



- Procedimiento nº.: PS/00587/2009

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00309/2010

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/00587/2009, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 7 de abril de 2010, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00587/2009, en virtud de la cual se imponía a la entidad denunciado, una sanción de 60.101,21 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3 d), de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 14 de abril de 2010 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/00587/2009, quedó constancia de los siguientes:

<<HECHOS PROBADOS

*PRIMERO.- En los meses de septiembre y octubre de 2008 la denunciante recibió en el domicilio de sus padres tres facturas relativas a las líneas de telefonía móvil ***TEL.1, ***TEL.2, y ***TEL.3, que niega su contratación y en las que se utilizan sus datos personales (Folios 7, 9 y 14). En las dos primeras la domiciliación esta realizada a favor de la entidad BANKINTER de la que la denunciante afirma no ser cliente.*

*SEGUNDO.- En fecha de 11/10/2008 la denunciante mediante fax (folio 11) comunica a VODAFONE que no es titular de las citadas líneas y por tanto niega el pago de las facturas recibidas. En fecha de 22/11/2008 VODAFONE emite otra factura de la línea ***TEL.3 a nombre de la denunciante. (Folios 22 y ss)*

TERCERO.-En fecha de 1/12/2008 la denunciante interpone denuncia ante la Comisaría del C.N.P de Ourense, por si los hechos pueden ser constitutivos de delito de estafa. (Folio 25)



CUARTO.- Mediante carta de fecha 16/12/2008, la entidad COLLECTA GESTION DE COBROS, S.L. reclama el pago a la denunciante de 238,11 euros, por cuenta de VODAFONE. (folio 28). Ante dicha recepción, en fecha de 31/12/2008 la denunciante interpone de nuevo denuncia ante la Comisaría del C.N.P de Ourense, por si los hechos pueden ser constitutivos de delito de estafa.(folio 38)

QUINTO.- Mediante Burofax de fecha 5/01/2009,(folios 32 a 34) la denunciante vuelve a poner de manifiesto a VODAFONE su disconformidad con la contratación y la emisión de facturas para que cesen en su actuación.

SEXTO.- Mediante carta de fecha 21/01/2009, la entidad COLLECTA GESTION DE COBROS, S.L. reclama el pago a la denunciante de 241,59 euros, por cuenta de VODAFONE. (folio 28).>>

TERCERO: VODAFONE ESPAÑA, S.A. ha presentado en fecha 14 de mayo de 2010, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente en que actuaron con la creencia de una debida relación contractual con la denunciante, utilizando los datos únicamente en el marco de dicha relación. Aplicación del art. 45.5 LOPD

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por **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 III a VII ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<III

Dispone el art. 6 de la LOPD:



“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.

3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos.

4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una Ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”.

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

Son pues elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales, los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y tratamiento de sus datos personales y a saber de los mismos.

Se puede afirmar, tal y como tiene sentado consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo - por todas las Sentencias de 8 de febrero de 1.964, 26 de mayo de 1.986 y 11 de junio de 1.991 - en interpretación del artículo 1.253 del Código Civil, que existen tres modos o formas básicas del consentimiento: expreso, manifestado mediante un acto positivo y declarativo de la voluntad; tácito, cuando pudiendo manifestar un acto de voluntad contrario, éste no se lleva a cabo, es decir, cuando el silencio se presume o se presupone como un acto de aquiescencia o aceptación; y presunto, que no se deduce ni de una declaración ni de un acto de silencio positivo,



sino de un comportamiento o conducta que implica aceptación de un determinado compromiso u obligación. A efectos de la Ley Orgánica 15/1999 y con carácter general, son admisibles las dos primeras formas de prestar el consentimiento.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2007 (Rec 356/2006) en su Fundamento de Derecho Quinto señala que “ por lo demás, en cuanto a los requisitos del consentimiento, debemos señalar que estos se agotan en la necesidad de que este sea “inequívoco”, es decir, que no exista duda alguna sobre la prestación de dicho consentimiento, de manera que en esta materia el legislador, mediante el artículo 6.1 de la LO de tanta cita, acude a un criterio sustantivo, esto es, nos indica que cualquiera que sea ,la forma que revista el consentimiento éste ha de aparecer como evidente, inequívoco – que no admite duda o equivocación- , pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar al consentimiento. Por tanto, el establecimiento de presunciones o la alusión a la publicidad de sus datos en otro lugar resulta irrelevante, pues dar carta de naturaleza a este tipo de interpretaciones pulverizaría esta exigencia esencial del consentimiento, porque dejaría de ser inequívoco para ser “equivoco”, es decir, su interpretación admitiría varios sentidos y, por esta vía, se desvirtuaría la naturaleza y significado que desempeña como garantía en la protección de los datos, e incumpliría la finalidad que está llamado a verificar, esto es, que el poder de disposición de los datos corresponde únicamente a su titular”

IV

De conformidad con lo expuesto ut supra, la jurisprudencia y el propio artículo 6 de la LOPD, exige que el responsable del tratamiento de los datos cuente con el consentimiento para el tratamiento de dichos datos personales, entendido estos de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo 3 de la LOPD como:

Responsable del fichero o tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.”

Consentimiento del interesado como “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

Tratamiento de datos: 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

Es preciso, por tanto, determinar si en el presente caso la actividad desarrollada por VODAFONE puede subsumirse o no en tales definiciones legales, es decir, si es responsable del fichero y/o tratamiento, y en caso afirmativo si esta o no legitimada para el tratamiento de datos de la denunciante, y por ende verificar la prestación del consentimiento de ésta o la ausencia del mismo.

En el presente caso ha resultado que a nombre del denunciante se han dado de alta tres líneas de teléfono para lo que se utilizaron sus datos personales en los sistemas de VODAFONE para luego comunicarlos a una tercera empresa COLLECTA, cumpliéndose las definición de tratamiento que realiza el citado art. 3 de la LOPD.



Tal circunstancia dota a VOPDAFONE de la cualidad de responsable del fichero y del tratamiento realizado por lo que de conformidad con el art. 43 de la LOPD, VODAFONE ostenta un estatus jurídico susceptible de fiscalización por esta Agencia, por ser responsable del fichero y del tratamiento de datos del denunciante.

V

Uno de los pilares básicos de la normativa reguladora del tratamiento automatizado de datos, es el principio del consentimiento o autodeterminación, cuya garantía estriba en que el afectado preste su consentimiento consciente e informado para que la recogida de datos sea lícita. Se trata de una garantía fundamental legitimadora del régimen de protección establecido por la Ley, en desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución Española, dada la notable incidencia que el tratamiento automatizado de datos tiene sobre el derecho a la privacidad en general, y que solo encuentra como excepciones al consentimiento del afectado, aquellos supuestos que, por lógicas razones de interés general, puedan ser establecidos por una norma con rango de ley. La Audiencia Nacional ha venido entendiendo, entre otros, en el recurso 619/2002, que “no puede exigirse para la obtención del consentimiento de los afectados, a la hora de tratar o ceder sus datos personales, que tal consentimiento se otorgue ni en forma escrita ni mediante correo certificado, al no estipularlo así ningún precepto de la normativa de aplicación. Se ha entendido también que la persona física o jurídica que pretenda obtener tal consentimiento si deberá arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que efectivamente tal consentimiento ha sido prestado, es decir, que la obtención de datos personales ha sido consentida de modo claro y terminante.”

Tal como se desprende del artículo 6 de la LOPD, VODAFONE no puede efectuar el tratamiento de los datos de carácter personal sin el consentimiento “inequívoco” del interesado, o sin la concurrencia de algunos de los supuestos que el apartado 2 lo dispensa. Por ello, una vez acreditado el tratamiento de los datos por la Agencia, y negado por el interesado, dicho consentimiento inequívoco, corresponde a la parte imputada que efectúa el tratamiento justificar que contaba con el repetido consentimiento que sirviera de cobertura al tratamiento realizado.

En aquellos supuestos en que resulta necesario el consentimiento inequívoco para el tratamiento de los datos personales, pero la prestación de dicho consentimiento se niega por el titular de los datos, se traslada al responsable del fichero/tratamiento, la carga de acreditar que cuenta con el consentimiento del interesado para dicho tratamiento, o que concurren alguno de los supuesto que el apartado 2 del artículo 6 de la LOPD. Ello dado que es tal responsable del fichero quién debe asegurarse de que aquel a quien solicita los datos para ser tratados por el efectivamente los presta con consentimiento inequívoco, y asimismo que esa persona que esta dando el consentimiento, efectivamente es la titular de los datos personales en cuestión.

En el presente caso ha quedado acreditada la utilización de los datos personales de la denunciante por VODAFONE al margen de su voluntad y por ende sin su consentimiento, lo que supone la infracción del art. 6 LOPD.

Sin que sean admisibles las manifestaciones de VODAFONE, realizadas tanto al acuerdo de inicio como a la propuesta de resolución, relativas a la responsabilidad



del titular de los datos y del “deber de cuidado” que éste ha de tener, pues la norma no ofrece duda y la propia jurisprudencia de la Audiencia Nacional así lo ha recogido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11/05/2001 dispone que “...quien gestiona la base, debe estar en condiciones de acreditar el consentimiento del afectado, siendo carga de la prueba del mismo su justificación, y la entidad recurrente en ningún momento ha realizado esfuerzo probatorio tendente a la acreditación del consentimiento de las personas en las que se basa la sanción” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

Por su parte, el literal del art. 6 LOPD goza de una claridad palmaria “El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.”

Si bien es cierto que no señala la obligación de guardar prueba documental, se ha entendido a través de los Informes y Resoluciones de esta Agencia, y la jurisprudencia que se cita a continuación, que cualquier medio válido en derecho, conjugado con circunstancias concurrentes, sirven para acreditar el consentimiento (sin perjuicio de que para ciertos datos personales, éste haya de ser expreso).

Asimismo, esta doctrina diamante de los Informes y las Resoluciones, las recoge ya el propio art. 12 del Real Decreto 1720/2007, que desarrolla la LOPD, señala “corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho.”

En cuanto a la carga de la prueba, una vez acreditado el tratamiento de datos de la denunciante y negado por ésta, corresponde a VODAFONE acreditar que contaba con el consentimiento de aquella o que se daban algunos de los presupuestos que dispensan su acreditación, en este sentido procede citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21/12/2001 en la que declara 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, cual era el consentimiento del mismo.

Es decir, ... debía acreditar el consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de datos personales, o justificar que el supuesto examinado concurre alguna de las excepciones al principio general del consentimiento consagrado en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 5/1992. Y nada de esto ha sucedido”.

En el supuesto examinado, VODAFONE no ha acreditado disponer del consentimiento de la afectada para el tratamiento de sus datos.

En consecuencia, por todo lo que antecede se considera infringido el artículo 6.1 de la LOPD.

VI

El artículo 44.3.d) de la LOPD, dispone:

“3. Son infracciones graves:”



“d) 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 constituye infracción muy grave.”

En el presente caso, la descripción de conductas que establece el artículo 44.3.d) de la LOPD cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cuál es la conducta prohibida. El tipo aplicable considera infracción grave “tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley”, por tanto, se está describiendo una conducta - el tratamiento automatizado de datos personales o su uso posterior - que precisa, para configurar el tipo, que dicha conducta haya vulnerado los principios que establece la LOPD.

El principio del consentimiento se configura como principio básico en materia de protección de datos. Concretamente, por lo que ahora interesa, el artículo 6 de la LOPD recoge el citado principio.

La conducta ilícita por la que se propone sanción a VODAFONE vulnera el citado principio, toda vez que ha quedado acreditado que los datos de la denunciante resultaron tratados sin consentimiento válido atendiendo a las circunstancias expuestas.

La Audiencia Nacional ha manifestado en su Sentencia de 22/10/2003 que “la descripción de conductas que establece el artículo 44.3. d) de la Ley Orgánica 15/1999 cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, a juicio de esta Sala, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cual es la conducta prohibida. En efecto, el tipo aplicable considera infracción grave <<tratar de forma automatizada los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la Ley>>, por tanto, se está describiendo una conducta –el tratamiento automatizado de datos personales o su uso posterior- que precisa, para configurar el tipo, que dicha conducta haya vulnerado los principios que establece la Ley Orgánica. Ahora bien, estos principios no son de aquellos que deben inferirse de dicha regulación legal, sino que aparecen claramente determinados y relacionados en el título II de la Ley, concretamente, por lo que ahora interesa, en el artículo 6 se recoge un principio que resulta elemental en la materia, que es la necesidad de consentimiento del afectado para que puedan tratarse automatizadamente datos de carácter personal. Por tanto, la conducta ilícita por la que se sanciona a la parte recurrente como responsable del tratamiento consiste en usar datos sin consentimiento de los titulares de los mismos, realizando envíos publicitarios.”

En consecuencia VODAFONE ha infringido los principios de consentimiento y calidad del dato, conducta que encuentra su tipificación en el art. 44.3 d) de la LOPD

VII

De acuerdo con lo establecido en el artículo 45.2 , 4 y 5 de la LOPD: “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 antijuridicidad 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 que se trate.” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

Conviene recordar que desde el punto de vista material, la culpabilidad consiste en al 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.

En cuanto la aplicación del art. 45.5 de la LOPD, conviene señalar que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 24/05/2002, ha señalado en cuanto a la aplicación del apartado 5 del citado precepto que “... la presente regla debe aplicarse con exquisita ponderación y sólo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas atendidas las circunstancias del caso concreto, de forma que repugne a la sensibilidad jurídica, siempre guiada por el valor justicia, la imposición de la sanción correspondiente al grado. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos y concretos”.

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”

No es una circunstancia que permita la aplicación del citado precepto, la actuación de VODAFONE cuando detecta el posible fraude, pues es la actuación normal exigible cuando suceden supuestos como el que se valora. Asimismo no actuó con celeridad, habida cuenta de las continuas comunicaciones de la denunciante poniendo de manifiesto las irregularidades, esto es, el primer fax que envía la denunciante es de fecha 11/10/2008 (Folio 11) y la última carta de cobro es de fecha 21/01/2009 (Folio 36).



Asimismo, no es posible admitir que VODAFONE trató los datos de la denunciante basado en el consentimiento de la persona que dio los datos de la denunciante “sin perjuicio de que posteriormente se haya podido comprobar, previa denuncia de la propia Sra. A.A.A. que todo era consecuencia de la supuesta actitud fraudulenta de un tercero,...” tal como aduce VODAFONE en la pagina 2 de sus alegaciones (Folio 56). Pues dicha suplantación no se ha acreditado, y el valor que tienen las denuncias es de mera comunicación de hechos con independencia del resultado de las diligencias que se hubieran abierto, que no se han incorporado al expediente.

La representación de VODAFONE manifestó a este respecto en sus alegaciones a la propuesta de resolución que fue engañada por un tercero y que actuó persuadida de que contaba con el consentimiento de la denunciante, con base en una serie de datos reales y veraces, poniendo de manifiesto la falta de diligencia del denunciante.

Sin embargo la entidad denunciada no puede descargar su responsabilidad en una suplantación que no esta acreditada, y aun en el caso de que así fuera, es inadmisibles por la propia responsabilidad que la LOPD atribuye al responsable del fichero.

Admitiendo tal valoración se crea una zona de impunidad para el responsable del fichero, que invierte la carga de la prueba antes señalada, y vacía de contenido la diligencia que ha de observar todo responsable de fichero/tratamiento en el tratamiento de datos personales, tal como se expone a continuación.

VODAFONE no ha mostrado un celo y diligencia, que debe ser de notable entidad en atención a su actividad mercantil (prestación de servicios de telecomunicaciones), de la que se infiere un continuo tratamiento de datos personales, así la Sentencia de la Audiencia Nacional Recurso 104/2006 señala que “la entidad demandante por la actividad que realiza debe tratar un gran volumen de datos personales en sus ficheros, lo que hace que deba extremar el cuidado en el manejo de dichos datos para lograr una protección eficaz, pues está en juego un derecho fundamental autónomo, el derecho a la protección de datos personales según la STS 292/2000”.

VODAFONE debió extremar su diligencia a la hora de la contratación y en segundo término cuando tuvo conocimiento de la comunicación de la denunciante debió actuar con celeridad y comunicar a su “gestora de cobros” las circunstancias para que se abstuviera de seguir con su actuación, pues también se estaba conculcando el principio de calidad del dato, por cuenta de VODAFONE, y que por la configuración del procedimiento en cuanto a trámites y plazos, no se puede ya imputar su comisión.

En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional, Recurso 143/2006 señala que” así es, no se aprecia la disminución de la culpabilidad del sancionado o de la antijuridicidad del hecho, pues la naturaleza de la actividad desarrollada por la entidad recurrente, y su permanente relación con los datos personales, determina que el comportamiento exigible a quien habitualmente está en contacto con este tipo de datos sea de distinguido y exquisito cuidado sobre el cumplimiento de las exigencias impuestas por la LOPD, porque está en juego la protección de derechos



fundamentales- art. 18.4 CE-. “ (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

En lo que respecta a la falta de perjuicios causados a la denunciante, que aduce VODAFONE, 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”.

Por su parte la reiteración o reincidencia impiden la aplicación de tal precepto, recuérdese que esta Agencia a sancionado a VODAFONE en sendas ocasiones por la comisión de la infracción del mismo precepto, esto es el art. 6 de la LOPD.

Por tanto, en merito de lo que antecede, no se considera que concurran las circunstancias necesarias para que pueda aplicarse, en el presente supuesto, lo dispuesto en el artículo 45.5 de la LOPD.

Teniendo en cuenta los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD y, en especial, la falta de intencionalidad, procede proponer que se imponga las sanciones en su cuantía mínima.

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 7 de abril de 2010, en el procedimiento sancionador PS/00587/2009.



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, 1 de junio de 2010

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte