



Procedimiento nº.: PS/00745/2009

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00506/2010

Examinado el recurso de reposición interpuesto por **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/00745/2009, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 25 de junio de 2010, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00745/2009, en virtud de la cual se imponía a la entidad denunciada, una sanción de 60.101,21 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículos 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), y una sanción de 60.101,21 € por la infracción del artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD, infracciones tipificadas ambas como graves en el artículo 44.3.d), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 25 de junio de 2010, 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/00745/2009, quedó constancia de los siguientes:

“PRIMERO: Constan en el expediente las siguientes facturas de las líneas K.K.K. y J.J.J. emitidas por FRANCE TELECOM en las que figuran como datos del cliente el nombre y apellidos del denunciante, su DNI, dirección “ B.B.B.”, cuenta corriente “ G.G.G.”, y datos de facturación el nombre y apellidos del denunciante y dirección “ D.D.D.”:

- 1.1. factura con el número ***FACTURA.1 de fecha 26/12/06 por importe de 106,24 €.
- 1.2. factura con el número ***FACTURA.2 de fecha 26/01/07 por importe de 756,32 € (folios 5-11, 102-105)

SEGUNDO: Consta en el expediente factura de THE PHONE HOUSE de fecha 19/12/06 en concepto de compra de 3 terminales de telefonía móvil de las líneas J.J.J. y K.K.K. en la que figuran como datos del cliente el nombre y apellidos del denunciante, su DNI, dirección “ B.B.B.” (folio 12)

TERCERO: Consta en el expediente denuncia formulada por el denunciante en fecha 10/04/08 ante la Dirección General de Policía de de la Generalitat de Catalunya en la que expone, entre otros hechos el alta a su nombre de las líneas K.K.K. y J.J.J. de FRANCE TELECOM (folios 16-18)

CUARTO: Con fecha 14/04/08 FRANCE TELECOM recibió reclamación del denunciante en la

que manifiesta:

1. No haber contratado las líneas **K.K.K.** y **J.J.J.**.
2. No haber facilitado su DNI a tal efecto.
3. No haber hecho gestiones con dichas líneas (portabilidad, cambio de contrato a prepago...).
4. No ser titular de la cuenta **F.F.F.** en donde está domiciliado el pago de las 3 líneas citadas.
5. No tener domicilio en **A.A.A.)** a donde se han remitido las facturas y reclamaciones por impago.
6. Estar vinculado a FRANCE TELECOM a través de la línea **L.L.L.** de la que es titular GAUDI I IMATGE I SALUT, SCP, empresa en la cual era administrador.

Solicita a FRANCE TELECOM el envío de los contratos, facturas y cartas de reclamación de impago referidas a las líneas **K.K.K.** y **J.J.J.** (folios 20-22).

QUINTO: THE PHONE HOUSE y RETEVISIÓN MOVIL, S.A.- AMENA (en la actualidad FRANCE TELECOM) suscribieron el 10/10/2000, un contrato de suministro y distribución por el cual la primera realiza la venta de los servicios de telecomunicaciones de la segunda. En el Anexo 3 del contrato "Normas de actuaciones del distribuidor homologado Amena respecto de los clientes de Amena" se establece lo siguiente:

"1.- Formalización del contrato con los clientes de Amena.

El DISTRIBUIDOR formalizará con el cliente, en nombre de AMENA, el contrato de Abono al Servicio Postpago AMENA, con arreglo al contrato y pliego de cláusulas generales cuyo modelo en vigor será facilitado en cada momento por AMENA, asegurando su debida cumplimentación o impresión automática.

El DISTRIBUIDOR procederá a la formalización de alta al Servicio Postpago AMENA poniendo a disposición del público el citado contrato, y solicitando y recibiendo del cliente la documentación que se indica a continuación, respecto de la que realizará las comprobaciones exigidas por AMENA:

a) Personas físicas:

Fotocopia del Documento Nacional de Identidad, y Número de Identificación Fiscal del firmante

Datos de pago y número de cuenta bancaria con lo 20 dígitos del titular del servicio

....

2.- Deber de información

...

El DISTRIBUIDOR deberá enviar a AMENA los Contratos al Centro de Activaciones AMENA debidamente formalizados y acompañados de la documentación referida. La remisión habrá de hacerse en la forma que indique al efecto AMENA.

El DISTRIBUIDOR deberá enviar a AMENA los documentos referidos, de manera mensual, dirigiéndolos a la dirección establecida por AMENA mediante la sistemática cuyo funcionamiento el DISTRIBUIDOR declara conocer. El DISTRIBUIDOR de acuerdo con AMENA subsanará en lo posible de forma inmediata aquellos casos en que la documentación esté incompleta.

...



3.- Activación del servicio.

El alta de un cliente en el Servicio Postpago AMENA, y por tanto, la habilitación del mismo como usuario de dicho servicio, corresponde únicamente a AMENA. El alta se producirá a dichos efectos tras la activación de la misma por parte de AMENA teniendo en cuenta para ello los datos suministrados". (folios 106-121)

SEXTO: La contratación de los servicios de telefonía móvil para las líneas **H.H.H.** y **J.J.J.** fue realizada a nombre del denunciante el 19/12/06 mediante llamada telefónica al departamento de venta telefónica de THE PHONE HOUSE (folios 96-97)

SEPTIMO: En los archivos de THE PHONE HOUSE consta un pedido por importe de 67 € enviado a través de la empresa de mensajería MRW, de tres terminales móviles con las tarjetas SIMs correspondientes a la dirección, **C.C.C.**, pedido que consta entregado a quién se identificó como **I.I.I.** el 21/12/06 (folio 98-99).

OCTAVO: El denunciante figura en los sistemas de FRANCE TELECOM como titular de las líneas **H.H.H.** y **J.J.J.** no obrando en su poder copia del contrato, ni de grabación telefónica ni de otra documentación acreditativa de la efectiva contratación del servicio por parte del denunciante, según exige el Anexo 3 del contrato de suministro y distribución suscrito con THE PHONE HOUSE:

1. La línea **K.K.K.** fue portada de TELEFONICA MOVILES DE ESPAÑA a FRANCE TELECOM el 21/12/06 con la tarifa contrato tarifa plana, posteriormente migrada a prepago el 01/01/07, y dada de baja por portabilidad de 22/01/07.
2. La línea **H.H.H.** fue portada de TELEFONICA MOVILES DE ESPAÑA a FRANCE TELECOM el 21/12/06 con la tarifa contrato tarifa plana, posteriormente migrada a prepago el 01/01/07, y dada de baja por portabilidad el 22/01/07.
3. La línea **J.J.J.** fue portada de TELEFONICA MOVILES DE ESPAÑA a FRANCE TELECOM el 21/12/06 con la tarifa contrato tarifa plana, posteriormente migrada a prepago el 01/01/07, y dada de baja por portabilidad el 16/01/07 (folios 29-31)

NOVENO: Los datos personales del denunciante fueron incluidos en el fichero Asnef a instancias de FRANCE TELECOM en dos ocasiones:

- alta 05/06/07 y baja 29/04/09, figurando un saldo impagado de 756,32 €.
- alta 05/06/09 y baja 12/09/09, figurando un saldo impagado de 862,56 € (folios 33-47)

DECIMO: La cuenta número **F.F.F.** figura bajo la titularidad de ESTUDIO Y TRAMITACIÓN, S.L., y con fecha 08/01/07 se cargó en la misma un recibo de FRANCE TELECOM por importe de 106,24 € (folio 130)."

TERCERO: FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.. ha presentado en fecha 28/07/2010, fecha de estrada en esta Agencia de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en las mismas alegaciones formuladas en el procedimiento sancionador.

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 XV 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 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.

II

En relación a la cuestión planteada en relación con la posible prejudicialidad penal de los hechos imputados en el procedimiento debe señalarse lo siguiente:

El artículo 133 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), establece que “No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionador penal o administrativamente, en los casos en los que se aprecia identidad de sujeto, hecho y fundamento”.

Por su parte el artículo 7 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, establece lo siguiente:

“Artículo 7. Vinculaciones con el orden jurisdiccional penal.

1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien”.

En el supuesto que se examina, tal como se ha expuesto en el Antecedente Décimo Tercero, punto 3, la [denuncia formulada por el denunciante en fecha 10/04/08 ante la Dirección General de Policía de la Generalitat de Catalunya en la que expone, entre otros hechos el alta a su nombre de las líneas](#) K.K.K. y J.J.J. de FRANCE TELECOM, suplantando su identidad de la denunciante, lo que podría constituir un delito de estafa contra dicha operadora.

Así pues se colige que no existe identidad de sujeto, hecho y fundamento, pues aunque

los hechos imputados en ambos procedimientos, penal y administrativo derivan de una misma actuación, el sujeto a los que se dirigen son distintos, en uno la persona no identificada que suplantó la identidad del denunciante, y en el ámbito administrativo a FRANCE TELECOM, y en buena lógica la imputación también es distinta, en un caso una posible usurpación de estado civil y estafa (art. 401 y 248 del código penal) y en el otro una posible vulneración de los principios del consentimiento y calidad en el tratamiento de los datos de carácter personal por parte de FRANCE TELECOM (arts. 6 y 4.3 de la LOPD). Por lo que, en función de lo expuesto, tampoco puede aceptarse la petición de suspensión solicitada por la operadora, al no existir las identidades exigidas en la normativa transcrita para que se pueda acordar dicha suspensión.

III

Respecto a la prescripción de la infracción del artículo 6.1 que se le imputa, invocada por FRANCE TELECOM, 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”.

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.

Alega FRANCE TELECOM que la infracción ha prescrito por cuanto la misma se produjo el 21/12/2006, fecha en que se dieron de alta en sus ficheros los datos del denunciante y el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador se le notificó el 07/01/2010. A este respecto debemos señalar que el tratamiento de datos sin consentimiento se configura como una infracción continuada que no se agota en el momento inicial de su comisión sino que despliega sus efectos en la medida que el tratamiento se mantiene por parte del responsable del fichero. Así la Audiencia Nacional se ha pronunciado en su sentencia de 05/11/08 señalando lo siguiente: “Se fundamenta la prescripción de la infracción, en que el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador establece como fecha en que se produjo la infracción el día 27 de marzo de 2005, y dicho acuerdo fue notificado a la recurrente en fecha 27 de marzo de 2007, una vez transcurrido el plazo de prescripción de 2 años asignado a las infracciones graves en el artículo 47 de la LOPD. Se trata de una cuestión que ha sido suscitada en vía administrativa y a la que la resolución impugnada da adecuada respuesta. Efectivamente, las infracciones graves prescriben según el artículo 47.1 LOPD a los dos años. Ese plazo comienza a computarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido -artículo 47.2 de la citada Ley- y se interrumpirá desde la iniciación del procedimiento sancionador con conocimiento del interesado -apartado 3 del citado artículo 47-. Ahora bien, en el caso de autos ese día a quo o término inicial no puede situarse, como se alega en la demanda, en el día 27 de marzo de 2005, ya que los datos del denunciante continúan dados de alta y se han mantenido en el fichero denominado “Clientes Otras Tarjetas Externas”, es decir continúan tratándose ya que la conservación de los



datos en el citado fichero es tratamiento a tenor de lo dispuesto en el artículo 3, c) de la LOPD y por lo tanto, la situación de infracción permanece mientras no se den de baja, siendo el momento de la baja o cancelación el que debe tomarse en consideración como dies a quo, al encontrarnos ante una infracción permanente.

Respecto de las infracciones permanentes, se decía ya en la SAN, 21 de septiembre de 2001 (Rec 95/2000), que "en el ámbito administrativo sancionador existen las denominadas "infracciones permanentes"-STS de 7 de abril de 1989 y 23 de enero de 1990- las cuales se caracterizan porque la conducta constitutiva de un único ilícito se mantiene durante un espacio prolongado de tiempo, lo que implica que el plazo de prescripción no se inicia "al no haber cesado la situación de infracción perseguida"-STS de 18 de febrero de 1985...". Criterio que también es el seguido entre otras, en las recientes SSAN (1a) de 22 de febrero de 2006 (Rec. 343/2004), de 27 de abril de 2006 (Rec. 54/05), 21 de noviembre de 2007 (rec. 117/2006).

No cabe por ello apreciar la prescripción invocada."

No puede aplicarse al presente caso la invocada sentencia de 16/03/2010 de la Sala III de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo por cuanto esta se refiere a la no existencia de infracción continuada en el caso de la cesión de datos en la cual el hecho infractor se realiza y agota con la comunicación del datos a un tercero distinto del titular del mismo. No es este el caso que nos ocupa pues aquí se esta imputando el tratamiento (que no la cesión) de datos sin consentimiento

En el presente caso, la infracción imputada es el tratamiento sin consentimiento del denunciante verificado al dar de alta sus datos en sus sistemas, mantenerlos y girarle facturas en relación con un servicio que la operadora no ha acreditado su contratación, y en consecuencia no estaba habilitada para el tratamiento de datos a ese fin. Dicho tratamiento se efectuó hasta el 10/06/08 en que se cargó en su cuenta bancaria la factura de fecha 11/06/08 por importe de 23,20 €. En consecuencia y dado que el acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador fue notificado a FRANCE TELECOM el 07/12/09, cabe concluir que no habían transcurrido los dos años de prescripción señalados en el artículo transcrito para las infracciones graves. En definitiva el tratamiento de datos se perpetúa en el tiempo en la medida de que los datos permanecen en los ficheros y son tratados. Del mismo modo cabe rechazar la prescripción de la infracción del artículo 4.3 por cuanto los datos del denunciante permanecieron en el fichero asnef hasta el 12/09/09.

IV

Se imputa a FRANCE TELECOM el tratamiento sin consentimiento de los datos personales del denunciante. El artículo 6 de la LOPD, determina:

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

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

siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos.

4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una Ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”.

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

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

Se puede afirmar, tal y como tiene sentado consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo - por todas las Sentencias de 8 de febrero de 1.964, 26 de mayo de 1.986 y 11 de junio de 1.991 - en interpretación del artículo 1.253 del Código Civil, que existen tres modos o formas básicas del consentimiento: expreso, manifestado mediante un acto positivo y declarativo de la voluntad; tácito, cuando pudiendo manifestar un acto de voluntad contrario, éste no se lleva a cabo, es decir, cuando el silencio se presume o se presupone como un acto de aquiescencia o aceptación; y presunto, que no se deduce ni de una declaración ni de un acto de silencio positivo, sino de un comportamiento o conducta que implica aceptación de un determinado compromiso u obligación. A efectos de la Ley Orgánica 15/1999 y con carácter general, son admisibles las dos primeras formas de prestar el consentimiento.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2007 (Rec 356/2006) en su Fundamento de Derecho Quinto señala que “ por lo demás, en cuanto a los requisitos del consentimiento, debemos señalar que estos se agotan en la necesidad de que este sea “inequívoco”, es decir, que no exista duda alguna sobre la prestación de dicho consentimiento, de manera que en esta materia el legislador, mediante el artículo 6.1 de la LO de tanta cita, acude a un criterio sustantivo, esto es, nos indica que cualquiera que sea ,la forma que revista el consentimiento éste ha de aparecer como evidente, inequívoco – que no admite duda o equivocación- , pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar al consentimiento. Por tanto, el establecimiento de presunciones o la alusión a la publicidad de sus datos en otro lugar resulta irrelevante, pues dar carta de naturaleza a este tipo de interpretaciones pulverizaría esta exigencia esencial del consentimiento, porque dejaría de ser inequívoco para ser “equivoco”, es decir, su interpretación admitiría varios sentidos y, por esta



vía, se desvirtuaría la naturaleza y significado que desempeña como garantía en la protección de los datos, e incumpliría la finalidad que está llamado a verificar, esto es, que el poder de disposición de los datos corresponde únicamente a su titular”

V

De conformidad con lo expuesto ut supra, la jurisprudencia y el propio artículo 6 de la LOPD, exige que el responsable del tratamiento de los datos cuente con el consentimiento para el tratamiento de dichos datos personales, entendido estos de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo 3 de la LOPD como:

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.”

Consentimiento del interesado como “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

Tratamiento de datos: 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

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.

Es preciso, por tanto, determinar si en el presente caso la actividad desarrollada por FRANCE TELECOM puede subsumirse o no en tales definiciones legales, es decir, si es responsable del fichero y/o tratamiento, y en caso afirmativo si esta o no legitimada para el tratamiento de datos de la denunciante, y por ende verificar la prestación del consentimiento de ésta o la ausencia del mismo.

VI

Consta en los sistemas de información de FRANCE TELECOM los datos personales del denunciante, asociados a un servicio que presta aquella.

Los sistemas de información de la denunciada han de conjugarse con la definición de fichero, que de conformidad con el artículo 3.b) como “todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuera la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso. Se puede afirmar por tanto, que FRANCE TELECOM tiene en sus ficheros, los datos personales del denunciante.

Todo esto sitúa a FRANCE TELECOM como responsable del fichero y se evidencia un tratamiento de datos, de conformidad con las definiciones legales señaladas en el fundamento jurídico anterior.

Por lo que de conformidad con el artículo 43 de la LOPD, FRANCE TELECOM se sitúa bajo el régimen de responsabilidad de la ley orgánica de tanta cita.

VII

En el presente caso el denunciante niega haber contratado los servicios de FRANCE TELECOM, en consonancia con la actitud mantenida para con ésta y hechos acreditados durante las Actuaciones Previas de Inspección, referente a la no solicitud del servicio:

- *En fecha 14/04/08 FRANCE TELECOM recibió reclamación del denunciante en la que manifiesta:*
 - o *No haber contratado las líneas K.K.K. y J.J.J.*
 - o *No haber facilitado su DNI a tal efecto.*
 - o *[No haber hecho gestiones con dichas líneas \(portabilidad, cambio de contrato a prepago...\)](#)*
 - o *[No ser titular de la cuenta](#) F.F.F. en donde está domiciliado el pago de las 3 líneas citadas.*
 - o *No tener domicilio en (C/.....1) Rubí (Barcelona) a donde se han remitido las facturas y reclamaciones por impago.*
 - o *Estar vinculado a FRANCE TELECOM a través de la línea L.L.L. de la que es titular GAUDI I IMATGE I SALUT, SCP, empresa en la cual era administrador.*
 - o *Solicita a FRANCE TELECOM el envío de los contratos, facturas y cartas de reclamación de impago referidas a las líneas K.K.K. y J.J.J.*

- *EL denunciante niega la contratación en su denuncia y FRANCE TELECOM no ha aportado prueba alguna que acredite la existencia de la misma.*

Todas estas circunstancias son indicios que evidencia un tratamiento de datos sin el consentimiento de la denunciante. Conviene reseñar la virtualidad de la prueba indiciaria, cuya admisión en el procedimiento administrativo sancionador se admite en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 45/1997 (Sala Primera), de 11 de marzo (RTC 1997,45). Así los requisitos necesarios para su admisión vienen desarrollados, con cita de la doctrina del Tribunal Supremo, por la Sentencia del TSJ de Andalucía, núm. 255/2003 de 27 de enero, que dice: "Sobre ella precisar que la jurisprudencia constitucional y la de la Sala 2ª del TS han perfilado los requisitos necesarios para que la prueba indiciaria pueda ser apreciada como tal y que pueden resumirse en los siguientes extremos:

1º- Que el hecho base no se único, pues uno solo podría inducir a error – STC núm. 111/1990 de 18 de junio (RTC1990, 111);

2º- Que estos hechos estén directamente acreditados – SSTS de 18 y 24 de enero de 1991 (RJ 1991,282)- ; y

3º Que la inferencia no quebrante las reglas de la lógica, de otra disciplina o de la experiencia general – STC 107/1989 de 8 de junio y 510/1989 de 10 de marzo (RTC 1985,510)"

Para que el tratamiento de los datos de la denunciante por parte de FRANCE TELECOM resultara conforme con los preceptos de la LOPD, hubieran debido concurrir en el procedimiento examinado alguno de los supuestos contemplados en el artículo 6 de la Ley mencionada.



Sin embargo, según las declaraciones de la denunciante, nunca formalizó contrato alguno con la mencionada entidad, ni facilitó sus datos personales a la misma, es decir, no consintió el tratamiento de sus datos.

Tampoco concurre ninguno de los supuestos exentos de prestar tal consentimiento, de modo que se considera infringido el citado artículo 6.1 de la LOPD.

En el presente caso, FRANCE TELECOM no ha presentado prueba que pueda evidenciar que contaba con el consentimiento del denunciante, ya que, tratándose de una contratación telefónica, debe acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos a la misma.

Procede citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21/12/2001 en la que declara que “de acuerdo con el principio que rige en materia probatoria (art. 1214 del Código Civil) la Agencia de Protección de Datos probó el hecho constitutivo que era el tratamiento automatizado de los datos personales de D. ... (nombre, apellidos y domicilio), y a la recurrente incumbía el hecho impositivo o extintivo, cual era el consentimiento del mismo.

Es decir, ... debía acreditar el consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de datos personales, o justificar que el supuesto examinado concurre alguna de las excepciones al principio general del consentimiento consagrado en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 5/1992. Y nada de esto ha sucedido”.

Tampoco concurre ninguno de los supuestos exentos de prestar tal consentimiento, de modo que se considera infringido el citado artículo 6.1 de la LOPD

Y decimos que la operadora no ha aportado prueba ni indicio alguno de la existencia del consentimiento porque si bien, efectivamente el sistema de contratación por teléfono es un método válido y admitido en derecho, regulado por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, que desarrolla el artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de contratación.

El artículo 5.3 de la Ley 7/1998 establece: “En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”. El desarrollo reglamentario de este artículo se realiza a través del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, en el que se ratifica la obligación de confirmación documental de la contratación efectuada por vía telefónica, electrónica o telemática.

Así, el artículo 5 del citado Real Decreto respecto a la atribución de la carga de la prueba dispone:

“1. La carga de la prueba sobre la existencia y contenido de la información previa de las cláusulas del contrato; de la entrega de las condiciones generales; de la justificación documental de la contratación una vez efectuada; de la renuncia expresa al derecho de resolución; así como de la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental y al momento de sus respectivos envíos, corresponde al predisponente.

2. A estos efectos, y sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, cualquier documento que contenga la citada información aun cuando no se haya extendido en

soporte papel, como las cintas de grabaciones sonoras, los disquetes y, en particular, los documentos electrónicos y telemáticos, siempre que quede garantizada su autenticidad, la identificación fiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión y recepción, será aceptada en su caso, como medio de prueba en los términos resultantes de la legislación aplicable...”

En el presente caso, FRANCE TELECOM no ha presentado prueba que pueda evidenciar que el denunciante otorgara su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para girarle factura correspondiente a un contrato del que carecía de prueba fehaciente de su celebración. Es por ello que se considera que ha realizado un tratamiento de datos sin su consentimiento y sin haber realizado ninguna actuación tendente a confirmar que la presunta contratación telefónica efectivamente se había realizado por la denunciante, en concreto las cautelas previstas en el contrato de distribución suscrito con THE PHONE HOUSE que establecía la remisión a FRANCE TELECOM del contrato fotocopia del DNI y datos de pago y cuenta bancaria, documentos estos que la operadora no ha aportado en el procedimiento.

VIII

Señala FRANCE TELECOM, que el contrato era formalizado y los datos recabados directamente por THE PHONE HOUSE sin intervención, alguna de FRANCE TELECOM, por lo que es evidente que las operaciones han de tenerse por realizadas personalmente por CASTURTEL.

Asimismo manifiesta que al no existir precepto alguno que imponga a FRANCE TELECOM una responsabilidad objetiva por los actos de sus agentes, y al no constar ni la participación ni la culpabilidad de ésta, debe concluirse la exoneración de responsabilidad.

A este respecto, es preciso analizar el contrato de suministro y distribución que vincula a FRANCE TELECOM y a THE PHONE HOUSE, por el cual la primera realiza la venta de los servicios de telecomunicaciones de la segunda. En el Anexo 3 del contrato “Normas de actuaciones del distribuidor homologado Amena respecto de los clientes de Amena” se establece lo siguiente:

“1.- Formalización del contrato con los clientes de Amena.

El DISTRIBUIDOR formalizará con el cliente, en nombre de AMENA, el contrato de Abono al Servicio Postpago AMENA, con arreglo al contrato y pliego de cláusulas generales cuyo modelo en vigor será facilitado en cada momento por AMENA, asegurando su debida cumplimentación o impresión automática.

El DISTRIBUIDOR procederá a la formalización de alta al Servicio Postpago AMENA poniendo a disposición del público el citado contrato, y solicitando y recibiendo del cliente la documentación que se indica a continuación, respecto de la que realizará las comprobaciones exigidas por AMENA:

b) Personas físicas:

Fotocopia del Documento Nacional de Identidad, y Número de Identificación Fiscal del firmante

Datos de pago y número de cuenta bancaria con lo 20 dígitos del titular del servicio

....

2.- Deber de información



...

El DISTRIBUIDOR deberá enviar a AMENA los Contratos al Centro de Activaciones AMENA debidamente formalizados y acompañados de la documentación referida. La remisión habrá de hacerse en la forma que indique al efecto AMENA.

El DISTRIBUIDOR deberá enviar a AMENA los documentos referidos, de manera mensual, dirigiéndolos a la dirección establecida por AMENA mediante la sistemática cuyo funcionamiento el DISTRIBUIDOR declara conocer. El DISTRIBUIDOR de acuerdo con AMENA subsanará en lo posible de forma inmediata aquellos casos en que la documentación esté incompleta.

...

3.- Activación del servicio.

El alta de un cliente en el Servicio Postpago AMENA, y por tanto, la habilitación del mismo como usuario de dicho servicio, corresponde únicamente a AMENA. El alta se producirá a dichos efectos tras la activación de la misma por parte de AMENA teniendo en cuenta para ello los datos suministrados”.

En este contrato se plasman las cautelas y procedimientos en la comprobación de la autenticidad de los contratos y por ende de los datos contenidos en éstos, que debió llevar a cabo FRANCE TELECOM antes de dar de alta a la denunciante en sus servicios, y que no ha acreditado efectuara pues no ha aportado en el expediente la documentación que el contrato exige se recabe de los clientes

Si bien es cierto que de conformidad con el citado contrato, THE PHONE HOUSE es responsable por el alta fraudulenta que se pueda producir por desconocimiento del potencial cliente o por falta de su consentimiento, tal previsión es inter partes, y distribuye las responsabilidades que puedan surgir ad intra, sin que tal regulación pueda desplazar lo dispuesto en una norma con rango legal como es la vigente Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, que como se ha señalado antes, en su artículo 43, establece un régimen de responsabilidad por infracciones a sus mandatos. En este sentido señalar lo dispuesto en el artículo 6.2 del Código Civil Español “la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden publico ni perjudiquen a terceros”.

Corresponde a FRANCE TELECOM desplegar la diligencia debida para comprobar la autenticidad del contrato, es decir, que el consentimiento esta obtenido validamente, a través de unas cautelas que con carácter general y atendiendo a la practica habitual en el sector, se plasman en el contrato de servicios entre ambas entidades, y que por mandato legal han de cumplir las previsiones del artículo 12 de la LOPD, pero que en este caso no se acredita se hallan verificado por las razones ya citadas en varias ocasiones.

Considerando a THE PHONE HUOSE como encargado del tratamiento, el artículo 12.4 de la LOPD señala que “ en el caso de que el encargado del tratamiento destine a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

En el presente caso, no se puede exonerar a FRANCE TELECOM por los posibles incumplimientos producidos por THE PHONE HUOSE.

A este respecto es preciso traer al caso, la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11/12/08, cuyo Fundamento de Derecho Tercero señala lo siguiente:

“La responsabilidad en que hipotéticamente hubiera podido incurrir Qualytel, alegando que dicha contratación se produjo a través del citado agente, no exime a la hoy demandante del cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, pues es ella con quien el interesado contrata, quien incorpora sus datos a sus ficheros, emite facturas y gira los correspondientes recibos bancarios, y la que en correlación, debe asegurarse que aquél a quien solicita los datos para contratar y ser tratados por ella, lo presta con consentimiento inequívoco y que esa persona que esta dando el consentimiento, efectivamente es la titular de los datos personales en cuestión.

Se trata en definitiva de que France Telecom verifique la identidad del solicitante de los servicios mediante la adopción de las medidas pertinentes, a fin de contratar y facilitar el servicio a la persona que efectivamente lo reclama. Es decir, a efectos del ámbito de la protección de datos, deben adoptarse por France Telecom como responsable del fichero o tratamiento, las medidas de prevención adecuadas para verificar la identidad de una persona cuyos datos personales van a ser objeto de tratamiento, criterio seguido, entre otras en la SSAN, Sec 1ª, de fecha 8 de junio de 2006 (rec. 244/2004) y 1 de octubre de 2008 (rec. 327/2006), entre otras.”

Por todo lo anterior, la alegación pretendida por FRANCE TELECOM ha de ser desestimada, sin que se pueda exonerar a ésta por la actuación de su “proveedor”, ya que, al margen de lo anterior, en el presente caso no se ha acreditado que los datos de la denunciante fueran introducidos en los sistemas de FRANCE TELECOM por THE PHONE HOUSE. Por el contrario si resulta probado que “el alta de un cliente en el Servicio Postpago AMENA, y por tanto, la habilitación del mismo como usuario de dicho servicio, corresponde únicamente a AMENA. El alta se producirá a dichos efectos tras la activación de la misma por parte de AMENA teniendo en cuenta para ello los datos suministrados”, así como la existencia de datos personales de la denunciante en los sistemas de FRANCE TELECOM por un servicio dado de alta el 21/12/06 y baja el 22/01/07 y por el cual se emitieron dos facturas.

IX

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 rectificadas 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.

X

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."

XI

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 a través de cinta magnética para que tales actualizaciones queden registradas en el fichero "ASNEF", 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 de los denunciados 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 que 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 al denunciado 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 un fichero común 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 datos de alta en el fichero Asnef al culminar el proceso descrito en fecha 24/04/04.

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 la posterior factura de rectificación de la que motivó la inclusión de los datos del denunciante en el fichero de morosidad.

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 un fichero común 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 ni cierta ni exigible al denunciante. 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.

XII

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, establece en su Norma Primera, punto 1, los requisitos imprescindibles para registrar los datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones exigiendo que “ 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” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

De acuerdo con la citada Instrucción 1/1995, antes de la inclusión de los datos de los afectados en un fichero de morosidad, la deuda debe haber sido requerida de pago, obligación, que como tiene declarado la Audiencia Nacional en Sentencias de 08/03/2006, “deriva no sólo



de dicha normativa específica de protección de Datos Personales, sino asimismo de las previsiones contenidas en el Código Civil, concretamente del art. 1100 del mismo” y añade que “se desprende también de dicha normativa civil, por tanto, que para que el retraso en el cumplimiento de la obligación constituya mora, el acreedor necesariamente ha de exigir al deudor el cumplimiento de la obligación, y mientras tal interpelación no se produzca, por muy grave que sea el retraso en que se haya incurrido, lo cierto es que no es posible hablar técnicamente de deudor moroso”.

En este caso, FRANCE TELECOM incluyó en el fichero “Asnef” los datos de sin haber sido requeridos previamente de pago, incumpliendo con la obligación contenida en la Instrucción nº 1/1995. Además incluyó los datos del denunciante sin que existiera ninguna deuda pues no ha acreditado que hubiera contratado con la entidad, por lo que si no existió una relación contractual tampoco pudo existir una obligación contractual incumplida.

Tales hechos suponen una infracción del artículo 4.3, en relación con el artículo 29.4 de la LOPD.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 24/1/2003 en la que, respecto del requerimiento previo de pago y las notificaciones de inclusión de datos en los ficheros que prestan información sobre cumplimiento e incumplimiento de obligaciones dinerarias, señala que “cuando el destinatario niega la recepción recae sobre el responsable del fichero la carga de acreditar la comunicación”.

En el mismo sentido se expresa la Audiencia Nacional en su sentencia de 9/5/2003 que señala en sus Fundamentos de Derecho IV, V y VI lo siguiente:

“IV. Respecto a la notificación de la inclusión en el fichero... es cierto que la Inspección hace constar que... se registran datos de referencia sobre todas las notificaciones que... ha remitido a las personas que han sido incluidas en el fichero, con la indicación de que los datos de éste fichero auxiliar se guardan como medio de prueba de que se han remitido las notificaciones a que hace referencia la Ley Orgánica 5/1992, en su artículo 28. 1.

Sin embargo, el valor de este documento debe ser necesariamente relativizado toda vez que se trata de una certificación emitida precisamente por la empresa cuya conducta se cuestiona. Por lo demás, este documento se refiere al envío de las notificaciones pero en modo alguno afirma – y menos aun acredita– la recepción de tales notificaciones por sus destinatarios.

Ningún precepto legal ni reglamentario exige, ciertamente, que la comunicación dirigida a los interesados sobre la inclusión de sus datos personales en el fichero deba cursarse por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio que deje constancia documental de la recepción. Sin embargo existiendo preceptos legales que imponen como obligatoria esta comunicación... debe concluirse que cuando el destinatario niega la recepción recae sobre el responsable del fichero la carga de acreditar la comunicación. De otro modo, si para considerar cumplida la obligación bastase con la afirmación de tal cumplimiento por parte del obligado resultaría en la práctica ilusoria y privada de toda efectividad aquella obligación legal de informar a los interesados.

V. Por lo que hace referencia al previo requerimiento de pago, deber que incumbía a las entidades deudoras, debemos examinar si a lo largo del expediente existe documento alguno que acredite que los deudores efectivamente se les requirió de pago.

Sobre la deuda mantenida con.....obran informes sobre gestión de cobros y hojas informáticas sobre gestiones de recobro, pero no aparece ningún documento que acredite que tal requerimiento llegara a conocimiento de los deudores.

Igualmente,, ... se acompañan fotocopias de unas cartas cuyos datos del destinatario se encuentra en blanco que obviamente no puede servir de prueba de que la misma fue recibida por la hoy recurrente.

VI. En definitiva,..hacen procedente la apertura de un procedimiento sancionador.. por no haber acreditado que en su día efectuaron el requerimiento previo de pago al deudor."

De acuerdo con la citada doctrina jurisprudencial cabe concluir que la documentación aportada por FRANCE TELECOM no acredita la existencia de requerimiento previo recibido por el denunciante con anterioridad a la inclusión de sus datos en el fichero asnef.

En cuanto a la consideración hecha por FRANCE TELECOM, de que las facturas emitidas deben ser consideradas equivalentes al requerimiento previo de pago, ya que contienen el elemento de la intimación y la cantidad que se ha de abonar, diversas Sentencias de la Audiencia Nacional se han ocupado de este tema, así la de la Audiencia Nacional, de 27/06/2007, recurso 244/2005, señalaba en su fundamento cuarto que "...con independencia de lo que pueda considerarse en el ámbito civil respecto a si la remisión de una determinada factura constituye un requerimiento previo de pago a los efectos de constitución en mora del artículo 1.100 del Código Civil, lo cierto es que a los efectos del ámbito de protección de datos, esta sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, viene considerando que no puede equipararse la citada remisión de las facturas con el requerimiento previo de pago a que se refiere la Norma primera 1.b) de la Instrucción 1/1995, de 1/03 de la Agencia, relativa a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, Instrucción que se dictó como complemento y desarrollo del artículo 29.2 en relación con el artículo 4.3 ambos de la LOPD". En este sentido, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18/04/2007, recurso 259/2995 se ha señalado que "las facturas emitidas no constituyen por si mismas documento de requerimiento de pago ni indican por si mismas que la ausencia de pago conllevara la inclusión de sus datos en los ficheros sobre solvencia patrimonial y crédito"

El hecho de la inclusión de datos personales en este tipo de ficheros es de gran trascendencia y puede conllevar graves consecuencias negativas para el afectado, de ahí la necesidad de que ese requerimiento previo y específico de pago exigido por la citada Instrucción.

Por tanto, la citada alegación no puede ser estimada.

En el presente caso, se ha comprobado que FRANCE TELECOM incluyó en el fichero "ASNEF" los datos personales de una persona de la que no ha acreditado contara con el consentimiento para su tratamiento, y que, por tanto, no le adeudaba cantidad alguna.



Por lo tanto, se aprecia infracción del artículo 4, apartado 3 de la LOPD, por mantener en el fichero de clientes datos personales del denunciante que no se ajustan a su situación real y actual. Además, esos datos fueron incluidos por FRANCE TELECOM en un fichero de solvencia patrimonial y crédito, sin ser deudor de dicha entidad. Este proceder es especialmente grave cuando acontece respecto a ficheros de morosidad por las consecuencias negativas que conllevan para el afectado. Ello exige, si cabe, una mayor diligencia por parte de quien introduce datos erróneos en ficheros de este tipo.

XIII

Respecto a la alegación de FRANCE TELECOM de existencia de un concurso medial de 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 un 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, como así se pronuncia a Audiencia Nacional den sentencia de fecha 12/11/09:

“Las cuestiones que suscita la parte recurrente en el presente recurso, y sobre la que articula la pretensión anulatoria se centra fundamentalmente en determinar si no concurre la falta de consentimiento que se le atribuye al denunciante, si debe apreciarse un concurso medial de infracciones, si ha prescrito la infracción del art. 6.1 y, en fin, si se ha producido una defectuosa graduación de la infracción por inaplicación del artículo 45.5 de la Ley Orgánica 15/1999 .

Por su parte, la Administración General del Estado aduce, en su escrito de contestación, que no mediado consentimiento del titular de los datos, lo que resulta esencial, y que, en fin, no estamos ni ante un error ni ante un concurso medial, por lo que el recurso ha de ser desestimado y la resolución sancionadora confirmada.

Debemos destacar, a estos efectos, que los principios generales, contenidos en el Título II de la Ley Orgánica 15/1999 , definen, las pautas a las que debe atenerse la recogida, tratamiento y uso de datos de carácter personal, pautas encaminadas a garantizar tanto la veracidad de la información contenida en los datos almacenados cuanto la congruencia y racionalidad de la utilización de los mismos. Este principio de racionalidad es esencial y determina que los datos han de ser "exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado", ex artículo 4.3 de la Ley Orgánica de tanta cita, del mismo modo que se precisa el tratamiento de los datos también requiere del "consentimiento inequívoco" del afectado (artículo 6.1 LO 15/1999).

Estos principios y concretamente, por lo que ahora interesa, los previstos en los artículos 4.3 y 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, pretenden concretar el derecho fundamental que se recoge en

el artículo 18.4 de la CE , bajo la referencia al uso de la informática, y que extiende su protección no a los datos íntimos de la persona -que se protegen en el derecho a la intimidad-, y que en todo caso gozan de protección reforzada en el Ley Orgánica de tanta cita, sino a los datos de carácter personal (STC 292/2000). Por tanto, la garantía de la vida privada de la persona y su reputación poseen una dimensión positiva que excede del ámbito del artículo 18.1 CE y que se traduce en un derecho al control sobre los propios datos. Se pretende garantizar ahora a la persona mediante el control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado.

Acorde con los expresados principios constitucional y legalmente establecidos, el tratamiento de los datos ha hacerse con consentimiento del afectado, ex artículo 6.1 , y los datos han de ser exactos, ex artículo 4.3, ambos casos de la Ley Orgánica 15/1999 , de manera que "respondan con veracidad a la situación actual del afectado", y consiguientemente cuando son inexactos -como sucede cuando se remiten al fichero "Asnef" asociados a una deuda derivada de una relación contractual inexistente- "serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados" (artículo 4.4).

En este sentido el artículo 29 regula los ficheros de solvencia patrimonial en el que se reflejan los "datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor".

CUARTO.- Respecto del concurso medial entre infracciones que se alega en el escrito de demanda, debemos señalar que no concurre en el caso examinado, por las razones que a continuación se expresan.

Basta con señalar que el artículo 4.4 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto , exige, para la aplicación del concurso medial, una necesaria derivación de unas infracciones respecto de otra u otras y viceversa, por lo que resulta indispensable que las unas no puedan cometerse sin ejecutar las otras, tal es el sentido que ha conferir a la expresión reglamentaria de que <<una infracción derive necesariamente la comisión de otra>>.

Solo en tal caso puede seguirse la consecuencia propia del concurso medial y es que únicamente se imponga la sanción correspondiente a la infracción mas grave cometida. Lo que no concurre en el caso examinado pues ninguna de las contravenciones administrativas sancionadas es un medio para la perpetración de la otra. Ambas pueden realizarse con independencia absoluta, porque protegen principios diferentes, en un caso el consentimiento (artículo 6.1 de la Ley 15/1999), y, en otro, la calidad el dato (artículo 4.3 de la citada LO), para la salvaguarda del poder de disposición del titular de los datos personales que integra el derecho fundamental a la protección de los datos."

XIV

El artículo 43.3.d) de la LOPD califica como 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."

FRANCE TELECOM trató los datos personales del denunciante sin su consentimiento y además los informó al fichero "ASNEF" en relación con una deuda que no era cierta, vencida y exigible. Esto es, ha facilitado una información que no es exacta ni responde a la situación actual del denunciante, por lo que se ha vulnerado los principios del consentimiento y de calidad



de datos previstos en los artículos 6 y 4 de la LOPD. La conculcación de estos principios supone la comisión, en ambos casos, de la infracción grave prevista en el transcrito artículo 44.3.d).

XV

De acuerdo con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la LOPD: “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 preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate”.

Respecto a la aplicación del art. 45.5 de la LOPD, conviene señalar que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 24/05/2002, ha señalado en cuanto a la aplicación del apartado 5 del citado precepto que “... 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, 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”.

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”.

FRANCE TELECOM, ha solicitado la aplicación del artículo 45.4 y 5 de la LOPD, con fundamento, además de las circunstancias del caso particular, básicamente, en las medidas implementadas en orden a la tutela debida de los derechos de los clientes, a la protección de sus datos personales, que evitarían que, en el futuro, se volviesen a producir hechos como los que han dado lugar al presente procedimiento sancionador, en consonancia con otras resoluciones de esta Agencia. Sin embargo, la razón por la que en otras ocasiones se a

aplicado el citado precepto era principalmente la situación derivada de la adquisición por parte de FRANCE TELECOM de un conjunto de empresas de telecomunicaciones entre las que se encontraban la entidades que eran titulares de los ficheros a través de los cuales se produjeron los tratamientos objeto de valoración, y la implementación de medidas recogidas en el Acta 952/2006, considerando para su aplicación “un plazo razonable” desde la adquisición y desde la implementación de las medidas recogidas en el Acta, pero en este caso la infracción se produce a pesar de que existían una serie de cautelas plasmadas en el contrato de distribución suscrito entre THE PHONE HOUSE y FRANCE TELECOM, y que de haberse cumplido hubieran impedido la materialización de las infracciones que se imputan por cuanto tal contrato exigía que obrara en poder de FRANCE TELECOM documentación que acreditara tanto la contratación efectuada y la identidad del contratante. Pues bien, a pesar de no contar con dicha documentación (contrato firmado, copia de DNI, datos bancarios) FRANCE TELECOM procedió a dar de alta al denunciante en sus servicios, emitir 2 facturas, e incluir sus datos en un fichero de solvencia.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional en su sentencia de fecha 11/12/08 en donde argumenta lo siguiente:

“Esta circunstancia obliga, como ya advertimos, a reconsiderar nuestro propio criterio de aplicación del artículo 45.5 LOPD realizado en la sentencia de 1 de octubre de 2008. En este sentido, afirmamos ahora que la adopción de medidas para la perfecta identificación de los clientes no puede constituir un elemento de atenuación de la responsabilidad sino que supone el cumplimiento de una obligación ordinaria exigible a las empresas que trabajan con grandes volúmenes de datos de carácter personal, sin que pueda considerarse la adopción de dichas medidas como base para apreciar disminución cualificada de la culpabilidad o de la antijuridicidad.

La aplicación del criterio expuesto, efectuado de forma generalizada, tendría el efecto no deseado por la norma, de beneficiar al infractor reincidente, y el artículo 45.4 LOPD ya ha tomado en consideración la reincidencia a efectos de graduar la cuantía de la sanción a imponer.

La aplicación de citado artículo 45.5 LOPD debe ser por el contrario, individualizada, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, en el que habrá que analizarse si concurren los presupuestos para su aplicación, o lo que es igual, circunstancias que pongan de manifiesto esa cualificada disminución de la culpabilidad o antijuridicidad requerida por el precepto y que aquí, por lo expuesto, no cabe apreciar.”

Por lo expuesto, en el presente supuesto no se aplica el apartado 5 del citado precepto, imponiendo las sanciones, dentro del intervalo de las infracciones graves, en la 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 25 de junio de 2010, en el procedimiento sancionador PS/00745/2009.

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, 3 de septiembre de 2010

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte