



Procedimiento nº.: PS/00607/2010

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00448/2011

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/00607/2010, y con base en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 09/05/2011 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictó resolución en el procedimiento sancionador PS/00607/2010, en virtud de la cual se imponía a la entidad denunciada una sanción de 70.000 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.c), 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 11/05/2011, 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: En el citado procedimiento sancionador PS/00607/2010 quedó constancia de los siguientes:

<<HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 14/12/2009 se recibió escrito de denuncia de D. **A.A.A.**, con DNI – NIF **E.E.E.**, 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 haber efectuado el pago de la deuda requerida por el operador (folios 1 – 20).

SEGUNDO: D. **A.A.A.** ha aportado copia de la siguiente documentación:

- a) Escrito de France Telecom España, S.A., de fecha 14/06/2009, de reclamación del pago de 81,20 euros, correspondiente a la factura de 21/05/2009. En el justificante del reverso figura como número de referencia “***NÚMERO.1” (folios 9 – 10).
- b) Orden de transferencia efectuada con fecha 26/06/2009, por importe de 81,20 euros, a favor de France Telecom España, S.A., cuenta de abono ***CCC.1, en la que figura como concepto de la misma “referencia ***NÚMERO.1. baja definitiva de cu”. El documento fotocopiado lleva el sello de la oficina de su entidad bancaria y la fecha 02/12/2009 (folio 20).
- c) Escrito de reclamación de pago en nombre de France Telecom España, S.A., de fecha 28/07/2009, reclamando el pago de 81,2

euros, indicando que el justificante de pago se remita al fax número ***FAX.1 (folio 11).

- d) Justificante de transmisión de fax, de fecha 19/08/2009, remitido al número de fax ***FAX.1, de remisión del documento indicado en el apartado b) anterior (folios 15 – 16).

TERCERO: D. **A.A.A.** figura en los ficheros de France Telecom España, S.A como titular de los siguientes productos: 1) Servicios de telefonía fija e Internet asociados a las líneas **B.B.B.** y **C.C.C.**; 2) servicios de telefonía móvil, línea **D.D.D.** (folios 65 – 71).

CUARTO: France Telecom España, S.A. ha manifestado que los datos de D. **A.A.A.** fueron incluidos en ficheros de solvencia patrimonial por el impago de la factura de fecha 21/05/2009, de 81,20 euros (folio 177 – 178).

QUINTO: Con fecha 28/09/2009, D. **A.A.A.** presentó reclamación ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor de Dos Hermanas, reclamación que fue recibida por France Telecom España, S.A. con fecha 02/11/2009 y a la que contestó con fecha 06/11/2009 “que para poder aplicar el pago reclamado, es necesario que el justificante bancario que nos envía el reclamante esté validado por la entidad bancaria a través de la cual realizó el ingreso” (folios 105 – 138).

SEXTO: En el fichero de solvencia patrimonial y crédito Asnef y ficheros auxiliares figuran las siguientes incidencias a nombre de D. **A.A.A.**, a instancia de France Telecom España, S.A.: a) fecha de alta 28/08/2009, fecha de baja 18/12/2009, importe 81,20 euros: b) fecha de alta 22/01/2010, fecha de baja 06/03/2010, importe 81,20 euros (folios 33, 44 – 50).

SÉPTIMO: D. **A.A.A.** ejerció el derecho de cancelación ante el responsable del fichero Asnef con fecha 10/12/2009, petición que fue atendida por éste con fecha 16/12/2009”, que comunicó a France Telecom España, S.A. que “ante la existencia de prueba documental contradictoria, conforme a las normas de funcionamiento del fichero Asnef, hemos procedido a la baja cautelar de los datos” (folios 51 – 64).

OCTAVO: En la tramitación de esta solicitud France Telecom España, S.A. comunicó lo siguiente: a) 17/12/2009, “El justificante no nos consta que esté manipulado ni tampoco se ha aplicado en otro contrato. La única opción es que no nos haya llegado aún el pago, por lo que necesitaría para confirmarlo que me volcarais de nuevo al cliente” (folio 59); y b) 18/12/2009 Verificamos documentación adjunta. Cliente envía el justificante de pago. Comprobamos que todavía no consta el pago en sistemas. En espera de recibir el pago damos dato correcto”. (folio 64).

NOVENO: En el fichero de solvencia patrimonial y crédito Badexcug figura una incidencia a nombre de D. **A.A.A.**, a instancia de France Telecom España, S.A., con fecha de alta 09/08/2009, fecha de baja 07/03/2010, importe 81,20 euros (folios 140, 146).

DÉCIMO: D. **A.A.A.** ejerció el derecho de cancelación ante el responsable del fichero Badexcug con fecha 10/12/2009, petición que fue denegada porque France Telecom España, S.A. confirmó los datos. En la tramitación de esta solicitud France Telecom España, S.A. comunicó que “Verificamos documentación adjunta. Cliente envía el justificante de pago. Comprobamos que todavía no consta el pago en sistemas. En espera de recibir el pago. Cliente con deuda de 81,20 euros” (folios 148 – 159).>>



TERCERO: France Telecom España, S.A. ha presentado recurso de reposición en fecha 10/06/2011, que ha sido registrado el 22/06/2011 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 imponga en su grado mínimo el importe de una sanción leve, de acuerdo con lo previsto en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD, con fundamento básicamente en las siguientes alegaciones, algunas ya formuladas anteriormente:

1. Incompetencia de la Agencia Española de Protección de Datos. En este caso el despliegue de las funciones de la Agencia requiere de la previa determinación de determinados presupuestos (existencia o no de la deuda), sin los cuales no puede entrar a valorarse la existencia de la infracción por la que se sanciona a France Telecom, determinación que viene reservada a los Juzgados y Tribunales españoles del orden civil.
2. France Telecom no ha cometido infracción del artículo 4.3 de la LOPD, por las siguientes razones: A) France Telecom incluyó los datos del denunciante en los ficheros de solvencia patrimonial porque era deudor de la cantidad de 81,20 euros, y una vez que abonó la deuda sus datos fueron excluidos de los referidos ficheros. B) presunción de inocencia, puesto que no se ha descartado que se hubiera producido una incidencia en la entidad bancaria, que no aplicó el pago realizado por el denunciante, o al hecho de que éste no hiciera constar en el momento de la transferencia determinados datos.
3. Aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, por las siguientes razones: A) la infracción no tiene carácter continuado. B) el volumen de tratamientos efectuados debe ser ponderado como un atenuante y no como un agravante. C) la actividad de France Telecom no está vinculada con la realización de tratamientos de datos de carácter personal sino con la prestación de servicios de telecomunicaciones. D) France Telecom no ha obtenido beneficios como consecuencia de la comisión de la infracción. E) el grado de intencionalidad es inexistente. Y F) France Telecom tiene implantados procedimientos adecuados y la infracción es consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de los mismos.
4. Graduación de la sanción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45.4 de la LOPD, por los motivos anteriores y porque France Telecom es una empresa deficitaria, con las siguientes pérdidas: en el ejercicio 2008, 1.454 millones de euros; en el ejercicio 2009, 391 millones de euros. Con el objeto de acreditar estas afirmaciones aporta impresión de noticias de prensa económica.

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

<<II

France Telecom ha alegado la falta de competencia de la Agencia Española de Protección de Datos, alegación que debe ser desestimada, ya que una cosa es el cumplimiento de la normativa de naturaleza netamente civil por parte de France Telecom, y otra bien distinta que tales actuaciones conlleven un tratamiento de datos de carácter personal, de manera que deban observarse los requisitos recogidos en nuestra legislación de protección de datos, de cuyo cumplimiento vela la Agencia Española de Protección de Datos y cuya conculcación sanciona.

El artículo 37 de la LOPD atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos, entre otras, las funciones de "a) velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación...", y "g) ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos en el Título VII de la presente Ley..."

La Sentencia de 21/03/2007 de la Audiencia Nacional, señala, en su Fundamento de Derecho Segundo, "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 esa 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 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.”

La reciente SAN de 17/09/2010 (recurso 430/2009, recurrente France Telecom) razona que no “concorre la falta de competencia alegada pues la existencia de un negocio jurídico entre la recurrente y el denunciante también está sometido a las prescripciones de la LOPD y la Agencia no es competente para enjuiciar el citado negocio jurídico pero sí el respeto de los derechos garantizados en la citada norma”

Por tanto, debe desestimarse esta alegación de France Telecom.

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”.

Los artículos 37 y 38 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, “Requisitos para la inclusión de datos” disponen lo siguiente:

Artículo 37:

“1. El tratamiento de datos de carácter personal sobre solvencia patrimonial y crédito, previsto en el apartado 1 del artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, se someterá a lo establecido, con carácter general, en dicha ley orgánica y en el presente reglamento.

2. El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en el caso de los ficheros a que se refiere el apartado anterior, se rige por lo dispuesto

en los capítulos I a IV del título III del presente reglamento, con los siguientes criterios:

a) Cuando la petición de ejercicio de los derechos se dirigiera al responsable del fichero, éste estará obligado a satisfacer, en cualquier caso, dichos derechos.

b) Si la petición se dirigiera a las personas y entidades a las que se presta el servicio, éstas únicamente deberán comunicar al afectado aquellos datos relativos al mismo que les hayan sido comunicados y a facilitar la identidad del responsable para que, en su caso, puedan ejercitar sus derechos ante el mismo.

3. De conformidad con el apartado 2 del artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, también podrán tratarse los 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.

Estos datos deberán conservarse en ficheros creados con la exclusiva finalidad de facilitar información crediticia del afectado y su tratamiento se regirá por lo dispuesto en el presente reglamento y, en particular, por las previsiones contenidas en la sección segunda de este capítulo”.

Artículo 38.

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”.

3. El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés estará obligado a conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección de Datos documentación suficiente que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo y del requerimiento previo al que se refiere el artículo siguiente”.

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.

En este caso en la documentación que figura en el expediente figura la fotocopia simple aportada por la denunciante (folio 20), correspondiente a una orden de transferencia por importe de 81,20 euros, efectuada el 29/06/2009 en la que figura como beneficiario France Telecom y el número de cuenta del Banco de Santander ***CCC.1, y la referencia ***NÚMERO.1, cuenta y referencia indicadas en la reclamación de pago remitida por el operador con fecha 14/06/2009 (folios 9 – 10).

Para justificar que, a pesar del pago, los datos del denunciante fueron incluidos en ficheros de solvencia hasta que fue dado de baja en marzo de 2009, France Telecom ha alegado que el citado pago fue aplicado por la entidad bancaria el 04/03/2010 y que pocos días después los datos fueron dados de baja de los ficheros citados, y que, además, que el denunciante no se puso en contacto con la entidad para comunicar el pago de la deuda.

A este respecto hay que señalar, en primer lugar, que el denunciante realizó el pago de la factura adeudada siguiendo las instrucciones de France Telecom, mediante transferencia efectuada el 29/06/2009.

Además de pagar, el 19/08/2009 remitió por el justificante de pago a la agencia de recobros que le reclamaba el pago en nombre de France Telecom, presentó una reclamación en la OMIC de su localidad, en cuya tramitación el operador tuvo acceso al documento justificativo del pago, pero exigió "para poder aplicar el pago", el documento debía llevar el sello de la entidad bancaria. Posteriormente el denunciante ejerció el derecho de cancelación ante los responsables de los ficheros de solvencia, remitiendo la copia del justificante con el sello de la entidad bancaria (folios 56 y 151); a pesar de todo ello, France Telecom desestimó la cancelación, aún reconociendo que no constaba que el documento estuviera manipulado ni que el pago se hubiera aplicado a otro contrato (folios 59, 64, 154), pero afirmando que no constaba el pago en sistemas.

A este respecto hay que tener en consideración la SAN de 09/09/2010 (Recurso 422/2009, recurrente France Telecom), que en su Fundamento de Derecho Quinto recoge la siguiente argumentación:

"QUINTO: En cuanto al fondo de la cuestión planteada, resulta que la parte recurrente presenta junto al escrito de denuncia la justificación de la transferencia realizada con fecha 15 de Octubre de 2003 (en la que se indica claramente que se trata del pago de las facturas de Noviembre y Diciembre de 2001) por lo que, claramente, cuando se produce la anotación en el fichero de morosidad la deuda estaba pagada y cancelada desde mucho tiempo antes y no se justifica la anotación realizada en el fichero de morosidad.

La insuficiencia de algún dato de los que consta en la transferencia bancaria pudiera justificar que no se cancelara la deuda pero no permite anotar en un fichero de morosidad una deuda como cierta una vez que se tiene constancia de que se ha efectuado una transferencia para realizar el pago de lo debido. No se trata de ningún error de prohibición sino que la empresa que utiliza un medio accesorio de pago (como es la anotación en el fichero de morosidad) debe tomar especial cuidado para asegurarse de que la deuda es cierta y de que se encontraba vigente a la hora de anotar la incidencia en el fichero de morosidad. Lo que aporta la parte recurrente al folio 137 del expediente nada acredita en relación a la fecha del pago mas que el hecho de que la contabilización del pago se realizó con fecha 14 de Noviembre de 2006.

Por el contrario, lo aportado por el denunciante al folio 3 del expediente si que es un justificante claro de que en la fecha que se indica (15 de octubre de 2003) se realizó una transferencia por un importe determinado y con un determinado concepto que hace que la deuda anotada en el fichero de morosidad no fuera debida.

Habría sido bien fácil a la parte recurrente reclamar de la Caja de Ahorros de Ávila la acreditación de que en la fecha indicada no se produjo la transferencia ó que no era esa la cantidad ó el concepto.

Por esta razón, procede reconocer como acreditado que la deuda no era debida a la fecha de la anotación en el fichero de morosidad".

Por todo ello, se considera que no pueden admitirse las alegaciones de France Telecom y concluir que ha vulnerado el principio de calidad de datos, recogido en el artículo 4.3 en relación con el artículo 29.4 de la LOPD,

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 denunciantes 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”.

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 al denunciante en sus propios ficheros y los comunicó al fichero Asnef y Badexcug decidiendo sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

De lo anterior se deduce que las comunicaciones del importes de la factura señalada a los ficheros citados France Telecom supone una clara vulneración del principio de calidad de datos, de la que debe responder el operador, 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 127.2 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), sanciona el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable estableciendo en que “las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”, ya que, como se expone en el apartado 17 de su Exposición de Motivos, esta norma recoge “los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia”.

Por ello, es aplicable la modificación efectuada la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en lo que se refiere a las multas previstas para las infracciones graves, ya que se ha minorado el límite inferior del intervalo de las cuantías de las mismas.

VI

El artículo 44.3.c) de la LOPD, con la redacción de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, considera infracción grave:

“c) Tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave”

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 descrita ya que ha vulnerado el citado principio principios, consagrado en el artículo 4.3 de la LOPD, cuando mantuvo datos incorrectos del denunciante en sus ficheros, cuando informó, para su registro en los ficheros Asnef y Badexcug los datos del denunciante asociados a una deuda que no le correspondía, conducta que encuentra su tipificación en el artículo 44.3.c) de la citada Ley Orgánica.

VII

El artículo 45 de la LOPD, en la redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece, en sus apartados 1 a 5, lo siguiente:

- “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.»*

France Telecom ha solicitado la aplicación del artículo 45.4 y 5 de la LOPD, por los siguiente 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.

El citado 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 el imputado, o bien de la antijuridicidad del hecho, o bien de alguna otra de las circunstancias que el mismo precepto cita.

Las citadas circunstancias 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 apreciar la concurrencia de alguna 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).

A estos efectos hay que señalar que France Telecom no actuado con diligencia para comprobar el pago del denunciante, que ha tenido que comunicar en cuatro ocasiones el mismo, además de presentar la denuncia que ha originado este procedimiento sancionador. En ningún momento France Telecom ha acreditado que haya realizado la más mínima actuación de comprobación con su entidad bancaria para asegurarse del pago, pero es que, además, a pesar de reconocer que el justificante no parecía manipulado, no excluyó los datos del denunciante de los ficheros de solvencia, en espera de que dicho pago fuera aplicado, por lo que no sólo incluyó indebidamente los datos del denunciante en los ficheros de solvencia sino que los mantuvo durante siete meses y, además, en el caso del fichero Asnef, los volvió a incluir a pesar de la baja cautelar que había realizado el responsable del fichero.

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.

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 acuerdo con todas estas razones, no se considera que concurran las circunstancias necesarias para que pueda aplicarse, en el presente supuesto, lo dispuesto en el artículo 45.5 de la LOPD.

Por todo ello, procede imponer una multa cuyo importe se encuentre entre 40.001 euros y 300.000 euros, en aplicación de lo previsto en el apartado 2 del citado artículo 45, al tener la infracción imputada la consideración de grave. En el presente caso, teniendo en consideración los criterios de graduación de las sanciones



establecidos en el artículo 45.4, y en particular, los siguientes:

El carácter continuado de la infracción (inclusión en fichero Badexcug durante ocho meses, desde 09/08/2009 hasta 07/03/2010; en Asnef en dos ocasiones, por un periodo total de cinco meses).

La vinculación de la actividad de la entidad infractora con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, puesto que France Telecom es una empresa que tiene como actividad la prestación de servicios de telecomunicaciones y tiene un constante tratamiento de datos de carácter personal derivado del importante volumen de negocio y clientes que tiene, estando, por tanto, su actividad estrechamente relacionada con el tratamiento de datos personales.

El volumen de negocio de la misma. En cuanto al volumen de negocio de la France Telecom, hay que hacer constar que si bien es un hecho notorio que excluiría la necesidad de aportar elemento probatorio alguno, es conveniente indicar que su concurrencia se pone de manifiesto a través de determinados datos de conocimiento público sobre la empresa infractora: 1) France Telecom tiene un capital suscrito y desembolsado de 363.199.482 € según consta en el Registro Mercantil; 2) la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establece que France Telecom tuvo unos ingresos brutos declarados en 2006 de 3.621.014,03 miles de euros, en 2007 unos ingresos totales de 4.146,78 millones de euros; en 2008 unos ingresos totales de 4.046,95 millones de euros y en 2009 unos ingresos totales de 3.811,70 millones de €. De todos estos datos hay que manifestar el importante volumen de negocio de la entidad infractora, circunstancia ésta que hay que tener en cuenta para la graduación de la sanción.

El grado de intencionalidad, puesto que, a pesar de haber reconocido que el documento aportado por el denunciante en la solicitud de cancelación no parecía manipulado y que se debía a un proceso interno de aplicación del pago, volvió a incluir sus datos en Asnef, de los que los había excluido cautelarmente el responsable de este fichero, manteniéndolos incluidos, tanto en Asnef como en Badexcug, durante varios meses más.

Los perjuicios causados al denunciante por su inclusión indebida en los ficheros de solvencia Asnef y Badexcug, durante un periodo total de ocho meses.

Estas circunstancias y en particular los criterios novedosos obligan a tomar en consideración nuevos factores a la hora de graduar las sanciones a establecer por la infracción de la normativa de protección de datos.

Por todo, ello procede la imposición de una multa de 70.000 euros a France Telecom por la infracción del artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD. >>

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 resolución recurrida.

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 09/05/2011 en el procedimiento sancionador PS/00607/2010.

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, 12 de julio de 2011

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: José Luis Rodríguez Álvarez