



Procedimiento nº.: PS/00563/2012

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00440/2013

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/00563/2012, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 29 de abril de 2013, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00563/2012, en virtud de la cual se imponía a la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A., una sanción de 20.000 € y otra de 50.000 €, por la vulneración de lo dispuesto en los artículos 6.1 y 4.3 en relación con el 29.4 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 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 fecha 30/04/2013, 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/00563/2012, quedó constancia de los siguientes:

<<PRIMERO: Con fecha de 22/11/2011, tiene entrada en la Agencia Española de Protección de Datos escrito remitido por la denunciante en el que denuncia a la compañía VODAFONE manifestando lo siguiente:

Que solicitó el alta de ADSL en la citada operadora para su domicilio el 03/05/2011, pero al día siguiente le informan que el alta tiene que ser a nombre de su marido, ya que dispone de otro producto en el mismo domicilio, procediéndose a la nueva alta y a la baja a nombre de la denunciante.

*Posteriormente le comunican la instalación de la línea y la entrega de un paquete a nombre de la denunciante que rechaza, por lo que reitera por escrito la baja al nº de fax ***FAX.1 el 01/06/2011.*

El 15/06/2011 le cargan en la cuenta corriente a nombre de la denunciante de la entidad ordenante VODAFONE, en concepto de factura 241,63€, que devuelve, al no estar formalizado el contrato, y el 04/08/2011 presenta reclamación ante la Dirección General de Consumo de la Comunidad de Madrid (en adelante DGC).

En fecha 10/08/2011 recibe una carta de la empresa I.S.G.F. Informes Comerciales, S.L. reclamándole la deuda con VODAFONE, remite escrito informando de la incidencia pero con fecha 17/10/2011 recibe nueva carta de la empresa de recobro de la deuda.

Con fecha de 20/09/2011 recibe carta de la empresa EXPERIAN BUREAU DE



CREDITO, S.A..(en lo sucesivo EXPERIAN) en la que le informan de la inclusión de sus datos personales en el fichero de incumplimiento de obligaciones dinerarias y solicita la denunciante la cancelación pero le indican que la entidad informante ha confirmado la deuda.

Con fecha de 26/10/2011, se entrega escrito en VODAFONE en el que solicita la cancelación de sus datos personales sin que hasta el momento haya recibido contestación (folios 1-33)

*SEGUNDO: En los sistemas de VODAFONE constan los datos personales de la denunciante (nombre y apellidos, DNI, y domicilio) como titular de un servicio de ADSL de la línea **B.B.B.** con fecha de alta 03/05/2011 y baja el 02/06/2011. La baja se produjo con ocasión de una reclamación de la denunciante en relación con la titularidad del servicio contratado ya que debía estar a nombre de su marido, no al suyo. La contratación se levó a cabo a través del distribuidor The Phone House (folios 71, 75-78)*

*TERCERO: VODAFONE emitió a la denunciante factura de fecha 05/06/2011 de la línea **B.B.B.** por importe de 241,63 €, que incluía, al margen de la cuota mensual, una penalización por baja. La factura no fue abonada y fue anulada por VODAFONE en fecha 21/12/2011 (folios 2, 71, 69, 79)*

CUARTO: En los sistemas de VODAFONE constan comunicaciones y contactos mantenidos con el denunciante:

20/05/2011: "cliente quiere cancelar el adsl rtransfero con bajas".

01/06/2011: "quiere baja adsl porque le han tramitado alta con su dni y con el de su marido".

02/06/2011: "se recibe petición de baja pero no se envía copia del DNI"

14/06/2011: "indico a cliente que la línea ya está de baja".

12/12/2011: "Carta de cliente en la cual hace referencia a un alta de ADSL que solicito, que no llego a provisionarse y por el cual VF le reclama una factura.

Recalculo del abono

RESOLUCION: "Contacto con cliente informo sobre cancelación de la deuda y sobre exclusión de ficheros de solvencia patrimonial cliente conforme cierro caso"

Cierre del caso 21/12/2011 13:04:41

*QUINTO: VODAFONE recibió en fecha 01/06/2011 fax de la denunciante solicitando la baja en el servicio ADSL de la línea **B.B.B.** (folios 6-7, 72, 86)*

SEXTO: VODAFONE recibió en fecha 26/10/2011 carta de la denunciante en la que solicitaba la cancelación de sus datos en los ficheros de la entidad. En la misiva la denunciante vuelve a manifestar que el 03/05/2011 se dio de alta en un servicio de ADSL en su domicilio. Al día siguiente VODAFONE le informa que el alta no puede ser a su nombre, sino al de su marido ya que ya contaba con un alta a nombre de este en dicho domicilio. Rechazó la instalación de la línea a su nombre. En fecha 16/06/2011 VODAFONE cargó en su cuenta 241,63 € en concepto de factura sin que se haya instalado servicio alguno, ni entrega de equipo, etc (folios 24-26, 82-90)



SEPTIMO: Los datos de la denunciante fueron incluidos por VODAFONE en el fichero badexcug en fecha 18/09/2011 por un importe de 241,63 €, siendo dados de baja en fecha 25/12/2011. El denunciante ejerció el derecho de cancelación en fecha 10/10/2011, siéndole denegada el 14/10/2011 al confirmar VODAFONE los datos incluidos en el fichero (folios 18-22, 44-64)>>

TERCERO: VODAFONE ESPAÑA, S.A. ha presentado en fecha 30/05/2013 en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en las alegaciones formuladas en el procedimiento sancionador cuya resolución es objeto del presente recurso.

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 XII ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<II

La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, en su artículo 6, apartados 1 y 2, bajo la rúbrica "consentimiento del afectado", dispone:

"1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato, de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

Este precepto debe integrarse con la definición legal de "tratamiento de datos" y "consentimiento del interesado" que ofrecen, respectivamente, los artículos 3, c) y 3, h) de la LOPD: "operaciones y 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”; “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

III

El artículo 6 de la LOPD consagra el “principio del consentimiento o autodeterminación”, piedra angular en la construcción del derecho fundamental a la protección de datos que alude a la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para que puedan tratarse sus datos personales. Conforme al citado precepto, el tratamiento de datos sin consentimiento, o sin otra habilitación amparada en la Ley, constituye una vulneración de este derecho, pues únicamente el consentimiento, con las excepciones contempladas en la ley, legitima el tratamiento.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (Fundamento Jurídico 7), se refiere al contenido esencial de este derecho fundamental y expone que “consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)” (El subrayado es de la AEPD)

La LOPD recoge en diversos artículos un catálogo cerrado de excepciones al principio del consentimiento o autodeterminación del afectado en el tratamiento de sus datos y entre esas excepciones contempla a quienes son parte de una relación contractual siempre que el tratamiento sea necesario para el mantenimiento o cumplimiento del contrato, quedando acotada la dispensa del consentimiento al tratamiento necesario para tal fin.

Son pues elementos característicos de este derecho fundamental, los derechos del afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

Respecto a la carga de la prueba del consentimiento, la Audiencia Nacional, en diversas Sentencias, (por todas la STAN de 27 de enero de 2011, Rec 349/2009, Fundamento de Derecho Tercero), declara que “...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”.

IV



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

*Es un hecho probado que en los ficheros de VODAFONE la línea de telefonía móvil **B.B.B.** está vinculada a los datos personales de la denunciante (nombre y apellidos, número de NIE, y dirección), quien aparece como titular. Los ficheros de la entidad recogen como fecha de alta y baja el 03/05/2011 y el 02/06/2011.*

Resulta acreditado también que VODAFONE emitió a la denunciante una factura el 05/06/2011 que incluía la cuota mensual y una penalización por no devolución de equipos.

La cuestión central es determinar si la denunciada contaba con el consentimiento inequívoco del titular de los datos para el tratamiento realizado. En este sentido debe señalarse que VODAFONE no contaba con dicho consentimiento por cuanto no ha aportado contrato de la línea controvertida, a lo que cabe añadir que consta en sus sistemas anotación de fecha 20/05/2011 relativa a la solicitud de baja de la línea, además de un posterior en el mismo sentido recibido por la operadora en fecha 01/06/2011. Debemos apuntar además que se facturó a la denunciante por la no devolución de equipos cuando su entrega no ha sido acreditada por VODAFONE

Llegados a este punto debemos subrayar, una vez más, que es a la denunciada a quien incumbe la carga de probar que recabó y obtuvo el consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos. La LOPD exige que sea el titular de los datos quien preste su consentimiento inequívoco, pues a él, y no a un tercero, le corresponde el poder de disposición sobre ellos. Con toda claridad el artículo 3.h) de la LOPD, al definir el consentimiento, se refiere a la manifestación de voluntad que el interesado hace respecto a los “datos que le conciernan”.

La doctrina emanada de la Audiencia Nacional en relación a la carga de la prueba ha seguido de manera uniforme esa orientación. Ya en su Sentencia de 21 de diciembre de 2001 el Tribunal expuso 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”.

Cabe citar la STAN de 31 de mayo de 2006, Recurso 539/2004 que indica en su Fundamento de Derecho Cuarto: “Por otra parte es al 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” (El subrayado es de la AEPD).

Más recientemente la STAN de 27 de enero de 2011, (Rec 349/2009), ratifica el criterio precedente y en su Fundamento de Derecho Tercero expone: “...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”. (El subrayado es de la AEPD).

En atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, tomando en consideración que se ha acreditado que VODAFONE facturó a la denunciante por el servicio de ADSL de la línea **B.B.B.** con posterioridad a la solicitud de baja del mismo que ha quedado acreditada en el expediente, la conducta de VODAFONE anteriormente descrita vulnera el principio del consentimiento que proclama el artículo 6.1 de la LOPD, infracción tipificada en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica que dispone: “Son infracciones graves, (...): b) 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”.

V

Corresponde examinar a continuación si la conducta de VODAFONE, que estimamos vulnera el artículo 6.1 de la LOPD, puede subsumirse en el tipo sancionador contemplado en el artículo 44.3.b) y si, en tal caso, la infracción es Imputable a la operadora mencionada.

A) Respecto a la primera de estas cuestiones, constatado que la entidad realizó la acción típica – infracción del principio del consentimiento –, se debe verificar si concurre el elemento subjetivo de la culpabilidad, cuya presencia es esencial para exigir en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador responsabilidad por el ilícito cometido, pues no cabe en este marco imponer sanciones basadas en la responsabilidad objetiva del presunto infractor.

En STC 76/1999 el Alto Tribunal afirma que las sanciones administrativas participan de la misma naturaleza que las penales, al ser una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado y que, como exigencia derivada de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal consagrados en los artículos 9.3 y 25.1 de la CE, es imprescindible la presencia de este elemento para imponerlas.

El artículo 130.1 de la LRJPAC proclama el principio de culpabilidad en el marco del procedimiento administrativo sancionador y dispone: “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia. Del tenor del artículo 130.1 de la LRJPAC se concluye que bastará la “simple inobservancia” para apreciar la presencia de culpabilidad a título de negligencia, expresión que alude a la



omisión del deber de cuidado que exige el respeto a la norma.

En ese sentido la Audiencia Nacional, Sentencia de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006), expone que “...el ilícito administrativo previsto en el artículo 44.3.d) de la LOPD se consuma, como suele ser la norma general en las infracciones administrativas, por la concurrencia de culpa leve. En efecto, el principio de culpabilidad previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 dispone que solo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracciones administrativas los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en Derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva”

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

Trasladando las consideraciones precedentes al supuesto que analizamos, se verifica que, en este caso, el elemento subjetivo de la culpabilidad se concreta en la grave falta de diligencia demostrada por VODAFONE al tiempo de la contratación de la línea de telefonía sobre la que gira esta controversia, toda vez que la operadora no adoptó ninguna medida a fin de garantizar la identidad de la persona que prestó el consentimiento a la contratación, al objeto de acreditar que quien facilita los datos es quien dice ser.

B) Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, la Ley Orgánica 15/1999 en su artículo 43.1 indica que “los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley”. Por su parte, el artículo 3 d) del citado texto legal considera “responsable del fichero o tratamiento” a la “persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”. En consecuencia, VODAFONE, en su condición del responsable del fichero al que se incorporaron los datos personales del afectado vinculados a una línea de móvil sin su consentimiento, es responsable de la infracción del artículo 6.1 de la LOPD.

VI

Asimismo se imputa a VODAFONE la infracción del artículo 4 de la LOPD que señala en su apartado 3: “Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado” y en su apartado 4 prescribe: “Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados, sin perjuicio de las facultades que a los afectados reconoce el artículo 16”.



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.

VII

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.”

VIII

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 a través de cinta magnética para que tales actualizaciones queden registradas en el fichero siendo las entidades informantes quienes deciden sobre el alta o la cancelación de los datos de sus clientes del fichero de morosidad.

Los datos personales del denunciante son datos que figuran en sus propios ficheros automatizados. Adicionalmente son comunicados al responsable del fichero de solvencia a través de cintas magnéticas que implican un tratamiento automatizado de los datos tratados, cedidos, e incorporados al fichero común de información sobre solvencia patrimonial.

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”.

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

En el presente caso, VODAFONE trató automatizadamente (artículo 6.1) los datos relativos al denunciante en sus propios ficheros, de los que es responsable conforme al artículo 3.c) citado. Adicionalmente decidió sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento y resolvió autónomamente sobre su incorporación (artículo 4.3 en relación al 29.2) a ficheros comunes de solvencia patrimonial y crédito.

Dicha comunicación se realizó, a mayor abundamiento, mediante un procedimiento que implica un tratamiento automatizado de datos como es su incorporación a una cinta magnética cuyo destino es, también, ser tratada automatizadamente por el responsable del fichero de solvencia, siendo dados de alta en el fichero “Badexcug” al culminar el proceso descrito en fecha 18/09/2011.

De lo expuesto se deduce que VODAFONE ha sido responsable del tratamiento de datos en sus propios ficheros, de su comunicación a través de tratamientos automatizados al responsable del fichero común y de que el tratamiento automatizado de la información relativa al denunciante no responda a los principios de calidad de datos recogidos en el artículo 4 de la LOPD (exigencia de que los datos sean exactos y respondan a la situación actual de los afectados).

Conforme a lo expuesto, el imputado no se ha limitado a transmitir la información al responsable del fichero común sobre solvencia patrimonial, sino que ha tratado automatizadamente los datos de solvencia en sus propios ficheros, los ha comunicado a través de tratamientos automatizados al fichero común, y, particularmente, ha decidido sobre la finalidad del tratamiento (la calificación en sus ficheros como deudor), el contenido de la información, y el uso del tratamiento (la incorporación a un fichero común de información sobre solvencia patrimonial y crédito al que pueden acceder terceras entidades para realizar una evaluación o perfil económico de las personas incorporadas al mismo).

Todo ello sin que los datos comunicados fueran exactos pues la deuda no era no cierta ni exigible al denunciante. Ello supone una vulneración del principio de calidad de datos de la que debe responder VODAFONE por ser responsable de la veracidad y calidad de los datos existentes en sus ficheros y de los que suministra al fichero de solvencia patrimonial y crédito.

IX

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, vigente desde el 19/04/2008, dispone:



“Artículo 38. Requisitos para la inclusión de los datos.

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 .”

En el presente caso, se ha comprobado que VODAFONE incluyó en el fichero “Badexcug” los datos personales de una persona de la que no ha acreditado contara con el consentimiento para su tratamiento, y sin que existiera una relación contractual que la eximiera del consentimiento y habilitara para tratar sus datos y facturarle por un servicio cuyo impago motivó dicha inclusión, sin que adeudara cantidad alguna.

Por lo tanto, se aprecia infracción del artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD, por incluir los datos personales de la denunciante en ficheros de solvencia patrimonial y crédito, sin ser deudora de dicha entidad. Este proceder es especialmente grave cuando acontece respecto a ficheros de morosidad por las consecuencias negativas que conllevan para el afectado. Ello exige, si cabe, una mayor diligencia por parte de quien introduce datos erróneos en ficheros de este tipo.

X

El artículo 44.3.c) de la LOPD en su redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Disposición final quincuagésimo sexta), tipifica como 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”.

*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 se trataba de una facturación posterior a la baja del servicio de la línea **B.B.B.**, 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).*

Respecto a la alegación de VODAFONE de existencia de un concurso de infracciones, dado que el tratamiento de datos ha sido necesario para que haya también habido un registro de datos inexactos, el artículo 4.4. del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, 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.”



En este caso, no procede la aplicación del precepto transcrito, dado que del tratamiento sin consentimiento (infracción del artículo 6.1 de la LOPD) no deriva necesariamente la vulneración del principio de calidad de los datos tratados (infracción del artículo 4.3), dado que VODAFONE no se limitó al tratamiento de los datos de la denunciante sino que, además, comunicó al fichero de solvencia 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.

XI

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.*
- 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.

Conviene recordar que desde el punto de vista material, la culpabilidad consiste en la capacidad que tiene el sujeto obligado para obrar de modo distinto y, por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Por tanto, 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 al 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”.

En cuanto a la importancia de la inclusión y mantenimiento de los datos personales en un fichero de morosidad, ha sido tratada en numerosas sentencias por parte de la Audiencia Nacional. Así en la Sentencia dictada el 16/02/2002, por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Número de recurso 1144/1999, en el Fundamento de Derecho Cuarto se señala: “...Ha de decirse que la inclusión equivocada o errónea de una persona en el registro de morosos, es un hecho de gran trascendencia de la que se pueden derivar consecuencias muy negativas para el afectado, en su vida profesional, comercial e incluso personal, que no es necesario detallar. En razón a ello, ha de extremarse la diligencia para que los posibles errores no se produzcan, ...”

Las alegaciones realizadas, y las medidas adoptadas, acreditan que respecto a la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, VODAFONE regularizó la situación de manera diligente por cuanto la línea **B.B.B.**, únicamente permaneció de alta desde el 03/05/2011 al 02/06/2011 (un mes) y únicamente se emitió una única factura, si bien tras la baja y en concepto de penalización por no devolución de los equipos que la operadora no acreditó en ningún momento fueran entregados.

Por todo ello, procede, por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD imputada,



proponer la imposición de 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.

18/09/2011 por un importe de 241,63 €, siendo dados de baja en fecha 25/12/2011. El denunciante ejerció el derecho de cancelación en fecha 10/10/2011, siéndole denegada el 14/10/2011 al confirmar VODAFONE los datos incluidos en el fichero (folios 18-22, 44-64)

Respecto a la infracción del art. 4.3 de la LOPD no cabe aplicación del artículo 45.5 de la LOPD por cuanto a pesar de existir reclamaciones de la denunciante en fechas 20/05/2011, 01/06/2011 y 26/10/2011 relativas a la baja y facturación indebida de la línea controvertida, VODAFONE incluyó sus datos en el fichero badexcug en fecha 18/09/2011 en donde los mantuvo hasta fecha 25/12/2011 tras denegar en fecha 14/10/2011 la cancelación de datos en el citado fichero solicitada por la denunciante.

Por todo ello, procede imponer, por la infracción del artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD imputada, una multa cuyo importe se encuentre entre 40.001 € y 300.000 €, en aplicación de lo previsto en el apartado 2 del citado artículo 45, al tener la infracción imputada la consideración de grave.

En el presente caso, teniendo en consideración los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 45.4, y en particular:

- “La vinculación de la actividad de VODAFONE con la realización de tratamientos de datos de carácter personal”, apartado c), pues el desarrollo de su actividad empresarial exige un constante tratamiento de datos personales tanto de clientes como de terceros.*
- “El importante volumen de negocio”, apartado d) del artículo 45.4 de la LOPD, ya que VODAFONE es uno de los tres grandes operadores del país por cuota de mercado, hecho notorio sobre el que no es necesaria prueba.*
- “El grado de intencionalidad”, apartado f), expresión que debe entenderse en el sentido de grado de culpabilidad. Es destacable en ese sentido la grave falta de diligencia demostrada por la operadora en la conducta que es objeto de valoración en el expediente.*
- La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, apartado g) del artículo 45.4 de la LOPD. A este respecto es conocido por la entidad la imposición de reiteradas sanciones firmes por vulneración del artículo 6.1 de la LOPD.*

Valorados los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4 de la LOPD cuya presencia ha quedado acreditada y habida cuenta de que, en el caso de la infracción del artículo 6.1 de la LOPD concurren las circunstancias citadas anteriormente para su aplicación, se sanciona a VODAFONE, con una multa de 20.000 €. Respecto a la infracción del artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD 50.000 € por la infracción del artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD, No concurren las circunstancias citadas anteriormente para su aplicación, por lo que valorados los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4 de la LOPD se sanciona a VODAFONE, con una multa de 50.000 €>>



III

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

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **VODAFONE ESPAÑA, S.A.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 29 de abril de 2013, en el procedimiento sancionador PS/00563/2012.

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