



Procedimiento nº: PS/00395/2013

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00263/2014

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** (antes **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/00395/2013, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 12 de febrero de 2014, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00395/2013, en virtud de la cual se imponía a la entidad Orange Espagne, S.A.U. (antes France Telecom España S.A.), una sanción de 15.000 €, por la 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), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.k), de conformidad con lo establecido en el artículo 45 apartados 2 y 5 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 18/02/2014, 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/00395/2013, quedó constancia de los siguientes:

<<...PRIMERO: Con fecha 25 de junio de 2013, se incorporan a las presentes actuaciones previas de inspección E/2968/2013 de las que derivan el presente procedimiento sancionador, copia de la documentación obrante en las actuaciones previas de inspección nº: E/05780/2012, que motivaron la apertura del procedimiento sancionador nº PS/00084/2013 en fecha 7/02/2013 y en las que, según consta en el informe de actuaciones de inspección de 28 de enero de 2013, se realizaron las actuaciones que se recogen a continuación:

<<...Con fecha de 9 de febrero de 2012 tienen entrada en esta Agencia escritos de A.A.A. en los que denuncia a las entidades France Telecom España, S.a. y Telefónica de España. S.A.U. por haber solicitado, a la primera, la cancelación de sus datos personales y, a la segunda, la no cesión de sus datos y sin embargo publicarse éstos en enero de 2012 en los repertorios telefónicos.

F.F.F. Con fechas de 20 de noviembre y 21 de diciembre de 2012, desde la Inspección de Datos se solicitó a la compañía France Telecom España, S.A. la información relativa a **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante), con NIF **E.E.E.:**

1. Fecha de alta del citado abonado en los servicios de telecomunicaciones que

presta su entidad, informando si el número de la línea fue asignado por su entidad al cliente o portado desde otro operador.

2. Copia del soporte en el que conste el consentimiento o la solicitud de la denunciante para la publicación de sus datos personales en las guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas, o copia de la comunicación en la que se le solicitó el consentimiento para la citada publicación y documentación que acredite la recepción de la misma por el citado cliente.

3. Fechas en las que su entidad ha suministrado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los datos personales del citado abonado, en los ficheros que se facilitan para los servicios de guías telefónicas. Así como copia de la documentación que lo acredite.

4. Detalle de las causas que, en su caso, motivaron la baja de los datos del citado abonado en la información que se suministra, para los servicios de guías telefónicas, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

5. Copia de todas las comunicaciones y contactos que se hayan mantenido con el abonado relacionados con estos hechos, detallando para cada caso las acciones emprendidas por su entidad.

▪ Con fecha de registro de entrada en esta Agencia de 17 de enero de 2013, y en cumplimiento del citado requerimiento France Telecom España, S.A. manifiesta lo siguiente:

*1. El servicio de Línea + ADSL Máxima Velocidad + Llamadas Nacionales, fue activado con fecha 11/11/2010 después de realizar una portabilidad de la línea **D.D.D.** desde TESAU (Telefónica).*

2. No ha sido localizado el contrato suscrito por la denunciante.

*3. France Telecom lleva a cabo la remisión de datos a la CMT, de acuerdo con la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, sobre el procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de directorio en competencia, en fecha 16 de Diciembre de 2010. En dicho reporte de información, se hace entrega de la línea **D.D.D.** y de los datos de la denunciante única y exclusivamente para el Servicio de Emergencias, no siendo reportados para el servicio de Guías y Consultas Telefónica.*

En cuanto a la entrega de la documentación que acredite la remisión de tales datos a la CMT, manifiesta que se utiliza el sistema establecido por la Circular anteriormente referenciada. Dicho sistema consiste en un acceso por vía telemática a través de Certificado Criptográfico de Clase 2 de modo que, cada vez que se realiza el envío de un archivo mediante una transferencia de fichero (FTP) el operador recibe únicamente un correo firmado electrónicamente por la CMT dando fe de la correcta transferencia del fichero sin detallar la relación de los datos de abonados reportado.

4. No se llevó a cabo la baja de los datos del citado abonado en la información que se suministra a la CMT.

5. Con fecha 09/12/2010, se recibe escrito de la denunciante, donde solicita el derecho de oposición de sus datos personales. France Telecom contestó a la petición informando de la imposibilidad de tramitar la solicitud por cuanto no había aportado copia de su documento de identidad.

Posteriormente, en fecha 28/12/2010 se recibe escrito de la denunciante, facilitando su DNI pero sin concretar su petición. France Telecom envió contestación al segundo escrito alegando la imposibilidad de tramitar su petición debido a la falta de concreción.

Aclara que en la fecha de recepción de la primera solicitud de la denunciante, esto es el 09/12/2010, sólo se había reportado a la CMT la información obligatoria para el servicio de emergencias.

F.F.F. Con fechas de 20 de noviembre y 21 de diciembre de 2012, desde la Inspección de Datos se solicitó a la compañía Telefónica de España, S.A.U. la citada información relativa a la denunciante sin que se haya recibido contestación al respecto.

F.F.F. Con fecha de 9 de enero de 2013 se incorpora a las presentes actuaciones de inspección copia impresa de la información que obra en la página web <http://blancas.paginasamarillas.es> relativa a la denunciante, en la que consta su línea telefónica con la referencia "U"...>> (folios 2 a 70).

SEGUNDO: En la Resolución de 18 de junio de 2013 del citado procedimiento PS/084/2013 (publicada actualmente en la página web de esta Agencia) en sus hechos probados se recoge:

<<...SEGUNDO: Con fechas de 20 de noviembre y 21 de diciembre de 2012, desde la Inspección de Datos se solicitó a la compañía Telefónica información relativa a la denunciante. Con fecha 5/02/2013 tiene entrada escrito de Telefónica comunicando:

<<...D^a A.A.A. ha sido titular de la línea **D.D.D.** desde el 26/10/2010 hasta el 10/11/2010 (...) (...)

Por parte de Telefónica de España no se han facilitado los datos de D^a **A.A.A.** en relación a la línea **D.D.D.** en ningún momento, debido a que las fechas de envío a la CMT de la información en esa época fueron...>> (folios 20 a 22, 26 a 28 y 69, 70).

TERCERO: Con fecha 14/03/2013 en fase de pruebas, se acordó entre otras:

<<...Solicitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, (en adelante CMT) que facilite la siguiente información toda ella relativa a ficheros de Guías que Telefónica de España, S.A.U. cargó en el SGDA de la CMT:

En relación con los siguientes datos:

- Abonado: **A.A.A.**
- Dirección: calle **C.C.C.**, número **26**, **B.B.B.)**
- Teléfono: **D.D.D.**

Se solicita que precise en qué fichero, tanto de ACTUALIZACIONES como de TOTALES de los que Telefónica de España, S.A.U. cargó en el Sistema entre el 26 de octubre de 2010 y el 31 de enero de 2012, se incluyeron los registros a través de los cuales se dio de ALTA y BAJA este abonado...>> (...).

CUARTO: De la documentación facilitada por la CMT en fase de prueba, se verifica que la entidad Telefónica mantenía los datos de la denunciante a fecha 9/11/2010, siendo dados de baja en el 14/12/2010, asociados a la línea **D.D.D.** en los ficheros de Totales y Actualizaciones correspondientes a Guías, de la provincia de Zaragoza en el SGDA en las citadas fechas (...)...>>

TERCERO: Con motivo de los hechos puestos de manifiesto durante la tramitación del procedimiento sancionador nº PS/00084/2013, iniciado contra Telefónica de España, S.A.U. como consecuencia de la denuncia presentada en esta Agencia por la denunciante por la publicación de sus datos en las guías de abonados, sin su consentimiento, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, con fecha de 20 de mayo de 2013, ordena a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de actuaciones previas de inspección E/2968/2013 en las que, al objeto de esclarecer las circunstancias concurrentes en aquellos, se investigue la actuación del denunciado (folio 1).

CUARTO: Con fecha 25 de junio de 2013, se incorpora a las presentes actuaciones previas de inspección E/2968/2013, copia de las diligencias de fecha 16 de mayo de 2013, realizadas por el instructor del procedimiento sancionador nº PS/00084/2013, en las que se recoge impresión de pantalla de los registros remitidos por la CMT, obrantes en los ficheros de guías descargados por Telefónica de España, S.A.U. y France Telecom España, S.A. en el SGDA de la CMT, en los que constan los datos de la denunciante.

Consta en la citada información que France Telecom España, S.A. descargó en el SGDA los ficheros “***FICHERO.1.txt” y “***FICHERO.2.txt” con fechas 7 de julio de 2011 y 21 de febrero de 2012. Dichos ficheros contenían para su incorporación en directorios de abonados los datos de la denunciante (folios 71 a 77)...>>

TERCERO: Orange Espagne, S.A.U. (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en el Servicio de Correos el 18 de marzo de 2014, teniendo entrada el 21/03/2014 en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en las alegaciones manifestadas a lo largo del procedimiento sancionador, entre otras, error en la tipificación, falta de competencia de esta Agencia, caducidad de las actuaciones previas de Inspección. Solicita se anule la sanción impuesta o se rebaje al importe de la misma.

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 el recurrente, 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 II al XI ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<...II

En relación con la alegación realizada por la entidad denunciada, de caducidad de las actuaciones previas. De conformidad con el art. 122.4 del Real Decreto 1720/2007, de 21/12, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, las actuaciones previas tendrán una duración máxima de doce meses a contar desde la fecha en la que la denuncia o petición razonada a las que se refiere el párrafo segundo “hubieran tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos o, en caso de no existir aquellas, desde que el Director de la Agencia acordase la realización de dichas actuaciones.”

Desde la entrada de la denuncia el 9/02/2012 (denuncia frente a Telefónica y France Telecom, pues una de las dos entidades estaba informando sin consentimiento de la denunciante, los datos de la misma a la CMT para la elaboración de las Guías de Abonados) ha transcurrido en exceso el plazo de doce meses sin notificar a la entidad denunciada el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, por lo que las actuaciones previas iniciales E/05780/2012 han caducado respecto a la entidad France Telecom.

Ha de tenerse en cuenta que frente a la citada denuncia la entidad France Telecom había informado a esta Agencia que los datos de la denunciante no eran informados a la CMT para la elaboración de Guías de Abonados por dicha entidad. France Telecom comunicó a esta Agencia que ella solo informaba dichos datos para los servicios de emergencias. Información que no se corresponde con la documentación remitida por la CMT a esta Agencia en el periodo de pruebas del PS/84/2013. Información que esta Agencia considera que posiblemente constituye un error de France Telecom y no un obstrucción a la función inspectora de la Agencia Española de Protección de Datos. Si France Telecom hubiese remitido la información correcta y veraz el procedimiento PS/084/2013 se hubiese iniciado no solo a Telefónica sino también a France Telecom.

“El vencimiento del plazo sin que haya sido dictado y notificado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador producirá la caducidad de las actuaciones previas.”

Sin embargo, el artículo 92.3 de la Ley 30/1992, de 26/11, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece

que, “La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.”

En el presente caso, estamos ante infracción grave del art 11 de la LOPD cuyo plazo de prescripción es de dos años, de conformidad con el art. 47.1 de la LOPD de la citada norma, contados desde febrero de 2012 (fecha en la que France Telecom informó de los datos de la denunciante a la CMT para su incorporación a Guías de Abonados, de acuerdo con la documentación remitida por la CMT a esta Agencia), por lo que no existió impedimento alguno para la apertura el 22/05/2013, de un nuevo procedimiento de actuaciones previas E/02968/2013 dentro del citado plazo.

Sin embargo dicho procedimiento de actuaciones previas E/02968/2013 no se inicia a la vista de la denuncia, sino cuando la Agencia tiene conocimiento por la información trasladada a esta Agencia por la CMT de que la entidad France Telecom informó el 7/11/2011 y el 21/02/2012 de los datos de la denunciante para la elaboración de las Guías de abonados. Y cuando se conoció por la información trasladada a esta Agencia por la CMT, que Telefónica dio de baja el 14/12/2010 los datos de la denunciante para la elaboración de Guías de abonados.

III

No obstante, respecto de la apertura de un nuevo procedimiento sancionador en relación con una infracción no prescrita, previa tramitación de un procedimiento ya caducado, esta Agencia ya se pronunció en la Resolución nº R/00017/2011 de 24/01/2011, en la que se planteó por la representación de la entidad denunciada dudas acerca de dicha posibilidad, citando por este organismo la doctrina jurisprudencial sentada al respecto por el Tribunal Supremo, en concreto se cita en el Fundamento de Derecho II lo siguiente: <<...la controversia no ha sido pacífica ni por la jurisprudencia ni por la doctrina científica, sin embargo ha quedado zanjada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003 (RJ 2003, 4602) dictada en un recurso de casación en interés de ley, en la que el alto tribunal enjuició la legalidad de una sentencia de una Juzgado de lo contencioso-administrativo de Málaga que anuló una sanción sobre la base de que la dualidad de expedientes sancionadores vulneraba las prescripciones del artículo 44.2 de la Ley 30/1992, habiendo por consiguiente, la administración municipal, impuesto una sanción esquivando la aplicación del régimen de caducidad-perención del procedimiento sancionador.

El Tribunal Supremo, sin embargo, no comparte esa conclusión jurídica y fija la siguiente doctrina legal: “La declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para los procedimientos en que la administración ejerce potestades sancionadoras, art. 44.2 LRJPAC no extinguen la acción de la administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndoles plenamente aplicable el art. 92.3 de la misma ley”. Con anterioridad a esta sentencia, la jurisprudencia del alto Tribunal, se había ya mostrado decididamente partidaria de la posibilidad de reinicio de un nuevo expediente sancionador para el caso de que la infracción no haya prescrito (STS 16 de julio de 2001, 29 de octubre de 2001, 5 de noviembre de 2001, o 5 de diciembre de 2001...>>

IV

El artículo 47, apartado 1, 2 y 3, de la LOPD, dispone:

“1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año.

2. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.

3. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviere paralizado durante más de seis meses por causas no imputables al presunto infractor...”

La denunciante es cliente de la entidad denunciada desde el 11/11/2010 y de la documentación obrante en el procedimiento ha quedado acreditado que ha figurado en las Guías en formato internet en fecha 9/01/2013 (folios 34 a 35).

*De la documentación facilitada por la CMT en fase de prueba del procedimiento PS/84/2013, se verifica que la entidad Telefónica (de la que fue cliente con anterioridad) mantenía los datos de la denunciante a fecha 9/11/2010 informados a la CMT a los efectos de Guías de abonados, siendo dados de baja en el 14/12/2010, asociados a la línea **D.D.D.** (folios 72 a 74).*

Así mismo de la documentación facilitada por la CMT en junio de 2013 en fase de prueba del procedimiento PS/84/2013, se verifica que la entidad France Telecom informó el alta en fechas 7/07/2011 y 21/02/2012 a los efectos de su inclusión en Guías de abonados (folios 75 a 77).

Teniendo en cuenta que el Acuerdo de Inicio del presente procedimiento fue notificado el 9/09/2013, que la infracción cometida es grave y es una infracción continuada como mínimo hasta el 21/02/2012 y que prescribe a los dos años. Por todo ello, de acuerdo con la regulación del art. 47 de la LOPD, no procede tomar en consideración la alegación de prescripción de la infracción.

V

La LOPD 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 (...)

4. El consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal tiene también un carácter revocable.”

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).

VI

La LOPD establece en su artículo 28.4 que “los datos que figuren en las guías de servicios de telecomunicaciones disponibles al público se registrarán 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 de un abonado 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).

VII

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...”. (El subrayado es de la AEPD)

- 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.

VIII

En el presente caso, ha quedado acreditado que la denunciante contrato con la entidad denunciada, France Telecom el 11/11/2010. De acuerdo con la documentación obrante en el procedimiento los datos fueron informados a la CMT para su incorporación a Guías de abonados, por la citada entidad denunciada en fechas 07/07/2011 y 21/02/2012.

Igualmente ha quedado acreditado que la denunciante fue cliente de Telefónica y que dicha entidad informó a la CMT, de la baja de los datos de la denunciante, a los efectos de Guías de abonados en fecha 14/12/2010.

La entidad denunciada no ha aportado copia del contrato suscrito con la denunciante, o de documento alguno de modificación de la contratación, en el que figure el consentimiento expreso de la misma para la publicación de sus datos en guías de abonados.

No obstante los datos personales de la denunciante (nombre, dos apellidos, domicilio y número de línea) fueron objeto de publicación en guías en formato Internet en fecha 9/01/2013 y 31/01/2012.

Como hemos precisado en el Fundamento Jurídico precedente, el artículo 67 del R.D. 424/2005 exige 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 relativos al abonado los siguientes: a) Nombre, apellidos o razón social; b) Número o números de abonado; c) Dirección postal del domicilio, excepto piso, letra y escalera.

Por otra parte, 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 tal sentido el artículo 67.2 del R.D. indica que existirá consentimiento expreso de un abonado cuando el operador le solicita su consentimiento para la inclusión de tales datos, informándole expresamente cuáles son éstos, el modo en que serán incluidos y su finalidad, y el abonado responde a esta solicitud dando su aceptación. La consecuencia jurídica que se deriva de no contar con el consentimiento expreso, en los términos definidos en el artículo 67.2 del citado R.D. 424/2005, está tasada en el mismo: en ese caso se entenderá que el abonado no acepta que se publiquen sus datos.

Por tanto, a tenor de las consideraciones precedentes y de los documentos que obran en el expediente se concluye que la entidad denunciada cedió al SGDA de la CMT los datos personales de la denunciante sin legitimación para ello, toda vez que no obtuvo el consentimiento expreso de la afectada, tal y como la normativa específica exige. Conducta que estimamos vulnera el artículo 11.1 de la LOPD.

IX

De la documentación obrante en el expediente debemos concluir que la denunciada no ha aportado ninguna prueba que legitime la cesión de los datos del denunciante a fin de que éstos fueran publicados en guías y repertorios de abonados.

En consecuencia, conforme a las consideraciones precedentes, estimamos que la conducta anteriormente descrita, imputable a la entidad denunciada, vulnera el artículo 11.1 de la LOPD y constituye una infracción grave tipificada como tal en el artículo 44.3.k) de la citada Ley Orgánica: “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”.

X

Esgrime la entidad denunciada en su defensa que no concurre el elemento subjetivo de la culpabilidad, ni a título de dolo ni a título de culpa, lo que conforme al artículo 130.1 de la LRJPAC impide la imposición de una sanción y justifica el archivo del expediente sancionador.

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.

Frente al alegato de la denunciada según el cual ha actuado de buena fe (...) y en la plena creencia de estar actuando dentro de la más estricta legalidad, debemos manifestar lo siguiente: En relación a la invocada buena fe, traer a colación la STAN de 24 de mayo de 2002 en la que se afirma que "la buena fe en el actuar, para justificar la ausencia de culpa –como se hace en el presente caso-; basta con decir que esa alegación queda enervada cuando existe un deber específico de vigilancia derivado de la profesionalidad del infractor. En esta línea tradicional de reflexión, la STS de 12 de marzo de 1975 y 10 de marzo de 1978, rechazan la alegación de buena fe, cuando sobre el infractor pesan deberes de vigilancia y diligencia derivados de su condición de profesional". (El subrayado es de la AEPD). Por lo que atañe a la creencia de que actuó dentro de la más estricta legalidad debemos subrayar que es obligación de la entidad conocer la normativa aplicable a lo que se añade que debe actuar diligentemente, lo que exige verificar, antes de proceder a la cesión de datos, si se cuenta con el consentimiento expreso del titular de los datos o si en el supuesto en cuestión no es necesario contar con dicho consentimiento expreso y previo antes de realizar la cesión.

Por lo que atañe a la medida de la diligencia que es exigible, debemos citar 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 falta de diligencia demostrada por la entidad denunciada en la conducta observada respecto a la denunciante, en el cumplimiento de la normativa de protección de datos al haber cedido los datos de su cliente sin contar con su consentimiento expreso, consentimiento al que se supedita la legalidad de tal comunicación.

XI

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.

La denunciada ha invocado el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción que pudiera corresponderle (artículo 131.3 de la LRJPAC) y solicita la aplicación del efecto jurídico previsto en el artículo 45.5 de la LOPD.

Por lo que respecta a las circunstancias previstas en el artículo 45.4 de la LOPD, se aprecia la concurrencia de la descrita en su apartado b), que versa sobre el volumen de los tratamientos efectuados; criterio que opera como atenuante en cuanto entraña una disminución de la antijuridicidad de la conducta enjuiciada y/o de la culpabilidad de la entidad, dado que el expediente sancionador que nos ocupa versa sobre un único afectado.

De conformidad con el apartado a) del artículo 45.5 de la LOPD es posible fijar la cuantía de la sanción aplicando la escala que preceda en gravedad a aquella en la que se integra la considerara en el caso en cuestión, si se aprecia 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 descritos en el artículo 45.4. Habida cuenta de que como se ha indicado ha quedado acreditada la presencia de la circunstancia descrita en el artículo 45.4 (apartado b), se estima procedente aplicar el efecto jurídico descrito en el citado precepto.

Por todo ello, procede imponer una multa cuyo importe se encuentre entre 900 € y 40.000 €, en aplicación de lo previsto en el artículo 45, los apartados 1 y 5, de la LOPD.

Valoradas en conjunto las circunstancias previstas en el artículo 45.4 de la LOPD, cuya presencia ha quedado acreditada, y habida cuenta de que concurre la contemplada en el apartado a) del artículo 45.5 de esta norma, se acuerda sancionar a la entidad denunciada con una multa de 15.000 € (quince mil euros) por la infracción del artículo 11.1 de la LOPD, de la que esa entidad es responsable...>>

III

En relación con la competencia sancionadora de esta Agencia, por la cesión por parte de las compañías de telefonía, de datos de sus clientes (personas físicas) a la CMT para su incorporación posterior a las Guías de abonados. Esta Agencia ha sancionado de forma reiterada a diversas compañías, entre ellas, Orange y Telefónica de España. Sanciones que fueron recurridas ante la Audiencia Nacional y que han sido ratificadas por sentencia firme, tales como la de 20/09/2013 rec 174/2012 y la de 13/07/2012 rec 595/2010.

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, el 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 **ORANGE**



ESPAGNE, S.A.U. (antes FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.) contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 12 de febrero de 2014, en el procedimiento sancionador PS/00395/2013.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (antes 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