Procedimiento nº.: PS/00643/2012

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00635/2013

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.** contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00643/2012, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 18 de junio de 2013, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00643/2012 , en virtud de la cual se imponía a la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A., dos sanciones de 50.00 € cada una, por la vulneración de lo dispuesto en los artículos 6.1 y 4.3 en relación con el 29.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracciones tipificadas ambas como graves en el artículo 44.3.b) y c) respectivamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 18/06/2013, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00643/2012, quedó constancia de los siguientes:

<<PRIMERO: Con fecha de 09/04/2012 tiene entrada en esta Agencia un escrito de la denunciante en el que declara que con fecha 22/12/2010 realizo una reclamación ante la SETSI por no estar conforme con la facturación emitida por FRANCE TELECOM manifestando en la misma no haber podido hacer uso del terminal por estar en varias ocasiones en el servicio técnico, Igualmente impugno la factura emitida por dicho operador por referirse a un periodo posterior a la fecha en la que solicité la baja del servicio contratado.

Con fecha 10 de marzo de 2012 y 13 de marzo de.2012 recibe notificación de EQUIFAX y EXPERIAN respectivamente, que gestionan los ficheros de solvencia patrimonial ASNEF y BADEXCUG, en la que se le informa sobre la incorporación de sus datos a dichos ficheros con motivo de una deuda de 97,44 €, cuyo acreedor es FRANCE TELECOM.

Con fecha 14/03/2012 se declara la inexistencia de dicha deuda mediante resolución de la SETSI debido a que el débito que se pretendía cobrar por parte de FRANCE TELECOM se refiere a un periodo de facturación posterior a la fecha en la que se solicitó por la baja, ordenando a dicha empresa a cancelar tales cargos (folios 1-2)

*SEGUNDO: La denunciante es titular del DNI **G.G.G.** (folio 14)*

*TERCERO: En los sistemas de FRANCE TELECOM consta el nombre y apellidos de la denunciante asociados al DNI **I.I.I.** como titular de la línea **H.H.H.** con fecha de alta*

11/06/2010 y baja 22/11/2011. La línea permaneció suspendida desde 02/11/2010 hasta 01/04/2011 (folios 48, 96)

CUARTO: FRANCE TELECOM aportó copia del contrato de la línea ***H.H.H.*** *suscrito por la denunciante en el que se incluye la adquisición a precio promocional de un terminal NOKIA 6700 con un compromiso de permanencia de la línea de 18 meses (folios 132-136)*

QUINTO: Consta en el expediente butrofax de la denunciante recibido por FRANCE TELECOM en fecha 18/01/2011 (15:32 horas) en el que solicita la cancelación de cualquier relación contractual con FRANCE TELECOM sin ningún tipo de sanción ni cobro de permanencia, explicitando que el motivo de dicha solicitud es el incumplimiento del servicio contratado ya que el terminal adquirido ha estado averiado en varias ocasiones (folios 68-70)

SEXTO: FRANCE TELECOM emitió las siguientes facturas de la línea ***H.H.H.****:*

- *26/06/2010: 32,81 €, pagada.*
- *26/07/2010: 35,61 €, pagada.*
- *26/08/2010: 23,87 €, pagada.*
- *26/09/2010: 18,41 €, pagada.*
- *26/10/2010: 0 €*
- *26/04/2011: 3,25 €, anulada el 28/07/2011*
- *26/05/2011: 11,80 €, anulada el 28/07/2011*
- *26/08/2011: 11,03 €, pagada y reintegrado importe a la denunciante*
- *26/09/2011: 11,80 €, pagada y reintegrado importe a la denunciante*
- *26/11/2011: 14,84 €, impagada y anulada el 05/04/2012*
- *26/12/2011: 82,60 €, impagada y anulada el 05/04/2012 (folios 49-51, 60-65, 77,80, 83-97)*

SEPTIMO: En fecha 09/03/2012 FRANCE TELECOM incluyó en el fichero asnef el nombre y apellidos de la denunciante asociado al DNI ***I.I.I.*** *por un importe de 97,44 €, siendo dados de baja el 14/04/2012 (folios 3, 50-52, 98)*

OCTAVO: En fecha 11/03/2012 FRANCE TELECOM incluyó en el fichero badexcug el nombre y apellidos de la denunciante asociado al DNI ***I.I.I.*** *por un importe de 97,44 €, siendo dados de baja el 15/04/2012 (folios 4, 50-52, 99)*

NOVENO: En fecha 22/12/2010 tuvo entrada en la SETSI reclamación de la denunciante por no estar conforme con la facturación de la línea ***H.H.H.*** *emitida por FRANCE TELECOM, ya que no pudo hacer uso de la línea por estar averiado el terminal, y por que se le factura por un periodo posterior a la fecha en la que solicitó la baja del servicio contratado. En fecha 14/03/2012 la SETSI resolvió considerar atendida la reclamación en cuanto a la disconformidad de la facturación emitida por cuanto FRANCE TELECOM realizó un ajuste correspondiente al prorrateo de la cuota facturada durante los días que el terminal no pudo utilizarse. Asimismo resolvió, en cuanto a la baja en su línea, estimar la reclamación reconociendo su derecho a obtener la baja efectiva del servicio contratado, debiendo anular FRANCE TELECOM los cargos facturados con posterioridad a los dos días de la fecha en la que se solicitó la baja el*

18/01/2011 (folios 5-7, 15-17).>>

TERCERO: FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. ha presentado en fecha 18/07/2013 en el servicio de correos, con fecha de entrada 23/07/2013 en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en las alegaciones formuladas en el procedimiento sancionador cuya resolución es objeto de presente recurso, a la que añade la de falta de antijuricidad en la infracción del artículo 4.3 de la LOPD puesto que en el momento de comunicarse los datos al fichero de solvencia patrimonial (09/03/2012) la reclamación de la denunciante ante la SETSI debía entenderse desestimada por silencio administrativo por el transcurso de más de 6 meses desde su presentación (22/12/2010) hasta su resolución (14/03/2012)

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 I al XII ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<I

Es competente para resolver este procedimiento el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

FRANCE TELECOM alega 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 Titulo 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."

Esta Agencia no se pronuncia sobre aspectos del contrato suscrito entre la denunciante y FRANCE TELECOM, sino sobre el cumplimiento del principio de calidad de datos por porte de la entidad en el caso concreto de los datos de la denunciante incluidos en sus ficheros.

Por tanto, debe desestimarse esta alegación de FRANCE TELECOM.

II

Como cuestión previa debe resolverse la prescripción de las infracciones alegada por FRANCE TELECOM.

Como cuestión previa debe resolverse la alegación formulada por FRANCE TELECOM en el sentido de considerar prescritas las infracciones que se le imputan, para lo cual habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 47 de la LOPD, que establece, en sus apartados 1, 2 y 3, 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".

Respecto al tratamiento sin consentimiento de los datos de la denunciante verificado al mantener en sus sistemas dichos datos y girarle facturas de la línea

H.H.H., *debemos recordar ha quedado acreditado (folios 68-70) que el 18/01/2011 la denunciante solicitó la baja de la línea con lo que desde ese momento FRANCE TELECOM ya no podía tratar los datos de la denunciante sin su consentimiento amparándose en la existencia de una relación contractual. Por el contrario la instrucción del procedimiento ha acreditado que FRANCE TELECOM siguió tratando – sin consentimiento –los datos de la denunciante como acredita la emisión de facturas desde 26/04/2011 hasta 26/12/2011, así como su posterior anulación en fecha 05/04/2012 (facturas de fechas 26/11/2012 y 26/12/2012).*

Respecto a la infracción del artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD señalar que los datos de la denunciante permanecieron indebidamente en los ficheros asnef y badexcug hasta fechas 14 y 15/04/2012 (folios 3-4, 50-52, 98-99).

Tomando en consideración que el acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador fue notificado a FRANCE TELECOM en fecha 26/12/2012 no han transcurrido los dos años de prescripción señalados en el artículo transcrito para las infracciones graves imputadas, por lo que la alegación debe ser desestimada.

III

En cuanto a la infracción de las normas que regulan el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora señalar que los hechos enjuiciados fueron calificados en el Acuerdo de Inicio del procedimiento sancionador, como constitutivos de una infracción del artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.c) de la citada Ley Orgánica. No obstante, en la Propuesta de Resolución, se estima en derecho modificar la calificación jurídica efectuada en el sentido de considerar que ha existido, además de la infracción imputada, la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el articulo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

Respecto al cambio en fase de Propuesta de la calificación jurídica de los hechos objeto de la denuncia que se realizó en el Acuerdo de Inicio y a la incidencia que tal cambio puede tener en el derecho de defensa de la entidad denunciada, conviene señalar que nada impide efectuar esta modificación; en este sentido se pronuncia el artículo 16.3 del R.D. 1398/1993, de 4 de agosto, al señalar "Si como consecuencia de la instrucción del procedimiento resultase modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponibles o de las responsabilidades susceptibles de sanción, se notificará todo ello al inculpado en la propuesta de resolución".

Para analizar esta cuestión conviene recordar que, en materia sancionadora, el Tribunal Constitucional ha establecido, como uno de los pilares básicos para la interpretación del Derecho Administrativo sancionador, que los principios y prácticas básicas en el ámbito del Derecho Penal sean aplicables, con ciertos matices, en el ejercicio de cualquier potestad sancionadora de la Administración Pública (entre otras, la Sentencia 76/1990, de 26 de abril).

En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981 (fundamento jurídico segundo "in fine"), señaló que "los principios esenciales reflejados en el articulo 24 de la Constitución en materia de procedimiento, han de ser aplicables a la actividad

sancionadora de la Administración ..... porque la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculpado tenga oportunidad de aportar y proponer pruebas y alegar lo que a su derecho convenga".

En dicho contexto constitucional, uno de los trámites esenciales del procedimiento sancionador es la propuesta de resolución, que se regula en el artículo 18 del citado Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que dispone:

"1. Concluida, en su caso, la prueba, el órgano instructor del procedimiento formulará propuesta de resolución en la que se fijará de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso , por el órgano competente para iniciar el procedimiento o por el instructor del mismo; o bien se propondrá la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad".

La propuesta de resolución, como dispone la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2003, contiene los hechos que se consideran probados y su exacta calificación jurídica, determina la infracción que, a su juicio, aquellos constituyen, y la persona o personas que resulten responsables, además de la sanción que lleva aparejada y que se propone.

El transcrito precepto es la concreción del principio general en materia sancionadora contenido en el artículo 135 de la LRJPAC. Se trata de un precepto que pretende garantizar el derecho a la defensa del presunto responsable, de ahí que se establezca la garantía de notificación de los hechos imputados, pues sólo cuando se tiene conocimiento de éstos es posible el ejercicio del legítimo derecho de defensa. Por ello, todo presunto responsable tiene derecho a ser informado de la acusación.

Sobre la propuesta de resolución, la Sala Tercera del Tribunal Supremo (en Sentencias, entre otras, de 21 de abril de 1997, 16 de marzo de 1998, 24 de abril de 1999 y 16 de noviembre de 2001) y teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1989, de 6 de febrero, ha elaborado una jurisprudencia consolidada en virtud de la cual "el derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el artículo 24.2 de la Constitución, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución.... Excepcionalmente aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental citado, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso".

Aplicada la anterior doctrina al presente caso, hay que señalar que el procedimiento sancionador se inició por acuerdo del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de fecha 19/12/2013. En dicho Acuerdo se designó Instructor y Secretario, con indicación de la posibilidad de ser recusados, en su caso, conforme a lo establecido en el artículo 29 de la LRJPAC. Asimismo se identificó a FRANCE TELECOM como presunta responsable del hecho imputado en dicho Acuerdo, fue

informada detalladamente de la infracción objeto de reproche a la luz de la LOPD, de su calificación jurídica, de la posible sanción que tal infracción merecía, de la autoridad competente para imponerla y de su derecho a formular alegaciones y proponer prueba. FRANCE TELECOM, por tanto, conoció, en detalle, el hecho que se le imputaba y su alcance al amparo de dicha Ley Orgánica. Con posterioridad y al amparo de lo dispuesto en el citado artículo 16.3 del R.D. 1398/1993, de 4 de agosto, en la propuesta de resolución se amplió la imputación añadiendo la presunta infracción del artículo 6.1 de la LOPD, propuesta que ha sido notificada a la operadora y frente a la cual ha formulado las alegaciones oportunas.

De acuerdo con cuanto antecede, cabe señalar que, en ningún caso, ha existido indefensión material para FRANCE TELECOM que, por el contrario, dispuso de los derechos y garantías previstas en el Ordenamiento Jurídico para la defensa de sus derechos.

En consecuencia, no se ha producido un menoscabo del derecho de defensa, por lo que no cabe entender que se haya producido la infracción alguna del procedimiento sancionador. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 29 de noviembre de 1999, manifestó que "...la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, en general, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa, eliminando o limitando su potestad, bien de alegar derechos e intereses para que le sean reconocidos, o bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción y que esta indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa...".

Más aún, Tribunal Supremo ha mantenido que para que un acto pueda considerarse nulo por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, "...han de concurrir los requisitos, como sostiene la sentencia de 15 de octubre de 1997 de esta Sala y jurisprudencia precedente, (desde la sentencia de 21 de marzo de 1988) que dicha infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que dentro del supuesto legal de nulidad, se comprendan los casos de ausencia total del trámite o de seguir un procedimiento distinto, lo que no ha sucedido en la cuestión examinada, como en un asunto precedente también hemos reconocido: STS de 10 de octubre de 2000, 3ª, 7ª, núm. 219/1999" (Sentencia de 17/10/2000).

Conforme a los fundamentos de derecho señalados con anterioridad debe desestimarse la alegación de infracción de la norma reguladora del procedimiento sancionador.

IV

El artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, bajo la rúbrica "Consentimiento del afectado" dispone:

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

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado".

Este precepto debe integrarse con la definición legal de "datos de carácter personal", "tratamiento de datos" y "consentimiento del interesado", que ofrecen, respectivamente, los artículos 3 a), 3 c), y 3 h) de la Ley Orgánica 15/1999: " cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables"; "operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias"; " "toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen".

El artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999 consagra el "principio del consentimiento o autodeterminación", piedra angular en la construcción del derecho fundamental a la protección de datos que versa sobre la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para que puedan tratarse sus datos personales. Conforme al citado precepto, el tratamiento de datos sin consentimiento o sin otra habilitación amparada en la Ley constituye una vulneración de este derecho, pues únicamente el consentimiento, con las excepciones contempladas en la ley, legitima el tratamiento.

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

La LOPD recoge en diversos artículos un catálogo cerrado de excepciones al principio del consentimiento o autodeterminación del afectado en el tratamiento de sus datos. El artículo 6.2 contempla, entre esas excepciones, a quienes son parte de una relación negocial, siempre que el tratamiento sea necesario para el mantenimiento o cumplimiento del contrato, quedando acotada la dispensa del consentimiento al tratamiento necesario para tal fin.

V

*En el supuesto que analizamos resulta acreditado que la denunciante solicitó a FRANCE TELECOM la baja del servicio que tenía contratado (línea **H.H.H.**) mediante burofax que fue efectivamente recibido por la operadora en fecha 18/01/2011 (folios 68 a 70, hecho probado 5).*

El R.D. 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la Carta de Derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas dispone en su artículo 7, "Extinción de los contratos":

"El contrato se extinguirá por las causas generales de extinción de los contratos y, especialmente, por voluntad del abonado, comunicándolo previamente al operador con una antelación mínima de dos días hábiles al momento en que ha de surtir efectos.

El operador se abstendrá de facturar y cobrar cualquier cantidad que se haya podido devengar, por causa no imputable al usuario final, con posterioridad al plazo de dos días en que debió surtir efectos la baja".

De acuerdo con la disposición reglamentaria citada la solicitud de baja de la denunciante debió surtir efectos desde el 20/01/2011, como así resolvió posteriormente la SETSI en la reclamación formulada por la denunciante. En consecuencia, puesto que los periodos facturados por la compañía abarcan del día 26 del mes anterior al día 25 del mes en que se gira la factura, la última factura que FRANCE TELECOM emitió correctamente fue la de septiembre de 2010, pues no volvió a emitir facturas hasta marzo de 2011 (la línea estuvo suspendida), debiendo cesar desde ese momento en el tratamiento de los datos de la denunciante.

Sin embargo, ha quedado probado que FRANCE TELECOM emitió facturas a la denunciante por el servicio de la línea cuya baja había solicitado en fechas 26/04/2011, 26/05/2011, 26/08/2011, 26/09/2011, 26/11/2011, y 26/12/2011.

*En consecuencia, **con posterioridad a la fecha en que debió surtir efecto la baja, FRANCE TELECOM siguió tratando los datos de la denunciante materializados en la emisión de seis facturas.** No se reprueba la emisión indebida de facturas como asó alega la operadora, puesto que tal hecho no es sino la consecuencia de la acción típica que si constituye infracción, esto es el tratamiento de datos son consentimiento habida cuenta de que FRANCE TELECOM ya no estaba eximida del mismo por cuanto la relación contractual que lo amparaba debió haber sido extinta a petición (acreditada) del denunciante.*

Al hilo de esta cuestión debe hacerse mención a la STAN de 21 de enero de 2010 cuyo Fundamento de Derecho séptimo precisa: "La empresa demandante, y contrariamente a lo que afirma, ha tratado los datos del denunciante sin su consentimiento. Es cierto que el denunciante formalizó un contrato con la recurrente y conforme al artículo 6.2 de la LOPD no era preciso el consentimiento para el tratamiento de sus datos como parte de la relación negocial existente entre ambos. Pero, una vez recepcionado por JAZZ TELECOM, en fecha 27/02/2006, el burofax remitido a JAZZ TELECOM, S.A.U. en el que figura el siguiente texto: "(…) Así que les comunico mi decisión de cancelar mi contrato y mis datos personales con JAZZTEL, (…)", la recurrente carecía del citado consentimiento pues B.B.B. había terminado y, de

otra parte, el afectado había manifestado expresamente que se cancelaran sus datos personales, lo que permite concluir, como señala la resolución impugnada, que Jazz Telecom ha infringido el artículo 6.1 de la LOPD y tal conducta está tipificada en el artículo 44.3.d) de la citada norma". (El subrayado es de la AEPD).

La Sentencia de la Audiencia Nacional anteriormente citada (que analizó un supuesto de hecho análogo al que nos ocupa), B.B.B. había terminado; por lo que el responsable del tratamiento no contaba con el consentimiento del titular de los datos. El tenor literal del artículo 6.2 de la LOPD estipula que no será necesario el consentimiento cuando los datos se refieran a las partes de un contrato y "sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento". Por ello, difícilmente puede operar esta excepción al artículo 6.1 de la LOPD, pues estamos partiendo del hecho incontrovertido de que B.B.B. se había extinguido, de modo que no es posible hablar de mantenimiento o cumplimiento de dicho contrato ni, consecuentemente, considerar que los datos tratados eran necesarios para el cumplimiento de una relación contractual que entonces era inexistente.

Por las razones expuestas y ateniéndonos a los hechos declarados probados, ***en tanto FRANCE TELECOM continuó tratando los datos de la denunciante sin su consentimiento*** *con posterioridad a la fecha en la que había producido efecto su voluntad de resolver el contrato, – y dado que* ***la relación contractual*** *que, conforme al artículo 6.2 de la LOPD, legitimaba el tratamiento de los datos, se había extinguido-,* ***vulneró el artículo 6.1 de la LOPD, infracción tipificada en el articulo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica****.*

VI

Corresponde examinar a continuación si la conducta de FRANCE TELECOM, que entendemos vulnera el artículo 6.1 de la LOPD, puede subsumirse en el tipo sancionador contemplado en el artículo 44.3.b) y si, en tal caso, la infracción es Imputable a la operadora.

A) *Respecto a la primera de estas cuestiones, constatado que la entidad realizó la acción típica – infracción del principio del consentimiento –, se debe verificar si concurre el elemento subjetivo de la culpabilidad, cuya presencia es esencial para exigir en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador responsabilidad por el ilícito cometido, pues no cabe en este marco imponer sanciones basadas en la responsabilidad objetiva del presunto infractor. El Tribunal Constitucional en STC 76/1999 afirma que las sanciones administrativas participan de la misma naturaleza que las penales, al ser una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado y que, como exigencia derivada de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal consagrados en los artículos 9.3 y 25.1 de la CE, es imprescindible la presencia de este elemento para imponerlas.*

El artículo 130.1 de la LRJPAC proclama el principio de culpabilidad en el procedimiento administrativo sancionador y del tenor del precepto se concluye que bastará la "simple inobservancia" para apreciar la presencia de culpabilidad a título de negligencia, expresión que alude a la omisión del deber de cuidado que exige el respeto a la norma.

La Audiencia Nacional ha declarado a este respecto en STAN de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006), que "....el ilícito administrativo previsto en el artículo 44.3.d) de la LOPD se consuma, como suele ser la norma general en las infracciones administrativas, por la concurrencia de culpa leve. En efecto, el principio de culpabilidad previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 dispone que solo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracciones administrativas los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en Derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva ……."

En el supuesto que nos ocupa ***está presente el elemento subjetivo de la culpabilidad,*** *que se concreta en la* ***grave falta de diligencia*** *demostrada por FRANCE TELECOM que* ***continuó tratando los datos personales de la denunciante después de la fecha en la que la relación contractual que vinculaba a ambas partes había quedado resuelta*** *y, por tanto, sin contar con el consentimiento del titular de los datos tratados. Este tratamiento inconsentido se materializó en la emisión de 6 facturas, así como su posterior inclusión en los ficheros asnef y badexcug.*

Debemos precisar que como viene manteniendo la Audiencia Nacional si el error es muestra de una falta de diligencia el tipo sancionador es aplicable, pues está presente el elemento subjetivo de la culpabilidad. Así la STAN de 28 de mayo de 2008 expone en su Fundamento de Derecho cuarto:

"Por lo que se refiere al principio de culpabilidad, hay que señalar (siguiendo el criterio de esta Sala en otras sentencias como la de fecha 21 de enero de 2004 dictada en el recurso 1139/2001) que la comisión de la infracción prevista en el artículo 44.3.d) puede ser tanto dolosa como culposa. Y en este sentido, si el error es muestra de una falta de diligencia el tipo es aplicable, pues aunque en materia sancionadora rige el principio de culpabilidad, como se infiere de la simple lectura del art. 130 de la Ley 30/1992, lo cierto es que la expresión simple inobservancia del Art. 130.10 de la Ley 30/1992, permite la imposición de la sanción, sin duda en supuestos dolosos, y asimismo en supuestos culposos, bastando la inobservancia del deber de cuidado…."

B) *Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, la Ley Orgánica 15/1999 en su artículo 43.1 indica que "los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley". Por su parte, el artículo 3 d) del citado texto legal considera "responsable del fichero o tratamiento" a la "persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento". En consecuencia, FRANCE TLECOM, en su condición del responsable del fichero en el que figuran los datos personales del denunciante y del tratamiento de éstos sin contar con el consentimiento de su titular, es responsable de la infracción del artículo 6.1 de la LOPD.*

VII

El artículo 4 de la LOPD señala en su apartado 3: "Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado" y en su apartado 4 prescribe: "Si los datos de carácter

personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados, sin perjuicio de las facultades que a los afectados reconoce el artículo 16".

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.

VIII

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."

IX

Consta acreditado en esta Agencia que las entidades asociadas a los ficheros "asnef" y "Badexcug" suministran periódicamente las relaciones de las altas, bajas y modificaciones de los datos de sus clientes a través de cinta magnética para que tales actualizaciones queden registradas en el fichero siendo las entidades informantes quienes deciden sobre el alta o la cancelación de los datos de sus clientes del fichero de morosidad.

Los datos personales del denunciante 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 (art. 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.

Conforme al artículo 3.d) de la LOPD, 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".

Es preciso, por tanto, determinar si en el presente caso la actividad desarrollada por el imputado puede subsumirse o no en tales definiciones legales.

En el presente caso, FRANCE TELECOM trató automatizadamente (artículo 6.1) los datos relativos a la denunciante en sus propios ficheros, de los que es responsable conforme al artículo 3.c) citado. Adicionalmente decidió sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento y resolvió autónomamente sobre su incorporación (artículo 4.3 en relación al 29.2) a ficheros comunes de solvencia patrimonial y crédito.

Dicha comunicación se realizó, a mayor abundamiento, mediante un procedimiento que implica un tratamiento automatizado de datos como es su incorporación a una cinta magnética cuyo destino es, también, ser tratada automatizadamente por el responsable del fichero de solvencia, siendo dados de alta en los ficheros asnef y badexcug al culminar el proceso descrito en fechas 09/03/2012 y 11/03/2012 respectivamente.

De lo expuesto se deduce que FRANCE TELECOM ha sido 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 a los principios de calidad de datos recogidos en el artículo 4 de la LOPD (exigencia de que los datos sean exactos y respondan a la situación actual de los afectados), prueba concluyente de ello, fue las posteriores facturas de rectificación, anulando las facturas de fechas 26/04/2011, 26/11/2011 y 26/12/2012, así como la devolución del importe de las facturas de 26/05/2011 y 26/08/2011, todo ello en cumplimiento de la resolución de la SETSI de fecha 14/03/2012 que conformaba que la denunciante había solicitado la baja el 18/01/2011 por lo que la facturación posterior a tal fecha no debió efectuarse por FRANCE TELECOM.

Conforme a lo expuesto, el imputado no se ha limitado a transmitir la información al responsable del fichero común sobre solvencia patrimonial, sino que ha tratado automatizadamente los datos de solvencia en sus propios ficheros, los ha comunicado a través de tratamientos automatizados al fichero común, y, particularmente, ha decidido sobre la finalidad del tratamiento (la calificación en sus ficheros como deudor), el contenido de la información, y el uso del tratamiento (la incorporación a ficheros comunes de información sobre solvencia patrimonial y crédito al que pueden acceder terceras entidades para realizar una evaluación o perfil económico de las personas incorporadas al mismo).

Todo ello sin que los datos comunicados fueran exactos pues la deuda no era no cierta ni exigible al denunciante habida cuenta de que ha quedado acreditado que la deuda por la que la denunciante fue incluida en los ficheros de solvencia correspondía a facturas emitidas muy posteriormente a su solicitud de baja, y en consecuencia talk deuda no era cierta, vencida y exigible. Ello supone una vulneración del principio de calidad de datos de la que debe responder FRANCE TELECOM por ser responsable de la veracidad y calidad de los datos existentes en sus ficheros y de los que suministra al fichero de solvencia patrimonial y crédito.

X

Al margen de lo anterior señalar que el artículo 38 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, "Requisitos para la inclusión de datos" dispone lo siguiente:

1. "Sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

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

La exigencia de que la deuda sea "cierta" responde al principio de calidad de datos recogido en el artículo 4.3 de la LOPD, al expresar que "los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado". El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés, por tanto, podrá facilitar datos de carácter personal, relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, a ficheros comunes de solvencia patrimonial y crédito, siempre que la información registrada en este tipo de ficheros respete el principio de veracidad y exactitud del mencionado artículo 4.3 de la LOPD.

Por ello, la impugnación de la deuda, cuestionando su existencia o certeza, ante los órganos administrativos, arbitrales o judiciales competentes para declarar la existencia o inexistencia de la misma, a través de resoluciones de obligado cumplimiento para las partes, impide que pueda hablarse de una deuda cierta hasta que recaiga resolución firme, y por tanto, la inclusión de la misma en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito.

En tal sentido se manifestó el Tribunal Supremo en su Sentencia del 15 de julio de 2010 respecto al Real Decreto 1720/2007:

"Dicho lo anterior procede indicar que la exigencia al inicio del apartado 1.a) del artículo 38 de que la deuda sea "cierta" responde al principio de veracidad y exactitud recogido en el artículo 4.3 de la Ley 14/10999, al expresar que "Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado"

En el supuesto examinado, nos encontramos con los siguientes hechos:

La denunciante presentó reclamación ante la SETSI en fecha 22/12/2010, por su disconformidad con la facturación de la línea el terminal adquirido en la portabilidad de la línea ***H.H.H.****. En fecha 17/01/2011 FRANCE TELECOM informó a la SETSI sobre tal*

reclamación.

A pesar de ello, y de acuerdo con la documentación aportada por los responsables de los ficheros Asnef y Badexcug, FRANCE TELECOM incluyó los datos del denunciante (nombre y apellidos) en estos ficheros, respectivamente, con fechas 09/03/2012 y 11/03/2012, por una deuda de 97,44 € correspondiente a las facturas de fechas 21/11/2011 y 26/12/2011, esta última incluía la facturación de penalización por incumplimiento del compromiso de permanencia.

Con fecha 14/03/2012 la SETSI resolvió declarar la inexistencia de dicha deuda debido a que el débito que se pretendía cobrar por parte de FRANCE TELECOM se refería a un periodo de facturación posterior a la fecha en la que se solicitó la baja (18/01/2011), ordenando a dicha empresa a cancelar tales cargos.

En cumplimiento de la resolución FRANCE TELECOM anuló en fecha 05/04/2012 las facturas que generaron tal deuda (97,44 €) y con fechas 14/04/2012 y 15/04/2012 excluyó los datos del denunciante de los ficheros Asnef y Badexcug.

Los hechos anteriormente relatados son contrarios al principio de calidad de datos consagrado en el artículo 4.3, en relación con el 29.4 de la LOPD y con el 38.1 del Reglamento, toda vez que FRANCE TELECOM incluyó en los ficheros de solvencia citados los datos personales del denunciante, a pesar de haber tenido conocimiento de la solicitud de arbitraje presentada por éste y, por una deuda incorrecta. En este punto cabe citar la reciente sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 26/10/2012 que señala:

"La LOPD establece la exigencia de la exactitud y veracidad de los datos en el citado artículo 4.3 " Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado".
El artículo 29 de la citada Ley , que regula de forma específica la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, distingue dentro de ellos dos supuestos. Uno de los cuales es el relativo a los ficheros de solvencia patrimonial 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 ,que se regulan en el apartado 2.
Estos ficheros se caracterizan porque no necesitan del consentimiento del afectado para la obtención y tratamiento de sus datos, lo que supone una excepción a los principios rectores de la LOPD (entre ellos el del consentimiento del afectado en el tratamiento y cesión de sus datos de carácter personal). No obstante, frente a esta excepción, la propia norma articula una serie de contrapesos, como es su limitación a un caso concreto (cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias) y la obligación de notificar a los afectados el hecho de que se han registrado sus datos de carácter personal.
Por otra parte, el artículo 38 del RLOPD regula los "requisitos para la inclusión de los datos" en esos ficheros y ha sido impugnado en algunos de sus apartados ante el Tribunal Supremo, habiéndose dictado la STS de 15 de julio 2010 (Rec. 23/2008), que anula entre otros preceptos, por disconformes a derecho, el último inciso del artículo 38.1.a) y el apartado 2 del citado artículo 38 del RDLOPD.
Considera el Alto Tribunal que la parte del artículo 38.1.a) anulada, que es la que aquí

nos interesa, no responde a la previsión legal del artículo 4.3 LOPD , en atención a la defectuosa redacción del precepto reglamentario por una inconcreción en su texto no solo de aquellos procedimientos que justifican la no inclusión en los ficheros de las deudas a que aquellos se refieren, sino también porque esa vaguedad permite considerar que incluso cuando la reclamación se formule por el acreedor exista la imposibilidad de inclusión de los datos en el fichero.
La redacción del artículo 38 del RDLOPD, tras la aplicación de la citada STS de 15 de julio de 2010
es la siguiente:
1. Sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurran los siguientes requisitos:
a) Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible que haya resultado impagada.
b) Que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación.
c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.
3 El acreedor o quien actué 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 a que se refiere el artículo siguiente.
Es decir, para la inclusión de los datos en ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito, tanto la redacción actual del precepto como la original, requiere al inicio del apartado 1.a) que la deuda sea cierta, exigencia que responde al principio de veracidad y exactitud de los datos recogido en el artículo 4.3 de la LOPD al expresar que " Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado".
Por ello viene considerando la Sala, también con la redacción actual del citado artículo 38.1.a del
RDLOPD tras la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio 2010 , que en supuestos como el presente en que consta una reclamación instada por la afectada para dirimir la certeza de la deuda ante un órgano arbitral, con competencia para declarar la existencia o no de la deuda, no concurre el requisito de deuda cierta exigido por el citado artículo 38.1.a) para la inclusión de los datos en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito.
Es decir la citada reclamación veda que pueda hablarse de deuda cierta e impide su inclusión en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito.
Y esto, con independencia del resultado del laudo arbitral que con posterioridad pudiera dictarse, pues como se ha señalado en la SAN de 30 de mayo 2012 (Rec. 664/2010) la certeza de la deuda constituye un requisito para que los datos personales puedan tener acceso a los citados ficheros ex artículo 38.1.a) RDLOPD, de tal forma que si se incluye una deuda que en ese momento no es cierta se infringe el principio de calidad de datos, por lo que al haberse ya perfeccionado la conducta típica resulta irrelevante a efectos de la existencia de la infracción, el posterior resultado de la reclamación o laudo arbitral, sin perjuicio de que, en su caso, lo resuelto por el laudo arbitral firme pueda ser valorado y tomado en consideración a efectos de poder apreciar una cualificada disminución de la antijuridicidad, especialmente a partir de la citada STS de 15 de julio 2010 .
En el caso de autos se ha acreditado - folios 2 a 6 y 10 a 12- que TME recibió el 24 de julio de 2009 y no el 15 de octubre 2009, burofax remitido por la denunciante al que se adjuntaba copia de la solicitud de arbitraje que había formulado el 21 de julio de 2009

frente a TME por la reclamación de 90 # en concepto de compensación plan especial tarifas por no haber cumplido con la permanencia de doce meses. Al tener conocimiento de la citada reclamación arbitral cuestionando la existencia de la deuda, Telefónica no tenía que haber incluido los datos de la denunciante en el fichero Asnef, en el que causaron alta el 3 agosto 2009 y en todo caso debió haberlos excluido cautelarmente del citado fichero donde sin embargo permanecieron hasta el 9 abril 2010.
Por tanto, y con independencia del resultado de la reclamación arbitral, que además y según reconoce la actora fue estimatorio para la denunciante, resulta acreditada la vulneración del principio de calidad de datos y en definitiva la infracción apreciada."

En el presente caso FRANCE TELECOM incluyó los datos del denunciante en los ficheros asnef y badexcug en fechas 09/03/2012 y 11/03/2012, esto es, cuando ya tenía conocimiento de la reclamación formulada por la denunciante ante la SETSI sobre la facturación de la línea ***H.H.H.****.*

Por todo ello, se considera que por tal motivo FRANCE TELECOM también ha vulnerado el principio de calidad de datos, recogido en el artículo 4.3 en relación con el artículo 29.4 de la LOPD y con el artículo 38.1 del reglamento de desarrollo de la LOPD.

XI

El artículo 44.3.c) de la LOPD en su redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Disposición final quincuagésimo sexta), tipifica como infracción grave: "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".

FRANCE TELECOM, al margen de tratar los datos personales del denunciante sin su consentimiento, además los informó a los ficheros "asnef" y "Badexcug" en relación con una deuda que no era cierta, vencida y exigible, por cuanto se trataba de una deuda originada por el impago de facturas posteriores a la solicitud de baja de la denunciante, y además existía reclamación ante la SETSI sobre la facturación de la línea controvertida.. Esto es, ha facilitado una información que no es exacta ni responde a la situación actual del denunciante, por lo que se ha vulnerado el principio del consentimiento y de calidad de datos previsto en el artículo 4 de la LOPD. La conculcación de este principio supone la comisión de la infracción grave prevista en el transcrito artículo 44.3.c).

Respecto a la alegación de de existencia de un concurso infracciones, dado que el tratamiento de datos ha sido necesario para que haya también habido un registro de datos inexactos, el artículo 4.4. del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, dispone:

"En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deber imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida."

En este caso, no procede la aplicación del precepto transcrito, dado que del tratamiento sin consentimiento (infracción del artículo 6.1 de la LOPD) no deriva

necesariamente la vulneración del principio de calidad de los datos tratados (infracción del artículo 4.3), dado que FRANCE TELECOM no se limitó al tratamiento de los datos del denunciante sino que, además, comunicó a fichero de morosidad una información que no era cierta, sin asegurarse de la veracidad de la misma. Son, por tanto, dos infracciones totalmente diferentes e independientes, sin que la comisión de una de ellas implique necesariamente la comisión de la otra. En este sentido se pronuncia la Audiencia Nacional en su sentencia de fecha 13/05/2011 (rec. 329/2010) en la que señala: "Por otra parte, y si bien la recurrente refiere también en la demanda la vulneración del non bis in idem, realmente está queriendo decir que existe concurso medial de infracciones, concurso que se regula en el Art 4.4 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto , a cuyo tenor, y en defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de unas infracciones derive necesariamente la comisión de la otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida. Considera la Sala que tal concurso medial tampoco concurre en el caso examinado, pues precisamente tal artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993 exige, para su aplicación, una necesaria derivación de una infracción respecto de otra u otras y viceversa, por lo que resulta indispensable que las unas no puedan cometerse sin ejecutar las otras, y sólo en tal caso puede seguirse la consecuencia propia del concurso medial y es que únicamente se imponga la sanción correspondiente a la infracción mas grave cometida. En el caso examinado ninguna de las contravenciones administrativas sancionadas es un medio para la perpetración de la otra, se da por el contrario la circunstancia de que ambas pueden realizarse con independencia absoluta, porque protegen principios diferentes, en un caso el consentimiento inequívoco que exige todo tratamiento de datos personales (artículo 6.1 de la Ley 15/1999) y, en otro, la calidad de dichos datos personales (artículo 4.3 de la citada LO), a fin de salvaguardar el poder de disposición del titular de dichos datos, que integra el derecho fundamental a la protección de los datos."
En conclusión debe rechazarse la alegación de existencia de concurso de infracciones.

XII

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 Ios 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.»

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.

Conviene recordar que desde el punto de vista material, la culpabilidad consiste en la capacidad que tiene el sujeto obligado para obrar de modo distinto y, por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Por tanto, lo relevante es la diligencia desplegada en la acción por el sujeto, lo que excluye la imposición de una sanción, únicamente en base al mero resultado, es decir al principio de responsabilidad objetiva.

No obstante lo anterior, la Sentencia de la Audiencia Nacional dictada el 21 de septiembre de 2005, Recurso 937/2003, establece que "Además, en cuanto a la aplicación del principio de culpabilidad resulta que (siguiendo el criterio de esta Sala en otras Sentencias como la de fecha 21 de enero de 2004 dictada en el recurso 113/2001) que la comisión de la infracción prevista en el art. 77.3 d) puede ser tanto dolosa como culposa. Y en este sentido, si el error es muestra de una falta de diligencia, el tipo es aplicable, pues aunque en materia sancionadora rige el principio de culpabilidad, como

se infiere de la simple lectura del art. 130 de la Ley 30)1992, lo cierto es que la expresión "simple inobservancia" permite la imposición de la sanción, sin duda en supuestos doloso, y asimismo en supuestos culposos, bastando la inobservancia del deber de cuidado".

En lo que respecta a la falta de perjuicios causados a la denunciante, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 19/10/2005, declara que "Los perjuicios directamente causados o beneficios obtenidos por la entidad recurrente son circunstancias que no admiten ser incluidas dentro de los que deben ser objeto de valoración al amparo de lo previsto por el artículo 45 de la LO 15/1999".

En cuanto 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, ..."

Las alegaciones realizadas, y las medidas adoptadas, no acreditan que en los hechos concretos se hubieran tomado ninguna medida, que de haberse producido, habría evitado los hechos como el denunciado, habida cuenta de que a pesar de que no contaba con el consentimiento de la denunciante pata el tratamiento de sus datos pues ésta había solicitado en fecha 18/01/2011, la baja en el servicio, FRANCE TELECOM emitió hasta 6 facturas en fecha posterior, e instó su inclusión en los fichero de solvencia patrimonial respecto a una deuda que no era cierta, pues provenía del impago de facturas generadas en fecha posterior a la solicitud de baja y sobre la que además existía reclamación ante la SETSI formulada por la denunciante y de la que tuvo conocimiento la operadora con anterioridad a verificarse dicha inclusión.

Por tanto, 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 proponer, por cada infracción, una multa cuyo importe se encuentre entre 40.001 € y 300.000 €, 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, respecto al artículo 6.1 , la emisión de 6 facturas tras la solicitud de baja, y respecto a la infracción del artículo 4.3, la inclusión y mantenimiento en los ficheros de solvencia desde el 09/03/2012 y 11/03/2012 hasta el 14/04/2012 y 15/04/2012, así como el carácter continuado de las infracciones, la vinculación de la actividad de la entidad infractora con la realización de tratamientos de datos de carácter personal y el volumen de negocio de la misma, cifrado en un resultado de explotación de 2.514 millones de euros, y un resultado de ejercicio de 1.980 millones de euros en el año 2010, se impone una multa de 50.000 € por cada una de las infracciones cometidas.>>

III

Respecto a la falta de antijuricidad en la infracción del artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD señalar que se sanciona a la operadora por la inclusión de los datos de la denunciante en los ficheros de solvencia patrimonial en relación con una deuda que no era cierta, vencida y exigible en la medida que correspondía al impago de facturas emitidas con posterioridad a la solicitud de baja del servicio. Así pues la existencia de reclamación de la denunciante ante la SETSI, resuelta con posterioridad a su inclusión en dichos ficheros y fuera del plazo de 6 meses establecido para su resolución, no constituye presupuesto fáctico para considerar tal inclusión acorde a la normativa sobre protección de datos.

IV

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 18 de junio de 2013, en el procedimiento sancionador PS/00643/2012.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.**.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto según lo previsto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta del referido texto legal.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos