



Procedimiento nº.: PS/00028/2009

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00493/2009

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad Jazz Telecom, S.A.U. Asesoría Jurídica contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00028/2009, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 20/07/2009, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00028/2009, en virtud de la cual se imponía a la entidad Jazz Telecom, S.A.U multa de 60.101,21 (sesenta mil ciento un euros con veintiún céntimos de euro) por infracción del artículo 4.3 de la LOPD, tipificada como grave en los artículos 44.3.d) en relación con los artículos 45.2, 45.4 y 45.5 de la LOPD.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 23/07/2009, 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/00028/2009, quedó constancia de los siguientes:

- Tal y como informa TELEFONICA en su escrito de fecha 6/07/2006 (Folio 8), en fecha 31/05/2006 fue recibida una solicitud de portabilidad por parte de JAZZTEL sobre el nº *****TELF1. No se aporta por JAZZTEL acreditación alguna de que dicha solicitud de portabilidad hubiera sido instada por el denunciante.
- En fecha 31/07/2006, el denunciante pone en conocimiento de JAZZTEL que no ha solicitado dicha portabilidad (Folio 15), solicitando que nuevamente fuera portado su número al del operador original, TELEFONICA. Dicha reclamación es contestada por JAZZTEL en fecha 1/08/2006 (Folio 15), informándole cómo ha de procederse para solicitar la baja.
- En fechas 13/06/2006 (Folio 11) y 10/08/2006 (Folio 19) el denunciante solicita la conservación (portabilidad) del número de teléfono, el *****TELF1, con TELEFONICA. Tal y como señala JAZZTEL, dicha portabilidad fue aceptada el 28/08/2006 (Folios 58 y 80).
- A pesar de haber reconocido esa portabilidad a favor de TELEFONICA, JAZZTEL giró una serie de facturas al denunciante, concretamente las siguientes: del 15/10/2006 al 15/11/2006 (Folios 32 a 34); del 15/11/2006 al 15/12/2006 (Folios 38 a 40); del 15/12/2006 a 15/01/2007 (Folios 50 a 52); del 15/01/2007 a 15/02/2007 (Folio 61) y del 15/03/2007 al 15/04/2007 (Folio 66).

- Se acompaña por el denunciante resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de fecha 24/04/2008 (Folios 69 a 71) en la que se estima la reclamación del denunciante al señalar que el proceso de portabilidad de la línea realizado por JAZZTEL *no ha sido regular, al no haberse tenido en cuenta lo dispuesto en el citado artículo 44 del real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, donde se requiere la conformidad por escrito del abonado.*

TERCERO: Jazz Telecom, S.A.U ha presentado en fecha 24/08/2009 el presente recurso de reposición, debiéndose de tener por tanto planteado el mismo en tiempo, ex artículo 116 y siguientes de la LRJAP y PAC.

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

Indica primeramente JAZZTEL la caducidad del presente procedimiento sancionador. No obstante, en base a la Disposición Transitoria Quinta del RGLOPD, al haberse iniciado las actuaciones previas (con la denuncia, en fechas 10/11/ 2006, 2/01/2006, 18/01/2007, 22/02/2007 y de 14/02/2007) con anterioridad a la entrada en vigor del RGLOPD (el 19/04/2008), no se aplicará la previsión del plazo máximo de duración de las actuaciones previas en 12 meses contenido en el artículo 122.4 RGLOPD.

III

Invoca seguidamente JAZZTEL, reiterando lo ya alegado a la Propuesta de Resolución, la prescripción de la infracción imputada en cuanto que la última factura girada sería de 15/02/2007, de forma que habiéndose dictado el acuerdo de inicio en fecha 16/02/2009, lo que obligaría a entender, según JAZZTEL, prescrita la infracción al amparo del artículo 47 de la LOPD.

No obstante, y tal y como ha quedado holgadamente explicado en el Fundamento de Derecho IV de la resolución recurrida, dicha alegación no puede prosperar, ya que fueron giradas facturas por JAZZTEL al denunciante hasta el período comprendido entre el 15/03/2007 y el 15/04/2007 (Folio 66). Consecuentemente, debe de entenderse que es hasta esa fecha, el 15/04/2007, hasta cuando JAZZTEL infringe el principio de calidad en los datos al estar girando facturas que no se corresponden con la realidad de los servicios prestados.

Una vez determinado el *dies a quo*, el 15/04/2007, el *dies a quem* vendrá determinado, ex artículo 132.2 de la LRJAP y PAC, con la “...*iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador...*”. De este modo, habiéndose notificado el acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, el 16/02/2009, deberá



concluirse que no se ha producido la prescripción de la infracción, teniendo en cuenta que la infracción imputada en este procedimiento tiene la calificación de grave y señalado un plazo de prescripción de 2 años al amparo del artículo 47 de la LOPD.

IV

Respecto del fondo del tema, afirma JAZZTEL la inexistencia de elemento volitivo o subjetivo por su parte en cuanto que *“el denunciante prestó todos sus datos de forma consentida...y cuando se tuvo el conocimiento de que quería la baja de los mismos, procedió a cursarla y a restituir toda la situación al estado inicial, anulando todas las facturas giradas, sin causar ningún perjuicio al denunciante...”*.

No obstante, y tal y como consta en la resolución recurrida en el Fundamento de Derecho V, no puede mantenerse la buena fe en la actuación de JAZZTEL. Y esto es así en cuanto que, tal y como consta en los Hechos Probados, aún habiéndose aceptado expresamente la portabilidad de JAZZTEL (donante) a TELEFONICA (receptor), JAZZTEL giró una serie de facturas al denunciante, concretamente las siguientes: del 15/10/2006 al 15/11/2006 (Folios 32 a 34); del 15/11/2006 al 15/12/2006 (Folios 38 a 40); del 15/12/2006 a 15/01/2007 (Folios 50 a 52); del 15/01/2007 a 15/02/2007 (Folio 61) y del 15/03/2007 al 15/04/2007 (Folio 66).

Por otro lado, no debe desligarse el elemento volitivo o culpabilístico del carácter de profesional del imputado, en este caso JAZZTEL. En este sentido, el TS 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 que, en el caso ahora examinado, cuando la actividad del recurrente JAZZTEL es de constante y abundante manejo de datos de carácter personal ha de insistirse en el rigor y exquisito cuidado por ajustarse a las prevenciones legales al respecto. En este sentido, la STS de 5/06/1998 exige a los profesionales del sector *“un deber de conocer especialmente las normas aplicables”*, y en similares términos se pronuncian, entre otras, las SSTS de 2/03/1999 y 17/09/1999.

V

Invoca finalmente JAZZTEL la aplicación de los artículos 45.4 y 45.5 de la LOPD así como del principio de proporcionalidad señalando los mismos argumentos que los ya recogidos en las alegaciones a la Propuesta de Resolución, lo que nos obliga a remitirnos al Fundamento de Derecho V de la resolución recurrida de la misma.

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 Jazz Telecom, S.A.U. Asesoría Jurídica contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 20/07/2009, en el procedimiento sancionador PS/00028/2009.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **Jazz Telecom, S.A.U.** Asesoría Jurídica .

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, 25 de enero de 2010

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte