



Procedimiento nº.: PS/00337/2010

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº.: RR/00031/2011

Examinado el recurso de reposición interpuesto por **VODAFONE ESPAÑA, S.A.**, contra la Resolución dictada por el Director de esta Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00337/2010, y en base a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 19 de noviembre de 2010 se dictó Resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00337/2010, en virtud de la cual se acordó imponer a la entidad VODAFONE ESPAÑA, S.A. (en adelante indistintamente la recurrente), una multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euros con veintinueve céntimos) por una infracción del artículo 4.3, en relación con el artículo 29.4, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), y en relación también con los artículos 38, 39 y 41 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (en adelante RLOPD); infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la LOPD y de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada a la recurrente en fecha 2 de diciembre de 2010, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del citado Reglamento de desarrollo de la LOPD.

SEGUNDO: En el procedimiento que dio lugar a la Resolución impugnada se tuvieron por probados los siguientes hechos:

<<PRIMERO: Que Con fecha 21 de julio de 2009 tuvo entrada en esta Agencia Española de Protección de Datos un escrito remitido por A.A.A. en el que manifestó que había presentado ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio una reclamación contra VODAFONE ESPAÑA, S.A. porque no estaba conforme con una factura (folios 1 y 2) y, sin esperar a la resolución de la reclamación administrativa y “con el consecuente perjuicio para mí”, dicha operadora había incluido sus datos personales en el fichero de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG, con fecha de alta 7 de diciembre de 2008 por importe de 122,40 €, según acreditó con copia aportada de acceso de un banco al citado fichero en fecha 18 de junio de 2009 (folios 4 a 6).

SEGUNDO: Que, según información y documentación aportada por Experian Bureau de Crédito, S.A. a esta Agencia en las actuaciones previas de investigación, como responsable del fichero de morosidad BADEXCUG, en el histórico de actualizaciones del citado fichero de morosidad constó una incidencia a nombre de la denunciante relativa a una deuda comunicada por VODAFONE ESPAÑA, S.A. con saldo impagado de 122,40 €, figurando como fecha de alta 7 de diciembre de 2008 (folio 16); manifestando que dicha incidencia había sido dada de baja en fecha 20 de abril de 2010, pero que a fecha 22 de abril, en la impresión de pantalla aportada, no se reflejaba aún en el fichero (folio 12).

TERCERO: Que VODAFONE ESPAÑA, S.A. emitió a la denunciante la factura núm. ***FACTURA.1 de fecha 22 de junio de 2008 por importe de 122,40 € que, pendiente de pago, incluía un cargo por importe de 100 € en concepto de "Cancelación Contrato Permanencia" (folios 41 y 42).

CUARTO: Que VODAFONE ESPAÑA, S.A., según información y documentación aportada a esta Agencia en las actuaciones previas de investigación, dirigió un escrito fechado el 5 de diciembre de 2008 a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la información, en relación a la reclamación detallada en el punto 1 anterior, en el que vino a manifestar a dicha Secretaría de Estado que:

"En este sentido, le informamos que el número ***TEL.1 tenía asociado un contrato de permanencia de 18 meses, con fecha de inicio el 14 de marzo del 2007 y un cargo de 100€, impuestos no incluidos, por incumplimiento del mismo.

Tras la solicitud de portabilidad, el Servicio antes citado se desactivó de forma permanente en nuestra Compañía y se anuló la cesión de terminal el día 9 de junio del 2008, incumpliendo por lo tanto el periodo de permanencia.

Por este motivo, en la factura emitida el 26 de junio del 2008, se efectúa el cargo de permanencia asociado al número ***TEL.1.

Ponemos en su conocimiento que, de acuerdo con la nueva Ley de Consumo, Ley 44/2006, la solicitud de baja por motivo de portabilidad, teniendo un contrato de permanencia en vigor, determina la aplicación de un cargo en automático el día que se haga efectiva la portabilidad.

De esta manera, el periodo de permanencia se aplica como contrapartida a la reducción del precio del teléfono móvil. En este caso, Vodafone puede exigir una compensación a la Cliente que incumple ese periodo mínimo, ya que no está penalizando al mismo, sino recuperando un beneficio obtenido por éste a través del compromiso de permanencia firmado.

No obstante, le informamos que como Gesto Comercial, efectuamos un abono en la Cuenta de Cliente Vodafone número ***CTA.1, por un importe de 100 €, impuestos no incluidos, correspondiente al cargo íntegro por permanencia aplicado en factura.

La Cliente recibirá próximamente en su domicilio una nota de abono de 116€, impuestos incluidos, que procedemos a descontar de la cantidad pendiente de pago que consta en la actualidad" (folios 65 y 66).

QUINTO: Que VODAFONE ESPAÑA, S.A. por otra parte no ha aportado a esta Agencia Española de Protección de Datos, ni en la fase de actuaciones previas de investigación ni en la de alegaciones al Acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, documentación que acredite que llevara a cabo requerimiento de pago a **A.A.A.** con la advertencia que en caso de no producirse el pago los datos relativos al impago podrían ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, por la deuda de importe 122,40 € y con carácter previo a la inclusión de sus datos de carácter personal (en concreto nombre, apellidos, domicilio y núm. de DNI) en el fichero de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG, según se detalla en el punto 2 anterior>>.

TERCERO: Con fecha 31 de diciembre de 2010, por correo certificado, y dentro del plazo establecido, se ha interpuesto recurso de reposición por VODAFONE ESPAÑA, S.A. en el que alega la no infracción de lo establecido en el artículo 4.3 de la LOPD y la



no aplicación del apartado 5 del artículo 45 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 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 la recurrente, debe señalarse que ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho II a V de la Resolución recurrida R/02157/2010, de 19 de noviembre de 2010, en los que se considera que la entidad imputada incumplió el “*principio de calidad de dato*” recogido en el artículo 4.3 de la citada LOPD, en relación con el artículo 29.4 de esta norma, dado que VODAFONE ESPAÑA, S.A. no llevó a cabo requerimiento de pago a D^a. **A.A.A.** con la advertencia que en caso de no producirse el pago los datos relativos al impago podrían ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, por la deuda de importe 122,40 € y con carácter previo a la inclusión de sus datos de carácter personal en el fichero de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG; y se advertía suficientemente sobre la doctrina mantenida por la Audiencia Nacional en relación a la materia en cuestión, así como sobre los criterios seguidos para la graduación de la sanción impuesta.

En dichos Fundamentos de Derecho se indica lo siguiente:

<< II

Se imputa a VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. en el presente procedimiento la comisión de una infracción del artículo 4.3 de la LOPD, que 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 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. En los ficheros en los que se tratan datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias los datos son facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. Así, dispone en este sentido, en su apartado 2 el citado artículo: “Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el creador 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". Y el punto 4 de este mismo artículo 29 de la LOPD dispone también 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 aquéllos".

Por su parte, el artículo 37 del RLOPD establece que:

"1. El tratamiento de datos de carácter personal sobre solvencia patrimonial y crédito, previsto en el apartado 1 del artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, se someterá a lo establecido, con carácter general, en dicha ley orgánica y en el presente reglamento.

2. El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en el caso de los ficheros a que se refiere el apartado anterior, se rige por lo dispuesto en los capítulos I a IV del título III del presente reglamento, con los siguientes criterios:

a) Cuando la petición de ejercicio de los derechos se dirigiera al responsable del fichero, éste estará obligado a satisfacer, en cualquier caso, dichos derechos.

b) Si la petición se dirigiera a las personas y entidades a las que se presta el servicio, éstas únicamente deberán comunicar al afectado aquellos datos relativos al mismo que les hayan sido comunicados y a facilitar la identidad del responsable para que, en su caso, puedan ejercitar sus derechos ante el mismo.

3. De conformidad con el apartado 2 del artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, también podrán tratarse los 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.

Estos datos deberán conservarse en ficheros creados con la exclusiva finalidad de facilitar información crediticia del afectado y su tratamiento se regirá por lo dispuesto en el presente reglamento y, en particular, por las previsiones contenidas en la sección segunda de este capítulo".

De este modo, el artículo 38 del mismo Reglamento de Desarrollo de la LOPD determina 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.

2. (...).

3. El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés estará obligado a conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección de Datos documentación suficiente que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo y del requerimiento previo al que se refiere el artículo

siguiente”.

Y el artículo 39 del RLOPD, sobre “Información previa a la inclusión”:

“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”.

Exigiendo el artículo 43 de ese RLOPD que el acreedor debe asegurarse “que concurren todos los requisitos exigidos en los artículos 38 y 39” citados en el momento de la comunicación al fichero de morosidad.

En este caso, la operadora incorporó a su sistema de información de clientes los datos de la denunciante como titular de servicios de telefonía. Posteriormente, ante el impago por la misma de una factura, VODAFONE informó de la supuesta deuda al fichero de morosidad BADEXCUG, sin requerimiento previo de pago con la advertencia de que en caso de no producirse el pago los datos relativos al impago podrían ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias.

*VODAFONE ESPAÑA, S.A. como se ha indicado no ha aportado a esta Agencia Española de Protección de Datos, ni en la fase de actuaciones previas de investigación ni en la de alegaciones al Acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, documentación que acredite que llevara a cabo requerimiento de pago a **A.A.A.** con esa advertencia de inclusión caso de impago, por la deuda de importe 122,40 € y con carácter previo a la inclusión de sus datos de carácter personal en el fichero de morosidad BADEXCUG, según se detalla a continuación.*

Recordemos que, como se acredita en el expediente, en el fichero de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG, constó una incidencia a nombre de la denunciante relativa a una deuda comunicada por VODAFONE por importe de 122,40 €, figurando como fecha de alta 7 de diciembre de 2008 (folio 16). EXPERIAN manifestó a esta Agencia que dicha incidencia había sido dada de baja el 20 de abril de 2010, pese a que, a fecha 22 de abril, no se reflejaba aún en el fichero (folio 12).

Por otra parte, ante la consideración de deuda incierta por parte de la denunciante, de tratarse de una deuda generada por un cargo indebido interpuso reclamación contra la facturación realizada en la SETSI.

Así, VODAFONE dirigió un escrito fechado el 5 de diciembre de 2008 a la SETSI en el que vino a manifestar que:

*“En este sentido, le informamos que el número ***TEL.1 tenía asociado un contrato de permanencia de 18 meses, con fecha de inicio el 14 de marzo del 2007 y un cargo de 100€, impuestos no incluidos, por incumplimiento del mismo.*

(...)

*No obstante, le informamos que como Gesto Comercial, efectuamos un abono en la Cuenta de Cliente Vodafone número ***CTA.1, por un importe de 100 €, impuestos no incluidos, correspondiente al cargo íntegro por permanencia aplicado en factura.*

La Cliente recibirá próximamente en su domicilio una nota de abono de 116€, impuestos incluidos, que procedemos a descontar de la cantidad pendiente de pago que consta en la actualidad” (folios 65 y 66).

En consecuencia, en esa fecha de 5 de diciembre de 2008 la operadora decide anular ese cargo de 100 € de penalización en factura discutida por la denunciante.

Sin embargo, VODAFONE no procede a actualizar (“puestos al día”, en palabras de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal) sus datos en el fichero de morosidad. Y, como EXPERIAN informó a esta Agencia, dicha incidencia fue dada de baja el 20 de abril de 2010 (folio 12), esto es, más de un año después.

El artículo 41.1 del RLOPD, en su apartado segundo, establece que:

“El pago o cumplimiento de la deuda determinará la cancelación inmediata de todo dato relativo a la misma”.

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 y en relación también con los artículos 38, 39 y 41 del RLOPD, toda vez que VODAFONE mantuvo indebidamente los datos de la afectada en sus propios ficheros y, posteriormente, los comunicó al fichero de solvencia BADEXCUG, sin que dicha inscripción hubiese respondido a la situación de entonces (“actual”) de la denunciante, al no cumplir con los requisitos establecidos en la normativa precitada sobre protección de datos de carácter personal.

III

Consta acreditado en esta Agencia que las entidades asociadas a ficheros de morosidad 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 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 procedimientos 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”.

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 ESPAÑA, S.A.U. puede subsumirse o no en tales definiciones legales.

Y ello tanto es así, puesto que VODAFONE trató automatizadamente los datos relativos de la denunciante y de la supuesta deuda en sus propios ficheros, de los que es responsable conforme al artículo 3.d) citado. Adicionalmente, decidió sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento y resolvió autónomamente sobre su incorporación a unos ficheros comunes de solvencia patrimonial y crédito. Dicha comunicación se realizó, a mayor abundamiento, mediante un procedimiento que implicaba un tratamiento automatizado de datos cuyo destino era, a su vez, un tratamiento automatizado por parte de los responsables de los ficheros de solvencia, siendo dados de alta al culminar el proceso descrito.

De lo expuesto se deduce que VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. ha sido responsable del tratamiento de datos de la denunciante 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 a la denunciante no responda a los principios de calidad de datos recogidos en el artículo 4.3 de la LOPD (exigencia de que los datos sean exactos y respondan a la situación actual de los afectados).

Conforme a lo expuesto, la caja de ahorros 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 (una supuesta deuda), 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 mantenidos en el fichero de VODAFONE, respondiera a la situación actual de la denunciante, pues la operadora incluyó sus datos personales en BADEXCUG sin el preceptivo requerimiento previo de pago, con la advertencia de que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias (inclusión que la denunciante conoció a través de su banco - folio 4 a 6 – y que no actualizó, pues la deuda devino en incierta.

Esto supone una vulneración del principio de calidad de dato 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 para que se incluyan y mantengan en el fichero de solvencia patrimonial y crédito.

La conclusión, que se desprende de los hechos y fundamentos de derecho expuestos, es que VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. es responsable de la infracción del principio de calidad de dato, recogido en el artículo 4.3 de la LOPD, en relación con el 29.4 de la misma norma y en relación también con los artículos 38, 39 y 41 del RLOPD, y en los términos del artículo 43, en relación con el artículo 3, apartados c) y d), también de la citada Ley Orgánica.

IV

El artículo 44.3.d) de la LOPD establece que es infracción grave: “Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y

garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave”.

La Agencia Española de Protección de Datos ha resuelto numerosos procedimientos sancionadores por incumplimiento de calidad de datos en ficheros de morosidad, tanto por alta improcedente por ser una deuda incierta o por mantener los mismos una vez abonada la deuda (requisito material: exactitud del dato) o por una deuda no requerida previamente de pago por el acreedor al deudor (requisito formal: requerimiento previo); ambos requisitos incumplidos en el presente caso. Por su parte, la Audiencia Nacional decía en su sentencia de fecha 16 de febrero de 2001: “Vista la conducta de la hoy actora, cabe apreciar que ha hecho uso de unos datos relativos a la insolvencia de una persona, conculcando los principios y garantías establecidas en la Ley (...) concretamente el de la certeza de los datos, que deben ser exactos, de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado, como exige su artículo 4.3 (...) 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 de ello, ha de extremarse la diligencia para que los posibles errores no se produzcan”. No olvidemos que se trata de algo muy importante: fichar a una ciudadana como morosa.

El principio de calidad de dato, por lo tanto, se configura como principio básico en materia de protección de datos, y así se recoge en muchas sentencias de la Audiencia Nacional, que excusa cita; como la del 19 de septiembre de 2007, centrada en el requisito formal (requerimiento previo), requisito formal incumplido también en el presente caso, o la sentencia del 23 de mayo de 2007, que ha venido a decir que el requerimiento debe expresar “el concepto y el importe de la deuda determinante de la remisión de los datos al fichero de solvencia patrimonial”.

En cuanto al rigor de la inclusión, a su vez, esta misma sentencia ha manifestado que “es esta falta de diligencia lo que configura el elemento culpabilístico de la infracción administrativa y resulta imputable a la recurrente. Debemos insistir que comprobar la exactitud del dato, es decir, de la insolvencia que se pretende registrar coincide con una cantidad debida es una circunstancia que ha de hacerse previamente y de modo riguroso antes de enviar los datos de una persona a un fichero de responsabilidad patrimonial”.

La inclusión como morosa de la denunciante en BADEXCUG debería de haberse realizado con todo rigor por la operadora para salvaguardar la veracidad de la información a transmitir a los ficheros de solvencia económica que la Ley exige, así como su puesta al día.

VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. por tanto ha incurrido en la infracción descrita, ya que el principio de la calidad de dato es básico del derecho fundamental a la protección de datos. La entidad mencionada ha tratado los datos de la denunciante infringiendo tal principio, lo que supone una vulneración del artículo 4.3, en relación con el 29.4, ambos de la LOPD, y en relación también con su desarrollo reglamentario, conducta que encuentra su tipificación en el artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

V

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

“2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 60.101,21 € a



300.506,05 €

(...)

4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad, a la reincidencia, a los daños y perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas, y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

5. Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuricidad del hecho, 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.”

VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. solicita la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, basándose en su actuación diligente y de buena fe, carente de culpabilidad.

La aplicación con carácter excepcional del citado artículo 45.5 exige la concurrencia de, al menos, uno de los siguientes requisitos: a) Disminución de la culpabilidad del imputado y b) Disminución de la antijuricidad del hecho; que no se dan en el presente caso.

La Sentencia de 21 de enero de 2004 de la Audiencia Nacional dijo que dicho precepto “...no es sino manifestación del llamado principio de proporcionalidad (artículo 131.1 de la LRJPAC), incluido en el más general del prohibición de exceso, reconocido por la jurisprudencia como principio general del Derecho. Ahora bien, la presente regla debe aplicarse con exquisita ponderación y sólo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuricidad resulten sustancialmente atenuadas, atendidas las circunstancias del caso concreto. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos (de aquí la expresión <especialmente cualificada>) y concretos”.

De forma más reciente, la Audiencia Nacional ha dicho al respecto que: “En el caso frecuente de anotaciones de deudas en ficheros de morosidad por parte de grandes empresas, esta Sala se ha pronunciado en distintas sentencias en el sentido de que es exigible a las entidades que operan en el mercado de datos de carácter personal una especial diligencia a la hora de llevar a cabo el uso o tratamiento de tales datos o su cesión a terceros porque, siendo un derecho fundamental el de la protección de los datos personales, los depositarios de estos datos, máxime tratándose de empresas habituadas o dedicadas específicamente a la gestión de datos de carácter personal, deben ser especialmente diligentes y cuidadosas a la hora de realizar operaciones con ellos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la protección de los bienes jurídicos protegidos por la norma. Por ello, en este caso, no puede apreciarse esa cualificada disminución de la culpabilidad que exige para su aplicación el artículo 45.5 LOPD ni una cualificada disminución de la antijuricidad” (sentencia de 26 de noviembre de 2008, que, por otra parte, también analiza el tema de la ausencia de requerimiento previo de pago).

En cuanto a la alegación de falta de culpabilidad no puede ser tenida en cuenta, por cuanto si bien, el principio de culpabilidad es exigido en el procedimiento sancionador y así la sentencia del Tribunal Constitucional STC 246/1991 considera inadmisibles en el ámbito del Derecho administrativo sancionador una responsabilidad sin culpa. Pero el principio de culpa no implica que sólo pueda sancionarse una actuación

intencionada y a este respecto el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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.”

El Tribunal Supremo (STS de 16 de abril de 1991 y STS de 22 de abril de 1991) considera que del elemento culposo se desprende “que la acción u omisión, calificada de infracción sancionable administrativamente, ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable.” El mismo Tribunal razona que “no basta...para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa” sino que es preciso “que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia.” (STS de 23 de enero de 1998).

A mayor abundamiento, la Audiencia Nacional en materia de protección de datos de carácter personal, ha declarado que “basta la simple negligencia o incumplimiento de los deberes que la Ley impone a las personas responsables de ficheros o del tratamiento de datos de extremar la diligencia...” (SAN de 29 de junio de 2001).

Por todo ello, los criterios de graduación de las sanciones recogidos en el artículo 45.4 de la LOPD, y en especial, para el presente supuesto en relación a la infracción del artículo 4.3 de la LOPD, en relación con el 29.4 de dicha norma y en relación también con los artículos 38, 39, 41 y 43 del RLOPD, imputada VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. por su grado de intencionalidad se hace preciso graduar la sanción a imponer en su cuantía mínima>>.

III

En consecuencia, 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, en la que consta suficientemente acreditado que VODAFONE ESPAÑA, S.A. trató datos personales de D^a. **A.A.A.** con vulneración del principio de calidad de dato recogido en el artículo 4.3, en relación con el artículo 29.4, ambos de la LOPD.

Por lo tanto, como consecuencia de lo anterior,

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 19 de noviembre de 2010 en el procedimiento sancionador PS/00337/2010.

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.

Madrid, 7 de febrero de 2011
EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte