



Procedimiento nº.: PS/00479/2012

ASUNTO: Recurso de Reposición N° RR/00209/2013

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/00479/2012, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 6 de febrero de 2013, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00479/2012, en virtud de la cual se imponía a la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A., una sanción de **50.000€ por la infracción del art. 6.1 LOPD y 50.000€ por la infracción del art. 4.3 LOPD**, por la vulneración de lo dispuesto en los artículos referenciados de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como **infracción grave** en el artículo 44.3 b) y c), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en legal forma, 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/00479/2012, quedó constancia de los siguientes:

Primero. En fecha 30/09/2011 tiene entrada en esta Agencia un escrito del epigrafiado en el que de manera sucinta manifiesta que:

*“Inclusión no notificada de mis datos personales en fichero **Badexcug** por parte de la Empresa Vodafone. Me comunico con Vodafone a fin de informarles del alta fraudulenta y no obtengo respuesta, ni se me asigna, como es su obligación, número de referencia de la incidencia en cuestión”—folio nº 1—*

Segundo. Los datos de carácter personal del denunciante figuran en los sistemas de información de la entidad—**Vodafone**—en concreto:

*-Cuenta nº ***CTA.1 con línea ***TEL.1 con fecha de alta el 21 de enero de 2010 y fecha de baja el 2 de noviembre de 2010.*

*-Cuenta nº ***CTA.2 con la línea ***TEL.2 con fecha de alta el 21 de enero de 2010 y fecha de baja el 2 de noviembre de 2010.—folio nº 46--.*

Tercero. En cuanto a la contratación la Entidad denunciada—Vodafone—manifiesta en fecha 04/04/12 que:

“...ponemos en conocimiento de la AEPD que la contratación de las líneas se efectuó a través de la Tienda On-Line de Vodafone pero no ha resultado posible localizar los contratos suscritos entre el Sr. **A.A.A.** y Vodafone”. (*el subrayado pertenece a la AEPD).—folio nº 47--.

Cuarto. La Entidad denunciada—Vodafone—ha emitido facturas con los datos de carácter personal del denunciante—folio nº 58--.

Quinto. La Entidad denunciada—**Vodafone**— aporta en sus alegaciones de fecha 04/04/12 como **Documento nº 6** copia de la reclamación del denunciante de fecha 21/09/11 en dónde les pone de manifiesto el ata fraudulenta en la contratación de los servicios.—folio nº 65--.

Quinto. Los datos de carácter personal del denunciante son comunicados al fichero de solvencia patrimonial y crédito—**Badexcug**--.

“**Vodafone** ha calificado las líneas titularidad del denunciante como fraudulentas en el marco del presente procedimiento. Aunque la deuda de manera automática no aparece a cero, el catalogar el perfil como fraude impiden que vayan a gestión de Agencias Externas de recobro y que entren en algún fichero de morosidad, en cualquier caso, cuando se completen los procedimientos internos de fraude, finalmente la deuda quedará a cero”. —folio nº 88--.

Sexto. Los datos de carácter personal fueron incluidos en el fichero de solvencia patrimonial y crédito—**Badexcug**—en fecha:

Operación nº 09***CTA.1: Esta deuda se dio de alta el 14/11/10 y se dio de baja el 08/01/12, por proceso semanal de actualización de datos.

Operación nº 09***CTA.2: Esta deuda se dio de alta el 14/11/10 y se dio de baja el 08/01/12, por proceso semanal de actualización de datos.

TERCERO: La Entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** ha presentado en fecha 12/03/13, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en los siguientes extremos:

En cuanto a los hechos constan dos cuentas de cliente a nombre del Sr. **A.A.A.** contando cada una de ellas con una línea de teléfono. Ambos servicios el *****TEL.1** y *****TEL.2** fueron dados de alta el 21 de enero de 2010 y de baja el 2 de noviembre de 2010.

Desde el momento de la activación de los servicios los mismos fueron utilizados por el Sr. **A.A.A.** y generando, por tanto, las correspondientes facturas asociadas a los consumos realizados cuyas facturas no fueron abonadas por el Sr. **A.A.A.**. Por este motivo desde Vodafone se procedió el 04/05/10 a desactivar temporalmente el servicio hasta que el Sr. **A.A.A.** hiciera frente al pago de las mismas.

En cuanto a los fundamentos de derecho esta parte no puede sino mostrar, su disconformidad con lo dicho por la AEPD en su escrito, ya que sin perjuicio de que esta



parte no ha podido aportar la grabación relativa a la contratación de o servicios, es importante al mismo tiempo tener en cuenta una serie de acciones relativa a la contratación de los servicios, que permiten demostrar que dicha contratación a todas luces para Vodafone se realizó contando con el consentimiento del titular (...).

Entiende mi representada que los datos personales facilitados en el momento de la gestión del alta del servicio eran exactos, correctos y puestos al día, pues la propia persona, titular de los datos y con interés para efectuar la contratación de un servicio quien inicia los trámites oportunos para ello, como es acceder a la web de Vodafone para efectuar la contratación.

*Los datos de carácter personal del Sr. **A.A.A.** han sido facilitados por el propio denunciante al contratar los servicios mencionados, sin que hubiese en ese momento o en otro posterior por la ausencia de reclamaciones al respecto, ninguna circunstancia que permitiese concluir que nos encontrásemos ante datos erróneos.*

Que ante el impago del consumo generado en el servicio contratado se iniciaron las gestiones de recobro de la misma a través de las Agencias de recobro externas (...).

*Vodafone antes de tener conocimiento por parte del Sr. **A.A.A.** de la disconformidad de su situación, hecho que tuvo lugar el 29/09/11, procedió a la desactivación del servicio el 04/04/10 con objeto de evitar que la deuda continuase aumentado (...).*

Una vez considerada la infracción en la escala de sanciones adecuadas, esto es, leve, habría que tener en cuenta en orden a la obtención de la sanción a imponer lo dispuesto en el art. 45.4 LOPD (...); por todo ello solicita que se decrete el Archivo de las actuaciones por la inexistencia de infracción o subsidiariamente se establezca la cuantía de la sanción aplicable en la escala relativa a las infracciones leves.

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 orden a dar una respuesta a justada a derecho en el presente recurso de reposición, se ha de concretar que el mismo trae causa de la reclamación de fecha 30/09/11 en la que se pone de manifiesto que:

*“Inclusión no notificada de mis datos personales en fichero Badexcug por parte de la Empresa **Vodafone**. Averiguo que mi nombre y mi DNI figuran en la base de datos de dicha Empresa a propósito de un alta On-line de dos líneas telefónicas y por las cuales existe deuda pendiente. Me comunico con Vodafone a propósito de alta fraudulenta y no obtengo respuesta ni se me asigna, como es su obligación, número de referencia (...)”*.—folio nº 1--.

Esto es, se ha producido un alta en servicio/s de la Entidad --**Vodafone**—y se ha procedido, asimismo, a la inclusión de sus datos de carácter personal en el fichero de solvencia patrimonial y crédito—**Badexcug**--.

La contratación del servicio de las líneas objeto de controversia se ha producido:

“Comunicar a la Agencia que la contratación del servicio no se ha realizado por Tele-venta sino a través de la Tienda On-line”.

VODAFONE manifestó que dicha contratación se efectuó a través del sistema de Televenda online en cuyo caso debemos señalar que el sistema de contratación electrónica es un método válido y admitido en derecho, encontrándose regulado por el Real Decreto 1906/**1999**, de 17 de diciembre, 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 desarrollo reglamentario de este artículo a través del mencionado Real Decreto 1906/1999, en el que se ratifica la obligación de confirmación documental de la contratación efectuada por vía telefónica, electrónica o telemática, disponiendo 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 al 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...”.

En este sentido se pronuncia, al hablar de la contratación telefónica, aplicable también a modo electrónico, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 31/05/2006, Recurso 539/2004, en su Fundamento de Derecho Cuarto, cuando señala *“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”, y continúa, “Resulta, por tanto, que tal empresa demandante no sólo no ha aportado ningún elemento probatorio que acredite la celebración telefónica del contrato, sino que tampoco ha acreditado el cumplimiento de las garantías y cautelas que determinan las normas descritas”.*

En este caso, conviene traer a colación la SAN 29-04-2010 *“La cuestión no es dilucidar si la recurrente trató los datos de carácter personal de la denunciante sin su consentimiento, como si empleo o no una diligencia razonable a la hora de tratar de identificar a la persona con quien suscribió el contrato de financiación”.*

Por tanto, al margen de la propia aseveración de la Entidad denunciada *“...esta parte no ha podido aportar la grabación relativa a la contratación de los servicios...”*; tampoco ha realizado ninguna actuación tendente diligente tendente a comprobar que contaba con el consentimiento del denunciante, motivos ellos que llevan a considera infringido el contenido del art. 6.1 LOPD.

III

En el procedimiento sancionador de referencia PS/00479/2012, también se procede a enjuiciar la posible infracción del art. 4.3 de la LOPD, en concreto, la comunicación de los datos de carácter personal del denunciante al fichero de solvencia patrimonial y crédito—**Badexcug**--.

En concreto y tras la instrucción del presente procedimiento—ex art. 78 Ley 30/92, 26 de noviembre--, la Entidad denunciada manifiesta que:

*“Los datos del Sr. **A.A.A.** estuvieron incluidos en el fichero de solvencia patrimonial Badexcug entre el 14/11/10 y el 08/01/12 siendo el motivo de la exclusión de sus datos la catalogación del servicio como fraudulento”.*

Los hechos expuestos podrían suponer, en su caso, la presunta comisión de una infracción del art. 4.3 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre—LOPD--, según el cual: *“Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”*; tipificada como infracción grave en el art. 44.3 c) de la



referida norma, en su redacción vigente en el momento de cometerse los hechos denunciados.

La obligación establecida en el artículo 4 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.

Por tanto, los hechos anteriormente relatados son contrarios al principio de calidad de dato consagrado en el artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD.

El artículo 44. 3 c) de la LOPD—LO 15/1999—con la redacción de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, considera infracción grave:

“Tratar 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”.

La Entidad—**VODAFONE**--al margen de tratar los datos personales del denunciante sin su consentimiento, los informó al fichero “Badexcug” en relación con una deuda que no era cierta, vencida y exigible, por cuanto el denunciante no contrató ningún servicio, y por tanto nada debía a la operadora. Esto es, ha facilitado una información que no es exacta ni responde a la situación actual del denunciante, por lo que se ha vulnerado el principio del consentimiento y de calidad de datos previsto en el artículo 4 de la LOPD. La conculcación de este principio supone la comisión de la infracción grave prevista en el transcrito artículo 44.3.c).

Para incluir los datos de carácter personal en un fichero de “**morosidad**”, tanto en la redacción actual del precepto como en la original, requiere a tenor del apartado 1º del art. 38 RD 1720/2007 que la deuda sea cierta, exigencia que responde al principio de veracidad y exactitud de los datos recogido en el art. 4.3 LOPD al expresar que “*Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado*”.

IV

Considera la Entidad denunciada—**Vodafone**—que “*antes de tener conocimiento por parte del Sr. **A.A.A.** de su disconformidad con la situación, hecho que tuvo lugar el 29/09/11, procedió a la desactivación temporal del servicio el 04/04/10 con objeto de evitar que la deuda continuase aumentando, y finalmente decidió dar de baja los servicios el 02/11/10*”.

Según consta en la documentación aportada por el fichero de solvencia patrimonial y crédito—**Badexcug**--, constan dos inclusiones de la Entidad—**Vodafone**—con fecha de alta 16/11/2010.

Entre la documentación aportada por el denunciante en su reclamación ante la AEPD aporta copia de la contestación al derecho de acceso del fichero de morosidad-**Badexcug**—en dónde se plasma en fecha 07/01/11 la existencia de las deudas comunicadas por la Entidad-**Vodafone**--: **275,4€** y **1288,57€**, respectivamente.



A mayor abundamiento, consta en los sistemas de información del fichero de morosidad-**Badexcug**--:

*Operación nº 09***CTA.1: Esta deuda se dio de alta el 14/11/10 y se dio de baja el 08/01/12, por proceso semanal de actualización de datos.*

*Operación nº 09***CTA.2: Esta deuda se dio de alta el 14/11/10 y se dio de baja el 08/01/12, por proceso semanal de actualización de datos.*

Consta, asimismo, aportada por el denunciante copia de la carta enviada, con el correspondiente acuse de recibo, de fecha 26/01/11—**enero 2011**—en dónde comunica “el alta de la línea no ha sido efectuada por mí, el número de cuenta no me pertenece...”—folio nº 5-.

Si bien, la baja definitiva no se produce hasta el 08/01/12, esto es, casi un año después de la primera carta y los múltiples contactos y denuncias en los organismos “*ad hoc*” efectuados por el denunciante; lo que no conlleva a deducir una actuación diligente en la regularización de la situación del denunciante.

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

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

Por todo ello se propone imponer una multa cuyo importe se encuentre entre **40.001€** y **300.000€**, en aplicación de lo previsto en el apartado 2 del citado artículo 45 LOPD, al tener la infracción imputada la consideración de **grave**. En el presente caso, una vez analizadas las alegaciones y pruebas practicadas, tomando en consideración los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el art. 45.4, y en particular:

la vinculación de la actividad de la Entidad infractora con la realización de tratamiento de datos de carácter personal—art. 45.4 c) LOPD--, dado que la citada Entidad realiza habitualmente operaciones del altas y bajas con tratamiento habitual de datos de carácter personal.

el volumen de negocio de la misma —art. 45. 4 d) LOPD--. A modo de ejemplo, Vodafone cerró sus ejercicio fiscal (*abril 2010 a marzo 2011) con un beneficio operativo ajustado de 1.049 millones de euros.

la naturaleza de los perjuicios causados—art. 45.4 h) LOPD--, dado que los datos de carácter personal del denunciante fueron incluidos en el fichero de morosidad “Badexcug”, con los consiguientes perjuicios para el mismo.

Por todo lo expuesto, se considera que la Entidad denunciada—**Vodafone**—ha infringido el art. 6.1 LOPD, al no contar con el consentimiento del denunciante, ni haber



desplegado una actividad diligente en orden a comprobar que contaba con el consentimiento del mismo, así como, el art. 4.3 LOPD, dado que le genera una deuda, por un servicio/s no contratado y le incluye en el fichero de morosidad "Badexcug", motivo por el que se procede a imponer una sanción de **50.000€** por cada una de las infracciones descritas.

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, la Entidad --**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 la Entidad **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 6 de febrero de 2013, en el procedimiento sancionador PS/00479/2012.

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.