemente la identidad del cliente que supuestamente realizó la contratación de las citadas líneas asociadas al denunciante.

En este sentido, procede citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21/12/2001 en la que declara que “de acuerdo con el principio que rige en materia probatoria (art. 1214 del Código Civil) la Agencia de Protección de Datos probó el hecho constitutivo que era el tratamiento automatizado de los datos personales de D... (nombre, apellidos y domicilio), y a la recurrente incumbía el hecho impositivo o extintivo, cual era el consentimiento del mismo.

Es decir,... debía acreditar el consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de datos personales, o justificar que el supuesto examinado concurre alguna de las excepciones al principio general del consentimiento consagrado en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 5/1992. Y nada de esto ha sucedido”.

A la vista de lo expuesto cabe cuestionar si ha existido culpabilidad en la comisión de la conducta infractora. En este sentido, no cabe duda de que la culpabilidad constituye una nota esencial en materia sancionadora—art. 130 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común—y que la llamada responsabilidad objetiva no tiene cabida en el Derecho administrativo sancionador.

Efectivamente, el art. 130 de la Ley 30/92 de la LRJPAC dispone que: “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”. Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el Derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 15/1999, de 4 de julio y 76/1990, de 26 de abril) y la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo (por todas Sentencia de 23 de enero de 1998), así como, las exigencias inherentes a un Estado de derecho, exigen que el principio de culpabilidad requiera la existencia de dolo o culpa.

A tenor de lo expuesto, hemos de concretar que corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste, así en este sentido la Audiencia Nacional en Sentencia de fecha 31 de mayo del año 2006 señalaba: “Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas Sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec.185/2011) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la Ley”.

La Entidad denunciada-VODAFONE—no ha aportado en este caso prueba alguna admisible en derecho que acredite que contaba con el consentimiento del interesado, para que dicha operadora pudiera llevar el tratamiento de datos personales del mismo, antes bien, los documentos que han sido aportados a lo largo del procedimiento evidencian que no contaba con su consentimiento inequívoco.

En consecuencia, VODAFONE ha efectuado un tratamiento de los datos personales de la denunciante, sin que haya acreditado en el procedimiento que cuente con el consentimiento del afectado para el tratamiento de los mismos, ni que cuente con habilitación legal para ello.

Dicho tratamiento de datos vulnera el principio del consentimiento recogido en el artículo 6 de la LOPD, por cuanto el mismo ni se realizó con el consentimiento de la denunciante ni se ha realizado con la concurrencia de ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD, que hubieran permitido a VODAFONE tratar los datos del denunciante.

V

El artículo 127.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC), sanciona el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable estableciendo en que “*las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor*”, ya que, como se expone en el apartado 17 de su Exposición de Motivos, esta norma 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*”.

Por ello, es aplicable al presente procedimiento la modificación efectuada la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en lo adelante LES), en lo que se refiere a las multas previstas para las infracciones graves, ya que se ha minorado el límite inferior del intervalo de las cuantías de las mismas.

El art. 44.3 b) de la LOPD, con la redacción de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, considera infracción grave:

“b) Tratar los 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”.

El principio cuya vulneración se imputa a VODAFONE, el del **consentimiento**, se configura como principio básico en materia de protección de datos, y así se recoge en numerosas sentencias de la Audiencia nacional, entre otras, las de fechas 25/05/01 y 05/04/02.

VI

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.*

A tal efecto, el art. 45.5 de la LO 15/1999 dispone que: “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 (...)

Así, el citado artículo 45.5 de la LOPD debe aplicarse de forma excepcional y cuando se den suficientes circunstancias para ello. En el presente procedimiento, los hechos probados suponen una falta de diligencia debida que ha provocado la incidencia que motiva el presente procedimiento sancionador, con lesión de los derechos personales del denunciante

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/s circunstancias que el mismo precepto cita.

Las citadas circunstancias no se dan en el presente caso, lo que impide apreciar la existencia de motivos para la aplicación de la facultad contemplada en el art. 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 las operaciones con ellos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de dato (como de forma reiterada sostiene la Audiencia Nacional, entre otras en Sentencia de 26 de noviembre de 2008).

Entre la documentación aportada por el denunciante consta reflejada los contactos cliente-Entidad denunciada en el número de atención al cliente de la referida Entidad—1444—con fecha 21/01/2011; lo que determina una primera manifestación del denunciante a efectos de poner en conocimiento de la Entidad denunciada, una situación *“irregular”* en los servicios prestados y en la utilización de sus datos de carácter personal. (folios nº 14 y 15).

Por todo ello se propone imponer 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 LOPD, al tener la infracción imputada la consideración de **grave**. En el presente caso, una vez analizadas las alegaciones y pruebas practicadas, tomando en consideración los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el art. 45.4, y en particular, la vinculación de la actividad de la Entidad infractora con la realización de tratamiento de datos de carácter personal—45.4 c) LOPD--, el volumen de negocio de la misma—45.4 d)LOPD-- y la reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza—45.4 j)



LOPD--se propone imponer una multa de **50.000€**.

Por lo que atañe a los criterios de graduación de las sanciones contemplados en el art. 45.4 de la LOPD, debe valorarse a favor de la denunciada la ausencia de intencionalidad en la comisión de la infracción. Sin embargo, es preciso **apreciar otras circunstancias que operan como agravante de la conducta ahora enjuiciada**. Entre ellas cabe citar, como ya hemos señalado, la vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal y el importante volumen de negocio de la entidad (circunstancias previstas en los apartados c y d del art. 45.4 de la LOPD).

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 denunciada --**VODAFONE ESPAÑA, S.A--**, por una infracción del **artículo 6.1** de la LOPD, tipificada como infracción grave en el artículo 44.3b) de dicha norma, una multa de **50.000€** (cincuenta mil euros) de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la Entidad--**VODAFONE ESPAÑA, S.A--** y a Don **A.A.A.**

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, 1 de junio de 2012

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: José Luis Rodríguez Álvarez