



Procedimiento nº.: PS/00068/2012

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00807/2012

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00068/2012 y en consideración a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 24 de septiembre de 2012, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00068/2012, en virtud de la cual se imponía a la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A., una sanción de **50.000 €** (cincuenta mil euros), por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.d) , de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 24 de septiembre de 2012, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con 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 LOPD.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00068/2012, se dejó constancia de los siguientes:

*<<PRIMERO: La denunciante, Dña. A.A.A., con NIF ***NIF.1 (según resulta de los folios 2 y 3 del expediente), manifiesta que es cliente de Vodafone, con quien tiene contratada la línea ***TEL.1, y que otra cliente de la compañía, con la que no tiene ninguna relación, al acceder a la página web de Vodafone "Mi Vodafone" (página en la que ella no está dada de alta) no ve sus datos sino que tiene acceso a los de la denunciante: su número de teléfono, importe facturado, datos bancarios y llamadas hechas.*

*Añade que tanto esa tercera persona como ella se pusieron en contacto con Vodafone (a través de las incidencias de reclamación ***NÚMERO.1, ***NÚMERO.2, e ***NÚMERO.3) sin que la operadora solucionase el problema. (Folios 1 y 4)*

SEGUNDO: *Obran en el expediente, a los folios 6 a 9, impresiones de pantalla de la página MI Vodafone de B.B.B., con teléfono ***TEL.2, que da acceso a la información siguiente:*

- Cuenta Vodafone ***CUENTA.1
- Titular de la cuenta A.A.A.
- Identificador fiscal ***NIF.1



- Ciclo de facturación día 26 de cada mes
 - Histórico de pagos: se hace referencia a los de fecha 01/01/2011 por importe de 0,59 € y de fecha 02/02/2001 por importe de 53,19 €
 - Copia de la factura emitida el 02/02/2001 en la que constan todos los números a los que se han dirigido sms o llamadas. Figuran también en la factura los datos bancarios de la denunciante parcialmente anonimizados, (folios 7 a 9)

TERCERO: Los inspectores de la AEPD, tras examinar los ficheros de Vodafone en la sede de la entidad, verifican que en el “Sistema de información general de clientes de Vodafone” denominado CLARIFY, la denunciante aparece como titular, no solo de la línea que efectivamente tiene contratada con la compañía (número *****TEL.1**), sino también de la línea *****TEL.3**. (Folios 12 y 17)

CUARTO: Los inspectores de la AEPD, tras examinar los ficheros de Vodafone en la sede de la entidad, verifican que en el “Sistema de Información de Gestión de Contactos con los clientes de Vodafone”, denominado CRM, la denunciante consta como titular de la línea efectivamente contratada (número *****TEL.1**) y de la línea *****TEL.2**, así como de una línea prepagada (número *****TEL.4**)

QUINTO: Los inspectores de la AEPD con ocasión de la inspección practicada en la sede de la denunciada examinaron las facturas asociadas a la cuenta Vodafone *****CUENTA.2**, a nombre de la denunciante, **A.A.A.**, asociadas a la línea *****TEL.2**, verificando que se habían emitido a nombre de **B.B.B.** (folios 21 a 34)

SEXTO: Los inspectores actuantes acceden al Historial de Casos de la línea *****TEL.2**, que figura a nombre de la denunciante, comprobando la existencia de diversos contactos:

- De fecha 04/02/2011, con la siguiente leyenda: “...el cliente cuando trata de consultar la factura en la página de internet de Vodafone ingresa los datos personales y la clave y siempre le sale la factura de otra persona lleva esta incidencia hace dos meses y el cliente quiere ver su factura y su cuenta no los de otra persona...”. (El subrayado es de la AEPD)
- De fecha 14/02/2011: “...CLIENTE SOLICITA QUE VERIFICAR SUS FACTURAS A TRAVES DE LA PÁGINA MI VODAFONE USUARIO *****TEL.5** Y CONTRASEÑA **** YA QUE APARECEN LOS DATOS DE OTRA PERSONA **A.A.A.**. FAVOR CREAR SUBCASO Y SOLUCIONARLO LO MÁS PRONTO”. (Folio 36)

SÉPTIMO: Interrogados los representantes de la denunciada, durante la inspección practicada en su sede, sobre el documento aportado por la afectada con su denuncia, en el que se puede comprobar que al acceder con el código de usuario *****TEL.2**, aparecen los datos de **B.B.B.** como usuaria de la web y la información de facturación de **A.A.A.**, manifestaron que el problema podría estar motivado por la discrepancia de ambos sistemas de información (CLARIFY y CRM), no pudiendo aportar más información, (folio 13)



Posteriormente, en escrito remitido a la Inspección de Datos en fecha 25 de octubre de 2011 la representación de la denunciada manifestó lo siguiente:

“...tras realizar las oportunas averiguaciones, en este caso nos encontramos ante una incidencia de índole técnico y con carácter puntual en la interrelación entre las bases de datos de Vodafone que contienen datos de clientes.

Tal y como se adelantó a la Agencia en el marco de la propia inspección, el sistema CRM recoge los datos del sistema General de Clientes denominado Clarify. Con carácter general existe una conciliación perfecta entre todos los sistemas de tal forma que, cuando un cliente accede a la herramienta Mi Vodafone, los datos que se vuelcan a la misma desde los diferentes sistemas son aquellos que están conciliados en los sistemas.”

Y añadieron que “... debido a un error técnico, se ha producido una discordancia entre esos sistemas, (...) esto tiene como consecuencia que en las conciliaciones que deben establecer entre los sistemas implicados se establezca una relación que no se ajusta a la realidad y esto a su vez origina que, cuando desde los sistemas web de autogestión de nuestros clientes (como es la herramienta Mi Vodafone) , un cliente acceda a su perfil, se encuentre un escenario de servicios asociados a sus datos que no se ajusta a la realidad y que viene replicado desde los sistemas de conciliación, por una incidencia de índole técnico de relaciones en la base de datos origen de los mismos”. (Folio 65) El subrayado es de la AEPD.

OCTAVO: Obra en el expediente copia de la reclamación presentado contra Vodafone por **B.B.B.** ante la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad de Madrid (en lo sucesivo JAC de la CAM), con fecha de entrada en ese organismo el 14 de junio de 2011. De la que se desprende lo siguiente:

- De la documentación que remite a la JAC resulta que la Sra. **B.B.B.** se reconoce como la titular del número *****TEL.2**, (ver folio 56).
- De la exposición de hechos sobre los que versa su reclamación arbitral se desprende que desde el mes de febrero de 2011 cuando accede al portal “Mi Vodafone” para ver sus facturas sale la “facturación de otra persona con todos sus datos bancarios, DNI, etc. Llamo repetidas veces para solucionar el problema cuanto antes, me formatean la cuenta, pone nº de incidencias, dicen haberme solucionado el problema y no es así, sigo viendo facturas que no son mías”, (folio 54).
- Que en el escrito de reclamación arbitral solicitó también la baja de la línea sin tener que abonar penalización. La explicación que ofrece para solicitar la baja es que Vodafone, tras las reclamaciones formuladas por el anormal funcionamiento de la página web, ha restringido las llamadas de su línea. (Folio 56).
- Aporta copia de una factura de la denunciante, Sra. **A.A.A.**, obtenida desde la página Mi Vodafone, (folio 58)

NOVENO: Vodafone respondió a la prueba solicitada en el curso del expediente sancionador, relativa a las notas e información que consten en sus ficheros relativas a



las reclamaciones que efectuaron tanto la denunciante como la Sra. **B.B.B.** identificadas con las referencias ***NÚMERO.1, ***NÚMERO.2, e ***NÚMERO.3, en los siguientes términos:

- a) Incidencia ***NÚMERO.3 –cuyo número correcto considera Vodafone que es el ***NÚMERO.4. De la documentación remitida por Vodafone se desprende que la denunciante efectuó una reclamación a la que se asignó esa referencia, que tiene asociada la siguiente nota:

*“Registro Telefónico 23/02/2011. (..) Cliente reclama ya que no ha podido registrarse en Mi Vodafone porque sus datos se encuentran cruzados con las de otra cliente llamada **C.C.C.** que ingresa a Mi Vodafone con sus propios datos personales y le aparece la información de Dña. **D.D.D.**. La cliente solicita que se arregle en sistemas el problema que tiene para acceder a Mi Vodafone, dado el hecho que es otra persona la que por error entra a Mi Vodafone y tiene acceso a su información” (Folio 95) (El subrayado es de la AEPD)*

- b) Sobre la incidencia ***NÚMERO.2, de las impresiones de pantalla facilitadas por Vodafone (folios 98 a 100) se desprende que existió un registro telefónico de fecha 04/02/2011 con la siguiente anotación:

“...el cliente cuando trata de consultar la factura en la página de internet de Vodafone ingresa los datos personales y la clave y siempre le sale la factura de otra persona lleva esta incidencia hace dos meses y el cliente quiere ver su factura y su cuenta no los de otra persona...”

TERCERO: VODAFONE ESPAÑA, S.A., ha presentado en la Agencia Española de Protección de Datos, en fecha **24 de octubre de 2012**, recurso de reposición en el que tras manifestar su conformidad con lo acordado por el Director de la AEPD en el apartado segundo de su resolución, - el archivo de las actuaciones seguidas por presunta vulneración de los artículos 6.1 y 9 de la LOPD al no ser encuadrable la conducta en los tipos sancionadores de los artículos 44.3.b) y 44.3.h) de la Ley Orgánica-, impugna el acuerdo por el que se sanciona a la compañía por una infracción del artículo 10 de la LOPD.

El recurso interpuesto se funda, en esencia, en los mismos argumentos expuestos a lo largo del procedimiento. A las consideraciones anteriores el recurso añade que no ha existido conducta antijurídica, por cuanto Vodafone España, S.A., ha guardado los datos de su cliente en todo momento utilizando los mecanismos oportunos, sin que se produjeran problemas en los sistemas y procedimientos de seguridad previstos por la compañía. Reitera que la vinculación de los datos de la denunciante con los de otro cliente ha sido fruto de una incidencia puntual y aislada cometida en la gestión del alta por el agente que intervino en ella. Argumenta que la “*tipología de los datos*” a los que se ha tenido acceso pone en tela de juicio la comisión de una infracción del artículo 10 LOPD y en todo caso debe ser tomada en consideración para graduar el importe de la sanción. Insiste en su petición de que se aplique el artículo 45.5 LOPD, tanto al amparo del apartado b, como del apartado a, del precepto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto 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 (en lo sucesivo LRJPAC).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por VODAFONE ESPAÑA, S.A., (en lo sucesivo la recurrente o Vodafone) en las que reitera, básicamente, las alegaciones ya presentadas en el curso del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho **II y V al VII**, ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<< II

La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, dispone:

Artículo 6, “consentimiento del afectado”:

“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.

Artículo 9, “Seguridad de los datos”:

“1. El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento, deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.

2. No se registrarán datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas.

3. Reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros y las personas que intervengan en el tratamiento de los datos a que se refiere el artículo 7 de esta Ley”.

Artículo 10, “Deber de secreto”:

“El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”.

(...)

V

El presente expediente sancionador tiene también por objeto determinar la posible responsabilidad de la entidad Vodafone **por infracción del artículo 10** de la LOPD, fruto de la revelación de los datos contenidos en sus ficheros.

A) El artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, transcrito en el Fundamento Jurídico I de esta propuesta, se ocupa del deber de secreto, que tiene como finalidad evitar que, por parte de quienes están en contacto con los datos personales almacenados en ficheros, se realicen filtraciones de datos no consentidas por sus titulares.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 19 de julio de 2001 afirma que “El deber de guardar secreto del artículo 10 queda definido por el carácter personal del dato integrado en el fichero, de cuyo secreto sólo tiene facultad de disposición el sujeto afectado, pues no en vano el derecho a la intimidad es un derecho individual y no colectivo. Por ello es igualmente ilícita la comunicación a cualquier tercero, con independencia de la relación que mantenga con él la persona a que se refiera la información (...)”.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional, que en Sentencias de 14 de septiembre de 2001 y 29 de septiembre de 2004 ha afirmado que “Este deber de sigilo resulta esencial en las sociedades actuales cada vez más complejas, en las que los avances de la técnica sitúan a la persona en zonas de riesgo para la protección de derechos fundamentales, como la intimidad o el derecho a la protección de los datos que recoge el artículo 18.4 de la CE.

Este precepto – artículo 10 de la LOPD- contiene un <<instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos>> (STC 292/2000). Derecho fundamental a la protección de los datos que <<persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino>> (STC 292/2000), que impida que se produzcan situaciones atentatorias con la dignidad de la persona, <<es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida>>.



B) *En el presente asunto ha quedado acreditado que los datos personales de la denunciante, nombre, dos apellidos, NIF, número de teléfono, relación de llamadas efectuadas con los números de teléfono de los destinatarios, y datos bancarios parcialmente anonimizados, han sido accesibles a una tercera persona – también cliente de Vodafone- durante un prolongado periodo de tiempo.*

*De la documentación que obra en el expediente resulta probado que en la reclamación efectuada a Vodafone en el mes de febrero se denunciaba por la Sra. **B.B.B.** que desde hacía dos meses (esto es, desde primeros de enero o final de diciembre) tiene problemas en la página Mi Vodafone y está accediendo a los datos de la denunciante.*

La conducta antijurídica - la revelación de los datos de la denunciante por la entidad Vodafone, en tanto ha permitido el acceso a un tercero a través de su página web Mi Vodafone-, está plenamente acreditada. A tal fin nos remitimos a los hechos probados segundo y octavo último inciso, que versan sobre los documentos aportados; sexto y noveno, que versan sobre las reclamaciones registradas en Vodafone; y séptimo, sobre el reconocimiento de los representantes de Vodafone con ocasión de la inspección practicada en su sede de la revelación de los datos de la afectada. En el mismo sentido nos remitimos al escrito de Vodafone de alegaciones al acuerdo de inicio del expediente en el que dice textualmente:

*“...la Sra. **B.B.B.**, titular real del servicio *****TEL.2** procedió a darse de alta en la herramienta Mi Vodafone, lo que debido a la incidencia anteriormente mencionada, al acceder a su cuenta pudo comprobar que el mismo estaba vinculado a la Sra. **A.A.A.**, lo que ocasionó que la Sra. **B.B.B.** pudiese ver datos de aquella “ (folio 81). El subrayado es de la AEPD.*

*En consecuencia, habida cuenta de que es responsabilidad de Vodafone la custodia de los datos que se incorporan a sus ficheros, y dado que ha quedado acreditado que los datos de la denunciante fueron efectivamente conocidos por una tercera persona, en tanto Vodafone ha posibilitado el acceso a datos personales de sus clientes sin su consentimiento, **se concluye que vulneró el artículo 10 de la LOPD, infracción tipificada en el artículo 44.3. d) de la citada norma.***

El artículo 44.3.d) de la LOPD tipifica como infracción grave “ La vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal al que se refiere el artículo 10 de la presente Ley”.

VI

*Corresponde examinar a continuación si la conducta de Vodafone, que estimamos vulnera el **artículo 10 de la LOPD**, puede subsumirse en el tipo sancionador contemplado en el artículo **44.3.d)** y si, en tal caso, la infracción es Imputable a la operadora mencionada.*

A) *Respecto a la primera de estas cuestiones, constatado que la entidad realizó la acción típica – infracción del deber de secreto de los datos incorporados a sus ficheros–, **se debe verificar si concurre el elemento subjetivo de la culpabilidad**, cuya presencia 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, el Tribunal Constitucional en STC 76/1999 afirma que las sanciones administrativas participan de la misma naturaleza que las penales, al ser una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado y que, como exigencia derivada de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal consagrados en los artículos 9.3 y 25.1 de la CE, es imprescindible la presencia de este elemento para imponerlas.

El artículo 130.1 de la LRJPAC proclama 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. 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.

En ese sentido la Audiencia Nacional, Sentencia de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006), 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”

La jurisprudencia exige a aquellas entidades en las que el desarrollo de su actividad conlleva un continuo tratamiento de datos de clientes y terceros que observen un adecuado nivel de diligencia. En la Sentencia anteriormente citada la Audiencia Nacional precisó que “...el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el infractor no se comporta con la diligencia exigible. Y en la valoración del grado de diligencia ha de ponderarse especialmente la profesionalidad o no del sujeto, y no cabe duda de que, en el caso ahora examinado, cuando la actividad de la recurrente es de constante y abundante manejo de datos de carácter personal ha de insistirse en el rigor y el exquisito cuidado por ajustarse a las prevenciones legales al respecto”.

*Trasladando las consideraciones precedentes al supuesto que analizamos se verifica que, en este caso, **el elemento subjetivo de la culpabilidad se concreta en la grave falta de diligencia demostrada por Vodafone** en el tratamiento de los datos de la denunciante, con ocasión del desarrollo de su actividad empresarial.*

*Como ha explicado la representación de Vodafone en sus alegaciones al acuerdo de inicio, (ver antecedente de hecho quinto de la propuesta), en el momento de la contratación por la Sra. **B.B.B.** del servicio asociado al *****TEL.2**, debido a un error humano e involuntario de los agentes que gestionaron el alta, el servicio se vinculó a la denunciante, Sra. **A.A.A.**. Paralelamente, la Sra. **B.B.B.**, verdadera titular del número *****TEL.2**, procedió a darse de alta en Mi Vodafone, lo que, debido a la incidencia anteriormente expuesta, ocasionó que pudiera ver datos de la Sra. **A.A.A.***

Esgrime en su defensa Vodafone que su actuación está ausente de todo



elemento de culpabilidad, intencionalidad o negligencia, indispensable para que la conducta de la entidad sea constitutiva de una infracción administrativa y merecedora de una sanción. A tal efecto advierte que existió un error puntual, aislado, e involuntario cometido por los agentes al gestionar el alta de la línea de Dña. **B.B.B.**

Pues bien, a este respecto, además de insistir en el contenido de los pronunciamientos judiciales anteriormente reseñados debemos recordar que, **cuando el error es muestra de una falta de diligencia el tipo es aplicable**. La Audiencia Nacional en Sentencia de 21 de septiembre de 2004 (RCA 937/2003), se pronuncia en los siguientes términos:

“Además, en cuanto a la aplicación del principio de culpabilidad resulta que (siguiendo el criterio de esta Sala en otras Sentencias como la de fecha 21 de enero de 2004 dictada en el recurso 1139/2001) que la comisión de la infracción prevista en el artículo 44.3.d) puede ser tanto dolosa como culposa. Y en este sentido, si el error es muestra de una falta de diligencia, el tipo es aplicable, pues aunque en materia sancionadora rige el principio de culpabilidad, como se infiere de la simple lectura del Art. 130 de la Ley 30/1992, lo cierto es que la expresión “simple inobservancia” del Art. 130.1 de la Ley 30/1992, permite la imposición de la sanción, sin duda en supuestos doloso, y asimismo en supuestos culposos, bastando la inobservancia del deber de cuidado” (el subrayado es de la AEPD).

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 consecuencia, Vodafone, en su condición del responsable del fichero al que se incorporaron los datos personales de la afectada que fueron revelados a un tercero es responsable de la infracción del artículo 10 de la LOPD que se le imputa.

VII

El artículo 45 de la LOPD, apartados 1 a 5, según redacción introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece:

- “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 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.

Las circunstancias indicadas 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 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 se ven obligada a un tratamiento continuo 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 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 infracción grave.

La denunciada ha solicitado la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD invocando que concurren varias de las circunstancias descritas en el artículo 45.4 de la citada norma, (apartado a, del 45.5). No obstante, como veremos seguidamente tal pretensión no puede prosperar.

Por lo que respecta a los criterios de graduación de las sanciones contemplados en el artículo 45.4 de la LOPD, en contra de la tesis sustentada por Vodafone, estimamos que concurren diversas **circunstancias que operan como agravantes** de la conducta que ahora se enjuicia. Así, las previstas en los apartados siguientes:

c): "la vinculación de su actividad con la realización de tratamientos de datos de carácter personal".

f): "el grado de intencionalidad", (expresión que debe interpretarse como grado de culpabilidad), puesto que ha quedado acreditado Vodafone incurrió en una grave falta de diligencia al permitir la revelación a un tercero de datos personales de la afectada. Falta de diligencia que se ve agravada por la nula reacción desplegada ante tal hecho que se mantuvo durante varios meses pese a las reclamaciones efectuadas a la entidad tanto por la denunciante como por la tercera persona que tenía acceso a la información que debería estar protegida.

Tomando en consideración que no procede la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD y la presencia de las circunstancias previstas en los apartados c) y f) del artículo 45.4 de la citada norma, se estima procedente sancionar a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, con una multa de 50.000 € (cincuenta mil euros) por la infracción del **artículo 10 de la LOPD**, tipificada como infracción grave en el artículo **44.3. d) de la LOPD.**>>

III

Respecto a los nuevos argumentos que Vodafone hace valer en su escrito de recurso, expuestos brevemente en el Hecho Tercero de esta resolución, procede indicar lo siguiente.

La AEPD no ha puesto en tela de juicio en la resolución impugnada, por cuanto no hay pruebas que apoyen tal afirmación, que Vodafone no hubiera seguido los protocolos y medidas de seguridad que reglamentariamente se exigen con el fin de proteger los datos de carácter personal que le facilitan sus clientes. Es precisamente por tal motivo por el que se acordó el archivo de las actuaciones seguidas por presunta infracción del artículo 9 de la LOPD.

En relación a la "incidencia puntual y aislada" que en su opinión ha sido el origen de los hechos que nos ocupan, como ya se señaló en la resolución recurrida la Doctrina de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo) es clara en tal sentido cuando afirma que *si el error es muestra de una falta de diligencia el tipo es aplicable*



(STAN de 21 de septiembre de 2004).

En cuanto a la “*tipología de los datos*” de la afectada que han sido revelados a un tercero y a la posibilidad que plantea de que esta circunstancia impida calificar los hechos que son objeto de valoración de una infracción de revelación de secreto, basta indicar lo siguiente: De los artículos 10 y 44.3.d) LOPD resulta que la revelación de secreto se refiere a los *datos de carácter personal* y que éstos se definen en el artículo 3 a) como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Por otra parte como se precisa en los hechos probados de la resolución impugnada los datos personales de la denunciante a los que un tercero pudo tener acceso desde el portal Mi Vodafone fueron el nombre y apellidos, NIF y número de teléfono. Por tanto, parece de todo punto irrelevante a los efectos de calificación de la conducta el extremo que invoca, que los dígitos de la cuenta corriente de la que es titular la denunciante se encontraran parcialmente anonimizados.

Por lo que atañe a la pretensión de que se aplique el artículo 45.5.b) en consideración a que cuando Vodafone recibió el Laudo Arbitral procedió a la subsanación del problema, lo que en su opinión es ejemplo de una reacción diligente, debemos insistir en que la conducta no es en ningún caso ejemplo de diligencia. Tomando como referencia la fecha en la que la denunciante interpuso reclamación ante la Junta Arbitral de Consumo, lo que aconteció el 14 de junio de 2011, los hechos probados revelan que cuatro meses antes Vodafone tuvo noticia de diversas reclamaciones en las que se describían los hechos que motivaron la apertura de este expediente, permaneciendo la entidad inactiva durante todo ese tiempo. Así los ficheros de Vodafone acreditan que existieron reclamaciones el 4, 14 y 23 de febrero de 2011.

En atención a las consideraciones precedentes los argumentos esgrimidos por la recurrente no pueden prosperar.

IV

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, VODAFONE ESPAÑA, S.A., no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 24 de septiembre de 2012, en el procedimiento sancionador PS/00068/2012.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.**



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, se podrá interponer en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto según lo previsto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos