



Procedimiento nº: PS/00094/2012

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00657/2012

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/00094/2012, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 20 de julio de 2012, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00094/2012, en virtud de la cual se imponía a la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A., dos sanciones de 50.000 €, por vulneración de lo dispuesto en los artículos 6.1 y 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracciones tipificadas como graves en los artículos 44.3.b) y 44.3.c) de la misma norma, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 24/07/2012, 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/00094/2012, quedó constancia de los siguientes:

PRIMERO. *Con fecha de 14/03/2011 tiene entrada en esta Agencia un escrito de la afectada en el que denuncia a VODAFONE por alta fraudulenta de dos líneas telefónicas, así como por una deuda no contraída pues no ha sido cliente de la citada empresa, habiéndosele requiriendo de pago y conminándole, en caso de no hacerlo, a incluir sus datos en fichero de morosos (folio 1).*

SEGUNDO. *El denunciante aporta copia de su DNI nº *****DNI.1**, cuyo domicilio (C/.....1) (Madrid), coincide con el que figura en el escrito de denuncia (folio 9).*

TERCERO. *En los ficheros informatizados de VODAFONE constan los siguientes productos vinculados a la denunciante:*

*- Línea asociada al nº *****TEL.1**, modalidad línea A mi medida M, con fecha de alta 08/12/2010 y baja el 01/03/2011.*

*- Línea asociada al nº *****TEL.2**, modalidad línea A mi medida L, con fecha de alta 08/12/2010 y baja el 01/03/2011 (folios 38 y 39).*

CUARTO. *VODAFONE no ha podido acreditar, ni aportar documentación alguna, gráfica o sonora, de la contratación de las líneas asociadas a los números *****TEL.1** y *****TEL.2**. En escrito de fecha 24/04/2012 ha manifestado “ que ha sido imposible localizar los contratos relativos a las líneas mencionadas” (folio 226).*



QUINTO. Constan copias de los atestados de las denuncias, de fechas 19/02/2011, 21/02/2011, 04/04/2011 y 03/05/2011, formuladas por la denunciante ante el puesto de la Guardia Civil de Majadahonda (Madrid), en las que manifiesta, en síntesis, que se había recibido de VODAFONE carta informándole de una deuda proveniente de dos líneas de telefonía, líneas que no habían sido contratadas por la denunciante; que se había puesto en contacto con VODAFONE par darles de baja; que ha conseguido saber que los mismos son los números *****TEL.1** y *****TEL.2**; que la cuenta donde le cargan los gastos está domiciliada en La Caixa, que en dicha entidad le han comunicado que no tiene abierta cuenta a su nombre; que en VODAFONE le han comunicado que el domicilio que les consta no es el suyo en **(C/.....1)**; que una persona había dado de alta las dos líneas con los datos de la denunciante; que las factura llegan a una cuenta de La Caixa que ha sido abierta con sus datos, cuando ella no abrió cuenta en ningún momento; que ha realizado gestiones ante VODAFONE enviando fax con la denuncia y sin embargo, no han dado de baja a las citadas líneas, sino que le han pasado un cargo de 878,72 euros; que quería denunciar a VODAFONE, pues a pesar de haber puesto en su conocimiento los hechos acaecidos continua pasándole recibos para que los pague; que le ha enviado cartas y faxes sin que le hayan respondido (folios 169 a 176).

SEXTO. Consta que la denunciante se dirigió, vía fax, a VODAFONE el 21/02/2011, 24/02/2011, 01/03/2011, 05/04/2011 y 04/05/2011 comunicándole que no era cliente de la entidad, por lo que solicitaba que cancelaran sus datos y dieran de baja a las líneas contratadas fraudulentamente a su nombre, dando igualmente traslado de la denuncias interpuestas ante la Guardia Civil de Majadahonda (Madrid) (folios 179 a 190).

SEPTIMO. VODAFONE ha aportado copias de las facturas emitidas en relación con las líneas asociada a los números *****TEL.1** y *****TEL.2**:

- 1) *****FACT.1**, de 12/12/2010, por importe de 11,78 euros.
- 2) *****FACT.2**, de 12/01/2011, por importe de 460,32 euros.
- 3) *****FACT.3**, de 12/02/2011, por importe de 642,72 euros.
- 4) *****FACT.4**, de 12/03/2011, por importe de 878,72 euros.
- 5) *****FACT.5**, de 12/04/2011, por importe de 878,72 euros.

Con excepción de la primera factura, *****FACT.1** en cuyos datos bancarios figura un número de cuenta de La Caixa, las restantes contienen un número de cuenta perteneciente a VODAFONE y, en todas ellas figura como domicilio de factura **(C/.....2)**, 28017-Pozuelo de Alarcón (Madrid), domicilio que no es reconocido por la denunciante (folios 227 a 241).

OCTAVO. La Caixa, en escrito de fecha 10/05/2012, ha aportado copia del contrato de CC nº *****CCC.1** y del documento de identidad de su titular, nº de CC que figura tanto en los sistemas informáticos de VODAFONE asociado a la denunciante, como en la primera de las facturas emitidas por VODAFONE en relación con las líneas asociadas a los números a los números *****TEL.1** y *****TEL.2**, constando como titular D. **A.A.A.**, domiciliado en **(C/.....3)**, 28050-Madrid, con NIE(número de identificación de extranjero) *****NIE.1** (folios 246 a 253).

NOVENO. Consta requerimiento de la empresa de recobros ISGF, de fecha 24/02/2011, intimándole al pago de una deuda pendiente con VODAFONE por importe de 642,72 euros, informando que en caso contrario, su representada se verá



obligada a informar sus datos a ficheros de solvencia (folio 2). Asimismo, Constan comunicaciones de VODAFONE, de fechas 10/02/2011 y 28/03/2011, dirigidas a la denunciante en la que le informan de la existencia de una deuda por importe de 460,32 euros y 878,72 euros respectivamente, motivo por el que habían procedido a la suspensión cautelar del servicio (folios 166 y 167). También, consta otra de fecha 22/04/2011 requiriéndole de pago y que en caso contrario solicitaran la inclusión en ficheros de morosos (folio 168).

DECIMO. *EXPERIAN, en fecha 16/08/2011, ha informado que en el fichero BADEXCUG figura una incidencia asociada al identificador *****DNI.1** correspondiente a la denunciante, por una operación telecomunicaciones, informado por VODAFONE, con fechas de alta y baja 29/05/2011 y 19/06/2011, por un saldo impagado de 878,72 euros (folio 115). Consta la notificación de la citada incidencia a la dirección: (C/.....1) (Madrid) (folio 114).*

UNDECIMO. *Consta que la denunciante se dirigió a EXPERIAN, como responsable del fichero BADEXCUG, en fecha 14/06/2011, en el ejercicio del derecho de cancelación de los datos que figuraban incluidos en el fichero, quien en fecha 17/06/2011 le informaba que habían procedido a la cancelación en el fichero BADEXCUG de la operación informada por VODAFONE. También le informaban de las entidades que habían consultado sus datos los últimos seis meses: BANCAJA, UNOE BANK y VODAFONE (folio 125).*

TERCERO: VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en lo sucesivo el recurrente), ha presentado en fecha 28/08/2012, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento: que según consta en los sistemas de la entidad, la denunciante tiene asociados dos servicios a las líneas *****TEL.1** y *****TEL.2**, contratados a través de una tercera entidad distribuidora; que hasta el 24/02/2011 la denunciante no se pone en contacto con VODAFONE denunciando la supuestas altas fraudulentas de las dos líneas, las cuales permanecerían activas hasta el 01/03/2011, siendo en dicha fecha cuando se llevó a cabo su desactivación definitiva, procediéndose a realizar las averiguaciones pertinentes con el fin de determinar si el alta de los servicios era fraudulento; que en ningún caso la entidad ha infringido el artículo 6.1 de la LOPD, puesto que el tratamiento se basa en el consentimiento otorgado por la denunciante mediante el procedimiento establecido para la contratación a través de una tercera entidad distribuidora, ni el artículo 4.3 de la LOPD, puesto que consecuencia del consumo derivado de las citadas líneas, se procedió a su facturación y el impago de las mismas provocó que se incluyeran los datos personales de la denunciante en los ficheros de morosidad; que en caso de que existiera por VODAFONE infracción de la normativa de protección de datos resultaría de aplicación el artículo 4.4 del REPEPOS y la aplicación subsidiaria de los artículos 45.4 y 5 de la LOPD.

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 el recurrente, reiterándose básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho del II a VIII ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

II

En primer lugar, se imputa a VODAFONE en el presente procedimiento la comisión de una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, que dispone lo siguiente: “El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.”

El tratamiento de datos sin consentimiento del afectado 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), “...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 (...)”.

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.

Se puede afirmar, tal y como tiene sentado consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo - por todas las Sentencias de 8 de febrero de 1.964, 26 de mayo de 1.986 y 11 de junio de 1.991 - en interpretación del artículo 1.253 del Código Civil, que existen tres modos o formas básicas del consentimiento: expreso, manifestado mediante un acto positivo y declarativo de la voluntad; tácito, cuando pudiendo manifestar un acto de voluntad contrario, éste no se lleva a cabo, es decir, cuando el silencio se presume o se presupone como un acto de aquiescencia o aceptación; y presunto, que no se deduce ni de una declaración ni de un acto de silencio positivo, sino de un comportamiento o conducta que implica aceptación de un determinado compromiso u obligación. A efectos de la Ley Orgánica 15/1999 y con carácter general, son admisibles las dos primeras formas de prestar el consentimiento.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2007 (Rec 356/2006) en su Fundamento de Derecho Quinto señala que: “ por lo demás, en cuanto a los requisitos del consentimiento, debemos señalar que estos se agotan en la necesidad de que este sea “inequívoco”, es decir, que no exista duda alguna sobre la prestación de dicho consentimiento, de manera que en esta materia el legislador, mediante el artículo 6.1 de la LO de tanta cita, acude a un criterio sustantivo, esto es, nos indica que cualquiera que sea ,la forma que revista el consentimiento éste ha de aparecer como evidente, inequívoco – que no admite duda o equivocación- , pues éste y



no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar al consentimiento. Por tanto, el establecimiento de presunciones o la alusión a la publicidad de sus datos en otro lugar resulta irrelevante, pues dar carta de naturaleza a este tipo de interpretaciones pulverizaría esta exigencia esencial del consentimiento, porque dejaría de ser inequívoco para ser “equivoco”, es decir, su interpretación admitiría varios sentidos y, por esta vía, se desvirtuaría la naturaleza y significado que desempeña como garantía en la protección de los datos, e incumpliría la finalidad que está llamado a verificar, esto es, que el poder de disposición de los datos corresponde únicamente a su titular”.

Por otra parte, el artículo 6.2 de la LOPD establece las excepciones a la necesidad del consentimiento del afectado. Dicho artículo establece lo siguiente:

“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”.

VODAFONE no ha acreditado en el procedimiento que cuente con el consentimiento de la denunciante para el tratamiento de sus datos personales, materializado en el alta de las líneas asociadas a los números *****TEL.1** y *****TEL.2**, emitiéndole facturas desde el 12/12/2010 hasta el 12/04/2011. Dicho tratamiento de datos vulnera el principio del consentimiento recogido en el artículo 6.1 de la LOPD, por cuanto que el mismo ni se realizó con el consentimiento del denunciante, ni concurre en el supuesto examinado ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD que permitirían a VODAFONE tratar los datos de la denunciante sin su consentimiento.

III

La representación de VODAFONE ha alegado que la entidad no ha infringido el artículo 6.1 de la LOPD, ya que el tratamiento se basa en el consentimiento otorgado por la denunciante al facilitar sus datos personales a través del medio utilizado en el presente caso para la contratación, una tercera entidad distribuidora de servicios VODAFONE, el Hipercom de Sanchinarro.

En primer lugar, y en referencia a la participación de una tercera entidad distribuidora en la contratación, la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 26/04/2012 señala que: “Es al responsable del fichero y/o del tratamiento, como esta Sala ha reiterado en numerosas ocasiones (SSAN 31-5-2006, Rec. 539.2004, y 13-6-2007 Rec.389.2005, por todas), y no al distribuidor (como se argumenta en la demanda) a quien corresponde asegurarse de que aquél a quien solicita consentimiento efectivamente lo da y que esa persona que está dando el consentimiento es realmente 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”.



*En segundo lugar, de la documentación aportada al expediente se deduce que en los ficheros de VODAFONE, constan como productos vinculados a la denunciante las líneas de telefonía asociadas a los números *****TEL.1** y *****TEL.2**; así se desprende de las impresiones de pantalla de los registros informáticos aportados por VODAFONE. Además, la propia entidad denunciada ha reconocido que “que ha sido imposible localizar los contratos relativos a las líneas mencionadas”.*

Se hace necesario indicar que es a VODAFONE a quien le corresponde acreditar el consentimiento de la titular de los datos tratados. Significativa es en este sentido la sentencia de la Audiencia Nacional de 21/12/2001 en la que se señala:

“ 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 impeditivo o extintivo, cuál 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”.

Más recientemente la sentencia de la Audiencia Nacional de 27/01/2011, ratifica el criterio precedente y señala: “...constituye doctrina reiteradísima y consolidada de la Sala, derivada del calificativo de inequívoco que acompaña en el artículo 6 LOPD a la prestación del consentimiento por el titular de los datos, que la negativa del afectado, en el sentido de no haber cumplimentado ningún contrato con la entidad que trata dichos datos personales, traslada a este último la carga de la prueba”.

La LOPD exige que el titular de los datos preste su consentimiento inequívoco, pues a él, y no a un tercero, le corresponde el poder de disposición sobre sus datos personales. Muy claramente el artículo 3.h de la LOPD al definir el consentimiento se refiera a la manifestación de voluntad que el interesado hace respecto a los “datos que le conciernan”.

Por otra parte, el sistema de contratación telefónica es un método válido y admitido en derecho del que se ocupa el Real Decreto 1906/1999, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales, en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. El artículo 5.3 de la citada Ley 7/1998 establece que “en los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma” (el subrayado es de la AEPD).

El R.D. 1906/1999 reitera la obligación de confirmar documentalmente la contratación efectuada por vía telefónica, electrónica o telemática y dispone en su artículo 5.1 y 2 lo siguiente:

“1. La carga de la prueba sobre la existencia y contenido de la información previa de las cláusulas del contrato; de la entrega de las condiciones generales; de la



justificación documental de la contratación una vez efectuada; de la renuncia expresa al derecho de resolución; así como de la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental y el momento de sus respectivos envíos, corresponde al predisponente.

2. A estos efectos, y sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, cualquier documento que contenga la citada información aún cuando no se haya extendido en soporte papel, como las cintas de grabaciones sonoras, los disquetes y, en particular, los documentos electrónicos y telemáticos, siempre que quede garantizada su autenticidad, la identificación fiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión y recepción, será aceptada en su caso, como medio de prueba en los términos resultantes de la legislación aplicable...”

Sin embargo, VODAFONE no ha presentado ninguna prueba de la contratación telefónica en la que supuestamente la denunciante habría otorgado su consentimiento, ni ha acreditado haber adoptado las medidas que la diligencia aconseja a fin de demostrar que la persona que presta el consentimiento es en realidad el titular de los datos tratados.

*Como ha quedado acreditado ni ha aportado documento alguno relativo a la identidad de la contratante de las líneas de telefonía controvertidas y como ha quedado patente en el hecho probado octavo, La Caixa, ha aportado copia del contrato de CC nº *****CCC.1** (cuenta que figura en los registros de la denunciada asociados a la denunciante, así como en la primera factura emitida), y del documento de identidad del titular de la misma figurando D. **A.A.A.**, domiciliado en **(C/.....3)**, 28050-Madrid, con NIE(número de identificación de extranjero) *****NIE.1**.*

En este mismo sentido se expresa la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 26/04/2012 al señalar que: “Es por ello que venimos afirmando con posterioridad, mediante una doctrina reiterada y consolidada en la actualidad (SAN 22 de abril de 2010, Rec. 368/2009, entre otras muchas) que la adopción de medidas para la perfecta identificación de los clientes no puede constituir un elemento de atenuación de la responsabilidad sino que constituye el cumplimiento de una obligación ordinaria exigible a las empresas que trabajan con grandes volúmenes de datos personales, sin que pueda considerarse la adopción de estas medidas como base para la apreciar disminución de la culpabilidad ó de la antijuridicidad”.

Todo este comportamiento, supone por parte de VODAFONE una vulneración del principio de consentimiento, recogidos en el artículo 6.1 de la LOPD, del que debe responder.

IV

El artículo 4.3 de la LOPD, dispone que: “Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”.

La obligación establecida en el artículo 4.3 transcrito impone la necesidad de que los datos personales que se recojan en cualquier fichero sean exactos y respondan, en todo momento, a la situación actual de los afectados, siendo los responsables de los ficheros quienes responden del cumplimiento de esta obligación.

El artículo 29 de la LOPD regula de forma específica los ficheros establecidos



para prestar servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, y distingue dentro de ellos dos supuestos, uno de los cuales son los ficheros en los que se tratan datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. Así, dispone en este sentido, en su apartado 2: “Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley”. Añadiendo el párrafo 4 del mismo artículo que “sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos.”

El artículo 38.1 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, señala que:

“1. Sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a. Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada.*
- b. Que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquélla fuera de vencimiento periódico.*
- c. Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación”.*

Y el artículo 39 del Reglamento de desarrollo de la LOPD establece que:

“El acreedor deberá informar al deudor, en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento al que se refiere la letra c del apartado 1 del artículo anterior, que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos previstos en el citado artículo, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias”.

Es, por tanto, el acreedor el responsable de que los datos cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4 de la LOPD, puesto que como acreedor es el único que tiene la posibilidad de incluir los datos en el fichero y de instar la cancelación de los mismos, toda vez que es quien conoce si la deuda realmente existe o si ha sido saldada.

Es objeto de estudio en el presente procedimiento, y por tanto cuestión a dilucidar en el mismo, si la inclusión de los datos del denunciante en el fichero BADEXCUG se realizó conforme determina la normativa de protección de datos.



En el presente caso, ha quedado acreditado que los datos personales del la denunciante fueron informados al fichero de solvencia, informados por VODAFONE, con fechas de alta y baja 29/05/2011 y 19/06/2011, por un saldo impagado de 878,72 euros, por una operación de telecomunicaciones y en calidad de titular, sin que la deuda informada fuera cierta, puesto que consta acreditado que el denunciante no era cliente de la entidad.

*Además, el saldo impagado procedía de la facturación llevada a cabo por la denunciada desde el 12/12/2010 hasta el 12/04/2011, en las que con excepción de la primera factura, *****FACT.1** en cuyos datos bancarios figura un número de cuenta de La Caixa (que como ya se ha expresado en el fundamento anterior pertenece a un extranjero), las restantes contienen un número de cuenta perteneciente a VODAFONE y, en todas ellas figura como domicilio de factura (C/.....2), 28017-Pozuelo de Alarcón (Madrid), domicilio que no es reconocido por la denunciante (hecho probado séptimo).*

Todo este comportamiento, supone por parte de VODAFONE una vulneración del principio de calidad de datos, recogidos en el artículo 4.3 de la LOPD, en relación con el artículo 29.4 de la misma Ley, que encuentra su tipificación en el artículo 44.3.c) de la citada norma.

V

Consta acreditado en esta Agencia que las entidades asociadas al fichero BADEXCUG suministran periódicamente las relaciones de las altas, bajas y modificaciones de los datos de sus clientes para que tales actualizaciones queden registradas en el citado fichero, siendo las entidades informantes las que deciden sobre la alta o la cancelación de los datos de sus clientes del fichero de morosidad.

Los datos personales del denunciante son datos que figuran en los propios ficheros automatizados de VODAFONE. Adicionalmente son comunicados al responsable del fichero de solvencia a través de procedimientos que implican un tratamiento automatizado de los datos tratados, cedidos, e incorporados al fichero común de información sobre solvencia patrimonial, en caso de que dichos datos sean de obligados respecto de una deuda para con la entidad que insta la inclusión .

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (art. 43), concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d). Este precepto, innovando respecto de la Ley Orgánica 5/1992, incluye en el concepto de responsable tanto al que lo es del fichero como al del tratamiento de datos personales. Conforme al artículo 3.d) de la LOPD, el responsable del fichero o del tratamiento es “la persona física o jurídica (...) que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”. El propio artículo 3 en su apartado c) delimita en qué consiste el tratamiento de datos, incluyendo en tal concepto las “operaciones o 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”.

En este sentido se pronunciaba la Audiencia Nacional en su sentencia de 18 de enero de 2006: “Y que duda cabe que la LOPD comprende bajo su régimen sancionador, al que suministra los datos al responsable del fichero, que es quien en realidad sabe la situación en que se encuentra el crédito, si ha sido o no satisfecho, en que condiciones y en que momento ha tenido lugar. En definitiva es el conocedor de la

situación de solvencia en que se encuentra el afectado. Y en caso de que se produzca una modificación de dicha situación, debe informar al responsable del fichero para que este refleje con veracidad la situación actual del afectado”

Es preciso, por tanto, determinar si en el presente caso la actividad desarrollada por VODAFONE puede subsumirse o no en tales definiciones legales.

VODAFONE instó la incorporación al fichero BADEXCUG los datos del denunciante en virtud de una deuda que no respondía con veracidad a la situación actual del afectado. Dicha comunicación se realizó mediante un procedimiento que implica un tratamiento automatizado de los datos, como es su incorporación a una cinta magnética en cuyo destino también va a ser tratada automáticamente por los responsables de los ficheros de solvencia.

En virtud de lo anterior, se desprende que VODAFONE ha sido la responsable del tratamiento de los datos en sus propios ficheros y de su comunicación a través de tratamientos automatizados. En ese tratamiento de datos automatizado, VODAFONE ha transmitido una información de la denunciante como deudor, ha decidido la finalidad del tratamiento de la información, del contenido de la información y del uso de la misma.

Todo ello, sin que la exactitud y certeza de los datos informados por VODAFONE a dicho fichero de morosidad haya sido contrastada. Esto supone una vulneración del principio de calidad del dato, que comienza a infringirse en el momento en que se mantienen datos erróneos en un fichero que presta información a terceros sobre el incumplimiento de obligaciones dinerarias. Así como sostiene la Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, el artículo 18.4 de la CE, del que son desarrollo las leyes Orgánicas 5/1992 y 15/1999, incorpora un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, “ en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la divinidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”

Los hechos anteriormente relatados son contrarios al principio de calidad de datos consagrado en el artículo 4.3, en relación con el 29.4 de la LOPD, toda vez que VODAFONE, instó la inscripción de los datos de la denunciante en el fichero BADEXCUG por una deuda que no era cierta, ni respondía a la situación actual (de aquel entonces) de la denunciante, puesto que ésta no era cliente de la entidad, lo que supone una vulneración del principio de calidad del dato del que VODAFONE debe responder.

VI

Alega la representación VODAFONE la existencia de un concurso ideal entre las infracciones que se imputan, artículos 6.1 y 4.3 de la LOPD, no siendo posible sancionar conjuntamente ambas, debiendo dejar sin efecto esta última, principio de calidad del dato, por derivar necesariamente de la infracción del principio de consentimiento.

El artículo 4.4 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que dispone:

“En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deber imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.”



No obstante, no procede la aplicación del precepto transcrito, dado que del tratamiento de datos sin consentimiento no se deriva, necesariamente, la vulneración del principio de calidad de los datos tratados, dado que VODAFONE no se limitó al tratamiento de los datos del denunciante sino que, además, comunicó al fichero de solvencia patrimonial una información que no era cierta, sin asegurarse de la veracidad de la misma. Son, por tanto, dos infracciones totalmente diferentes e independientes, sin que la comisión de una de ellas implique, necesariamente, la comisión de la otra.

VII

De acuerdo con las previsiones de la LOPD, según redacción dada por la Ley 21/2011, 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 ha vulnerado el principio del consentimiento, artículo 6.1, como del principio de calidad de los datos contenido en el artículo 4.3, en relación con el 29.4, de la LOPD; infracciones que, tras la reforma introducida por la Ley 21/2011, se encuentran tipificadas, respectivamente, en los artículos 44.3.b) y 44.3.c) de la Ley Orgánica 15/1999.

VODAFONE ha incurrido en las infracciones descritas ya que ha vulnerado dichos principios, consagrados en los artículos 6.1 y 4.3 de la LOPD, cuando informó al fichero BADEXCCUG los datos del denunciante asociados a una deuda que no le correspondía, sin que existiera relación contractual en relación con las líneas asociadas a los números *****TEL.1** y *****TEL.2**, de la que procedía la citada deuda y que encuentran su tipificación en los artículos 44.3.b) y 44.3.c) de la citada Ley Orgánica.

VIII

El artículo 45.2, 4 y 5 de la LOPD establece que:

“2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 € a 300.000 €

(...)

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”.

En el supuesto examinado, VODAFONE ha solicitado la aplicación subsidiaria del artículo 45.5 de la LOPD, al existir una apreciada disminución de la culpabilidad debiendo tenerse en cuenta el proceder de la denunciada actuando conforme a la legalidad vigente y en cuanto a la deuda ya que en cuanto los servicios objeto de controversia fueron catalogados como fraude procedió en un plazo breve, comprendido entre el 13 y el 19/06/2011 a la cancelación de los datos en el fichero de solvencia, lo que permite reducir la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones leves y, adicionalmente, la aplicación del apartado 4 del citado artículo, al concurrir supuestos contemplados en el mismo.

Alega VODAFONE la ausencia de intencionalidad, que no ha habido beneficios como consecuencia de la infracción, la ausencia de perjuicios para la persona afectada y que la entidad tenía implantados procedimientos adecuados para la recogida y tratamiento de datos de carácter personal.

En cuanto a la ausencia de intencionalidad, expresión que debe entenderse en el sentido del ausencia de “culpabilidad”, esta interpretación ha sido corroborada por la Audiencia Nacional en su sentencia de 12/11/2007 (Rec 351/2006), señalando “Comienza el recurrente invocando la no intencionalidad de su conducta. (...) Cuando concurre una falta de diligencia, como aquí acontece, existe culpabilidad y la conducta merece sin duda un reproche sancionador sin que el hecho de que no exista actuación dolosa deba conllevar necesariamente una disminución aún mayor de la sanción cuando ésta ha sido impuesta en su grado mínimo”. Por tal razón, si bien es cierto que no es posible sostener en el presente asunto que la citada operadora hubiera actuado intencionadamente o con dolo, hay que señalar que el tipo apreciado no requiere dolo para su perfección, pudiendo ser cometido a título de simple negligencia.

En cuanto a las circunstancias e) y h) del artículo 45.4 de la LOPD, se hace



necesario señalar que con motivo de los hechos acaecidos la afectada acudió hasta en cuatro ocasiones ante el puesto de la Guardia Civil de Majadahonda (Madrid), además de atribuírsele la condición de deudor respecto de dos líneas telefónica, que ha quedado acreditado no había sido contratadas por la denunciante. En este mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional en varias sentencias, entre otras la de fecha 11/03/2010, rec. 429/2009, señalando que "Por otra parte, esta Sala también ha declarado con reiteración que son irrelevantes los perjuicios económicos toda vez que, el interés jurídico protegido por la LOPD es la privacidad, sin que sea necesaria lesión o daño patrimonial sino que basta que el comportamiento enjuiciado incida en la esfera privada de los afectados por los datos tratados" y en sentencia de fecha 02/12/2010, señala que "También ha considerado la Sala irrelevante a los efectos de la aplicación de la citada atenuación privilegiada la falta de beneficios para la recurrente o la ausencia de perjuicios para el 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 de las 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 artículo 45.5, debido, por un lado, no obra en el expediente ningún elemento que lleve a apreciar la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en los apartados b, 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).

Tampoco se aprecia una actuación diligente de la denunciada que se haya traducido en una regularización, por su parte, en un tiempo prudencial, de la situación creada, no pudiendo aceptarse lo alegado por la entidad. Consta acreditado que la afectada formuló hasta en cuatro ocasiones, 19/02/2011, 21/02/2011, 04/04/2011 y 03/05/2011, denuncias ante el puesto de la Guardia Civil de Majadahonda (Madrid) en las que manifestaba que no había contratado las citadas líneas y de las que tenía conocimiento la operadora, puesto que había dado traslado de las mismas, mediante faxes de fechas 21/02/2011, 24/02/2011, 01/03/2011, 05/04/2011 y 04/05/2011 en los que además les comunicaba que no era cliente de la entidad, que no había contratado las líneas, que cancelaran sus datos y que dieran de baja a las líneas contratadas fraudulentamente a su nombre. Sin embargo, el comportamiento de VODAFONE fue el contrario, como lo prueba la comunicación remitida a la denunciante el 28/03/2011 informándole de la existencia de una deuda por importe 878,72 euros, motivo por el que habían procedido a la suspensión cautelar del servicio y carta de fecha 22/04/2011 requiriéndole de pago y que en caso contrario solicitarían la inclusión en ficheros de morosos. Hecho que posteriormente se producirá al proceder VODAFONE, el



29/05/2011 a informar los datos de la denunciante al fichero BADEXCUG. A mayor abundamiento, ha quedado acreditado que la operadora había asociado los datos de la denunciante a una cuenta que no le correspondía, ya que su titular era un ciudadano extranjero (hecho probado octavo).

Por lo que atañe a los criterios de graduación de las sanciones contemplados en el artículo 45.4 de la LOPD, si bien existen circunstancias que operan como atenuantes de la conducta que ahora se enjuicia, como el apartado i) del artículo 45.4 "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", es necesario tener en cuenta otras circunstancias que operan como agravantes de la misma. Entre estas últimas hay que señalar el apartado a) El carácter continuado de la infracción, porque como ha declarado en numerosas resoluciones la Audiencia Nacional, la infracción del artículo 4.3 de la LOPD que se imputa a VODAFONE, tiene naturaleza de infracción continuada o permanente (STAN de 24 de junio de 2010, Rec. 539/2007), c) "la vinculación de su actividad con la realización de tratamientos de datos de carácter personal" pues es evidente que en el desarrollo de la actividad empresarial que desempeña se ve obligada a un continuo tratamiento de datos personales tanto de sus clientes como de terceros y el apartado d) "volumen de negocio" toda vez que se trata de la una de las grandes operadoras de telefonía del país, por cuota de mercado.

Por tanto, en el presente caso, valoradas en conjunto las circunstancias privilegiadas del artículo 45.4 de la LOPD, tanto favorables como adversas a la denunciada, se acuerda imponer dos multas de 50.000 € cada una por las infracciones de los artículos 6.1 y 4.3 de la LOPD de las que VODAFONE debe responder.

III

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, el recurrente no ha aportado nuevos hechos, documentos 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 20 de julio de 2012, en el procedimiento sancionador PS/00094/2012.

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.