



Procedimiento nº.: PS/00639/2009

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00429/2010

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/00639/2009, y con base en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 28/05/2010 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictó resolución por en el procedimiento sancionador PS/00639/2009, en virtud de la cual se imponía a la entidad denunciada una sanción de 60.101,21 euros por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.d), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 02/06/2010 fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00639/2009, quedó constancia de los siguientes:

<<HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 12/11/2007 se recibió en la Agencia Española de Protección de Datos la denuncia presentada por D. **A.A.A.** contra France Telecom. España S.A. por la inclusión de sus datos personales en el fichero de solvencia patrimonial y crédito "Asnef", por una deuda de 34,55 euros, cuyo pago nunca se le había requerido (folios 1 – 4).

SEGUNDO: D. **A.A.A.** contrató el servicio de telefonía móvil para la línea **B.B.B.** con France Telecom. España, S.A., con fecha de alta 08/02/2006 y fecha de baja por portabilidad el día 13/02/2007 (folios 72 y 56).

TERCERO: En los ficheros de France Telecom. España, S.A. figuran cobradas todas las facturas emitidas desde el 08/03/2006, excepto la de fecha 08/03/2007, que figura con las siguientes anotaciones "Estado del recibo, recobros; F. Fact. 08/03/2007; Factura 0***FACTURA.1; importe 181,33 euros; deuda a cobrar 34,55 eur" (folios 59 – 60).

CUARTO: France Telecom. España, S.A. ha manifestado que D. **A.A.A.** ha estado en gestión de cobros por I.S.G.F, Informes Comerciales, S.L. desde el 18/05/2007 hasta el 31/08/2007, sin que se llegase a cobrar al cliente (folio 65) y ha aportado resumen de la información comunicada a esta agencia de recobro, en la que figura que la deuda de

181,33 euros corresponde a la factura 0***FACTURA.2 (folio 84).

QUINTO: D. **A.A.A.** ha manifestado que fue cliente de France Telecom. España, S.A. hasta que el 17/01/2007 comunicó su voluntad de resolver el contrato, y que el 08/03/2007 recibió una factura por importe de 181,33 euros con la que no estaba conforme (folio 2).

SEXTO: En los ficheros de France Telecom. España, S.A. figura una incidencia por medio de la cual D. **A.A.A.** reclamó la rectificación de la factura de 08/03/2007, ya que en ella se había incluido una penalización por baja anticipada en el servicio por un total de 150,00 euros (folios 62 – 64)

SÉPTIMO: D. **A.A.A.** ha aportado copia de una factura de France Telecom España, S.A., de fecha 08/03/2007 (**FACTURA.2), por importe de 181,33 euros, y copia de un requerimiento de pago, de fecha 23/05/2007, remitido por I.S.G.F. Informes Comerciales, S.L., reclamando una deuda de 181,33 euros en nombre de France Telecom. España, S.A. (folios 9 – 10, 11).

OCTAVO: Con fecha 29/05/2007 D. **A.A.A.** realizó una transferencia por importe de 181,33 euros a la cuenta bancaria indicada en el requerimiento de pago, figurando como beneficiario de la misma France Telecom. España, S.A. (folio 12).

NOVENO: D. **A.A.A.** ha aportado copia de un escrito de Asnef Equifax Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L. de fecha 14/07/2007, en el que se comunica que con fecha 12/07/2007, sus datos personales fueron incluidos en el fichero de solvencia patrimonial y crédito "Asnef" a instancia de France Telecom. España, S.A. por una deuda de 34,55 euros (folio 14).

DÉCIMO: En el fichero de solvencia patrimonial y crédito "Asnef" figura una incidencia a nombre de D. **A.A.A.**, a instancia de France Telecom. España, S.A., con fecha de alta 12/07/2007 y fecha de baja 18/03/2009; por un importe de 34,55 euros (folios 35, 40, 150).

UNDÉCIMO: D. **A.A.A.** ejerció el derecho de cancelación ante Asnef-Equifax Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L. con fecha 20/08/2007, que contestó con fecha 28/08/2007 que no podía atender la solicitud de cancelación porque sus datos habían sido confirmados por France Telecom. España, S.A. (folios 17, 23).

DUODÉCIMO: D. **A.A.A.** ha aportado copia de escrito remitido por Corporación Legal 2001, S.L., de fecha 28/09/2007 reclamando el pago de una deuda de 34,55 euros con France Telecom. España, S.A., en la que le comunica que "la próxima semana ... solicitaremos... su inclusión en los correspondientes listados de morosos" (folio 164).>>

TERCERO: France Telecom. España S.A. ha presentado recurso de reposición en fecha 01/07/2010, que ha sido recibido en esta Agencia Española de Protección de Datos con fecha 16/07/2010, solicitando que se declare que no existe infracción o responsabilidad y, subsidiariamente, la aplicación del artículo 45.4 y 5 de la LOPD, con fundamento básicamente en las siguientes alegaciones, algunas ya formuladas anteriormente:

1. Falta de competencia de la Agencia Española de Protección de Datos.
2. Prescripción de la infracción del artículo 4.3 de la LOPD:
3. Aplicación del artículo 45.4 y 5 de la LOPD.



4. Caducidad de las actuaciones previas.
5. Inexistencia de infracción del artículo 4.3 de la LOPD.
6. Aplicación del artículo 45.4 y 5 de la LOPD.

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 IX, 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 en tales actuaciones conlleven una vulneración de la normativa de protección 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.”

Por tanto, debe desestimarse esta alegación de France Telecom.

III

En relación con la prescripción de la infracción del artículo 4.3 de la LOPD, que ha sido alegada por France Telecom, hay que señalar que el artículo 47 de la misma ley establece lo siguiente:

“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”.

Por otra parte, el artículo 132.2 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), señala que “El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador”.

En consecuencia, el plazo de dos años establecido para la prescripción de la presunta infracción que motiva las actuaciones se computa desde el día en que dicha infracción se hubiera cometido y se interrumpe con la apertura del correspondiente procedimiento sancionador con conocimiento del interesado.

La doctrina de la Audiencia Nacional sobre la prescripción de las infracciones permanentes se ha recogido en numerosas sentencias, entre ellas las siguientes, posteriores a la citada por France Telecom y en recursos interpuestos por ésta: 09/07/2009 (rec. 628/2009); 08/10/2009 (rec. 10/2007); y 22/04/2010 (rec. 368/2009).

Así, en esta última sentencia se razona: “el cómputo del plazo de prescripción ha de iniciarse en dicho momento de baja definitiva de esta última inclusión (en el fichero “Asnef”), tomando en consideración que, tal y como esta Sala ha mantenido con reiteración en otros muchos supuestos en los que la infracción imputada es la inclusión indebida de datos personales en ficheros de morosidad, se trata de una infracción que participa de la naturaleza propia de las denominadas infracciones continuadas, en las que su consumación se proyecta en el tiempo más allá del hecho inicial consistente en el acceso del dato personal al fichero de solvencia patrimonial, extendiéndose durante



todo el periodo en el que el dato inexacto permanece registrado sin haber cumplido las previsiones impuestas legalmente”.

Las otras sentencias citadas por France Telecom se refieren a infracciones distintas a la imputada en el presente procedimiento, en concreto, vulneraciones de los artículos 10 y 11 de la LOPD, y a hechos distintos a los valorados en este procedimiento.

En el presente caso, en que se imputa calidad de datos, se ha constatado que los datos del denunciante se dieron de baja del fichero “Asnef” el 18/03/2009. Desde esta fecha hasta la fecha en que se practicó la notificación del acuerdo de inicio del presente procedimiento a France Telecom (18/12/2009), no ha transcurrido el plazo de dos años legalmente previsto para la prescripción de las infracciones graves, por lo que debe desestimarse la alegación de prescripción la infracción del artículo 4.3 de la LOPD, que ha sido efectuada por France Telecom.

IV

En segundo lugar, hay que analizar la pretensión formulada por France Telecom de declarar la caducidad del procedimiento, con fundamento en la aplicación al mismo de la doctrina de la Audiencia Nacional de 17/10/2007, ya que entre la denuncia y la incoación del expediente sancionador han transcurrido más de veinte meses.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 324/1994, de 1 de diciembre y 73/1992, de 13 de mayo, entre otras) ha admitido que, en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva, el artículo 24.2 de la Constitución incorpora un derecho con contenido propio y específico, como es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que se refiere “(..) no a la posibilidad de acceso a la jurisdicción ni a la obtención práctica de una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas, sino a una razonable dimensión temporal del procedimiento necesario para resolver y ejecutar lo resuelto” (STC 324/1994, antes citada).

La vigencia de este derecho se ha vinculado, en particular, al ámbito de los procesos penales cuyas garantías tienen, según el propio Tribunal Constitucional, una íntima relación con los procedimientos administrativos sancionadores.

Según esta jurisprudencia el concepto de “dilaciones indebidas” es, pues, un “concepto jurídico indeterminado o abierto” (STC 36/1984), que ha ido perfilándose por el propio Tribunal atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso admitiéndose como criterios que perfilan su contenido, entre otros, “los márgenes ordinarios de duración de litigios del mismo tipo” y “la consideración de los modos disponibles” (STC 324/1994).

Se reconoce, así, la posibilidad de que no se aprecien “dilaciones indebidas” cuando concurren causas objetivas que justifiquen un retraso coyuntural e involuntario por parte del órgano que ha de resolver relacionadas con los medios disponibles, máxime si estas circunstancias se producen en un marco en el que “los márgenes de duración de litigios del mismo tipo” sean homogéneos.

Las denuncias de los ciudadanos que tienen por objeto el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida a la AEPD por la LOPD, la LSSI y la LGT han tenido un crecimiento exponencial en los últimos años como acreditan sus Memorias anuales. Así, el incremento en el periodo 2003-2007 fue de un 182,83% lo que ha podido provocar

retrasos coyunturales e involuntarios. A ello hay que añadir el incremento de denuncias 2007-2009 del 154,68%

Y frente a ello, se ha producido un importante incremento en la actividad de la Agencia.

Así, entre 2003 y 2007, la actividad de la AEPD se había incrementado un 120,03% en las actuaciones previas de inspección; un 224,03% en los procedimientos por infracción de la LOPD iniciados y un 194,30% en los resueltos. Un 57,74% en los procedimientos de tutela de derechos iniciados y un 56,93% en los resueltos y un 162,38% en las resoluciones de archivo de las actuaciones.

A partir de 2007 cabe deducir una aceleración mayor en la actividad de la Agencia tanto en lo que se refiere a iniciación como a resolución de procedimientos sancionadores en su ámbito competencial.

Así, en comparación con 2007, debe subrayarse que en 2008 el número de procedimientos sancionadores iniciados con la apertura de actuaciones de inspección creció un 45.5% y el de procedimientos resueltos un 94.1%.

Y en 2009 se ha producido un nuevo e importante incremento de actividad que se añade al ya sustancial producido en 2008. Las cifras globales disponibles indican que, en comparación con 2008, las actuaciones previas iniciadas han crecido un 75,11 % y los procedimientos sancionadores resueltos relativos al ejercicio de la potestad sancionadora han crecido un 61,43 % respecto al mismo año.

De las citadas estadísticas debe concluirse en el muy importante incremento consolidado en únicamente dos años (2007-2009) tanto en lo que se refiere a actuaciones previas iniciada (154%) como en procedimientos resueltos relativos al ejercicio de la potestad sancionadora (213%). Todo ello con unos recursos humanos que han pasado de 35 a 58 personas ($\Delta 65\%$) en el mismo período.

Las consideraciones sobre el carácter coyuntural de la situación de dilaciones indebidas que se pueda suscitar cabe concluir por ello que se fundan en razones objetivas.

No únicamente por los incrementos de personal y actividad que se han descrito sino por el hecho de que el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, establece que las actuaciones previas de inspección "tendrán una duración máxima de 12 meses a contar desde la fecha de la denuncia", la petición razonada de otro órgano o el acuerdo del Director de la AEPD lo que supone una limitación máxima aplicable a todos los procedimientos iniciados tras la entrada en vigor del reglamento en abril de 2008.

Transcurrido dicho plazo "sin que se haya dictado y notificado acuerdo de inicio de procedimientos sancionador [se] producirá la caducidad de las actuaciones previas". Con lo que la norma de desarrollo reglamentario ha limitado el plazo temporal para la realización de actuaciones inspectoras incrementando las garantías de los responsables de ficheros de tratamientos.

Todas estas circunstancias ya fueron en su día recogidos en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19/11/2008 que señaló, en su Fundamento de Derecho Tercero, lo siguiente:



“En el presente supuesto, y si bien transcurrió también un plazo excesivo de paralización de las actuaciones iniciadas en la Agencia tras la denuncia presentada (de casi año y medio), paralización que tuvo lugar en dicha fase de “diligencias previas”, resulta sin embargo que las alegaciones de la defensa de la Administración han resultado acreditadas mediante la documentación adjuntada.

El importantísimo aumento del volumen de trabajo en la AEPD, que se prueba mediante la referida documentación, necesariamente hace quebrar, en el caso, el presupuesto o elemento básico para entender existente tal Fraude de Ley, cual es la utilización de la institución de dichas diligencias previas con fines torticeros o antijurídicos. Lo anterior puesto que ha quedado probado que concurre un motivo que, si bien no justifica tal paralización de la fase previa, si al menos excluye que pueda conceptuarse la misma como fraudulenta, al no ser posible sostener, dado el llamativo incremento del número de asuntos registrados y resueltos por la AEPD, que la demora y paralización, y en definitiva, la prolongación de la duración de las repetidas actuaciones preliminares responda a la intención antijurídica de evitar la caducidad del expediente sancionador.

Razones que conllevan que la anterior doctrina de la Sala no pueda ser apreciada en el caso, al que tampoco resulta de aplicación el plazo máximo de doce meses de duración que el artículo 122 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, prevé en la actualidad para dichas “actuaciones previas”, tomando en consideración que tal norma reglamentaria solo es de aplicación a actuaciones iniciadas con posterioridad a su entrada en vigor (es decir, a partir del 19 de abril de 2008).”

Este criterio ha sido ratificado en numerosas sentencias posteriores (por todas SAN 22-10-2009 y SAN 29-10-2009).

France Telecom ha solicitado que, en el caso de negarse la aplicación del artículo 122 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, habría que acudir a la LRJPAC para declarar la caducidad de las actuaciones previas, ya que el artículo 44.2 de esta ley establece, con carácter general, la obligación de resolver los procedimientos iniciados de oficio en el plazo de tres meses desde la fecha del acuerdo de inicio.

A este respecto, hay que señalar la naturaleza de las actuaciones previas, que de acuerdo con el artículo 12 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, sino que son las actuaciones realizadas para determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la iniciación del procedimiento y, por otra parte, el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio por acuerdo del órgano competente, por lo que, para la determinación de la caducidad del procedimiento, habrá que estar a la fecha del citado acuerdo.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 18/06/2009 (Nº de Recurso: 579/2008) señala que “Más a efectos del cómputo de dicha caducidad, y según también consolidada y reiterada doctrina de esta Sala (SSAN de 19-9-2001, de 1-6-2005, Rec. 609/2005 y de 23-11-2006 Rec. 180/2005, por todas) en los procedimientos sancionadores de la AEPD, constituye el dies a quo de dicho cómputo el del Acuerdo de Incoación del expediente (Art. 42.3.a) de la Ley 30/92), y no el de dichas actuaciones previas, ni tampoco el de la denuncia.”

Por ello, procede desestimar la alegación de caducidad efectuada por FRANCE TELECOM.

V

Se imputa a France Telecom la infracción del artículo 4.3 de la LOPD, que regula el principio de calidad de los datos objeto de tratamiento del siguiente modo:

“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 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.”

La Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, abunda en este sentido, y establece en su Norma Primera, Puntos 1, 2 y 3 lo siguiente:

“1. La inclusión de los datos de carácter personal en los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, a los que se refiere el artículo 28 de la Ley Orgánica 5/1992” (artículo 29 LOPD)“deberá efectuarse solamente cuando concurren los siguientes requisitos:

a) Existencia de una deuda cierta, vencida y exigible que haya resultado impagada.

b) Requerimiento previo de pago a que corresponda, en su caso, el cumplimiento de la obligación.

2. No podrán incluirse en los ficheros de esta naturaleza datos personales sobre los que exista un principio de prueba documental que aparentemente contradiga alguno de los requisitos anteriores. Tal circunstancia determinará igualmente la desaparición cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero.

3. El acreedor o quien actúe por su cuenta e interés deberá asegurarse que



concurren todos los requisitos exigidos en el número 1 de esta Norma en el momento de notificar los datos adversos al responsable del fichero común.”

En el presente caso, nos encontramos con los siguientes hechos: el denunciante, cliente de France Telecom, comunicó a ésta la baja de los servicios contratados, baja que figura en los sistemas de France Telecom realizada con fecha 13/02/2007. Cuando recibe la factura de fecha de emisión 08/03/2007, por importe de 181,33 euros remite un fax a la operadora indicando que ha devuelto esta factura por su disconformidad con una penalización incluida en la misma. Posteriormente, recibe un requerimiento de pago por importe de 181,33 euros, remitido con fecha 23/05/2007 por I.S.G.F. Informes Comerciales, S.L. en nombre de France Telecom, y el denunciante, con fecha 29/05/2007 realizó una transferencia bancaria por este importe a favor de la operadora. Después recibe la comunicación de que sus datos han sido incluidos en el fichero “Asnef” con fecha 12/07/2007 por importe de 34,55 euros, y finalmente un requerimiento de pago por importe de 34,55 euros, de fecha 28/09/2007.

Para explicar estos hechos, France Telecom ha ofrecido dos versiones:

La primera versión es que la deuda de 34,55 euros por la que el denunciante fue incluido en el fichero “Asnef” corresponde a dos facturas pendientes de pago, la de 08/09/2006, por importe de 34,55 euros, y la de 08/03/2007 de 181,33 euros, habiéndose saldado la deuda íntegra de la primera factura y parte de la segunda, ya que “el cliente realizó dos transferencias en fecha 01/06/2007. Una de ellas por importe de 146,78 euros, aplicada al pago parcial de la factura de 08/03/2007; la otra por importe de 34,55 euros, aplicada al pago de la factura de 08/09/2006 (folios 60 – 61).

La segunda versión es que el cliente no abonó los 181,33 euros de la factura de 08/03/2007 (sin mención a ninguna deuda por facturas anteriores), sino que sólo pagó 146,78 euros, y que la diferencia entre ambos importes es la deuda de 34,55 euros que accedió a Asnef”. A estos efectos, ha aportado impresión de pantalla en la que figura “histórico cobros”, fecha cobro 01/06/2007, forma pago, transferencia, importe 146,78 euros (folios 114, 115 y 174).

France Telecom ha informado que este cliente ha estado en gestión de cobros por I.S.G.F. Informes Comerciales, S.L., desde el 18/05/2007 hasta el 31/08/2007, sin que se llegase a cobrar al cliente (folio 65).

Ahora bien, está acreditado esta agencia de recobro recibió el encargo de recobro de la factura de 08/03/2007, por importe de 181,33 euros (folio 84), que el denunciante recibió el requerimiento de pago remitido por esta agencia de recobro y a los pocos días efectuó la transferencia por el importe de 181,33 euros reclamado, sin que France Telecom haya aportado documentación en la que conste que la cantidad recibida fuera otra. Por lo tanto el afectado abonó la totalidad de la deuda reclamada, por lo que en este caso la deuda no es correcta y no procedía la inclusión de sus datos en el fichero “Asnef”.

En el caso de que la deuda por la que fue incluido correspondiera a la factura de 08/09/2006, como ocasionalmente ha sido alegado, no consta que France Telecom hubiera requerido el pago de la deuda con anterioridad a la inclusión de los datos del denunciante en el fichero “Asnef”, puesto que los requerimientos de pago por este importe son de fechas 28/09/2007 y 22/10/2007, posteriores a la fecha en que los datos del denunciante fueron incluidos en el fichero citado, el 12/07/2007. Además, en las

anotaciones que figuran en los sistemas informáticos de France Telecom, aportados con el objeto de acreditar que se había requerido convenientemente el pago de la deuda, como paso previo a la inclusión en el fichero de solvencia, se observa que todas las anotaciones se refieren a la factura de fecha 08/03/2007, siendo la primera de ellas de fecha 03/07/2007, pero no hay ninguna anotación referente a la factura de 08/09/2006.

Por lo tanto, la inclusión del denunciante en el fichero "Asnef" vulnera la normativa citada anteriormente, puesto que la deuda corresponde a la factura de 08/03/2007 es incorrecta, ya que fue abonada en su totalidad al recibir el requerimiento de pago) y si la deuda corresponde a la factura de 08/09/2006, el afectado no recibió requerimiento previo de pago.

Por ello, se considera que France Telecom ha vulnerado el principio de calidad de datos, recogido en el artículo 4.3 en relación con el artículo 29.4 de la LOPD,

VI

Consta acreditado en esta Agencia que las entidades asociadas al fichero "Asnef" suministran periódicamente las relaciones de las altas, bajas y modificaciones de los datos de sus clientes para que tales actualizaciones queden registradas en el mismo, siendo las entidades informantes quienes deciden sobre el alta o la cancelación de los datos de sus clientes en el fichero de solvencia.

Los datos personales de los denunciados son datos que figuran en los propios ficheros automatizados de la entidad informante, en este caso France Telecom.

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.

La LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (art. 43.1), concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d).

Este último precepto, innovando respecto de la Ley Orgánica 5/1992, incluye en el concepto de responsable tanto al que lo es del fichero como al que lo es del tratamiento de datos personales.

Conforme a dicha definición del artículo 3.d) el responsable del fichero o del tratamiento es "la persona física o jurídica (...) que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento".

El propio artículo 3 en su apartado c) delimita en qué consiste el tratamiento de datos, incluyendo en tal concepto las "operaciones o procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias".

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



de Datos (artículo 43), Véase lo que dicen uno y otro precepto:

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

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

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

He aquí el nuevo texto: Ley 15/1999. <<Artículo 3. A los efectos de la presente Ley se entenderá por: [...] d) Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento>>.

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

Es preciso, por tanto, determinar si, en el presente caso, France Telecom puede ser considerado responsable del tratamiento.

De lo expuesto se deduce que France Telecom es responsable del tratamiento de datos en sus propios ficheros, de su comunicación a través de tratamientos automatizados al responsable del fichero común y de que el tratamiento automatizado de la información relativa al denunciante no responda al principio de calidad de datos recogido en el artículo 4 de la LOPD (exigencia de que los datos sean exactos y respondan a la situación actual de los afectados).

De los hechos probados y, como se ha señalado anteriormente, se deduce que France Telecom es responsable de la infracción del artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD, en los términos del artículo 43, en relación con la definición del artículo 3.d), y c) de la citada Ley Orgánica.

VII

France Telecom ha alegado la vulneración del principio de legalidad, con fundamento en que la Instrucción 1/1995 no es norma reglamentaria, la AEPD carece de competencias para el desarrollo reglamentario de la LOPD, esta instrucción no desarrolla la LOPD porque es anterior a la misma, debe entenderse derogada por la disposición adicional 3ª de la LOPD, y no anuda sanción alguna al incumplimiento de sus recomendaciones ni en modo alguno dice que éstas integren el contenido del artículo 44.3.d) de la LOP.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 02/03/2009 (rec. 41/2008) aportada por France Telecom con sus alegaciones a la propuesta de resolución, valora en el fundamento jurídico séptimo las cuestiones planteadas por France Telecom, por lo que se transcribe íntegramente:

“SÉPTIMO.- Finalmente, sostiene el demandante que la Instrucción 1/1995 no puede servir para integrar el tipo infractor del art. 44.3.d) LOPD por no tener la consideración de disposición reglamentaria de desarrollo de la citada Ley Orgánica.

En el apartado c) del art. 37 de la LOPD se recoge como función de la Agencia la de dictar, en su caso, y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la ley. En el art. 5 del Estatuto de la Agencia se desarrolla esta previsión, distinguiendo entre la colaboración con los órganos competentes en lo que afecta al desarrollo normativo de la propia ley, esto es con el Gobierno para el desarrollo reglamentario, y la potestad normativa propia, dictando instrucciones y recomendaciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la LOPD, así como recomendaciones de aplicación de disposiciones legales y reglamentarias en materia de seguridad de los datos y control de acceso a los ficheros. Esta potestad reglamentaria corresponde al Director.

La cuestión suscitada en este proceso, en relación con las Instrucciones dictadas por el Director de la Agencia de Protección de Datos, es la de la posible vulneración del principio de reserva de ley cuando la infracción consiste en la contravención de una norma contenida en una Instrucción del Director.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2007 (Secc. Sexta, Rec. 220/2003) se ha pronunciado sobre la naturaleza y alcance de las facultades reconocidas en la Ley al Director de la Agencia Española de Protección de Datos para dictar normas reglamentarias de desarrollo en esta materia.

Se enfrenta esta sentencia a la cuestión de la habilitación reglamentaria contenida en la Ley en relación con la importante Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, relativa a la prestación de servicios sobre solvencia patrimonial y crédito a la que nos venimos refiriendo. La Agencia al dictarla invocó como normas habilitantes tanto el art. 36.c) de la LORTAD (hoy art. 37 LOPD) y el art. 5.c) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, Estatuto todavía vigente en tanto no se dicte el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

El Tribunal Supremo comienza recordando la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1992, cuando señala que para asegurar la máxima eficacia de sus disposiciones, la Ley encomienda el control de su aplicación a un órgano independiente, al que atribuye el estatuto de Ente público en los términos del art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria (la Agencia de Protección de Datos), órgano al que atribuye, entre otras funciones, la de dictar instrucciones para adecuar los tratamientos a los principios de la ley, función reiterada en el art. 5.c) del Estatuto de la Agencia. De estos preceptos entiende que se desprende la atribución a la Agencia Española de Protección de Datos de la facultad de dictar Instrucciones de eficacia "ad extra", en cuanto se dirigen a quienes operan en el tratamiento de datos y resultan de obligada observancia. Instrucciones que son distintas de aquellas a que se refiere el art. 21 de la Ley 30/1992, dirigidas a los órganos jerárquicamente dependientes y destinadas a ordenar las actividades del servicio en virtud de facultades de dirección, que producen efectos "ad intra" y cuya obligatoriedad para los subordinados no derivan de un carácter normativo que no tiene sino de los deberes impuestos en virtud del principio de jerarquía al que responden.

Por otra parte, considera el Alto Tribunal que estos preceptos a los que nos



venimos refiriendo distinguen entre dicha potestad atribuida a la Agencia Española de Protección de Datos y la potestad reglamentaria de desarrollo de la ley mediante la elaboración de las correspondientes disposiciones generales, en relación con la cual la Agencia sólo tiene facultades de informe y que la Ley atribuye en su disposición final al Gobierno. No se trata, por lo tanto, de atribuir a la Agencia Española de Protección de Datos el desarrollo reglamentario de la Ley sino de que la misma, como Ente público al que se encomienda el control de la aplicación de la Ley, dirija tal aplicación estableciendo las instrucciones que entienda precisas para conseguir que el tratamiento de datos se ajuste a los principios que la Ley dispone, delimitando así el ámbito de la potestad reconocida y con ello de la finalidad y objeto de tales instrucciones, que se proyectan sobre la aplicación de la Ley, al margen, por tanto, de su desarrollo reglamentario mediante las correspondientes disposiciones generales, en el que la intervención de la Agencia se limita a la emisión de los correspondientes informes.

Esta función, aunque viene recogida en este artículo 37, en el que se reflejan genéricamente las correspondientes a la Agencia, corresponde al Director en cuanto titular del órgano. Así lo entiende también esta sentencia que comentamos: "Ello se completa con el régimen de ejercicio de tales funciones, que se contempla en el indicado Estatuto de 26 de marzo de 1993, según el cual la Agencia ejercerá sus funciones por medio del Director (art. 2.3), precisando el art. 12.2 que corresponde al referido Director dictar las instrucciones que requiera el ejercicio de las funciones de la Agencia, estableciendo igualmente la Ley (art. 37 LORTAD) un Consejo Consultivo en cuya composición figuran entre otras, representaciones de usuarios y consumidores, las Comunidades Autónomas y del sector de ficheros privados, así como una Secretaría General con funciones de apoyo y ejecución (art. 30 del Estatuto), disponiendo el art. 2.4 del Real Decreto 428/1993 que los actos dictados por el Director en el ejercicio de las funciones públicas de la Agencia agotan la vía administrativa y podrán ser objeto del correspondiente recurso contencioso-administrativo".

Esta sentencia utiliza como elemento de comparación para reafirmar esta potestad reglamentaria la conferida a otros órganos de análoga naturaleza como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, entendiendo que en semejantes circunstancias y con el mismo fundamento el legislador establece un Ente público para el control de la aplicación de la Ley, que actúa con plena independencia en el ejercicio de sus funciones, a cuyo efecto le atribuye esta potestad de dictar instrucciones que, de un lado, va más allá de la genérica potestad "ad intra" antes referida aunque no alcanza a la potestad genérica del desarrollo reglamentario de la Ley a través de la elaboración de las correspondientes disposiciones generales, que corresponde al Gobierno en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En definitiva no existe vulneración alguna del principio de legalidad sancionadora."

Por tanto, procede desestimar la presente alegación efectuada por France Telecom.

VIII

El artículo 44.3.d) de la LOPD considera infracción grave "Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de

protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave.”

De acuerdo con lo ya señalado, ha quedado acreditado que France Telecom vulneró el principio de calidad de datos recogido en el artículo 4.3 en relación con el artículo 29.4 de la LOPD, que encuentra su tipificación en el citado artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

IX

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

“2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 60.101,21 € a 300.506,05 €.”

“4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad, a la reincidencia, a los daños y perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas, y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.”

“5. Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que proceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate”.

La Audiencia Nacional en su Sentencia de 24/05/2002 ha señalado en cuanto a la aplicación del citado precepto que la presente regla debe aplicarse con exquisita ponderación y solo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas atendidas las circunstancias del caso concreto, de forma que repugne a la sensibilidad jurídica, siempre guiada por el valor justicia, la imposición de la sanción correspondiente al grado. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos y concretos. Circunstancias que no apreciamos concurren en el caso de autos en el que la entidad bancaria debió adoptar una diligencia mayor y optar por una interpretación en defensa de los intereses del titular del dato, pues no se olvida que este es titular de un derecho fundamental a la libertad informática –STS 202/1999- y las entidades que operan en el mercado de datos y obtienen con ello determinadas ventajas deben siempre obrar con exquisita diligencia y procurar siempre la perfecta comunicación entre el dato y la realidad.

El Tribunal Supremo (Sentencias de 05/07/1998 y 02/03/1999) viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el sujeto infractor no se comporta con la diligencia exigible. Diligencia cuyo grado de exigencia se determinará en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, tales como el especial valor del bien jurídico protegido o la profesionalidad exigible al infractor. En este sentido, la citada Sentencia de 05/07/1998 exige a los profesionales del sector “un deber de conocer especialmente las normas aplicables”.

Aplicando la anterior doctrina, la Audiencia Nacional exige a las entidades que operan en el mercado de datos una especial diligencia a la hora de llevar a cabo el uso



o tratamiento de tales datos o la cesión a terceros. Y ello porque siendo el de la protección de datos un derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000), los depositarios de estos datos deben ser especialmente diligentes y cuidadosos a la hora de operar con ellos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la protección de los bienes jurídicos protegidos por la norma. En este sentido, entre otras, Sentencias de la Audiencia Nacional de fechas 14/02 y 20/09/2002, y 13/04 y 18/05/2005.

France Telecom ha solicitado la aplicación del artículo 45. 4 y 5 de la LOPD, con fundamento, básicamente, en las medidas tomadas en orden a la tutela debida de los derechos de los clientes a la protección de sus datos personales, medidas documentadas en el acta de inspección 952/2006, cuya implantación se manifiesta la constante preocupación de France Telecom por la protección de los datos personales de sus clientes.

Conforme al criterio jurisprudencial señalado es evidente que, a pesar de lo alegado por France Telecom para la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, no ha prestado la diligencia debida al comunicar al fichero "Asnef" los datos del denunciante por una deuda cuya pertinencia no ha acreditado y sin haber efectuado el requerimiento previo de pago, como se ha expuesto anteriormente, y no haber actuado con la diligencia exigible para confirmar el cumplimiento de los requisitos materiales y formales para la comunicación citada al fichero "Asnef", donde los datos del denunciante permanecieron durante un prolongado periodo de tiempo, en concreto, más de dieciocho meses.

En lo que se refiere a las medidas tomadas por France Telecom, se debe señalar que consta en esta Agencia que esta entidad adquirió, por absorción, un conjunto de empresas de telecomunicaciones, asumiendo los clientes y los sistemas de información.

Se debe tener en consideración el contenido de las medidas puestas en funcionamiento por France Telecom tras el proceso de absorción empresarial, comprobadas por los Servicios de Inspección de la Agencia Española de Protección de Datos en noviembre de 2006, tal y como constan en el Acta de Inspección incoada al efecto E/952/2006-I/1/2006.

En dicha Acta de Inspección consta que tales medidas se dirigieron a subsanar las deficiencias detectadas en los anteriores protocolos utilizados por las entidades absorbidas, tanto los relativos a la gestión de la información como los de carácter técnico, incidiendo en aquellos concernientes al otorgamiento y acreditación del consentimiento en la recogida de datos para la posterior contratación del servicio, como a los procedimientos de gestión de bajas y cese posterior de la facturación. Asimismo, también procedió a subsanar las deficiencias detectadas en los anteriores protocolos referentes a la verificación del consentimiento tanto desde el Servicio de Atención al Cliente como los utilizados por entidades distribuidoras de productos ofertados por France Telecom.

Tal absorción tuvo lugar en noviembre de 2005, siendo razonable considerar un período de adaptación entre los sistemas de información de ambas entidades, que, dada la complejidad de los mismos, esta Agencia ha considerado de seis meses. Finalizado el citado período de adaptación en mayo de 2006, la entidad absorbente

debe responsabilizarse de la correcta gestión de los datos de la totalidad de los clientes, tanto lo propios como de aquellos procedentes de las entidades absorbidas.

Por lo tanto, considerando que las medidas que constatan las citadas Actas de Inspección, no deben considerarse como "carta de naturaleza" en la aplicación de futuros hechos que puedan considerarse al margen de la LOPD, ya que su aplicación trae causa en un momento temporal y unas circunstancias concretas, tal como se ha expuesto, y, por tanto, no será de aplicación a hechos ocurridos con posterioridad al citado período de adaptación en la implantación de dichas medidas.

En el presente caso ha quedado acreditado que France Telecom ha vulnerado el principio de calidad de datos con la inclusión y mantenimiento de los datos del denunciante en el fichero "Asnef" desde el 12/07/2007 hasta el 18/03/2009, fechas de alta y de baja, respectivamente, por lo que la citada operadora cometió la infracción señalada más de un año después de la fecha de finalización del periodo de adaptación, si tomamos la fecha de alta en el fichero, y casi tres años después, si consideramos la fecha de baja en el mismo, por lo que no procede la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD

Por tanto, ello no se considera suficiente para apreciar que concurran las circunstancias necesarias para que pueda aplicarse en el presente supuesto el artículo 45.5 de la LOPD.

No obstante, en relación a los criterios de graduación de las sanciones recogidas en el artículo 45.4 de la LOPD, y, en especial a la ausencia de intencionalidad acreditada en el presente procedimiento, procede la imposición de la sanción en su cuantía mínima. >>

III

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 28/05/2010 en el procedimiento sancionador PS/00639/2009.



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, 23 de julio de 2010

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte