



Procedimiento nº PS/00267/2012

**ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00110/2013**

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/00267/2012, y en base a los siguientes,

**HECHOS**

**PRIMERO:** Con fecha 15 de noviembre de 2012, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00267/2012, en virtud de la cual se imponía a la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A., una sanción de 20.000 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 6.1 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.b, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 19/11/12, 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/00267/2012, quedó constancia de los siguientes:

*«**1º** Consta denuncia presentada por D. **A.A.A.** presentada con fecha 27/06/11. En la misma manifiesta que ha recibido un escrito de VODAFONE ESPAÑA, S.A. reclamándole la cantidad de 221,56€, por un servicio de línea fija de teléfono y ADSL que no ha contratado*

*2º Consta impresión de pantalla de los ficheros de la entidad denunciada en el que figura D. **A.A.A.** como titular de dos cuentas como cliente de Vodafone:*

Cuenta cliente	Línea	Alta	Baja	Estado
<b>***CUENTA.1</b>	<b>***TEL.1</b>	22/3/02	8/7/03	Desactivación definitiva
<b>***CUENTA.2</b>	<b>***TEL.2</b>	25/01/11	15/09/11	Desactivación definitiva

*3º El denunciante no tiene ninguna factura pendiente con Vodafone. Ya que si bien figura respecto a la línea **\*\*\*TEL.2** un deuda de 447,93€ dicho servicio se ha catalogado como fraude. Consta como cuenta de cargo: **\*\*\*CCC.1***

*4º No se ha acreditado la contratación de las dos líneas. Habiéndose realizado la correspondiente a la línea **\*\*\*TEL.3** por el sistema de televenta.*

*5º Consta impresión de pantalla con las comunicaciones y contactos mantenidos entre la entidad y el denunciante>>>>>*

**TERCERO:** VODAFONE ESPAÑA, S.A. ha presentado en fecha 19/12/12 en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, fundamentándolo, básicamente, en que el tratamiento que se hizo por la entidad denunciada de los datos del denunciante estaba basado “en el debido consentimiento otorgado por él mismo al facilitar sus datos personales mediante el canal de televenta” sin perjuicio que posteriormente la línea fuera catalogada como fraudulenta corrigiendo todo lo necesario.

## **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.**, 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 al IV ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

### **<<<<< II**

*Se imputa a Vodafone el tratamiento sin consentimiento de los datos personales del denunciante. Con la consecuencia que se cargasen a su cuenta corriente facturas por importe total de 221,56€, derivadas del consumo de línea de móvil **\*\*\*TEL.3** que no había contratado*

*El artículo 6.1 de la LOPD dispone lo siguiente:*

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

*Por su parte, el apartado 2 del mencionado artículo contiene una serie de excepciones a la regla general contenida en aquel apartado 1, estableciendo que: “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 sin consentimiento de los afectados 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 uso de sus datos personales y a saber de los mismos.*

*Por otra parte, 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 de 2006 señalaba: “Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) 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”.*

*“Respecto al consentimiento – dice la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2009 - , es de interés reseñar que el apartado 1 del Art. 6 LOPD exige el consentimiento inequívoco del afectado para el tratamiento de sus datos de carácter personal. El adjetivo “inequívoco” que califica al consentimiento, significa según el Diccionario de la Real Academia Española “que no admite duda o equivocación” y, por contraposición, a equívoco, lo que no puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o que no puede dar ocasión a juicios diversos.*

*La exigencia de que sea inequívoco está relacionada con la forma de prestar el consentimiento, pues el citado precepto no establece ni requiere que tenga que prestarse de forma determinada, ni de forma expresa o por escrito. Esta Sala viene considerando que no es necesario que dicho consentimiento se preste de forma expresa, con base a que no tendría sentido la exigencia de consentimiento expreso para el tratamiento de los datos especialmente protegidos a que se refiere el Art. 7 LOPD.*

*Ahora bien, el consentimiento, como ha dicho esta Sala de forma reiterada, entre otras en la sentencia de 20 de septiembre 2006, tiene que ser inequívoco por parte del titular de los datos pues es él y no un tercero quien tiene el poder de disposición y control sobre sus datos personales, aun cuando no se requiere que se produzca de forma expresa o por escrito pero sí debe reunir los requisitos previstos en el artículo 3h) y 6.1 de la LOPD”.*

*Vodafone en este caso no ha aportado prueba documental que acredite el*

*consentimiento del denunciante para que dicha operadora telefonía pudiera llevar a cabo el mencionado tratamiento de datos personales (asociando sus datos personales a servicios de telefonía no contratados por él, pudiendo tratarse de una operación fraudulenta a investigar por la policía), antes bien, los documentos que obran en el procedimiento evidencian que no contaba con su consentimiento inequívoco.*

*Por otra parte, la operadora de telefonía manifestó a esta Agencia en fase de actuaciones previas de investigación que contratación de la línea **\*\*\*TEL.2** fue realizado a través de Televenta, pero “no ha sido posible localizar copia de la grabación”*

*Respecto a la activación de servicios no contratados, y en consecuencia el tratamiento de datos personales sin consentimiento para ello, la sentencia de 1 de marzo de 2011 (R. 91/2010) viene a decir que:*

*“El denunciante niega haber solicitado la terminal telefónica así como haber suscrito contrato alguno o haber solicitado el alta. Frente a ello, la entidad recurrente no aporta prueba de la existencia de relación contractual con el denunciante, pues ni consta contrato por escrito ni grabación de la conversación telefónica en la que solicitase el alta. Es más, la falta de voluntad para contratar también se desprende de la inexistencia de uso alguno de dicha línea y de la propia reclamación telefónica realizada ante la compañía el 17 de noviembre de 2008, tal y como consta por la transcripción de la llamada del denunciante que incorpora la entidad recurrente en su escrito de alegaciones (...). Por otra parte, la recepción del terminal de teléfono en su domicilio familiar no puede ser tomada como prueba de consentimiento.*

*(...) y el hecho de que dispusiesen del nombre completo y el documento de identidad del afectado tampoco constituye una prueba indiciaria de dicha contratación pues la compañía recurrente disponía de tales datos en base a una relación contractual previa con dicho cliente”.*

*El Real Decreto 1906/1999 (como desarrollo reglamentario del también citado artículo 5 de la Ley 7/1998), en su artículo 3 sobre “Confirmación documental de la contratación efectuada” establece que*

*“1. Celebrado el contrato, el predisponente deberá enviar al adherente inmediatamente y, a más tardar, en el momento de la entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato, justificación por escrito o, a propuesta del mismo, en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado y en su propio idioma o en el utilizado por el predisponente para hacer la oferta, relativa a la contratación efectuada donde deberán constar todos los términos de la misma. A los efectos de lo indicado en este apartado, el predisponente deberá indicar en la información previa a que se refiere el artículo anterior los distintos tipos de soportes entre los que podrá elegir el adherente como medio de recepción de la justificación de la contratación efectuada.*

*2. Lo dispuesto en el apartado 1 no será aplicable a los contratos relativos a servicios de tracto único que se ejecutan mediante el empleo de técnicas de comunicación a distancia y cuya facturación sea efectuada por un operador de tales técnicas de comunicación, y sin perjuicio de informar en todo caso al adherente de la dirección del establecimiento del proveedor donde pueda presentar sus reclamaciones y del coste específico y separado de la comunicación y del servicio.*



3. Se entiende por soporte duradero cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento, en particular los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes del correo electrónico”.

Cabe decir por tanto que, ante la falta de acreditación por parte de de la operadora del consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos personales, y ante la ausencia de cobertura legal que amparase dicho tratamiento sin consentimiento, se estima vulnerado por la entidad imputada el artículo 6.1 de la LOPD.

Abundando en este sentido, procede citar la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21 de diciembre de 2001 en la que se declaraba 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 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”.

En dicho sentido, el ya citado R.D. 1906/1999 establece en su artículo 5, “Atribución de la carga de la prueba”:

“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 aun 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.

Para ello, en los casos de contratación electrónica, deberá utilizarse una firma electrónica avanzada que atribuya a los datos consignados en forma electrónica el mismo valor jurídico que la firma manuscrita, conforme a lo dispuesto en el [Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre](#), sobre firma electrónica. En estos casos, al documento electrónico se acompañará una consignación de fecha y hora de emisión y recepción, en su caso”.

### III

La disposición final quincuagésima sexta, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha modificado varios artículos de la LOPD, dando nueva redacción al artículo 44, en concreto a sus apartados 2 a 4.



Por otra parte, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) - al decir en su Exposición de Motivos (punto 17) que “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”- sanciona el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable estableciendo en el artículo 128.2 que “las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.

De este modo, el artículo 44.3.b) de la LOPD considera 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”.

En el presente caso, en base a lo expuesto, se estima que Vodafone ha realizado un tratamiento de los datos personales del denunciante sin su consentimiento: **al no haberse justificado la contratación de la línea** (que opera como justificación documental de la misma), y por consiguiente no se han podido precisar qué garantías o cautelas se tuvieron en cuenta en la contratación, ni las actuaciones llevadas a cabo para verificar la titularidad de los datos facilitados.

Por consiguiente **la falta de diligencia exigible en la contratación** de las líneas supone una vulneración del principio de consentimiento previsto en el art 6. La conculcación de dicho principio supone la comisión de la infracción grave prevista en el transcrito (art. 44.3.b)

Debe tenerse en cuenta que en este caso el denunciante manifiesta que Vodafone le reclamó la cantidad de 221,56€, con fecha 21/03/11, por un servicio de línea fija de teléfono y ADSL que manifiesta no haber contratado. Por la entidad denunciada se alega que el servicio de telefonía fija fue realizado a través de Televenta, no siendo posible localizar la grabación. Se expone además que se enviaron una serie de facturas, de las cuales, sólo la primera, de fecha 1 de febrero de 2011, siendo la de marzo devuelta por el denunciante. Además, debido a la desactivación temporal del servicio, se emitieron una serie de facturas, por importe de 10,62 euros cada una, relativos a la cuota de la tarifa contratada, hasta la desactivación definitiva del servicio, las cuales fueron abonadas entendiendo la entidad que “el supuesto cliente estaba conforme con la facturación y la prestación del servicio”.

Sin embargo estas alegaciones no acredita que la entidad tuviera el consentimiento del denunciante para tratar sus datos pues no responden a la exigencia de que el consentimiento sea inequívoco, esto, en palabras de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28/2/07 (SAN rec. 236/2005), significa: “ que cualquiera que sea la forma que revista el procedimiento –expreso, presunto o tácito- 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 el consentimiento, de manera que el establecimiento de presunciones, como la falta de denuncia de los hechos por el afectado o las demás circunstancias a los que se alude en la demanda, equivaldría a



*establecer un sistema de suposiciones que pulverizaría esta exigencia esencial de consentimiento, por que dejaría de ser inequívoco para ser “equivoco”, es decir, que su interpretación admitiría varios sentidos y, por esta vía, se desvirtuaría la naturaleza y significado que desempeña como garantía de la protección de 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”*

#### **IV**

*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.*

*Para establecer la responsabilidad lo relevante es la diligencia desplegada en la acción por el sujeto, lo que excluye la imposición de una sanción, únicamente en base al mero resultado, es decir al principio de responsabilidad objetiva.*

*No obstante lo anterior, la Sentencia de la Audiencia Nacional dictada el 21 de septiembre de 2005, Recurso 937/2003, establece que “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 113/2001) que la comisión de la infracción prevista en el art. 77.3 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” permite la imposición de la sanción, sin duda en*

*supuestos doloso, y asimismo en supuestos culposos, bastando la inobservancia del deber de cuidado”.*

*En lo que respecta a la falta de perjuicios causados a la denunciante, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 19/10/2005, declara que “Los perjuicios directamente causados o beneficios obtenidos por la entidad recurrente son circunstancias que no admiten ser incluidas dentro de los que deben ser objeto de valoración al amparo de lo previsto por el artículo 45 de la LO 15/1999”.*

*Las alegaciones realizadas, y las medidas adoptadas, acreditan que Vodafone regularizó la situación de manera diligente, ya que en base a la reclamación realizada por el denunciante por la Unidad del Servicio de Atención al Cliente iniciaron las investigaciones oportunas para el establecimiento de los hechos, y finalmente, la línea fue catalogada como fraude en fecha 15/9/11 con la correspondiente cancelación de la deuda.*

*Por todo ello, procede imponer, por la infracción imputada, una multa cuyo importe se encuentre entre 900 € y 40.000 €, en aplicación de lo previsto en el apartado 1 del citado artículo 45, al tener la infracción imputada la consideración de grave, pero aplicarse la escala relativa a las infracciones leves por aplicación del artículo 45.5 de la LOPD. En el presente caso, teniendo en consideración los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 45.4, y en particular, la no facturación tras reclamación por la denunciante, que las facturas de la línea objeto de controversia fueron anuladas, la ausencia de beneficios obtenidos y perjuicios causados y el volumen de negocio de la misma, se propone la imposición de una multa de 20.000 € por la infracción cometida.>>>>*

### III

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, la recurrente, 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 15 de noviembre de 2012, en el procedimiento sancionador PS/00267/2012.

**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