



**Procedimiento Nº PS/00495/2008**

**RESOLUCIÓN: R/00552/2009**

En el procedimiento sancionador PS/00495/2008, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A., Konecta BTO Contact Center S.A., TreyM Consulting S.L., vista la denuncia presentada por P.P.P. y en base a los siguientes,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO:** D. P.P.P. (en lo sucesivo el denunciante) formula denuncia frente a FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A (en lo sucesivo FRANCE TELECOM) y frente a las entidades Konecta BTO Contact Center S.A y TreyM Consulting S.L.

En dicha denuncia, de fecha 6/6/2007, pone de manifiesto que ha recibido diferentes requerimientos de pago de FRANCE TELECOM y de las entidades denunciadas con relación al número de teléfono \*+\*+\*+\*, alegando la inexistencia de la contratación de dicho número y del uso por su parte. A tal efecto, aporta diversa documentación entre la que se encuentra:

Facturas de fecha 21/4/2006 por importe de 1232,50€ y de fecha 21/5/2006 ambas asociadas al número de teléfono \*+\*+\*+\*.

Aviso de pago de fecha 22/5/2006 de RETEVISIÓN MÓVIL, S.A (FRANCE TELECOM) con relación a la factura de fecha 21/4/2006 por importe de 1232,50€

Requerimiento de pago de la entidad TREYM CONSULTING Y SERVICIOS A EMPRESAS, S.L. de fecha 18/10/2006 con relación a una deuda por importe de 1.310,60€ pendiente de abono con la entidad FRANCE TELECOM.

Requerimiento de pago de la entidad KONECTA CONTACTCENTER de fecha 13/4/2007 con relación a una deuda por importe de 1.310,60€ pendiente de abono con la entidad FRANCE TELECOM.

**SEGUNDO:** Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, resultando acreditados los siguientes extremos:

1. El representante de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. aporta en su escrito de fecha de registro de entrada 10/1/2008, entre otra, la siguiente documentación:

Impresión de pantalla de los datos relativos al denunciante desprendiéndose de dicha información que la línea telefónica \*+\*+\*+\* era



una línea prepago activada en fecha de 21/4/2005 y que se migró a postpago en fecha de 12/4/2006, produciéndose su baja en fecha de 31/5/2006.

Copia del escrito remitido por FRANCE TELECOM a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, con contestación a una reclamación interpuesta por el afectado ante dicho órgano con fecha de entrada 5/6/2007, por los mismos hechos denunciados ante esta Agencia. En la alegación tercera se recoge *“esta compañía en aras a solucionar la controversia ha procedido a gestionar la anulación de las facturas pendientes de pago, de forma que el Sr. Pérez no adeuda cantidad alguna a esta mercantil por las mencionadas facturas”*.

2. El representante de FRANCE TELECOM manifiesta en su escrito que el afectado no mantiene con la compañía ninguna deuda con relación a su contrato, ya que fue anulada por completo con motivo de la reclamación antes señalada. Respecto de la solicitud realizada por esta Agencia consistente en la remisión de la copia de los contratos suscritos por el afectado, manifiesta que *“quedamos a la espera de la localización del contrato en los archivos de France Telecom para su inmediata información a esa Agencia”*.

**TERCERO:** En fecha 30/09/2008 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A con arreglo a 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 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por la presunta infracción del artículo 6 de dicha norma, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

**CUARTO:** En fecha 17/10/2008 se formulan por la representación de FRANCE TELECOM las siguientes alegaciones al acuerdo de inicio:

La incompetencia de esta Agencia para la determinación de si ha existido o no contratación, deuda o facturación al tratarse de cuestiones de naturaleza civil sustraídas a la competencia de esta Agencia, citando a tal efecto el artículo 37 LOPD y 22 LOPJ, todo lo cual debe de concluir en la nulidad de una eventual resolución sancionadora al amparo del artículo 62.1 de la Ley 30/1992.

Que la infracción ha prescrito en cuanto que la infracción imputada, la emisión de facturas supuestamente indebidas, lo fue en fechas 21/04/2006 y 21/05/2006. De este modo, continúa indicando FRANCE TELECOM, al haberse notificado el acuerdo de inicio en fecha 2/10/2008 debe de concluirse que la infracción prescribió al haberse superado el plazo de 2 años a que se refiere el artículo 47 de la LOPD.

Que no se ha producido infracción del artículo 6.1 de la LOPD al tratarse de una incidencia en la dinámica contractual cuya posible ocurrencia fue prevista y aceptada por ambas partes, remitiéndose al efecto a las cláusulas 4ª y 5ª de las Condiciones Generales, que aporta. En el mismo sentido señala que FRANCE TELECOM contaba con habilitación legal, ex artículo 6.2 de la LOPD,



para el tratamiento de los datos del denunciante, ya que desde el 7/03/2006 hasta el 29/03/2008 estuvo activado el servicio de Internet dial-up, aportando a tal efecto los reflejos informáticos de las conexiones del denunciante a dicho servicio, así como la solicitud de baja.

Solicita finalmente la aplicación del artículo 45.5 LOPD en base al Acta 952/2006 citando una serie de Resoluciones de esta Agencia PS 96/2007, 164/2006 ó 43/2007) en que, según indica, ante supuestos como el presente, se ha resuelto rebajar la sanción por infracción del artículo 6.1 LOPD a 6.000 €. Además, en el mismo sentido, invoca el inexistente daño causado al denunciante, que sus datos no trascendieron a terceros y que el daño producido lo fue a consecuencia de un error informático, no pudiendo apreciarse la intencionalidad necesaria para sancionar.

**QUINTO:** En fecha 30/12/2008 se acordó abrir periodo de práctica de pruebas, según lo dispuesto en el artículo artículo17.1 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, practicándose las siguientes:

1. Dar por reproducida a efectos probatorios la documentación recabada en las actuaciones previas de inspección nº E/00816/2007 así como las alegaciones presentadas por FRANCE TELECOM con fecha 17/10/2008.
2. Requerir a FRANCE TELECOM para que aporte el contrato o la grabación telefónica en la que se acredite que con fecha 12/04/2006 se produjo el cambio de prepago a contrato o pospago respecto de la línea \*+\*+\*+\*+.

**SEXTO:** En fecha 2/02/2009 se reciben alegaciones de FRANCE TELECOM a la prueba practicada. En dicha alegación aporta un reflejo informático en el que afirma se evidencia que los datos del denunciante eran tratados como de empresario. Se remite a tal efecto igualmente al documento nº4 aportado en las alegaciones al acuerdo de inicio en el que, señala, el denunciante reconoce actuar como gerente de una entidad denominada Autorecambios Verdejo.

**SEPTIMO:** En fecha 6/02/2009 se formula Propuesta de Resolución en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancionase a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A con multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euros con veintiún céntimos de euro) por la infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma.

**OCTAVO:** Notificada la precitada Propuesta de Resolución, FRANCE TELECOM formula escrito de alegaciones con fecha de entrada en esta Agencia de 11/03/2009 en las que, en esencia, viene a reproducir las ya formuladas al acuerdo de inicio.

## **HECHOS PROBADOS**



**PRIMERO:** En fecha 21/04/2006 es girada al denunciante por AMENA (hoy FRANCE TELECOM) una factura correspondiente al período 12/04/2006 a 20/04/2006 por el nº de teléfono \*+\*+\*+\*+ y por importe de 1232,50 € (Folios 4 a 29).

**SEGUNDO:** En fecha 21/05/2006 es girada otra factura al denunciante correspondiente al período 21/04/2006 al 20/05/2006 y por un importe de 78,10 € (Folios 32 a 36).

**TERCERO:** En fecha 18/10/2006 se requiere al denunciante por TYREM CONSULTING Y SERVICIOS A EMPRESAS, S.L a instancias de FRANCE TELECOM por importe de 1310,60 €, suma de las 2 facturas antedichas en los Hechos Probados Primero y Segundo. (Folio 42).

**CUARTO:** Del mismo modo, y con fecha 13/04/2007, se requiere al denunciante por KONECTA CONTACTCENTER a instancias de ORANGE (hoy FRANCE TELECOM) por importe de 1310,60 €, suma de las 2 facturas antedichas en los Hechos Probados Primero y Segundo (Folio 44).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### 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.

### II

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.*

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.

## II

El Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, determina en su Artículo 5 acerca de la Atribución de la carga de la prueba en contrataciones telefónicas o electrónicas que:

*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 el 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.*

Es por tanto a FRANCE TELECOM a quien que le corresponde la prueba de la prestación del consentimiento por parte del denunciante.

## III

Alega primeramente FRANCE TELECOM, tanto en las alegaciones al acuerdo de inicio como en las formuladas a la Propuesta de Resolución, la incompetencia de esta Agencia para la determinación de si ha existido o no contratación, deuda o facturación al tratarse de cuestiones de naturaleza civil sustraídas a la competencia de esta Agencia, citando a tal efecto el artículo 37 LOPD y 22 LOPJ, todo lo cual debe de concluir en la nulidad de una eventual resolución sancionadora al amparo del artículo 62.1 de la Ley 30/1992.



A tal efecto debe de reseñarse que el artículo 37.1 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...*”

No obstante, si bien es cierta la consideración de que esta Agencia no puede entrar en cuestiones como el origen de la deuda, su certeza o las relaciones obligacionales dimanantes de un contrato, sí debe por imperativo legal conocer de aquellas consideraciones que irradian su influencia en el ámbito del derecho fundamental de la protección de datos personales. A este respecto baste citar alguna de las más recientes Sentencias de la Audiencia Nacional respecto de que, efectivamente, esta Agencia, sin sobrepasar sus limitadas competencias en el ámbito de la protección de datos, sí puede ponderar las circunstancias que rodean al supuesto concreto en orden a determinar, únicamente, si se ha producido una vulneración de la normativa sectorial de la protección de datos. Así, y respecto de un caso como el que nos ocupa por infracción del artículo 6 de la LOPD, la SAN de 25/10/2007 afirma que:

*“En relación con esta falta de competencia de la Agencia para sancionar y realizar las actuaciones y valoraciones precisas orientadas a tal finalidad, debemos señalar que dicho alegato, como motivo de nulidad carece de sustento legal pues la LOPD configura a la AGPD como un ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las AAPP en el ejercicio de sus funciones. Se regirá por lo dispuesto en la citada ley, y que cuenta entre sus funciones, ex artículo 37 LOPD, en lo que ahora interesa, la de “ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos por el Título VII de la presente Ley”, de manera que tiene competencia para la represión de conductas que afectan al limitado ámbito sectorial de la protección de los datos personales, velando por la salvaguarda, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, del derecho fundamental previsto en el artículo 18.4 de la CE. Cuestión distinta, que mezcla la recurrente con este alegato, es si la conducta de la recurrente configura el ilícito administrativo aplicado y, por tanto, es merecedora o no de sanción, lo que se encuentra relacionado con el resto de las cuestiones suscitadas.*

*Y respecto de la falta de competencia de la AGPD para hacer juicios o apreciaciones de orden civil o mercantil sobre la naturaleza de la obligación o certeza de la deuda, debemos señalar que la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, autoriza a la AGPD para salvaguardar la calidad de los datos personales que acceden a los ficheros de solvencia patrimonial, en relación con las obligaciones dinerarias a que alude el artículo 29 de la LOPD, que en los ficheros relativos al cumplimiento incumplimiento de las obligaciones dinerarias deberá efectuarse solamente cuando concurra, por lo que ahora importa, el siguiente requisito: “a) existencia previa de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada”, impidiendo, por tanto, el acceso de los datos a tales ficheros cuando “exista un principio de prueba documental que aparentemente contradiga alguno de los requisitos anteriores. Tal circunstancia determinara, igualmente, la desaparición cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero”, según dispone la Norma Primera de la citada Instrucción”.*



Consecuentemente, sí es competente esta Agencia para conocer de la tutela del derecho fundamental a la protección de los datos aunque la vulneración de dicho derecho derive de relaciones que puedan calificarse de civiles, tal y como acontece en el presente supuesto.



#### IV

Seguidamente alega FRANCE TELECOM que la infracción ha prescrito en cuanto que la infracción imputada, la emisión de facturas indebidas por un servicio no solicitado con la consecuente vulneración del artículo 6 de la LOPD, lo fue en fechas 21/04/2006 y 21/05/2006. De este modo, continúa indicando FRANCE TELECOM que al haberse notificado el acuerdo de inicio en fecha 2/10/2008 debe de concluirse que la infracción prescribió al haberse superado el plazo de 2 años a que se refiere el artículo 47 de la LOPD.

No obstante no puede admitirse dicha alegación habida cuenta que los datos del denunciante siguieron siendo tratados sin su consentimiento después de ser giradas ambas facturas. Así, en fecha 18/10/2006 se requiere al denunciante por TREYM CONSULTING Y SERVICIOS A EMPRESAS, S.L a instancias de FRANCE TELECOM por importe de 1310,60 €, suma de las 2 facturas de 21/04/2006 y 21/05/05/2006. Posteriormente, con fecha 13/04/2007, se requiere al denunciante por KONECTA CONTACTCENTER a instancias igualmente de ORANGE (hoy FRANCE TELECOM) por importe de 1310,60 €, suma de las 2 facturas antedichas en los Hechos Probados Primero y Segundo (Folio 44).

Consecuentemente, habiendo sido tratados los datos del denunciante después de giradas las facturas, concretamente en fechas 18/10/2006 y 13/04/2007, y habiéndose notificado el acuerdo de inicio en fecha 2/10/2008, no se habrán superado los 2 años a que se refiere el artículo 47 de la LOPD según las reglas generales del cómputo de la prescripción contenidas en el artículo 132 de la LRJAP y PAC.

En relación con lo anterior, señala FRANCE TELECOM en las alegaciones a la Propuesta de Resolución que es de aplicación el artículo 12.4 de la LOPD indicando que la responsabilidad ha de ser imputada a los gestores de cobro de deudas TREYM CONSULTING SERVICIOS A EMPRESAS, S.L y KONECTA CONTACTCENTER, indicando que la denuncia también se dirigía contra dichas entidades.

Tampoco puede admitirse dicha alegación habida cuenta que el citado artículo 12.4 de la LOPD señala que *“En caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento...”*. Por tanto la LOPD mediante dicho precepto no exonera de responsabilidad al responsable del tratamiento, sino que dispone la responsabilidad, además, del encargado del tratamiento, en cuanto que utilice los datos incumpliendo las estipulaciones del contrato que hubiera suscrito con el responsable del tratamiento. Consecuentemente, la responsabilidad de FRANCE TELECOM no queda enervada por la concurrencia de tales entidades en la obtención de los datos del denunciante.

Por otra parte, a diferencia de lo afirmado por FRANCE TELECOM, debe de afirmarse que el acuerdo de inicio no fue dirigido contra ambos distribuidores, sino únicamente contra FRANCE TELECOM. Además, de las actuaciones previas practicadas no ha resultado evidencia alguna que justifique iniciar procedimiento sancionador contra las citadas entidades.



Afirma FRANCE TELECOM que el plazo de prescripción se computa aunque persista el tratamiento, citando al efecto el artículo 122 del RGLOPD. No obstante dicho precepto se encuentra referido a las actuaciones previas únicamente y no al cómputo del plazo de prescripción, al cual es aplicable la previsión del artículo 132.2 de la LRJAP y PAC que señala que *“El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador...”*. En el presente supuesto, tal y como hemos indicado, los datos del denunciante fueron tratados, a instancias de FRANCE TELECOM, por las entidades TREYM CONSULTING SERVICIOS A EMPRESAS, S.L y KONECTA CONTACTCENTER en fechas 18/10/2006 y 13/04/2007, momento hasta el cual los datos del denunciante siguieron siendo tratados indebidamente. Consecuentemente, habiéndose notificado el acuerdo de inicio en fecha 2/10/2008, no se habrán superado los 2 años que a que se refiere el artículo 47 de la LOPD.

Tiene repetido la Jurisprudencia patria que el tratamiento de datos del artículo 6 de la LOPD constituye una infracción continuada en la medida que dicho tratamiento no cese o sea consentido por el titular de dichos datos. Sin ánimo de resultar prolijo, traemos a colación una SAN de fecha 11/12/2008, Rec 574/2007 que señala que:

*“...ya que los datos se mantuvieron en el citado fichero y por lo tanto, la situación de infracción permanece mientras no se den de baja, siendo el momento de la baja el que debe de 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. 54/2005), 21 de noviembre de 2007 (Rec. 117/2006), 23 de abril de 2008 (Rec. 274/2007.”*

Respecto de las Sentencias aportadas por FRANCE TELECOM, nada aportan al caso que nos ocupan ya que, o se tratan de infracciones distintas al artículo 6 de la LOPD (artículo 5, derecho de información, artículo 10, deber de secreto, que según señalan las propias sentencias dichas infracciones se seguirán cometiendo en cuanto que no cese la actividad ilícita), o no hacen sino ratificar que la prescripción no se iniciará en tanto que la infracción se siga cometiendo.

## V



Invoca FRANCE TELECOM en las alegaciones a la Propuesta de Resolución la caducidad de las actuaciones previas por haber transcurrido más de 12 meses desde que tuvo entrada en esta Agencia la denuncia -el 6/06/2007- hasta que fue notificado el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador el 2/10/2008 (Folio 72). A tal efecto indica que dicho plazo máximo es aplicable al presente caso al haberse iniciado el presente procedimiento sancionador con posterioridad a la entrada en vigor el RGLOPD, el 19/04/2008.

A tal efecto debe de señalarse que el inicio de las actuaciones previas del presente procedimiento sancionador ha tenido lugar con la solicitud de información a FRANCE TELECOM el día 29/11/2007 (Folios 46) o, en su caso, con la presentación de la denuncia el 6/06/2007 (Folios 1 a 3), concluyendo con la notificación del acuerdo de inicio el 1/10/2008 (Folio 108).

En base a lo anterior, el citado artículo 122.4 del RGLOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, referido a las actuaciones previas, no es de aplicación al presente supuesto en base a la Disposición Transitoria Quinta de dicho RGLOPD que señala que: *“A las actuaciones previas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto, no les será de aplicación el mismo, rigiéndose por la normativa anterior. El presente real decreto se aplicará a las actuaciones previas que se inicien después de su entrada en vigor”*. En base a dicha Disposición Transitoria Quinta, al haberse iniciado las actuaciones previas con anterioridad a la entrada en vigor del RGLOPD, el 19/04/2008, no se aplicará la previsión del plazo máximo de duración de las actuaciones previas en 12 meses contenido en el repetido artículo 122.4 RGLOPD.

Consecuentemente con lo anterior, no siendo de aplicación al presente procedimiento sancionador el RGLOPD en lo referente a las actuaciones previas, la normativa aplicable al presente procedimiento sancionador es el Reglamento de la Potestad Sancionadora, RD 1389/1993, de 4 de agosto, en su artículo 12 y Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJAP y PAC, y el hecho es que ninguna de esas normas establecen previsión legal alguna referente al período de duración durante el cual la Administración puede prolongar su actividad investigadora previa en materia de protección de datos.

## VI

Alega igualmente FRANCE TELECOM, tanto en las alegaciones al acuerdo de inicio como en las formuladas a la Propuesta de Resolución, que no se ha producido infracción del artículo 6.1 de la LOPD al tratarse de una incidencia en la dinámica contractual cuya posible ocurrencia fue prevista y aceptada por ambas partes, remitiéndose al efecto a las cláusulas 4ª y 5ª de las Condiciones Generales, que aporta. En el mismo sentido señala que FRANCE TELECOM contaba con habilitación legal, ex artículo 6.2 de la LOPD, para el tratamiento de los datos del denunciante, ya que desde el 7/03/2006 hasta el 29/03/2008 estuvo activado el servicio de Internet dial-up, aportando a tal efecto los reflejos informáticos de las conexiones del denunciante a dicho servicio, así como la solicitud de baja.

Tampoco puede apreciarse dicha circunstancia como excluyente de responsabilidad remitiéndonos precisamente a las Condiciones Generales que aporta FRANCE



TELECOM. Las estipulaciones 4ª y 5ª se refieren a la *Facturación y Forma de Pago y Reclamaciones* que nada tienen que ver con el presente procedimiento sancionador. En cambio en la estipulación 2ª, referida a la Duración del Contrato, que señala que el contrato entrará en vigor cuando...*”la solicitud realizada por el cliente se hará a través de la aceptación expresa y sin reservas de las presentes condiciones generales, aceptación que es considerada condición esencial para la prestación de el servicio contratado por parte de ORANGE y que ocurrirá si se produce cualquiera de los siguientes eventos...”*.

En el presente caso no consta aceptación de ningún tipo, tal y como resulta de las actuaciones previas y de la prueba practicada, no habiéndose aportado evidencia alguna en tal sentido por FRANCE TELECOM. No puede admitirse, como hace FRANCE TELECOM en las alegaciones a la Propuesta de Resolución, que *“el denunciante suscribió un contrato previo con mi representada para la prestación de otro servicio de telecomunicaciones y que sus datos personales son los mismos...”* (El subrayado es de la Agencia). El hecho es que las facturas giradas y los requerimientos de pago posteriores lo han sido por un servicio concreto, la contratación -no consentida- de la línea \*+\*+\*+\*, resultando irrelevante que el denunciante hubiera consentido para la contratación de otros servicios, en tanto que los consentimientos son autónomos y diferenciados.

En el mismo sentido señala que FRANCE TELECOM contaba con habilitación legal, ex artículo 6.2 de la LOPD, para el tratamiento de los datos del denunciante, ya que desde el 7/03/2006 hasta el 29/03/2008 estuvo activado el servicio de Internet dial-up, aportando a tal efecto los reflejos informáticos de las conexiones del denunciante a dicho servicio, así como la solicitud de baja.

Dicha alegación debe de desestimarse. Los reflejos informáticos aportados se corresponden con otro servicio y otra línea distinta de las que han generado las facturas de 21/04/2006 y 21/05/2006. Así, dichas facturas lo son por la línea \*+\*+\*+\*, tal y como figura en las mismas (Folios 4 a 29 y 32 a 36). Sin embargo los reflejos informáticos aportados en los Folios 103 a 108 lo son por la línea 954.019.903, cuyo consentimiento no se discute en el presente procedimiento sancionador.

Además, no puede obviarse que los pantallazos o reflejos informáticos no acreditan la prestación del consentimiento del denunciante, tal y como tiene establecido la Audiencia Nacional en la SAN de 9/04/2008, Rec. 235/2006, al afirmar que *“...no se trata más de un simple “pantallazo” informático, que nada acredita ni aporta ninguna información relevante a la hora a la hora de poder acreditar el consentimiento del titular de los datos”*. Tal y como afirma la propia FRANCE TELECOM, los pantallazos o reflejos informáticos son indicios, no pruebas concluyentes, como se afirma en la SAN citada que, junto con otros, pueden concluir en evidencias.

## VII

En las alegaciones a la práctica de prueba realizada así como en las formuladas a la Propuesta de Resolución, la representación de FRANCE TELECOM señala que los datos del denunciante han sido tratados en concepto de empresario, aportando tal efecto un documento nº4 aportado en las alegaciones al acuerdo de inicio en el que,



señala, el denunciante reconoce actuar como gerente de una entidad denominada Autorecambios Verdejo.

Tampoco debe de admitirse dicha alegación ya que en el citado documento nº4 (Folio 109 del expte) no figura que la solicitud de baja se encuentre referida a la línea de teléfono que originó las facturas controvertidas, esto es al \*+\*+\*+\*+, sino que, además, figura un domicilio distinto. Así en el citado Folio 109 consta un domicilio distinto (C/.....) al cual fueron giradas las facturas (Folios 4 y 32, dirigidas al domicilio (C/.....)). Todo lo cual evidencia que se tratan de servicios distintos y que, consecuentemente, la consideración de empresario que, en base al Folio 115 invoca FRANCE TELECOM no puede ser apreciada.

Indica FRANCE TELECOM en las alegaciones a la Propuesta de Resolución que la Agencia se ha basado en conjeturas para desvirtuar la acreditación de autónomo del denunciante, afirmando que no se ha practicado prueba alguna tendente a acreditar que los datos tratados son de la esfera privada o particular del denunciante. Pero el hecho es que FRANCE TELECOM no ha propuesto prueba alguna cuando ha tenido oportunidad para ello y que, además, la valoración realizada por la Agencia respecto de la condición de autónomo o particular del denunciante no se han basado en conjeturas sino en el propio documento aportado por el denunciante. El tratamiento de datos in consentido realizado y que ha originado el presente procedimiento deriva de las facturas giradas al denunciante por el uso de la línea \*+\*+\*+\*+. De dichas facturas no se deriva evidencia alguna que obligue a concluir el carácter de empresario del denunciante y, sin embargo, del Folio 109 aportado por FRANCE TELECOM no consta la línea a la que se encuentra referida la baja, figurando, además, otro domicilio distinto al que se dirigían las facturas, impidiendo por tanto que pueda hablarse de simples suposiciones o conjeturas.

## VIII

Solicita finalmente FRANCE TELECOM la aplicación del artículo 45.5 LOPD en base al Acta 952/2006 citando una serie de Resoluciones de esta Agencia PS 96/2007, 164/2006 ó 43/2007) en que, según indica, ante supuestos como el presente, se ha resuelto rebajar la sanción por infracción del artículo 6.1 LOPD a 6.000 €. Además, en el mismo sentido, invoca el inexistente daño causado al denunciante, que sus datos no trascendieron a terceros y que el daño producido lo fue a consecuencia de un error informático, no pudiendo apreciarse la intencionalidad necesaria para sancionar.

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.”*

En el presente caso, y habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el presente supuesto, básicamente el escaso volumen de tratamientos efectuados y de



los beneficios obtenidos, ya que ambas facturas fueron anuladas y rectificadas, deberán tenerse en cuenta dichas circunstancias para graduar la sanción en su grado mínimo dentro de las graves, esto es, 60.101,21 €, todo ello al amparo del artículo 45.4 de la LOPD.

Respecto de la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD por considerar que se puedan apreciar una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, no se infieren en el presente caso circunstancia alguna que tengan encuadre en dicho precepto.

Esto es así dado que no se ha acreditado una cualificada disminución de la culpabilidad en la conducta desarrollada por FRANCE TELECOM pues no ha mostrado un celo y diligencia adecuada, mucho más teniendo en cuenta que del objeto social de ambas se infiere un continuo tratamiento de datos personales. En tal sentido, las Sentencia de la Audiencia Nacional Recurso 104/2006 señalan que *“la entidad demandante por la actividad que realiza debe tratar un gran volumen de datos personales en sus ficheros, lo que hace que deba extremar el cuidado en el manejo de dichos datos para lograr una protección eficaz, pues está en juego un derecho fundamental autónomo, el derecho a la protección de datos personales según la STS 292/2000”*.

En el mismo sentido la SAN, Recurso 143/2006 señala que *“así es, no se aprecia la disminución de la culpabilidad del sancionado o de la antijuridicidad del hecho, pues la naturaleza de la actividad desarrollada por la entidad recurrente, y su permanente relación con los datos personales, determina que el comportamiento exigible a quien habitualmente está en contacto con este tipo de datos sea de distinguido y exquisito cuidado sobre el cumplimiento de las exigencias impuestas por la LOPD, porque está en juego la protección de derechos fundamentales- art. 18.4 CE-”*.

En cuanto a las Resoluciones citadas (PS 96/2007, PSPS 164/2006 ó PS 43/2007) por FRANCE TELECOM como ejemplos de que, en supuestos similares, se ha apreciado el 45.5 LOPD en base a dicha Acta 952/2006, de noviembre de 2005 se concluye que, en contra de lo afirmado poco o nada tienen que ver con el caso que nos ocupa. Se trata de infracciones cometidas con anterioridad a la citada Acta (infracciones de marzo, abril o mayo de 2005).

Tal y como venimos reseñando en otros procedimientos y conoce FRANCE TELECOM, debe recordarse que la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, en atención a las medidas que constatan el Acta 952/2006, no debe considerarse como *“carta de naturaleza”* en la aplicación de futuros hechos que puedan considerarse al margen de la LOPD, ya que su aplicación trae causa en un momento temporal concreto y unas circunstancias concretas y por tanto no será de aplicación a hechos ocurridos con posterioridad a la implantación de dichas medidas, ya que se estaría “premiando” la ineficacia de las mismas. En tal sentido, no puede obviarse que fue en noviembre de 2005 cuando se produjo la adquisición de la participación mayoritaria de RETEVISION MOVIL, S.A (AMENA) por FRANCE TELECOM, tal y como consta en la referida Acta, siendo razonable considerar un período de adaptación entre los sistemas de información de ambas entidades que, dada la complejidad de los mismos, esta Agencia ha considerado de seis meses.



De este modo, teniendo en cuenta que el tratamiento incontestado derivado del presente procedimiento es de fechas 18/10/2006 y 13/04/2007, que es cuando se formulan los requerimientos de pago por las facturas de los servicios no solicitados, han transcurrido más de 11 y 16 meses respectivamente desde aquella fecha. Por tanto, pretender ampararse en la absorción anterior de una empresa cuando ha transcurrido un tiempo más que prudencial para la efectiva implantación y puesta en práctica de unas medidas para dar cumplimiento a la normativa de protección de datos, excede de lo que puede entenderse como una disminución cualificada de la culpabilidad y/o antijuridicidad, debiendo decaer por tanto la aplicación del artículo 45.5 LOPD en base a dicho motivo

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

**PRIMERO: IMPONER** a la entidad **FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A** multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euros con veintiún céntimos de euro) por la infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución a **FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A** y a **D. P.P.P.**

**TERCERO:** Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0000 0000 00 0000000000 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si recibe la notificación entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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 (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido 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, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

Madrid, 16 de marzo de 2009

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA  
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte