



Procedimiento nº.: PS/00171/2012

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00904/2012

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.** contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00171/2012 y en virtud de los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 19 de octubre de 2012, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00171/2012, en virtud de la cual se impuso a la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. una sanción de **20.000 €**, por **vulneración** de lo dispuesto en el **artículo 11.1 de la Ley Orgánica 15/1999**, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), tipificada como grave en el artículo **44.3.k**), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha **24 de octubre de 2012**, 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/00171/2012, se dejó constancia de los siguientes:

*<<PRIMERO: La denunciante, Dña. **A.A.A.**, expone en su denuncia que contrató con la empresa Ya.com (de la que es titular France Telecom España, S.A.) un servicio de teléfono fijo (número *****TEL.1**) y que tuvo conocimiento, en marzo de 2011, de que su número de teléfono, nombre, apellidos y dirección figuraban publicados en una guía de consulta de abonados en internet, pese a que no había consentido la publicación de sus datos personales.*

*SEGUNDO: Obra en el expediente al folio 9, impresión de pantalla obtenida el **18 de abril de 2011** de la página web <http://blancas.guias118111.es>. En la misma consta el nombre, dos apellidos y domicilio de la denunciante y su número de teléfono, *****TEL.1**.*

*TERCERO: F.T. ha manifestado que los datos personales de la denunciante asociados al número de teléfono *****TEL.1** fueron suministrado a la CMT para su inclusión en las guías de servicios telefónicos el **20 de julio de 2010** y que se instó su exclusión el **26 de abril de 2011** “cuando el abonado causó baja de los servicios contratados”. (Ver folios 108, 26 y 27)*

*CUARTO: Resulta acreditado que el número de teléfono *****TEL.1**, del que es titular la denunciante, le fue asignado por F.T.*



Obra en el expediente, al folio 18, copia de un documento, con el membrete de YACOM, que F.T. dirigió a la denunciante, con el siguiente texto: ¡Enhorabuena! Ya tiene nuevo número de teléfono y es Yacom. Tu nuevo número de teléfono es: *****TEL.1**". (Folio 18)

QUINTO: La denunciante ha confirmado, a preguntas de la AEPD, que el número de línea *****TEL.1** del que es titular le fue asignado por Ya.Com. Ha declarado que "el alta de la línea tuvo lugar en el mes de junio de 2010, sin poder especificar el día dado que se efectuó por vía telefónica. Nunca me remitieron el contrato. En relación al alta de la línea y asignación de número dispongo de la documentación cuya copia adjunto en la que se me informa de que se producirá el alta ante de 30 días, y de cómo se realiza la instalación. El router y la guía de instalación fueron remitidas, según copia del albarán que se adjunta el 7 de junio de 2010", (folio 16) (El subrayado es de la AEPD)

SEXTO: F.T. ha declarado durante las actuaciones inspectoras que el número *****TEL.1** se dio de alta en esa operadora, a nombre de la denunciante, en fecha 31 de mayo de 2010. (Folio 25)

SÉPTIMO: Se solicitó a F.T. durante las actuaciones inspectoras que remitiera a este organismo copia del soporte en el que conste el consentimiento de la denunciante para la publicación de sus datos personales en guías de abonados. La denunciada respondió en los siguientes términos en su escrito informativo de 3 de noviembre de 2011:

"Estamos en proceso de localización del documento en el que consta el consentimiento de (la denunciante) para la publicación de sus datos personales en guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas", (folio 26) (El subrayado es de la AEPD)

En fase de prueba se requirió a F.T., por segunda vez, para que aportara copia del soporte en el que conste el consentimiento otorgado por la denunciante para comunicar sus datos personales a la CMT. F.T. evacuó el trámite de prueba en fecha 7 de septiembre de 2012 sin responder a esta cuestión. (Folios 93 y 108)

OCTAVO: La denunciante se dirigió a F.T. mediante correo electrónico de fecha 30 de marzo de 2011 en el que explica que sus datos personales aparecen publicados en una página de internet, se pregunta en qué momento ha recibido esa entidad autorización suya para ceder dichos datos y solicita que, con carácter inmediato, impidan que dichos datos sean de acceso público, (folio 4).

F.T. respondió mediante correo electrónico de 1 de abril de 2011 en el que informa que ha pasado la notificación al departamento correspondiente para agilizar la "cancelación de sus datos personales en páginas comerciales", (folio 5).

F.T. dirigió a la afectada carta fechada el 8 de abril de 2011 en la que expone que, en relación a su solicitud de exclusión de sus datos en guías y anuarios telefónicos, le informan que no puede ser tramitada por esa entidad en tanto no se ejercite en los términos de la Ley 15/1999, por lo que debe remitir fotocopia del DNI, (folio 8)



NOVENO: Resulta acreditado el envío a F.T. de dos correos electrónicos:

- a) De fecha 12 de abril de 2011 en el que comunica que han transcurrido 13 días desde la reclamación efectuada vía correo electrónico el 30 de marzo de 2011 y pese a ello siguen apareciendo publicados en internet, sin consentimiento, sus datos personales por lo que exige que en el plazo de 48 horas procedan a eliminar cualquier referencia a su persona de un medio de acceso público.
- b) De fecha 18 de abril de 2011 mediante el que solicita la baja inmediata como cliente. (Folio 10)>>

TERCERO: FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. (en lo sucesivo la recurrente o F.T.) ha interpuesto en fecha **23 de noviembre de 2012**, mediante correo administrativo, que tuvo entrada en el registro de esta Agencia Española de Protección de Datos el **28 de noviembre**, recurso de reposición, fundamentándolo, básicamente, en los mismos argumentos expuestos en el curso del procedimiento.

En su escrito de recurso además de volver sobre argumentos anteriormente invocados alega la vulneración del trámite de audiencia y, con carácter subsidiario solicita una reducción en la cuantía de la sanción al estimar que debe fijarse en el importe mínimo señalado para las infracciones leves.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

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

II

El escrito de interposición del recurso de reposición presentado por F.T. reitera las consideraciones expuestas en el curso del expediente sobre el fondo de la controversia suscitada. A este respecto debe señalarse que los argumentos invocados fueron analizados y desestimados en los **Fundamentos de Derecho del II al VI**, ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<< II

La Ley Orgánica 15/1999 bajo la rúbrica “Comunicación de datos”, dispone en su artículo 11:

“1. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

(...)”

Este precepto debe integrarse con la definición legal de consentimiento del



interesado y de cesión o comunicación de datos que ofrecen, respectivamente, los apartados h) e i) del artículo 3 de la LOPD: “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”; “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”.

El Tribunal Constitucional ha incidido sobre el fundamento jurídico de la figura de la cesión de datos en su Sentencia 292/2000, en la que se pronuncia en los siguientes términos (Fundamento Jurídico 13ª): “...el derecho a consentir la recogida y el tratamiento de los datos personales (artículo 6 de la LOPD) no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros, pues constituye una facultad específica que también forma parte del contenido del derecho a la protección de tales datos. Y por tanto, la cesión de los mismos a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aun cuando puedan ser compatibles con éstos (artículo 4.2 de la LOPD), supone una nueva posesión y un uso que requiere el consentimiento del interesado. Una facultad que sólo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y por tanto esté justificada, sea proporcionada y, además se establezca por Ley, pues el derecho fundamental a la protección de datos personales no admite otros límites” (El subrayado es de la AEPD).

III

La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de datos de carácter personal establece en su **artículo 28.4** que “los datos que figuren en las guías de servicios de telecomunicaciones disponibles al público se regirán por su normativa específica”.

El examen de esa normativa nos obliga a hacer referencia, en primer término, a la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre. El artículo 34 del citado texto legal, bajo la rúbrica “protección de los datos de carácter personal”, establece:

“Sin perjuicio de lo previsto en el apartado 6 del artículo 4 y en el segundo párrafo del artículo anterior, así como en la restante normativa específica aplicable, los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, deberán garantizar, en el ejercicio de su actividad, la protección de los datos de carácter personal conforme a la legislación vigente”. (El subrayado es de la AEPD)

El artículo 38.6 de la Ley 32/2003 dispone que “La elaboración y comercialización de guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas y la prestación de servicios de información sobre ellos se realizará en régimen de libre competencia, garantizándose, en todo caso, a los abonados el derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo el de no figurar en dichas guías....” (El subrayado es de la AEPD)

El Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, (RSU), supedita la inclusión de los datos en guías y repertorios de abonados al consentimiento expreso de su titular y ofrece, además, un concepto legal de lo que deberá entenderse por consentimiento



expreso. El **artículo 67 del Real Decreto**, bajo la rúbrica “Guías de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público”, establece en el apartado 2:

“Para que los datos correspondientes a un abonado a los que se refiere el artículo 30.4 sean incluidos por primera vez en algún tipo de guía o facilitados a otra entidad para su inclusión en ella o para la prestación de servicios de información o de consulta sobre ella, será preciso el consentimiento expreso de dicho abonado.

A estos efectos, se entenderá que existe consentimiento expreso de un abonado cuando el operador le solicite su consentimiento para la inclusión de tales datos, con indicación expresa de cuáles serán éstos, el modo en que serán incluidos en la guía y su finalidad, y este le responda dando su aceptación. También se producirá cuando este se dirija por escrito a su operador solicitándole que sus datos figuren en la guía.

Si el abonado no hubiera dado su consentimiento expreso, se entenderá que no acepta que se publiquen en la guía correspondiente sus datos”. (El subrayado es de la AEPD)

Por otra parte, tanto el R.D. 424/2005 como la Orden CTE 711/2002 hacen mención a la obligación que incumbe a los operadores que prestan el servicio telefónico disponible al público de facilitar a la CMT los datos relativos a sus abonados. A este respecto deben citarse las siguientes disposiciones:

- El artículo 20 del R.D. 424/2005: “Las condiciones que deben cumplir los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público serán las siguientes: (...) b) Facilitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para las finalidades previstas en el artículo 68, en soporte informático, como mínimo, los datos a los que se refiere el artículo 30.4 correspondientes a los abonados a los que ofrezcan la posibilidad de recibir llamadas a través de un número telefónico de abonado administrado por dichos operadores, incluyendo de forma separada, los de aquellos que hubieran decidido no figurar en las guías. A estos efectos estarán obligados a solicitar el consentimiento de los abonados conforme se indica en el artículo 67...”.

- La Orden CTE 711/2002 en su apartado decimocuarto punto 1 indica que “Los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público facilitarán a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los plazos y en el soporte informático que ésta acuerde, los siguientes datos de sus abonados.....”

La Circular 2/2003, de 26 de septiembre, de la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones, relativa al “procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de directorio en competencia”, se ocupa del modo en que deben proceder los operadores obligados a facilitar información sobre sus abonados y las entidades habilitadas para prestar servicios de directorio y crea, además, el “Sistema de Gestión de Datos de Abonados”, en adelante SGDA, que le permite recibir y suministrar los datos de los abonados de forma ágil.

De acuerdo con la Circular, (apartado segundo), “Están obligados a facilitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la información sobre los datos de sus abonados los operadores que prestando el servicio telefónico disponible al público, asignen números a sus abonados”. El apartado sexto, punto 1, indica: “Todos los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público, a los que se refiere el



apartado segundo de la presente Circular, deberán suministrar a la Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones mediante su conexión vía electrónica al Sistema de Gestión de Datos de los Abonados, los ficheros actualizados de los datos de sus abonados de acuerdo con las especificaciones definidas en el Anexo I y según el procedimiento técnico previsto en el Anexo IV de esta Circular”

*De los preceptos anteriormente transcritos se desprende que si bien incumbe a las operadoras la obligación de aportar los datos de sus abonados a la CMT a través del SGDA, **esta obligación no es absoluta, pues tiene como límite el respeto a la voluntad del titular de los datos en los términos previstos por la normativa específica.***

IV

A) *Resulta acreditado en el expediente que la denunciante contrató con F.T. (a través de la empresa Ya.com) una línea de teléfono fijo a la que la operadora asignó el número *****TEL.1**.*

*Ninguna duda cabe respecto al hecho de que el número de línea fue asignado por F.T. y que no fue portado de otra entidad, toda vez que existen en el expediente varios documentos que así lo confirman. Entre ellos, la carta de bienvenida que la entidad dirigió a la denunciante en la que se indica (folio 17): “Gracias por habernos elegido, muy pronto disfrutarás del servicio ADSL + Llamadas con alta de línea Ya.com”. O el documento que obra al folio 18 en el que se expone: “Enhorabuena! Ya tiene nuevo número de teléfono y es Ya.com. Tu nuevo número de teléfono es: *****TEL.1**” (El subrayado es de la AEPD). En el mismo sentido se manifiesta F.T. en su escrito informativo de fecha 3 de noviembre de 2011 (ver folio 25).*

*Respecto a la forma de celebración del contrato en virtud del cual se dio de alta la línea telefónica, aunque F.T. no se ha pronunciado sobre tal cuestión, todo indica que se hizo telemáticamente, ya fuera por teléfono -como ha declarado la denunciante- ya a través de internet. Así lo vienen a corroborar los documentos de bienvenida que F.T. envió a su cliente y actual denunciante, a los que ya se ha hecho mención, incorporados a los folios 17 y 18. A la anterior consideración se añade un hecho especialmente significativo, como es que, pese a que la Agencia requirió a F.T. durante las actuaciones de inspección para que aportara copia del documento, cualquiera que fuese el soporte en el que conste, que acreditase el consentimiento de la afectada a la publicación de sus datos personales en guías y repertorios de abonados la entidad no llegó a remitirnos ningún documento y se limitó a decir en su escrito informativo de 3 de noviembre de 2011 que “Estamos en proceso de localización del documento en el que consta el consentimiento de DOÑA **A.A.A.** para la publicación de sus datos personales en guías de abonados a los servicios de comunicaciones eléctricas”, (folio 26).(El subrayado es de la AEPD).*

La Agencia reiteró su petición meses después, en agosto de 2012, durante el periodo de prueba. En esta ocasión la operadora tampoco aportó el documento solicitado y omitió hacer mención a la documentación requerida (ver folios 93 y 108).

Constituye un hecho probado que los datos personales de la denunciante (nombre, dos apellidos y domicilio) asociados al número de teléfono que le asignó F.T.



(**TEL.1**) fueron publicados en fecha 18 de abril de 2011 en la página web <http://blancas.guias11811.es>.

Es también un hecho incontrovertido que F.T. comunicó a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los datos personales de la denunciante asociados a la línea telefónica contratada, para lo que incluyó el correspondiente registro en los ficheros que descargó en el SGDA del citado organismo. A este respecto reproducimos las declaraciones hechas por F.T. tanto durante las actuaciones inspectoras como durante el periodo probatorio. En el escrito informativo de fecha 3 de noviembre de 2011 F.T. afirmó que “Los datos personales de este abonado se incluyeron en el fichero que se facilita a la Comisión del Mercado para las telecomunicaciones, para su inclusión en las guías de los servicios telefónicos, en fecha 20 de julio de 2010”. Y añadió que “Los datos de DOÑA A.A.A. (...) fueron dados de baja en la información que se suministra a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a través del Sistema de Gestión de Datos de Abonados debido a que la cliente cursó baja de los servicios contratados en fecha 26 de abril de 2011”. (Folios 26 y 27). (El subrayado es de la AEPD)

También en el escrito de agosto de 2012, de respuesta a las pruebas practicadas reconoce que suministró a la CMT “...los datos personales del abonado a que se hace referencia en el requerimiento, para su inclusión en las guías de servicios telefónicos, en fecha 20 de julio de 2011. Se instó su exclusión cuando el abonado causó baja de los servicios contratados, en fecha 26 de abril de 2011”, (folio 108).

B) Como se ha indicado en el Fundamento Jurídico precedente, el artículo 67 del R.D. 424/2005 exige contar con el **consentimiento expreso** del abonado para que sus datos personales, a los que se refiere el artículo 30.4, sean incluidos por primera vez en algún tipo de guía o facilitados a otra entidad para su inclusión en ella. A su vez, el artículo 30.4 del R.D. 424/2005 menciona entre esos datos los siguientes: a) Nombre, apellidos o razón social; b) Número o números de abonado; c) Dirección postal del domicilio, excepto piso, letra y escalera.

El R.D. 424/2005 ofrece un concepto legal de lo que debe entenderse por **“consentimiento expreso”** y concreta también el **“efecto jurídico”** que provoca la **“ausencia”** de ese consentimiento expreso: en ese caso se entenderá que el abonado no acepta que se publiquen sus datos.

Trasladando las consideraciones precedentes al supuesto de hecho analizado se verifica, en primer término, que el número de abonado asociado a la denunciante que F.T. comunicó a la CMT no había sido objeto de una inclusión previa en guías, por cuanto el número de línea fue asignado por F.T. con ocasión del contrato celebrado, -contrato que si nos atenemos a la información ofrecida por F.T. (hecho probado cuarto), data del 31 de mayo de 2010-.

Esto significa que de acuerdo con la normativa específica que regula esta materia, **F.T. debía contar con el consentimiento expreso de su abonada antes de haber incluido sus datos personales en los ficheros que descargó en el SGDA de la CMT**, ficheros que están destinados a hacerse públicos habida cuenta de que tienen acceso a ellos las entidades habilitadas por la CMT para prestar servicios de guías y consultas de abonados.



Por ello resulta esencial **verificar si la operadora recabó y obtuvo de la denunciante el consentimiento para la cesión de sus datos a la CMT;** consentimiento que ha de ser previo a la cesión y expreso, en los términos que lo define el artículo 67.2 del R.D. 424/2005: “... se entenderá que existe consentimiento expreso de un abonado cuando el operador le solicite su consentimiento para la inclusión de tales datos, con indicación expresa de cuáles serán éstos, el modo en que serán incluidos en la guía y su finalidad, y este le responda dando su aceptación. También se producirá cuando este se dirija por escrito a su operador solicitándole que sus datos figuren en la guía”.

Pues bien, debemos advertir que **corresponde a F.T. la carga de probar que la cesión de los datos efectuada fue ajustada a Derecho;** es decir, que recabó y obtuvo del abonado su consentimiento expreso y previo. Sin embargo, como se recoge en los hechos probados, **F.T. no ha aportado ninguna prueba en tal sentido.** Ello, pese a habersele requerido en dos ocasiones – durante las actuaciones inspectoras y en fase de prueba- para que remitiera copia del documento en el que conste el consentimiento de la afectada.

Si a la primera solicitud la denunciada respondió que “estaba a la espera de localizar el documento”, casi un año después, durante la fase de prueba, siguió sin presentar la prueba solicitada y en el escrito de respuesta al trámite de prueba omitió hacer mención a esta petición.

Por tanto, de las consideraciones precedentes y de los documentos que obran en el expediente se concluye que **F.T. no ha aportado ninguna prueba del consentimiento de la denunciante que legitime la cesión de sus datos personales a la CMT, efectuada en fecha 20 de julio de 2010, a fin de que estos fueran publicados en guías y repertorios de abonados; conducta que vulnera el artículo 11.1 de la LOPD.**

C) Objeta en su defensa F.T. que los hechos examinados no constituyen infracción alguna porque, dice, si comunicó a la CMT los datos de la denunciante fue porque “al momento de la contratación, ésta consintió en dicha comunicación, conforme establece la cláusula duodécima de las condiciones generales aplicables (vid. Documento anexo nº1)”, (folios 58 y 59).

Sin embargo, la cláusula duodécima del condicionado general facilitado (folio 85) se refiere al cumplimiento de la obligación de información prevista en el artículo 5 de la LOPD. Además en la cláusula se incluye una autorización del abonado para que sus datos sean utilizados para las siguientes finalidades: “1, gestión del Programa de Fidelización (que podrá incluir entrega de regalos, gestión de promociones especiales para clientes, información sobre novedades de YA.COM, etc. que podrán ser remitidas por correo postal, e-mail, SMS, MMS, etc.)”. “2. envío por YA.COM de comunicaciones comerciales de productos y /o servicios de YA.COM (servicios de telecomunicaciones, servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico sobre productos relacionados con la fotografía)....”.

Resulta por ello que la mencionada cláusula duodécima del condicionado general del contrato suscrito entre F.T. y la denunciante, cláusula en la que la operadora quiere



amparar la cesión de los datos personales de la denunciante, no guarda ninguna relación con la obligación impuesta a la entidad por el artículo 67.2 del R.D. 424/2005.

*A la luz de lo expuesto en los párrafos precedente estimamos que la conducta anteriormente descrita, imputable a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., **vulnera el artículo 11.1 de la LOPD. El artículo 44.3.k) de la citada Ley Orgánica tipifica como infracción grave** “La comunicación o cesión de los datos de carácter personal sin contar con legitimación para ello en los términos previstos en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo, salvo que la misma sea constitutiva de infracción muy grave”.*

V

Corresponde examinar a continuación si la conducta de F.T. que vulnera el artículo 11.1 la LOPD puede subsumirse en el tipo sancionador previsto en su artículo 44.3.k).

*No hay duda de que la presencia del **elemento subjetivo** 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. Así, 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 recoge 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 artículo 130.1 de la LRJPAC se desprende 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.

Por lo que atañe a la medida de la diligencia que es exigible, conviene aludir a la STAN de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006), en la que el Tribunal 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” Y continúa: “....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". (El subrayado es de la AEPD).

En el presente caso, el elemento subjetivo de la culpabilidad se concreta en la **grave falta de diligencia** demostrada por F.T. en el cumplimiento de la normativa de protección de datos, al haber cedido los datos de su cliente al SGDA de la CMT sin estar legitimado para ello, pues no contaba con el consentimiento expreso de la afectada que a tal fin exige el artículo 67.2. del R.D. 424/2005.

VI

El artículo 45 de la LOPD, apartados 1 a 5, según redacción introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece:

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.»

El apartado 45.5 de la LOPD deriva del principio de proporcionalidad de la sanción y permite establecer " 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", pero para ello es necesario la concurrencia de, o bien una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado, o bien de la antijuridicidad del hecho, o bien de alguna otra de las circunstancias que el mismo precepto cita.

No se dan en el presente caso las circunstancias previstas en los apartados c) y d) del artículo 45.5 de la LOPD. Además debe valorarse la especial diligencia y conocimiento de la normativa de protección de datos que se ha de exigir a las entidades profesionales cuando, como ocurre con la entidad imputada, el tratamiento de datos personales constituye parte habitual y esencial de su actividad. Las empresas que por su actividad están habituadas al tratamiento de datos personales deben ser especialmente diligentes y cuidadosas al realizar operaciones con ellos y deben optar, siempre, por la interpretación más favorable a la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos, como de forma reiterada sostiene la Audiencia Nacional, entre otras, en Sentencia de 26 de noviembre de 2008.

*No obstante, **sí se aprecia** en el asunto que nos ocupa **la concurrencia de la circunstancia** descrita en el apartado **b, del artículo 45.5 de la LOPD**, habida cuenta de que, como ha quedado acreditado, **la operadora desplegó una reacción diligente a fin de regularizar la situación irregular causada.***

Si bien como la propia denunciada ha reconocido la baja de los datos personales de la denunciante en los ficheros del SGDA de la CMT se produjo el 26 de abril de 2011, a raíz de que su cliente y actual denunciante hubiera dado por resuelto el contrato, es igualmente cierto que F.T. respondió con gran rapidez a la reclamación que le dirigió su entonces cliente. El primer contacto del cliente con la operadora solicitando que con carácter inmediato se excluyeran sus datos personales de los repertorios de abonados y servicios de consulta al no haber consentido nunca su publicación, tuvo lugar mediante correo electrónico de fecha 30 de marzo de 2011. Resulta acreditado en la documentación que obra en el expediente que en fecha 1 de abril, por tanto al día siguiente, la entidad denunciada le respondió mediante correo electrónico, informándole que pasaba el asunto al departamento correspondiente. El 8 de abril de 2011, 8 días después de su reclamación, la denunciante recibió en su domicilio un escrito de F.T. en el que le comunicaba que debía solicitar la cancelación de los datos en los términos de la LOPD y el R.D. 424/2005 y adjuntar fotocopia del DNI.

Sobre esta respuesta de la compañía sí podríamos objetar que no era necesario que la afectada planteara su solicitud en los términos descritos por la operadora en su carta de 8 de abril, dado que la pretensión de la afectada no consistía en revocar un consentimiento que previamente hubiera otorgado, sino que, por el contrario, tal consentimiento nunca existió, de manera que la entidad había actuado vulnerando las disposiciones del R.D. 424/2005 que requiere para publicar datos personales en guías y repertorios de abonados que se cuente con el consentimiento expreso y previo del titular de los datos. Pero esta circunstancia no es óbice para que no se aprecie en su justa medida la rapidez con la que F.T. respondió a la reclamación formulada por su cliente,



extremo de gran relevancia que justifica cumplidamente la aplicación del efecto jurídico descrito en el artículo 45.5 de la LOPD: la imposición de la sanción con arreglo a la escala prevista para las infracciones que preceden inmediatamente en gravedad a la efectivamente cometida.

Por todo ello, procede imponer una multa cuyo importe se encuentre entre 900 € y 40.000 €, en aplicación de lo previsto en el apartado 1 del artículo 45 de la LOPD, al tener la infracción imputada la consideración de infracción grave.

Debemos sin embargo rechazar otros argumentos que F.T. ha incluido en sus alegaciones a fin de que instar la disminución del importe de la sanción. Así, ha invocado el Acta 952/2006 de la Inspección de la Agencia; que el perjuicio ocasionado ha sido levísimo y la doctrina jurisprudencial - de la que es exponente, entre otras, la STAN de 27 de octubre de 2006- según la cual los simples errores en la operativa de las compañías en los que se vean afectados datos personales no determinan, automáticamente, la existencia de una infracción en materia de protección de datos personales.

Respecto al primero de sus argumentos, -el Acta 952/2006 de la Agencia- como dijimos en la propuesta de resolución nos remitimos al pronunciamiento que sobre esta cuestión recoge la STAN de 24 de septiembre de 2009, en su Fundamento Jurídico sexto. En cuanto a la ausencia de perjuicios, la Audiencia Nacional viene considerando que únicamente es relevante para graduar la sanción la "existencia" de perjuicios, siendo irrelevante a tales efectos que éstos no hayan llegado a producirse. Sobre la invocada Sentencia de 27 de octubre de 2006 debemos advertir que los hechos acaecidos no se refieren a un "mero error" en la operativa de la compañía, sino al incumplimiento de la normativa específica en materia de telecomunicaciones que supedita la legalidad de la cesión al Sistema de Gestión de Datos de Abonados de la CMT al hecho de haber recabado el consentimiento expreso - en los términos definidos en el R.D. 424/2005- y previo de su titular

Centrándonos en los **criterios de graduación de las sanciones** contemplados en el artículo 45.4 de la LOPD, estimamos que **concurren** diversas **circunstancias que operan como agravantes** de la conducta que ahora se enjuicia: Las previstas en los apartados c) y f): "la vinculación de su actividad con la realización de tratamientos de datos de carácter personal" y "el grado de intencionalidad", (expresión que debe interpretarse como grado de culpabilidad), puesto que ha quedado acreditado F.T. incurrió en una grave falta de diligencia al comunicar a la CMT los datos de su cliente sin comprobar que se ajustaba a las condiciones a las que la normativa específica de telecomunicaciones (R.D. 424/2005, artículo 67) supedita la legalidad de la cesión.

Concluimos, por tanto, que F.T. es responsable de una infracción del artículo 11.1 de la LOPD, toda vez que cedió los datos de la denunciante al SGDA de la CMT, a fin de que los mismos fueran objeto de publicación en guías de abonados y servicios de consulta telefónica, sin recabar el consentimiento expreso y previo del abonado para tal cesión, como exige el artículo 67.2 del R.D. 424/2005 y demás disposiciones reglamentarias que resultan de aplicación al presente caso a tenor del artículo 28.4 de la LOPD.

Tomando en consideración que **concorre** la atenuante privilegiada del artículo



45.5.b) de la LOPD, dado que ha quedado probado que la denunciada actuó con gran diligencia para poner fin a la situación irregular causada, y valorada la presencia de las circunstancias **agravantes previstas en los apartados c) y f) del artículo 45.4** de la citada norma, se acuerda sancionar a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., con multa de **20.000 € (veinte mil euros)** por la infracción del artículo **11.1** de la **LOPD**, tipificada como infracción grave en el artículo **44.3.k)**, de la que esa entidad debe responder. >>

III

A) F.T. ha invocado también en su recurso que la resolución impugnada ha vulnerado el trámite de audiencia, por lo que es nula de pleno Derecho con arreglo al artículo 62.1, apartados a) y e) de la Ley 30/1992, en tanto lesiona derechos susceptibles de amparo constitucional y ha sido dictada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido.

La recurrente justifica tal afirmación en los siguientes hechos: F.T. presentó en el Servicio de Correos el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución el **16 de octubre de 2012**, que tuvo entrada en la AEPD el **18 de octubre de 2012** (adjunta acuse de recibo con el sello de registro en la AEPD) y, por otra parte, la **resolución** impugnada se dictó el **19 de octubre de 2012** sin tener en cuenta las alegaciones realizadas por ella en el trámite de audiencia.

Como fundamentos jurídicos alega vulneración de los artículos artículo 89.1 y 84 de la Ley 30/1992 y del artículo 19 del R.D. 1398/1993. También cita diversas Sentencias en las que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha indicado que tratándose de procedimientos sancionadores o de gravamen la omisión del trámite de audiencia da lugar a la nulidad radical de lo actuado desde tal omisión. Así, las SSTs de 26/09/2005, de 21/05/2002, de 14/12/2004, 14/05/1991 y 03/10/1989.

Sin embargo, como expondremos seguidamente, **en ningún caso ha existido vulneración del principio de audiencia** ni de otro derecho susceptible de amparo constitucional. Tampoco se ha prescindido del procedimiento establecido. Más al contrario, el **procedimiento y los plazos fijados en la Ley 30/1992 y en el R.D. 1398/1993 se han respetado escrupulosamente**.

El último día del plazo de audiencia (quince días hábiles computados desde la notificación de la propuesta de resolución al interesado), era el **16 de octubre de 2012**, fecha en la que F.T. presentó por correo administrativo -como ella misma ha acreditado- sus alegaciones a la propuesta de resolución.

Pues bien, la **Resolución que se impugna** fue **dictada** por el Director de la AEPD el día **19 de octubre de 2012**, esto es, **el tercer día posterior al cumplimiento del plazo que marca la Ley para dar audiencia al interesado**. De tal manera que, no solo se ha respetado el trámite de audiencia que la recurrente afirma que ha sido incumplido por esta Agencia, **sino que los plazos marcados por la Ley se han cumplido con creces**.

La circunstancia de que la Resolución recurrida se hubiera dictado después de finalizado el plazo fijado para evacuar el trámite de audiencia pero **sin** que las alegaciones presentadas hayan sido examinadas al tiempo de dictar la Resolución, **no**



entraña una vulneración del trámite de audiencia como F.T. quiere hacer valer, por cuanto este hecho es ajeno a la voluntad de la Agencia y está relacionado con la demora que se produce cuando los escritos se presentan por correo administrativo y el último día del plazo concedido.

En el presente caso, la carta con las alegaciones de F.T., enviada por correo, fue entregada en la AEPD el día **18 de octubre de 2012**. Para acreditar este extremo la recurrente aporta una impresión de pantalla relativa al estado de su envío, identificado con el CD ***NÚMERO.1, procedente de la página de web de Correos y en la que se hace constar "18/10/2012 Entregado".

No obstante, desde que una carta enviada a través del correo es entregada en este organismo y hasta que ese documento es Registrado, transcurren alguno/os días por meras labores de organización interna. En este sentido y por lo que afecta al asunto que nos ocupa el escrito de alegaciones a la propuesta de F.T. tiene **sello del Registro de Entrada de la AEPD** en el que figura la siguiente información: "Nº Registro: 460894/2012" y "**Fecha:19/10/2012** 09:30:03".

El Antecedente Séptimo de la resolución impugnada, en el que es habitual reflejar el contenido de las alegaciones a la propuesta, ya advertía que el plazo de audiencia había finalizado el día 16 de octubre y que a fecha 17 de octubre no se tenía noticia de la recepción en este organismo de las alegaciones de la denunciada.

En consecuencia el procedimiento administrativo se ha respetado escrupulosamente, los plazos se han cumplido íntegramente y no ha existido infracción del principio de audiencia en el asunto que nos ocupa. A mayor abundamiento, un examen de las alegaciones a la propuesta que F.T. remitió a la AEPD nos permite comprobar que los argumentos expuestos en ella bien habían sido invocados en el escrito de alegaciones al acuerdo de inicio, bien han sido planteados en el escrito de recurso, de modo que todas las cuestiones planteadas por la recurrente en las alegaciones a la propuesta de resolución han sido tomadas en consideración y convenientemente analizadas y respondidas.

Así, en su escrito de alegaciones a la propuesta F.T. esgrimió los siguientes argumentos: a) Infracción del principio de presunción de inocencia. b) La inexistencia de vulneración del artículo 11.1 de la LOPD, con la mención, también recogida en el recurso, a que "*podiera haber existido un error*" por su parte. c) La petición de que se aplique el artículo 45.5 de la LOPD.

Por lo que respecta a la primera cuestión (a) basta recordar dos ideas que ya se hacían constar en la propuesta de resolución y conducen inexorablemente a rechazar el argumento de la recurrente: La primera, como se advertía en la propuesta de resolución y vuelve a exponer la resolución impugnada, que es a F.T. a quien le corresponde la carga de probar que actuó con el consentimiento expreso y previo de la denunciante, porque esa es una obligación impuesta a la operadora como requisito previo a la cesión de datos efectuada a la CMT (artículo 67.2 del R.D. 424/2005, al que remite el artículo 28.4 de la LOPD). La segunda, que durante las actuaciones inspectoras se había solicitado a la recurrente que aportara el documento, cualquiera que fuese el soporte en el que conste, que acreditara el consentimiento de la titular de los datos para la cesión de los mismos a la CMT, a lo que respondió en escrito de fecha 3 de noviembre de 2011 que "*estamos en proceso de localización del documento*". Durante el periodo probatorio



se instó de nuevo a F.T. para que acreditara el consentimiento. La recurrente evacuó este trámite sin responder a esa diligencia de prueba, (folio 108)

En cuanto a la inexistencia de infracción del artículo 11.1 de la LOPD, (b) con la alusión, también recogida en este recurso, a que *“pudiera haber existido un error”* por su parte, procede indicar que esa circunstancia - que los hechos se hubieran producido por un *“error”* involuntario-, no priva a la conducta antijurídica de la entidad (cesión inconsentida de los datos personales) del elemento subjetivo de la culpabilidad, que puede manifestarse en su modalidad de dolo o negligencia. A este respecto la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, se ha pronunciado en diversas ocasiones indicando que si el error es muestra de una falta de diligencia - como efectivamente sucede en el presente asunto -, el tipo es aplicable.

Podemos hacer mención en tal sentido a la STAN de 21 de septiembre de 2004 (RCA 937/2003) que afirma: *“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 1139/2001) que la comisión de la infracción prevista en el artículo 44.3.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” del Art. 130.1 de la Ley 30/1992, permite la imposición de la sanción, sin duda en supuestos doloso, y asimismo en supuestos culposos, bastando la inobservancia del deber de cuidado”* (el subrayado es de la AEPD).

Respecto a la petición de aplicación del artículo 45.5 de la LOPD (c) justifica en el Acta 952/2006 de la Inspección de la Agencia, en que los simples errores en la operativa de las compañías no determina la existencia de una infracción de la LOPD y en la concurrencia significativa de varias de las circunstancias descritas en el 45.4, basta indicar que esos argumentos fueron ya analizados y desestimados tanto en el escrito de propuesta como en la resolución. Además, la resolución apreció el artículo 45.5 de la LOPD al amparo del apartado b) e impuso una sanción de 20.000 €.

B) Como se advierte en el Fundamento Jurídico precedente por lo que atañe al fondo de la controversia el escrito del recurso no contiene alegaciones distintas de las que en su día expuso. Únicamente se hace mención en el escrito de interposición a que los hechos *pudieran* estar *causados* por un error de la entidad y a la pretensión de rebajar la sanción impuesta.

A la existencia de un posible error ya nos hemos referido. En cuanto a la pretensión de que se reduzca aún más la cuantía de la sanción (que se fijó en 20.000 €) recordemos que se apreció en la resolución recurrida la atenuante privilegiada del artículo 45.5 de la LOPD, (apartado b) de manera que la sanción impuesta está enmarcada en la escala de sanciones previstas para la infracciones leves. En la Resolución se analizaron y valoraron las diversas circunstancias descritas en los artículos 45.5 y 45.5 de la LOPD sin que se hayan aportado hechos nuevos que justifiquen cambiar el criterio adoptado en su momento.



IV

Por lo tanto, dado que 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.

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 **FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 19 de octubre de 2012, en el procedimiento sancionador PS/00171/2012.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **FRANCE TELECOM 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