



Procedimiento nº.: PS/00251/2010

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00006/2011

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/00251/2010, y con base en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 05/11/2010 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictó resolución en el procedimiento sancionador PS/00251/2010, en virtud de la cual se imponía a la entidad denunciada una sanción de 60.101,21 euros, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.d), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 08/11/2010, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00251/2010, quedó constancia de los siguientes:

<<HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 28/05/2009 se recibió escrito de denuncia de Dña. **A.A.A.**, con DNI – NIF **J.J.J.**, contra France Telecom España, S.A. por la inclusión de sus datos personales en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito “Asnef” y “Badexcug”, a pesar de no haber recaído resolución de la reclamación presentada ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (folios 1 – 13).

SEGUNDO: France Telecom España, S.A. ha manifestado que Dña. **A.A.A.** figura en sus registros como titular de los siguientes productos (folios 152 – 156):

Contrato	Línea	Fecha alta	Fecha baja
Contrato particular E.E.E. (prepago).	G.G.G.	24/06/2004	28/09/2005
Contrato particular D.D.D.	I.I.I.	26/12/2007	20/08/2008 (por impago)
Contrato particular D.D.D.	H.H.H.	26/12/2007	20/08/2008 (por impago)
Contrato empresa C.C.C.	F.F.F.	18/01/2008	12/08/2008 (por impago)

TERCERO: A nombre de Dña. **A.A.A.** figuran las siguientes facturas pendientes de pago (folios 157 – 161, 169 – 178):



<i>Contrato particular</i>		
<i>Factura</i>	<i>Fecha emisión</i>	<i>Importe</i>
***FACTURA.1	21/05/2008	20.45 €
***FACTURA.2	21/06/2008	67.43 €
***FACTURA.3 (incluye "baja anticipada")	21/08/2008/	255.20 €

<i>Contrato autónomo</i>		
<i>Factura</i>	<i>Fecha emisión</i>	<i>Importe</i>
***FACTURA.4	08/06/2008	149.65 €
***FACTURA.5	08/07/2008	63.23 €
***FACTURA.6 (incluye "baja anticipada")	08/08/2008	127.60 €

CUARTO: En el fichero de solvencia patrimonial y crédito "Asnef" y ficheros auxiliares figuran las siguientes incidencias a nombre de Dña. **A.A.A.**, NIF **J.J.J.**, a instancia de France Telecom España, S.A. (folios 55 – 59, 72 – 73, 76 - 81:

<i>Informante</i>	<i>Fecha alta</i>	<i>Importe</i>	<i>Fecha baja / última actualización</i>		<i>Importe</i>
Orange	08/09/2008	20,45 €	28/11/2008	Baja	87,88 €
Orange empresas	29/09/2008	340,48 €	28/11/2008	Baja	340,48 €
Orange empresas	29/12/2008	340,48 €	26/01/2009	Baja	340,48 €
Orange	29/12/2008	343,08 €	26/01/2009	Baja	343,08€
Orange	04/03/2009	343,08 €	05/06/2009	Baja	
Orange empresas	04/03/2009	340,48 €	03/12/2009	Última actualización	340,48 €

QUINTO: Con fechas 15/10/2008, 21/11/2008, 21/01/2009 y 15/04/2009 Dña. **A.A.A.** ejerció el derecho de cancelación ante el responsable del fichero "Asnef". Las solicitudes primera y cuarta fueron denegada porque France Telecom España, S.A. confirmó los datos incluidos en el fichero citado; la segunda y la tercera fueron dadas de baja de forma cautelar por el responsable del fichero de solvencia a pesar de la confirmación de France Telecom España, S.A. (folios 82 – 140).

SEXTO: En el fichero de solvencia patrimonial y crédito "Badexcug" figuran las siguientes incidencias a nombre de Dña. **A.A.A.**, NIF **J.J.J.**, a instancia de France Telecom España, S.A. (folios 29, 33 – 36):

<i>Informante</i>	<i>Fecha alta</i>	<i>Importe</i>	<i>Fecha baja / última actualización</i>		<i>Importe</i>
Orange	11/03/2009	87,88 €	05/06/2009	Baja	87,88 €
Orange	11/03/2009	340,48 €	05/06/2009	Baja	340,48 €
Orange	12/07/2009	340,48 €	22/11/2009	Última actualización	340,48 €



OCTAVO: Con fecha 16/04/2009 Dña. **A.A.A.** ejerció el derecho de cancelación ante el responsable del fichero “Badexcug”, solicitud que fue denegada el 23/04/2009 porque France Telecom España, S.A. confirmó los datos incluidos en el fichero citado (folios 30 , 37 – 50).

NOVENO: Dña. **A.A.A.** presentó una reclamación ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información con fecha 30/07/2008 por su disconformidad con la facturación correspondiente a un periodo posterior a la fecha en la que solicitó la baja de los servicios contratados y la penalización por baja anticipada. (folio 222).

DÉCIMO: France Telecom España, S.A. ha manifestado que con fechas 11/12/2008 y 22/12/2008 recibió solicitudes de información de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información referentes a la reclamación presentada por Dña. **B.B.B.** (folios 162 – 163).

UNDÉCIMO: Con fecha 16/04/2010 la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información resolvió la reclamación presentada por Dña. **A.A.A.** con fecha 30/07/2008, impugnando la facturación referida a un periodo posterior a la fecha en la que solicitó la baja del servicio contratado y la penalización por baja anticipada. Esta resolución estima la reclamación en lo que se refiere a la baja no tramitada de las líneas **I.I.I.**, **H.H.H.** y **F.F.F.**, e inhibirse respecto a la pretensión del operador de cobrar un importe en penalización por baja anticipada (folios 222 – 225).>>

TERCERO: France Telecom España, S.A. ha presentado en fecha 09/12/2010 recurso de reposición, que ha sido recibido con fecha 30/12/2010 en esta Agencia Española de Protección de Datos, en el que solicita que se dicte una resolución que declare que no existe infracción o responsabilidad, o, subsidiariamente, que se reduzca la sanción de acuerdo con lo previsto en el artículo 45.5 de la LOPD, con fundamento básicamente en las siguientes alegaciones, algunas ya formuladas anteriormente:

1. Ausencia de infracción del artículo 4.3 de la LOPD, por las siguientes razones: a) en el momento de incluir los datos personales en los ficheros de solvencia patrimonial, la reclamación del cliente ante la SETSI se entendía desestimada por silencio administrativo. Y 2) La reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 15/07/2010, anula la parte del artículo 38.1 del Reglamento de desarrollo de la LOPD que impedía incluir datos de solvencia cuando se hubiera entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa contra la deuda.

2. Aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, justificada por la implantación de medidas en diversas materias en orden a la tutela debida de los derechos de los clientes a la protección de sus datos personales.

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 France Telecom 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 al VI, ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<< III

Se imputa a France Telecom una infracción del artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD.

El artículo 4.3 de la citada Ley dispone lo siguiente:

“3. 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, uno de los cuales son los ficheros en los que se tratan datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. Así, dispone en este sentido, en su apartado 2: “Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley”. Añadiendo el párrafo 4 del mismo artículo que “sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos”.

El artículo 38 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, “Requisitos para la inclusión de datos” dispone lo siguiente:

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 y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero.

b) (...).

c) *Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación”.*

Es, por tanto, el acreedor el responsable de que los datos cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4 de la LOPD, puesto que como acreedor es el único que tiene la posibilidad de incluir los datos en el fichero y de instar la cancelación de los mismos, toda vez que es quien conoce si la deuda realmente existe o si ha sido saldada.

Por tanto, de acuerdo con lo señalado, es requisito indispensable para que los datos del deudor puedan ser incluidos en un fichero de los creados al amparo del artículo 29.2, que quede acreditada la existencia de una deuda cierta vencida y exigible, y que ésta haya sido requerida previamente de pago antes de comunicar los datos del deudor al responsable del fichero común.

Por otra parte, el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 15/07/2010, dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 23/2008 interpuesto contra el Reglamento de desarrollo de la LOPD, en el que se impugnaba, entre otros, el artículo 38.1.a), recoge, en esencia, en el fundamento de derecho decimocuarto, que la exigencia de que la deuda sea "cierta" responde al principio de veracidad y exactitud recogido en el artículo 4.3 de la LOPD, al expresar que "Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado", por ello considera el Tribunal que lo relevante será decidir si la exigencia, que impone el apartado 1.a) del artículo 38, de ausencia de impugnación de la deuda en vía administrativa, arbitral, judicial o ante los Comisionados, responde a la previsión legal del artículo 4.3, concluyendo que mal puede entenderse que unos datos no son exactos y no se encuentran actualizados como consecuencia de una reclamación de cualquier naturaleza en instancias judiciales, arbitrales, administrativas o ante los Comisionados, por lo que, en consonancia con lo anterior, resuelve exigir una mayor concreción en el precepto reglamentario y eliminar del citado apartado 1.a) la frase "... y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero "

Así las cosas, de acuerdo con la citada doctrina jurisprudencial, la mera impugnación de la deuda no supone per se un impedimento para la inclusión de la misma en los ficheros de solvencia, como ocurre en los casos en los que la impugnación no cuestiona la existencia o certeza de la deuda o cuando la impugnación no impide que pueda hablarse de una deuda cierta hasta que recaiga resolución firme, por carecer el órgano ante el que se interpone de competencia para declarar la existencia o inexistencia de la deuda a través de resoluciones de obligado



cumplimiento para las partes.

En este caso de la documentación que figura en el expediente, se desprende que la denunciante presentó reclamación en la que se rebate la existencia de la deuda ante un órgano administrativo que es competente para adoptar una decisión en los términos anteriormente expuestos y, además, France Telecom tuvo conocimiento de la existencia de la impugnación.

En concreto, con fecha 23/07/2008 la denunciante presentó una reclamación ante la SETSI por su disconformidad con los conceptos facturados por France Telecom, que tuvo conocimiento de la misma con fechas 11/12/2008 y 22/12/2008, según sus propias manifestaciones.

A pesar de ello, France Telecom volvió a incluir los datos de la denunciante en el fichero "Asnef" con fecha 29/12/2008, dieciocho días después de la recepción de la primera solicitud de información de la SETSI, y no los excluyó hasta el 26/01/2009, mes y medio después de haber recibido la misma.

Los hechos anteriormente relatados son contrarios al principio de calidad de datos consagrado en el artículo 4.3, en relación con el 29.4 de la LOPD y con el 38 del Reglamento, toda vez que France Telecom incluyó en los ficheros de solvencia citados los datos personales de la denunciante, a pesar de que ésta había presentado una reclamación ante la SETSI y no los excluyó cautelarmente.

IV

Consta acreditado en esta Agencia que las entidades asociadas a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito como "Asnef" y "Badexcug" 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 de los denunciados son datos que figuran en sus propios ficheros automatizados.

Adicionalmente, son comunicados al responsable del fichero de solvencia a través de cintas magnéticas que implican un tratamiento automatizado de los datos tratados, cedidos, e incorporados al fichero común de información sobre solvencia patrimonial.

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (artículo 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.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Nacional en su Sentencia de 18/01/2006, Recurso 0236/2004, "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 concededor 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”

Conforme al citado artículo. 3.d) de la LOPD, el responsable del fichero o del tratamiento es “la persona física o jurídica (...) que decide 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”.

El Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 26/01/2005, confirma el criterio anteriormente expuesto al señalar que “junto al responsable del fichero –que era en la Ley 5/1992- quien estaba sujeto al régimen sancionador establecido en dicha ley (art. 42) en la nueva Ley 15/1999 aparece un nuevo personaje, el responsable del tratamiento, como posible sujeto pasivo de la potestad sancionadora de la que hoy se llama –a partir de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre- Agencia Española de Protección de Datos (artículo 43), Véase lo que dicen uno y otro precepto:

Ley 5/1992 <<Art. 42. Responsables: 1. Los responsables de los ficheros estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley>>.

Ley 15/1999 << Art. 43. Responsables: 1- Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente ley>>.

Y esto es así porque la nueva Ley Orgánica –a diferencia de la vieja Ley Orgánica, que atribuía la potestad de decidir sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento únicamente al responsable del fichero- reconoce que esa decisión pueda tomarla –y así ocurre muchas veces- el responsable del tratamiento.

He aquí el nuevo texto: Ley 15/1999. <<Artículo 3. A los efectos de la presente Ley se entenderá por: [...] d) 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>>.

No se trata como se ve de un mero cambio de redacción, de un simple giro gramatical, o una innovación puramente estilística. Es algo más profundo: estamos ante un cambio esencial en el modo de afrontar la regulación de las relaciones que se entablan entre quienes manejan los datos y el titular de los mismos.”

Es preciso, por tanto, determinar si, en el presente caso, France Telecom puede ser considerado responsable del tratamiento. Esta entidad trató automatizadamente los datos relativos a la denunciante en sus propios ficheros y los comunicó al fichero “Asnef” decidiendo sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

De lo anterior se deduce que las comunicaciones de los importes de las facturas señaladas al fichero citado y el hecho de no haber realizado una exclusión cautelar implica que France Telecom supone una clara vulneración del principio de calidad de datos, de la que debe responder France Telecom, 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 ficheros de solvencia patrimonial y crédito.

La conclusión que se desprende es que France Telecom responsable de la infracción del artículo 4.3 en relación con el artículo 29.4 de la LOPD, en los términos previstos en el artículo 43 en relación con el artículo 3.d) y c) de la citada Ley Orgánica.

V

El artículo 44.3.d) de la LOPD considera 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 Audiencia Nacional ha manifestado, en su Sentencia de 22/10/03, que “la descripción de conductas que establece el artículo 44.3d) 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 cuál 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...”

La Audiencia Nacional, en Sentencia dictada el 27/10/2004, ha declarado: “Sucede así que, como ya dijimos en la Sentencia de 8 de octubre de 2003 (recurso 1.821/01) el mencionado artículo 44.3 d) de la Ley Orgánica 15/1999, aun no siendo, ciertamente, un modelo a seguir en lo que se refiere a claridad y precisión a la hora de tipificar una conducta infractora, no alberga una formulación genérica y carente de contenido como afirma la demandante. La definición de la conducta típica mediante la expresión “tratar los datos de carácter personal...” no puede ser tachada de falta de contenido pues nos remite directamente a cualquiera de las concretas actividades que el artículo 3.d) de la propia Ley incluye en la definición de “tratamiento de datos” (recogida, grabación, conservación, elaboración,... de datos de carácter personal). Y tampoco cabe tachar de excesivamente genérico o impreciso el inciso relativo a que el tratamiento o uso de los datos se realice “... con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley...”, pues tales principios y garantías debidamente acotados en el Título II del propio texto legal bajo las rúbricas de Principios de la Protección de Datos (artículos 4 a 12) y Derechos de las Personas (artículos 13 a 19)”.



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

El principio cuya vulneración se imputa a France Telecom, el de calidad de los datos, se configura como principio básico en materia de protección de datos, y así se recoge en numerosas Sentencias de la Audiencia Nacional, entre otras, las de fechas 25/05/01 y 05/04/02.

En este caso, France Telecom ha incurrido en la infracción descritas ya que ha vulnerado el citado principio, consagrado en el artículos 4.3 de la LOPD, cuando comunicó los datos de la denunciante para su registro en el fichero "Asnef" por no haber realizado la exclusión de los mismos hasta mes y medio después de haber tenido conocimiento de la reclamación ante la SETSI planteada por la denunciante, que encuentra su tipificación en el artículo 43.3.d) de la citada Ley Orgánica.

VI

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

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 de que se trate."

La Sentencia de 21/01/2004 de la Audiencia Nacional, en su recurso 1939/2001, señaló 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 antijuridicidad 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.

France Telecom ha solicitado la aplicación del artículo 45.4 y 5 de la LOPD, por los siguientes motivos: 1) Con carácter general, en las medidas implementadas en orden a la tutela debida de los derechos de los clientes a la protección de sus datos personales; y 2) la doctrina jurisprudencial establece que los simples errores de la operativa de las compañías en los que se vean afectados datos personales de sus clientes no determinan automáticamente la comisión de una infracción en materia de datos de carácter personal.

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

De los hechos considerados probados, se estima que no concurren las circunstancias necesarias para que pueda aplicarse, en el presente supuesto, lo dispuesto en el artículo 45.5 de la LOPD.

En relación a los criterios de graduación de las sanciones recogidas en el artículo 45.4 de la LOPD, y, en especial a la ausencia de intencionalidad acreditada en el presente procedimiento, procede la imposición de la sanción en su cuantía mínima.>>

III

Examinadas las alegaciones efectuadas en el presente recurso de reposición por France Telecom España S.A. se considera que ya fueron analizadas y valoradas en la resolución impugnada, por lo que no es procedente reconsiderar la validez 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 France Telecom España, S.A. contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 05/11/2010 en el procedimiento sancionador PS/00251/2010.

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.

Madrid, 11 de febrero de 2011

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte