



Procedimiento nº.: PS/00539/2012

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00266/2013

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/00539/2012, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 21 de febrero de 2013, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00539/2012, en virtud de la cual se imponía a la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A., dos sanciones de 50.000 € cada una, por la vulneración de lo dispuesto en los artículos 6.1 y 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), infracciones tipificadas como graves en el artículo 44.3.b) y c) respectivamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 26 de febrero de 2013, 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/00539/2012, quedó constancia de los siguientes:

<< PRIMERO: El denunciante, Don A.A.A. manifiesta que la operadora France Telecom ha incluido sus datos personales en el fichero de solvencia patrimonial Badexcug sin tener ninguna deuda pendiente ya que, con fecha 9 de enero de 2009, solicitó la baja de un servicio de ADSL asociado a su teléfono móvil que rescindió estando hasta ese momento al corriente de pagos (folios 1-14).

*SEGUNDO: En los ficheros de France Telecom consta asociado el nombre y apellidos del denunciante a un servicio de telefonía móvil (contrato nº ***CONTRATO.1) consistente en servicio de modem USB para una línea de datos de Internet, con fecha de alta 26 de junio de 2008 y baja el 30 de julio de 2009, por impago de las tres últimas facturas (folios 41-42).*

*TERCERO: En el contrato firmado por el denunciante consta que contrata el servicio de una tarjeta SIM para el número de teléfono Orange ***TEL.1, con "Tarifa GPRS Datos Residencial", "Tarifa IEW Sin Límite". En el que figura "compromiso adicional en tarifa 6 meses: NO". No constan marcadas ninguna de las casillas de compromiso de permanencia de 18 y de 24 meses. Dicho contrato no está fechado (folios 133-134)*

CUARTO: Con fecha 9 de enero de 2009, el denunciante solicitó la resolución



del contrato *****CONTRATO.1** correspondiente a la línea de datos nº *****TEL.1**, manifestando que la línea funciona deficientemente y que le es imposible utilizarla por falta de cobertura (folios 2-6).

QUINTO: France Telecom giró a nombre del denunciante tres facturas vinculadas a la línea contratada correspondiente a los periodos:

- 21/12/2008-20/01/2009, por importe de 45,24€, que se corresponde a un periodo anterior a la solicitud de baja.
- 21/01/2009-20/02/2009, por importe de 45,24€.
- 21/02/2009-20/03/2009, por importe de 3,24€.

Entre las tres suman 93,72 € (folios 43-44)

SEXTO: Consta acreditado que France Telecom informó al fichero Badexcug los datos personales del denunciante. Consta una operación impagada informada por ORANGE con fecha de **alta de 20/04/2009** y fecha de **baja de 01/04/2012** por un importe inicial de 45,24 € y una cantidad pendiente de pago en la fecha de baja de 93,72 € (folios 31-33)

SÉPTIMO: En respuesta a un escrito de acceso del denunciante con fecha 04/04/2011 EXPERIAN comunica a éste los datos que constan en el fichero BADEXCUG, a su nombre e identificador, y que son siguientes datos:

Informante Orange

Importe financiado 174,92

Fecha de Alta 19/04/2009

Impagado en Alta 45,24€

Importe Impagado 93,72 €

Máximo importe impagado 174,92 €

Fecha de última actualización 03/04/2011 (folio 39).

OCTAVO: Consta resolución de la SETSI de fecha 11 de julio de 2012, en la que se estima la reclamación presentada, debiendo France Telecom anular los cargos facturados con posterioridad a la fecha de solicitud de baja (folios 75-78).>>

TERCERO: FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. ha presentado en fecha 25 de marzo de 2013, con fecha de entrada en esta Agencia Española de Protección de Datos el 1 de abril de 2013, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en las alegaciones ya formuladas en el procedimiento sancionador cuya resolución es objeto del presente recurso, tal como se transcribe a continuación:

<<II

Corresponde analizar, en primer término, la cuestión previa planteada por la representación de FTE sobre la supuesta **incompetencia de la Agencia**



Española de Protección de Datos para conocer de los hechos objeto de este procedimiento sancionador.

Manifiesta FTE a este respecto, que “la determinación de si existía o no un contrato en vigor al momento de ocurrencia de los hechos constituye una cuestión de naturaleza civil sustraída a la competencia de la Agencia Española de Protección de Datos, según dispone el artículo 37 de la Ley Orgánica 15/1999 (...)”, y añade, que “... el despliegue de sus funciones (de la AEPD) exige la previa determinación por los Tribunales de Justicia de la existencia de los presupuestos necesarios antes referidos”; concluyendo de todo ello la nulidad de pleno derecho de cualquier resolución sancionadora que pudiera recaer en el presente procedimiento, conforme a lo prevenido en artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992.

La tesis sustentada por FTE debe ser rechazada, por cuanto resulta contraria al criterio manifestado por la Audiencia Nacional en recientes sentencias, en las que reiteradamente ha venido considerando que la Agencia, en el ejercicio de las funciones que legalmente tiene encomendadas, puede ponderar las circunstancias que rodean el supuesto concreto en orden a determinar, únicamente, si se ha producido una vulneración de la normativa sectorial de protección de datos. Esto, porque en ningún caso podría justificarse que la AEPD incumpliera los deberes que le vienen legalmente impuestos, en particular en los artículos 37.1.a) y g) de la LOPD, argumentado una indebida incursión de este organismo en cuestiones civiles; máxime, cuando tal valoración, cuya naturaleza la Jurisprudencia ha calificado de prejudicial y carente de efectos jurídicos frente a terceros, es imprescindible para que ejerza las funciones que por ley tiene encomendadas.

La doctrina sentada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, entre otras, en la Sentencia de 17 de octubre de 2007, indica en su Fundamento de Derecho Tercero: “Y, en fin, respecto a la falta de competencia, también de la Agencia, para hacer juicios o apreciaciones de orden civil, o mercantil, sobre la naturaleza de la obligación y la certeza de la deuda, debemos señalar que la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, autoriza a la citada Agencia para salvaguardar la calidad de los datos personales que acceden a los ficheros de solvencia patrimonial, en relación con las obligaciones dinerarias a que alude el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999. (...) Por tanto, la regulación legal y el contenido de la expresada instrucción impiden avalar la tesis que sostiene la parte recurrente en su escrito de demanda, pues, como hemos señalado, no es posible, a los efectos ahora examinados, pretender que, al socaire de una indebida incursión en cuestiones civiles, la Agencia incumpla los deberes legalmente impuestos dejando de sancionar conductas que incurren en los ilícitos administrativos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, cuando someramente, y sin entrar en arduas y sofisticadas cuestiones civiles, constan acreditadas las características que la Instrucción establece para la inclusión de los datos en los ficheros de solvencia patrimonial”.

Igualmente significativa resulta la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de julio de 2007, en cuyo Fundamento de Derecho segundo se expone: “Comienza el recurrente la defensa de su pretensión alegando la incompetencia de la Agencia de Protección de Datos ya que la controversia versa sobre la



existencia o no de un determinado contrato y esta cuestión es de naturaleza esencialmente civil y, por consiguiente, sustraída a su competencia, según dispone el art. 37 de la LOPD. En realidad el Director de la Agencia de Protección de Datos no ha resuelto sobre la procedencia o improcedencia de la deuda, sino que su resolución se centra en considerar infringidos determinados preceptos de la LOPD, anudando como consecuencia a dichas infracciones la imposición de una sanción. Basta leer la parte dispositiva de la resolución impugnada para constatar lo que se acaba de afirmar. Y sin duda es plenamente competente para dictar esta resolución. Otra cosa es que para ejercer su competencia haya de realizar valoraciones fácticas o jurídicas cuya naturaleza podríamos calificar de prejudicial, y sobre las que no podría adoptar una decisión definitiva con efectos frente a terceros. Si el principio de calidad del dato recogido en la LOPD exige que los datos tratados por un tercero referidos a una persona sean exactos y veraces, la Administración encargada específicamente de hacer cumplir esta normativa, a los solos efectos de considerar cumplido o infringido este principio puede hacer una valoración de exactitud y veracidad de un determinado dato, en este caso de la certeza de una deuda, sin que ello signifique un apartamiento de sus normas de competencia. Este motivo de impugnación debe ser rechazado".(El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

III

En segundo lugar manifiesta FTE que la infracción del artículo 6.1 LOPD que se imputa a mi representada ha prescrito por haber sido superado ampliamente el plazo de dos años (artículo 47 LOPD) desde que se cometiera la infracción (enero de 2009) hasta la notificación del referido acuerdo (el 10/10/2012)

*Por lo que atañe al plazo de prescripción de la infracción, éste debe coincidir con la fecha en que "cesa la situación de infracción perseguida". En el asunto que analizamos el fin de la conducta infractora coincide con la fecha en que la operadora dio de baja la incidencia en el fichero Badexcug, lo que aconteció el **01/04/2012**. Así lo acredita la documentación que figura en el expediente aportada por la entidad responsable del citado fichero, Experian (folios 31-33).*

Parece conveniente traer a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 24 de junio de 2010, (Rec. 539/2007) que FTE conoce bien, por cuanto fue ella la parte recurrente, que despeja las dudas que pudiera tener la denunciada acerca de cuál es el término inicial para el cómputo del plazo. El Fundamento de Derecho Tercero de la referida SAN declara:

Sostiene asimismo la demandante que se ha producido la prescripción de ambas infracciones imputadas, de los artículos 6.1 y 4.3 de la LOPD, argumentándose que han transcurrido más de dos años desde que se cometieron las mismas, (...)

Nos encontramos en cualquier caso en el supuesto ante las denominadas infracciones permanentes, respecto de las que esta Sala ha declarado con reiteración, ya desde la SAN de 21 de septiembre de 2001 (Rec. 95/200), que(..) se caracterizan porque la conducta constitutiva de un único ilícito se mantiene.



durante un espacio prolongado de tiempo, lo que implica que el plazo de prescripción no se inicia “al no haber cesado la situación de infracción perseguida” -STS de 18 de febrero de 1985”. Criterio que también han seguido, entre otras, las SSAN (1ª) de 22 de febrero de 2006 (Re. 343/2004), 21 de noviembre de 2007 (Rec. 117/2006), 11 de diciembre de 2008 (Rec. 574/2007).

Concepto jurídico plenamente aplicable al supuesto litigioso tomando en consideración que tanto el tratamiento de datos sin consentimiento como la inclusión indebida de los mismos en Asnef se mantuvo durante un periodo prolongado de tiempo, por lo que habrá que estar a la fecha de finalización y no de inicio, de dichas conductas, para el cómputo del plazo de prescripción. Y a tal fin resulta, según se desprende de las actuaciones practicadas que los datos personales del denunciante figuraron de alta, asociados a la misma presunta deuda, hasta el 28 de febrero de 2005, por lo que necesariamente ha de considerarse esta fecha a efectos de comisión de la infracción.” (El subrayado es de la AEPD).

Pues bien, dado que el plazo de prescripción que el artículo 47.1 de la LOPD fija para las infracciones graves es de “dos años”, debemos remitirnos para su cómputo a lo que señalan sobre el mismo las disposiciones de carácter general, en particular el Título Preliminar del Código Civil y la LRJPAC (artículos 5.1 y 48.2, respectivamente). Ambas normas establecen que cuando los plazos estén fijados por meses o años se computarán de fecha a fecha, precisando que en el caso de que no exista en el mes de vencimiento día equivalente al inicial del cómputo se entenderá que éste expira el último día del mes.

Ha quedado acreditado que FTE dio de baja del fichero Badexcug los datos personales del denunciante el día 01/04/2012, fecha que debe tomarse como “dies a quo” del plazo de dos años previsto en la norma para la prescripción de la infracción y cuyo cómputo debe realizarse de fecha a fecha, de manera que el término final del citado plazo, o “dies ad quem”, coincide con el día 1 de abril de 2014.

En consecuencia, la prescripción de la infracción imputada que se invoca debe ser rechazada.

IV

El artículo 6, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica 15/1999, relativo al “consentimiento del afectado”, dispone:

“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de la Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea



necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

El artículo 6 de la LOPD consagra el principio del consentimiento o autodeterminación, piedra angular en la construcción del derecho fundamental a la protección de datos que alude a la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para que puedan tratarse sus datos personales. Conforme al citado precepto, el tratamiento de datos sin consentimiento del titular, o sin otra habilitación amparada en la Ley, constituye una vulneración de este derecho, pues sólo el consentimiento, con las excepciones contempladas en la ley, legitima el tratamiento de los datos personales.

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

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

V

*Pasamos a examinar la **infracción del artículo 6.1 de la LOPD** que se imputa a FTE.*

De acuerdo con las disposiciones transcritas, el tratamiento de los datos personales de un tercero exige contar con el consentimiento previo e inequívoco de su titular, exigencia de la que se dispensa al responsable del tratamiento, - entre otros supuestos previstos en la Ley Orgánica 15/1999-, cuando el tratamiento en cuestión se refiera a un contrato suscrito entre las partes y sea necesario para su mantenimiento o cumplimiento, (artículo 6.2 de la citada Ley Orgánica).

En el asunto que nos ocupa en los ficheros de FTE consta asociado al nombre y apellido del denunciante Al contrato de un servicio de telefonía móvil, consistente en un servicio de modem USB para una línea de datos de Internet (hecho probado segundo).

FTE giró a nombre del denunciante (nombre, apellido y NIF) tres facturas vinculadas al citado contrato. Entre las tres suman 93,72 € (hecho probado quinto).



FTE manifiesta que el servicio contratado fue activado con fecha 26 de junio de 2008 y causó baja el 30 de julio de 2009, por impago de las tres últimas facturas (hecho probado segundo). Hay que significar que en el contrato firmado por el denunciante no consta ningún tipo de penalización por compromiso de permanencia (hecho probado tercero).

Sin embargo, consta acreditado que el denunciante solicitó la resolución del citado contrato el 9 de enero de 2009, manifestando que la línea de datos funcionaba deficientemente y que le era imposible utilizarla por falta de cobertura (hecho probado cuarto).

*Llegados a este punto procede analizar si FTE contaba **con el consentimiento del denunciante para tratar sus datos personales** vinculados a dicho servicio líneas, pues salvo aquellas excepciones establecidas en el artículo 6.2 de la LOPD, solamente el consentimiento legitima el tratamiento.*

FTE rechaza la existencia de una infracción del artículo 6.1 de la LOPD y manifiesta que el denunciante aceptó en su contrato la prestación de un servicio de Internet un compromiso de permanencia, y que fue el impago de dichas cuotas lo que originó su inclusión en el fichero de morosidad Badexcug.

*En atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, se concluye que **la conducta de FTE anteriormente descrita vulnera el principio del consentimiento** que proclama el **artículo 6.1 de la LOPD**, infracción tipificada en el artículo **44.3.b)** de la citada Ley Orgánica que dispone: “Son infracciones graves, (..): b) Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”.*

VI

El artículo 4.3 de la LOPD, referente a la “calidad de los datos”, establece:

“3. Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”.

El artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999 señala en sus apartados 2 y 4:

“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 en la presente Ley”.

“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”.



Estos preceptos deben integrarse con la definición legal de “tratamiento de datos” y “consentimiento del interesado” que ofrecen, respectivamente, los artículos 3, c) y 3, h) de la LOPD: “operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”; “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

Por su parte, el R.D. 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, (en lo sucesivo RLOPD), en su artículo 38 y bajo la rúbrica “Requisitos para la inclusión de los datos” dispone:

“1. Solo 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 (...).”*

VII

Por lo que respecta a la infracción del artículo 4.3 de la LOPD que se imputa a FTE deben hacerse las siguientes consideraciones:

A) *Los principios generales de protección de datos regulados en los artículos 4 a 12, que integran el Título II de la Ley Orgánica 15/1999, constituyen el contenido esencial de este derecho fundamental. La Audiencia Nacional en diversas sentencias (entre otras SAN de 24 de marzo de 2004 y 7 de julio de 2006) ha señalado que los principios generales contenidos en el Título II de la LOPD definen las pautas a las que debe atenerse la recogida, tratamiento y uso de los datos de carácter personal. En este sentido, la STAN de 25 de julio de 2006 manifiesta: “...dichos principios sirven para delimitar el marco en el que debe desenvolverse cualquier uso o cesión de los datos de carácter personal y para integrar la definición de los tipos de infracción definidos en el artículo 44 de la LOPD, pues este precepto aborda la tipificación de las distintas infracciones mediante una remisión a los principios definidos en la propia Ley”. Entre tales principios se recoge –artículo 4.3- el de exactitud o veracidad, a través del cual se trata de garantizar y proteger la calidad de la información sometida a tratamiento -exacta y puesta al día- por la que debe velar quien recoge y trata datos de carácter personal.*

La Directiva 95/46 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que traspone la LOPD, establece en su artículo 6. 1. d) que “Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean....d) exactos, y cuando sea necesario, actualizados. Deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompatibles, con respeto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas”, indicando el apartado 6.2 que “Corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de los dispuesto en el apartado 1”



B) Las normas jurídicas reproducidas ponen de manifiesto que la comunicación de los datos de un tercero a un fichero de solvencia patrimonial exige, por una parte, que la deuda sea cierta, vencida, exigible y que haya resultado impagada, y por otra, que se haya requerido de pago al deudor antes de informar los datos a la entidad responsable de la gestión del fichero. Conviene recordar, además, que es el acreedor el responsable de comprobar que los datos que se comunican se ajustan a los requisitos establecidos en el artículo 4 de la LOPD y su normativa de desarrollo.

Consta acreditado en esta Agencia que las entidades asociadas a los ficheros de solvencia patrimonial suministran periódicamente las relaciones de altas, bajas y modificaciones de los datos de sus clientes para que tales actualizaciones queden registradas en el fichero, siendo las entidades informantes las que deciden sobre el alta, el mantenimiento y la cancelación de los datos de los clientes de los referidos ficheros.

C) En el asunto que nos ocupa resulta probado que FTE incorporó a sus sistemas informáticos datos personales del denunciante (nombre, apellidos, NIF,) asociados a un servicio de modem USB para una línea de datos de Internet y que mantuvo dichos datos después del 9 de enero de 2009, fecha en que, según consta acreditado, el denunciante solicitó la resolución de dicho contrato (hecho probado cuarto)

Por ello, el tratamiento posterior de esos datos, materializado en la emisión de facturas por unos servicios que el denunciante ya no tenía contratados y que tampoco se había comprometido a pagar ya que no había firmado ningún compromiso de permanencia determinó que la operadora le imputara una deuda que, respecto al denunciante, no era cierta, ni vencida ni exigible.

Posteriormente, comunicó al fichero de solvencia patrimonial Badexcug una incidencia asociada a los datos personales del denunciante. Consta una operación impagada informada por ORANGE con fecha de **alta de 20/04/2009** y fecha de **baja de 1/04/2012** por un importe inicial de 45,24 euros y una cantidad pendiente de pago en la fecha de la baja de 93,72 euros como se hace constar en el hechos probado sexto.

Constan así mismo los datos del denunciante dados de alta en el fichero BADEXCUG, tal y como se detalla a continuación: Informante Orange; **Fecha de Alta 19/04/2009**; Impagado en Alta 45,24; Importe Impagado 93,72 €; Máximo importe impagado 174,92 € ; Fecha de última actualización 03/04/2011 tal y como se extrae del hecho probado séptimo.

En consecuencia, los datos personales del denunciante fueron incluidos por FTE en el fichero de solvencia patrimonial BADEXCUG vinculados a una deuda a la que era ajena el denunciante; deuda que no era cierta, ni vencida ni exigible desde la perspectiva del afectado, por cuanto no tenía la condición de deudor ya que no había prestado su consentimiento para continuar tratando sus datos una vez solicitada la rescisión del contrato. Por ello la información comunicada por FTE al ficheros Badexcug no se ajustó al principio de exactitud y veracidad, esencia del principio de calidad del dato que proclama el artículo 4.3 de la LOPD.



La conducta anteriormente descrita, **vulnera el principio de calidad del dato consagrado en el artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD, infracción tipificada en el artículo 44.3.c)** de la citada norma, que dispone: “Son infracciones graves, (...) c) Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”.

VIII

Procede a continuación abordar si la conducta observada por FTE, a cuyo examen se dedican los Fundamentos Jurídicos precedentes y que estimamos vulnera los artículos 6.1 y 4.3 de la LOPD, puede subsumirse en los tipos sancionadores contemplados en los artículos 44.3.b y 44.3.c y si, en tal caso, ambas infracciones son imputables a la operadora mencionada.

A) Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, constatado que la entidad realizó la acción típica – infracción de los principios del consentimiento y de calidad del dato–, debemos analizar si concurre el elemento subjetivo de la culpabilidad cuya presencia 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.

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 tenor del artículo 130.1 de la LRJPAC se concluye 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.

Conviene traer a colación en este caso la Sentencia de la Audiencia Nacional 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 ...”



La jurisprudencia exige a aquellas entidades en las que el desarrollo de su actividad conlleva un continuo tratamiento de datos de clientes y terceros que observen un adecuado nivel de diligencia. En la STAN anteriormente citada la Audiencia Nacional precisó que "...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".

FTE invoca en sus alegaciones al acuerdo de inicio que no concurre el elemento subjetivo de la culpabilidad.

En el supuesto que nos ocupa el elemento subjetivo de la culpabilidad se concreta en la falta de diligencia observada por FTE en dos ocasiones distintas:

1.- En el momento de atender la resolución del contrato toda vez que como se ha indicado no adoptó ninguna medida, a las que viene obligada por la normativa de protección de datos a fin de garantizar la resolución del mismo, que se encontraba al corriente de pago.

*2.- Y posteriormente informando los datos personales del denunciante en un fichero de solvencia patrimonial el **20 de abril de 2009** en el fichero BADEXCUG habiéndose dado de baja en el mismo **1 de abril de 2012**.*

Esto implica una falta de diligencia grave de la entidad denunciada al darle de alta en los ficheros de solvencia patrimonial por una deuda inexistente después de dar de baja a la línea.

B) *Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, la Ley Orgánica 15/1999 en su artículo 43.1 indica que "los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley". Por su parte, el artículo 3 d) del citado texto legal considera "responsable del fichero o tratamiento" a la "persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento".*

IX

Invoca la entidad denunciada la existencia de un concurso de infracciones y solicita la aplicación del artículo 4.4 del R.D. 1398/1993 de modo que ambas conductas infractoras sean objeto de una sola sanción.

El artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993 dispone: " En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida".



La Audiencia Nacional en Sentencia de 28 de enero de 2009 (Rec 151/2007) se pronunció en un supuesto análogo al que nos ocupa rechazando la existencia del concurso medial invocado. El Fundamento Jurídico quinto de la citada Sentencia indica lo siguiente:

“ Basta con señalar que el artículo 4.4 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, exige, para la aplicación del concurso medial, una necesaria derivación de unas infracciones respecto de otra u otras y viceversa, por lo que resulta indispensable que las unas no puedan cometerse sin ejecutar las otras, tal es el sentido que ha de conferirse a la expresión reglamentaria de que <<una infracción derive necesariamente la comisión de otra>>. Solo en tal caso puede seguirse la consecuencia propia del concurso medial y es que únicamente se imponga la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida. Lo que no concurre en el caso examinado pues ninguna de las contravenciones administrativas sancionadas es un medio para la perpetración de la otra. Ambas pueden realizarse con independencia absoluta, porque protegen principios diferentes, en un caso el consentimiento (artículo 6.1 de la Ley 15/1999), y, en otro, la calidad el dato (artículo 4.3 de la citada LO), para la salvaguarda del poder de disposición del titular de los datos personales que integra el derecho fundamental a la protección de los datos.”

Frente al argumento expuesto por FTM en su escrito de alegaciones a la propuesta, basta señalar que la infracción del artículo 4.3 de la LOPD que se le imputa no deriva necesariamente de la del artículo 6.1 de la citada norma, puesto ambas pueden cometerse con independencia. Cometida la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, FTM optó por incluir los datos del denunciante en el fichero de morosidad; conducta distinta e independiente de la anterior que es fruto de la libre voluntad de la entidad denunciada.

Por cuanto antecede, esta pretensión de la denunciada debe ser rechazada.

X

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, dispone:

“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 fijar "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.

Las circunstancias mencionadas no se dan en el presente caso, lo que impide apreciar la existencia de motivos para la aplicación de la facultad contemplada en el artículo 45.5, debido, por un lado, a que no obra en el expediente ningún elemento que lleve a estimar la concurrencia de las circunstancias previstas en los apartados c), d) y e) del referido artículo y, por otro, a 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.

FTE ha solicitado la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD y alega el Acta 952/2006 de la Inspección de la Agencia. Sobre este asunto nos remitimos al criterio que sobre esta cuestión viene manteniendo la Audiencia Nacional y que se refleja con claridad en su Sentencia de 24 de septiembre de 2009, Fundamento Jurídico sexto.

Otro de los argumentos ofrecidos por la denunciada, -la doctrina jurisprudencial reflejada entre otras en la Sentencia de la A.N. de 27 de octubre de 2006, conforme a la cual los simples errores en la operativa de las compañías no determinan automáticamente la existencia de una infracción en materia de protección de datos personales- tampoco puede prosperar, pues a la vista de los hechos probados la conducta de la entidad es difícilmente calificable de "mero error". La normativa de protección de datos impone expresamente a la entidad que informa los datos a un fichero común la obligación de asegurarse, antes de comunicar los datos adversos, que se han observado los requisitos exigidos legalmente. Además la Audiencia Nacional ha declarado en diversas sentencias (por todas STAN de 25 de octubre de 2002), "... que dada la importancia del bien jurídico protegido, la privacidad de las personas, quienes se dediquen a actividades que impliquen el tratamiento de datos personales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos a la hora de tratarlos...". También ha declarado reiteradamente la Audiencia Nacional, que cuando el error es muestra de una falta de diligencia la conducta es sancionable.

Es preciso destacar que aunque FTE dió de baja la línea el 30 de julio de 2009, el 12 de enero de 2009 ya había acusado recibo del burofax del denunciante en el que solicitaba la baja por estar recibiendo un servicio insuficiente en la línea controvertida. Por tanto demoró la baja de la línea casi seis meses desde el acuse de recibo de dicha reclamación, según consta en los hechos probados primero y segundo.

Así mismo, los datos se mantuvieron en el fichero Badexcug, desde el 20 de abril de 2009 hasta el 1 de abril de 2012 (hecho probado sexto y séptimo), por un importe impagado de 93,72€, correspondiéndose con tres facturas, dos de



ellas generadas después de la solicitud de baja (hecho probado quinto) y a pesar de que no existía compromiso de permanencia (hecho probado tercero).

Estas demoras excesivas en la reacción por parte de la operadora constituyen una grave falta de diligencia, unida además a los casi 6 meses que estuvo la línea activa tras la solicitud de baja por parte del denunciante.

Examinadas las razones invocadas por FTE y las circunstancias que concurren en el presente caso, no se aprecia una cualificada disminución de la culpabilidad de la entidad responsable ni tampoco de la antijuridicidad de la conducta observada; presupuestos exigidos por el artículo 45.5 para desplegar el efecto jurídico que en el mismo se contempla: el establecimiento de la cuantía de la sanción conforme a la escala que precede inmediatamente en gravedad a aquella en la que se encuadra la infracción cometida.

*En cuanto a los criterios de graduación de las sanciones contemplados en el artículo 45.4 de la LOPD, consideramos que concurren diversas **circunstancias que operan como agravantes de la conducta que ahora se enjuicia**. Entre ellas cabe citar, el importante volumen de negocio de FTE (apartado d, del artículo 45.4), dado que estamos ante unos de los operadores del país más importantes por cuota de mercado, hecho notorio sobre el que no es necesaria prueba. Están presentes también las circunstancias recogidas en los apartados siguientes del artículo 45.4 ya citado: apartado c), que versa sobre la vinculación de la actividad de FTE con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, pues el desarrollo de su actividad empresarial exige un constante tratamiento de datos personales tanto de clientes como de terceros.*

En el presente caso, valorados los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4, cuya presencia ha quedado acreditada, y habida cuenta de que no concurre ninguna de las circunstancias que se mencionan en el artículo 45.5 de esta norma, se propone sancionar a FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A con una multa de 50.000 € (cincuenta mil euros) por cada una de las infracciones de las que esta entidad es responsable.>>

III

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, **FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.** no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 21 de febrero de 2013, en el procedimiento sancionador PS/00539/2012.

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