



Procedimiento Nº PS/00032/2008

RESOLUCIÓN: R/01097/2008

En el procedimiento sancionador PS/00032/2008, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad Telefónica De España, S.A.U., vista la denuncia presentada por D. P.P.P. y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fechas 03/03/2006 y 15/03/2006 tuvieron entrada en esta Agencia escritos de D. P.P.P. (en lo sucesivo, el denunciante) en los que denunciaba que la empresa Telefónica de España, S.A.U. (en lo sucesivo TELEFONICA), en febrero de 2006, había procedido a dar de alta una línea ADSL que no había contratado y a tramitar la baja del servicio con la empresa Terra Networks España, S.A.U., con quien tenía contratado dicho servicio.

Asimismo, manifiesta que con fecha 24/02/2006, una vecina le hizo entrega de un paquete remitido por TELEFONICA, que contenía un kit de ADSL, y aporta copia de las etiquetas adheridas al paquete

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

1. En la información remitida por Terra Networks España, S.A.U., figura que el denunciante contrató un Servicio de Acceso a Internet Terra ADSL con fecha 09/05/2002, causando baja en el mismo con fecha 28/02/2006, constando la anotación "Baja por traspaso". El denunciante procedió nuevamente a la solicitud del servicio en el mes de marzo de 2006.

2. De acuerdo con la información facilitada por TELEFONICA, con fecha 02/06/2006, en los sistemas de información de esta entidad figura la siguiente información:

2.1. El denunciante figura únicamente como titular de una línea telefónica.

2.2. Con fecha 24/02/2006 figura una orden de servicio, por la que se dio de alta al denunciante en el servicio ADSL. Dicha orden corresponde con un boletín de contratación emitido por el distribuidor Locutel Trade Comunicaciones, S.L. (en lo sucesivo LOCUTEL), con quien TELEFONICA tiene suscrito un contrato de Agencia de fecha 01/01/2005.

2.3. Con fecha 27/02/2006 TELEFONICA dio de baja al denunciante en el servicio ADSL, como consecuencia de la reclamación presentada.

2.4. TELEFONICA ha informado que LOCUTEL ha manifestado "que un comercial de la misma se dirigió, por su propia cuenta y riesgo, a D. P.P.P. utilizando para ello el repertorio telefónico de páginas blancas y el callejero de (.....), al objeto de ofertar productos y servicios de telecomunicaciones a potenciales clientes en función



de la localización geográfica de sus domicilios”.

3. LOCUTEL ha informado que el procedimiento seguido por la empresa para la tramitación de la solicitud de ADSL a TELEFONICA fue el siguiente: Los datos necesarios para el contacto telefónico con el denunciante fueron obtenidos de las Páginas Blancas, a través de Internet, volcándose a una aplicación sobre la que trabaja el operador, efectuando automáticamente la llamada, y reflejando el tiempo de conversación, que, en este caso, fue de 5 minutos y 30 segundos, así como la fecha en la que se efectuó la llamada (23/01/2006), grabándose únicamente si el cliente contrata el servicio.

Los datos que se transfieren a TELEFONICA para la solicitud del servicio son: número de abonado y D.N.I., que únicamente puede ser facilitado por el cliente en el transcurso de la conversación telefónica.

LOCUTEL ha manifestado que dicha contratación se produjo telefónicamente no teniendo constancia de ningún documento firmado por el cliente.

TERCERO: Con fecha 20/02/2008, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar un procedimiento sancionador a Telefónica de España, S.A., por la presunta comisión de una infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio, TELEFONICA presentó un escrito en el que solicita el archivo del procedimiento y, subsidiariamente, la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, con base en las siguientes alegaciones:

1. Ausencia de Responsabilidad de TELEFONICA, pues LOCUTEL habría actual por su propia cuenta y riesgo, al margen de cualquier instrucción de la operadora, que cuenta con un procedimiento muy claro respecto a las acciones de telemarketing encomendadas a los distribuidores seleccionados. LOCUTEL no figuró incluido durante los años 2005 y 2006 en ninguna campaña de telemarketing de salida realizada por TELEFONICA, y tampoco estuvo incluido en campaña comercial alguna el denunciante durante los años 2005 y 2006.

TELEFONICA diseña el contenido exacto de las acciones y la duración de las mismas, de forma que los distribuidores autorizados acceden únicamente a los datos de los clientes a los que debe dirigirse cada distribuidor, la finalidad de la campaña y la duración de la misma. En el presente caso, LOCUTEL ha reconocido que no utilizó el procedimiento anteriormente expuesto sino que, por su cuenta y riesgo, se dirigió al denunciante, utilizando para ello información que figuraba en una fuente de acceso público, como es la guía universal, y en el callejero de (.....). Igualmente, al margen de las directrices de TELEFONICA, LOCUTEL tramitó el alta del servicio ADSL como si el mismo hubiera sido contratado en los locales del distribuidor por visita del cliente.

En lo que se refiere al tratamiento de los datos, para la contratación del producto es requisito esencial que en el boletín de contratación de los productos el distribuidor introduzca, como datos imprescindibles, el número de teléfono y el DNI del cliente, ya que de no hacerlo no puede continuarse el proceso.

TELEFONICA actuó con diligencia, ya que una vez que recibió la reclamación del denunciante dio de baja en tres días, sin que se realizara uso alguno de los datos del cliente.



2. TELEFONICA no ha realizado nunca las prácticas de “slamming” citadas en la denuncia y, en este caso concreto, parece claro que no se dan ninguna de las circunstancias de las que pudiera deducirse que TELEFONICA quisiera captar clientes de otra operadora, por los siguientes motivos: 1) el denunciante era cliente de la operadora TERRA, empresa del grupo TELEFONICA, absorbida en julio de 2006 por ésta; 2) la actuación fue realizada por LOCUTEL por su cuenta y riesgo; y 3) que TELEFONICA tardara únicamente tres días en darle de baja de sus sistemas, sin que se le facturase por ningún concepto.

3. Se discrepa de la calificación jurídica realizada en el acuerdo de inicio, insistiendo en que, ante la reclamación realizada por el denunciante, la operadora le dio de baja en el plazo de tres días. El hecho de que el cliente tuviera que esperar que TERRA le diera nuevamente de alta para volver a tener el servicio ADSL y los perjuicios que esta demora le haya podido ocasionar son cuestiones de competencia de la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (en lo sucesivo SETSI) y de la jurisdicción ordinaria.

4. Aplicación del artículo 45.4 y 5 de la LOPD, al concurrir las siguientes circunstancias: TELEFONICA no ha obtenido ningún beneficio, no ha existido intencionalidad, inmediatamente procedió a dar de baja al cliente, paralizando cualquier proceso de facturación, y no ha habido reincidencia.

QUINTO: Con fecha 16/05/2008, el instructor del procedimiento acordó la apertura de un período de pruebas, dando por reproducidas las actuaciones y documentos obrantes en las actuaciones previas de investigación E/00368/2006, así como toda la documentación obrante en el procedimiento. Se acordó solicitar a TELEFONICA y al denunciante que aportaran las resoluciones administrativas que hubieran recaído sobre los hechos denunciados, y solicitar al denunciante que se ratificara en los hechos denunciados y que informara si había facilitado su número de DNI a algún agente de TELEFONICA.

Con fecha 26/05/2008, TELEFONICA ha comunicado que no ha recibido notificación de resolución alguna procedente de la SETSI ni constan expedientes de Juntas Arbitrales referidos al denunciante.

Con fecha 20/06/2008, el denunciante ha aportado copia de un oficio de la SETSI remitiéndole un informe de TELEFONICA y copia de un escrito recibido del Defensor del Pueblo.

SEXTO: Concluido el período probatorio, con fecha 06/06/2008, se inició el trámite de audiencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 18.4 del citado Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, que continúa en vigor de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la LOPD. El plazo para este trámite fue ampliado al haberse recibido la información del denunciante con posterioridad al inicio del mismo.

TELEFONICA ha solicitado que se acuerde el archivo del presente procedimiento, con fundamento, básicamente, en las alegaciones ya efectuadas en el procedimiento, y señalando que la falta de una completa instrucción que despeje la contradicción existente entre las manifestaciones del denunciante y las de LOCUTEL sitúa a TELEFONICA en una posición de clara indefensión, toda vez que se podría derivar, o bien la iniciación de un procedimiento sancionador contra LOCUTEL, o bien el archivo del expediente.



SÉPTIMO: Con fecha 22/07/2008, el instructor del procedimiento formuló propuesta de resolución en el sentido de que, por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, se sancionara a TELEFÓNICA con una multa de 60.101,21 euros, por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma.

Con fecha 11/08/2008, TELEFÓNICA ha presentado escrito solicitando el archivo del expediente por no haber concurrido los presupuestos necesarios para sancionar conforme al artículo 6 de la LOPD y por haber caducado el procedimiento, con fundamento, básicamente, en alegaciones ya efectuadas en el procedimiento, señalando que dio de baja al denunciante en el plazo de tres días, sin realizar uso alguno de los datos del cliente, y en las siguientes:

- Caducidad del procedimiento, porque la verdadera instrucción del procedimiento, en vez de realizarse a partir del Acuerdo de Inicio, se realizó mucho antes, por lo que la fecha en la que se dicta la propuesta de resolución ya había transcurrido con creces el plazo de seis meses, por lo que procede la necesaria declaración de caducidad. Además, el largo periodo de actuaciones previas ha determinado que la entidad LOCUTEL, verdadera responsable de los hechos, desaparezca del tráfico jurídico.

- Inexistencia de culpabilidad.
- Desproporción de la sanción.

En el mismo escrito, se solicita, subsidiariamente, la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, con fundamento en que TELEFÓNICA dio de baja al denunciante en el plazo de tres días, que como consecuencia de la actuación de LOCUTEL, TELEFÓNICA ha impuesto un estricto plan de calidad a sus distribuidores e inició un plan de inspección a los mismos.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: D. P.P.P. ha manifestado en su escrito de denuncia que nunca ha solicitado una línea o un "kit" de ADSL a Telefónica de España, S.A., y que con fecha 24/02/2006 recibió un paquete remitido por esta operadora que contenía un "kit" de ADSL (folios 2, 11, 138).

SEGUNDO: TERRA NETWORKS ESPAÑA, S.A.U. ha informado que D. P.P.P. contrato un Servicio de Acceso a Internet Terra ADSL Plus Básico con fecha 09/05/2002, causando baja en el mismo el 28/02/2006, y que, con fecha 26/04/2006 solicitó nuevamente contratar el citado servicios (folio 33).

TERCERO: TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. ha informado que, con fecha 30/05/2006, D. P.P.P. figura en sus ficheros, exclusivamente, como titular de la línea telefónica 000 000 000 y servicios asociados (folios 143 y 147-148).

CUARTO: TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. ha informado que en sus ficheros figura que D. P.P.P. dispuso del KIT ADSL de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U., que se dio de alta el Servicio ADSL + Mantenimiento + Antivirus, mediante un boletín de contratación emitido por LOCUTEL TRADE COMUNICACIONES, S.L.U., y que se dio de baja como consecuencia de la reclamación efectuada a través de la línea de atención personal 1004, con fecha 27/02/2006 (folios 143-144, 147, 156-159).

QUINTO: TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. ha aportado copia del contrato de



agencia comercial suscrito con LOCUTEL TRADE COMUNICACIONES, S.L.U., con fecha 01/01/2005 (folios160-175).

SEXTO: TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. no ha aportado copia del contrato del Servicio ADSL + Mantenimiento + Antivirus suscrito por D. P.P.P..

SÉPTIMO: LOCUTEL TRADE COMUNICACIONES, S.L.U., con fecha 03/08/2006, ha comunicado que que los datos de D. P.P.P. fueron obtenidos de fuentes accesibles al público ([www....X...](#)), que con fecha 23/01/2006 se contactó telefónicamente con éste, que dio la conformidad a la promoción ofertada y facilitó verbalmente su DNI para la contratación de un producto ADSL (folios 190 205).

OCTAVO: LOCUTEL TRADE COMUNICACIONES S.L.U. ha aportado copia del pedido registrado con fecha 06/02/2006, en el que figura los servicios contratados, que fue grabado en la aplicación de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (folios 201-202).

NOVENO: LOCUTEL TRADE COMUNICACIONES S.L.U. no ha aportado copia del contrato suscrito por D. P.P.P. ni grabación de la llamada telefonica realizada con fecha 23/01/2006.

DÉCIMO: Con fecha 19/02/2008 se consultaron en el Registro Mercantil Central los datos registrales de LOCUTEL TRADE COMUNICACIONES, S.L.U. figurando con fecha de inscripción 16/08/2007, la anotación “Extinción. Sin depósito de libros” (folios 213-216).

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

Con carácter previo al análisis de la posible responsabilidad de TELEFÓNICA en la comisión de los hechos imputados, es conveniente contestar si debe procederse al archivo del expediente, tal y como alega la entidad imputada, al considerar que la verdadera instrucción del procedimiento se realizó mediante la práctica de las Actuaciones Previas de Investigación y no a partir del Acuerdo de Inicio, por lo que se ha excedido el plazo de seis meses para dictar la resolución, plazo que debería contarse a partir de la fecha del informe de Actuaciones Previas.

A este respecto, hay que señalar que en materia de protección de datos la LOPD no contempla la “*caducidad de la acción*”, es decir, la fijación de un plazo preclusivo para iniciar el procedimiento, de modo que transcurrido dicho plazo, no pueda iniciarse con posterioridad.

Así, en defecto de ley especial se estará a lo dispuesto por la norma supletoria de aplicación en esta materia que, el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que, en su artículo 12.1 distingue entre iniciación de procedimiento y actuaciones previas, dando cobertura a la realización de actuaciones previas con anterioridad a la incoación del procedimiento, con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación y, en especial, dirigidas a determinar con la mayor precisión posible los hechos susceptibles de motivar la incoación del



procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros. La iniciación del procedimiento, es un acto posterior que se formaliza con un contenido mínimo al que hacer referencia el artículo 13 del citado Reglamento.

Esta diferenciación conlleva que no rijan para la práctica de las actuaciones previas o preliminares los plazos establecidos para la tramitación del procedimiento sancionador, procedimiento que todavía no se ha iniciado.

La LRJPAC fija, en los apartados 2 y 3 del artículo 42, lo siguiente:

“2. El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.

3. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

a. En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.

b. En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación”.

Por su parte, El artículo 48.3 de la LOPD establece:

“3. Los procedimientos sancionadores tramitados por la Agencia de Protección de Datos, en ejercicio de las potestades que a la misma atribuyan esta u otras Leyes, salvo los referidos a infracciones de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, tendrán una duración máxima de seis meses.” (Apartado adicionado por el artículo 82.2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social)

Asimismo, en su artículo 20.6, el citado Real Decreto 1398/1993 establece:

“6. Si no hubiese recaído resolución transcurridos seis meses desde la iniciación, teniendo en cuenta las posibles interrupciones de su cómputo por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento a que se refieren los artículos 5 y 7, se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

A estos efectos debe considerarse que, tras la presentación de los escritos de denuncia, la Inspección de Datos realizó actuaciones previas de investigación previas a la iniciación del procedimiento sancionador, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12.2 del Real Decreto 1398/1993 anteriormente mencionado, por lo que no formando parte del propio procedimiento no opera respecto de dichas actuaciones el plazo de caducidad previsto en la Ley.

Con estas actuaciones previas, que potestativamente puede realizar la Administración, se trata de que por parte del órgano o unidad que tiene atribuidas las funciones de investigación, averiguación o inspección de las infracciones administrativas, en este caso la Subdirección de Inspección de Datos de esta Agencia



(artículo 40 de la LOPD), se provean los datos, indicios, elementos o conocimientos necesarios en orden a que la autoridad competente para la iniciación del procedimiento sancionador cuente con ellos de cara a formar su convicción sobre la procedencia o improcedencia de llevar a cabo la incoación del oportuno expediente sancionador.

En este mismo sentido, numerosas Sentencias de la Audiencia Nacional han indicado el cómputo de los plazos de caducidad. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en Sentencia de 15 de septiembre de 2004, número de Recurso 542/2000, indica en el Fundamento de Derecho Segundo lo siguiente: *“Alega la parte actora en primer lugar, la caducidad del procedimiento sancionador por haber transcurrido más de seis meses desde que se inició el mismo. Según se aduce por la parte actora el día inicial debe ser tomado bien el de la denuncia o bien el del acta de inspección.*

El plazo para apreciar la caducidad empieza a computarse desde el acuerdo de iniciación del procedimiento administrativo, y no desde las actuaciones preliminares como postula la entidad recurrente, y ello como hemos señalado en nuestras Sentencias de esta Sección de 24 de mayo de 2002, 11 de mayo de 2001, y 24 de enero de 2003, entre otras. Decíamos en las citadas Sentencias que las actuaciones previas están reguladas en el artículo 12 del real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, estableciendo dicha norma que antes de iniciar el proceso se podrán realizar actuaciones tendentes a determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la iniciación. Debe tenerse en cuenta a estos efectos que es después de dictado el acuerdo de iniciación cuando tiene lugar la instrucción del procedimiento sancionador y puede apreciarse la caducidad, pues el abandono o desidia en su ejercicio que comporta la caducidad mal puede apreciarse cuando no se ha iniciado el procedimiento sancionador...”

En el presente caso, el procedimiento sancionador se inició mediante acuerdo motivado del Director de la Agencia el 20/02/2008 y se notificó a TELEFÓNICA con fecha 21/02/2008, de conformidad con la normativa anteriormente expuesta.

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

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

Según esta jurisprudencia el concepto de *“dilaciones indebidas”* es, pues, un *“concepto jurídico indeterminado o abierto”* (STC 36/1984), que ha ido perfilándose por el propio Tribunal atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso admitiéndose como criterios que perfilan su contenido, entre otros, *“los márgenes*



ordinarios de duración de litigios del mismo tipo” y “la consideración de los modos disponibles” (STC 324/1994).

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

Las denuncias de los ciudadanos que tienen por objeto el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida a la Agencia Española de Protección de Datos por la LOPD, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones han tenido un crecimiento exponencial en los últimos años como acreditan sus Memorias anuales.

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

Todo ello con unos recursos humanos que han pasado de 35 a 48 personas (Δ 37%) en el mismo período.

Estos medios humanos han de atender tanto las actuaciones de inspección dirigidas a verificar la existencia de base racional para entender producido el hecho infractor e identificar al presunto responsable del mismo y las de instrucción de los procedimientos.

Ambas actividades se encuentran indisolublemente unidas en el marco de las competencias atribuidas a la Subdirección General de Inspección por el Real Decreto 428/1993, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de la Protección de Datos (artículos 27 a 29).

Hasta el punto de que un incremento exponencial de las actuaciones de inspección, como se ha producido, puede generar dilaciones, considerando los medios disponibles, para la propuesta de iniciación de procedimientos sancionadores o de archivo de las actuaciones por parte de los instructores; dilaciones que responden a causas objetivas, aunque sean coyunturales, y comunes a la duración de los litigios del mismo tipo, pues la especificidad de las funciones de la AEPD como entidad independiente de derecho público para la tutela del derecho fundamental a la protección de datos no resulta fácilmente comprable con otros órganos administrativos por lo que el punto de comparación debe referirse, al menos inicialmente, al conjunto de los procedimientos tramitados por la AEPD.

Las consideraciones sobre el carácter coyuntural de la situación descrita se fundan en razones objetivas.

Por una parte porque a lo largo de 2007 han tenido lugar incrementos de los medios adscritos a la Subdirección General de Inspección que ascienden a un total de 20 personas, lo que supone un incremento del 41% sobre las dotaciones de personal disponibles al inicio de 2006.



Y, de otro, porque el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, establece que las actuaciones previas de inspección *“tendrán una duración máxima de 12 meses a contar desde la fecha de la denuncia”*, la petición razonada de otro órgano o el acuerdo del Director de la AEPD.

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

Por ello, procede desestimar la alegación de caducidad del procedimiento efectuada por TELEFONICA, ya que no puede estimarse que el procedimiento se iniciara con la firma del informe de Actuaciones Previas de Inspección, y se han producido razones objetivas que justifican el plazo transcurrido entre la fecha de dicho informe y la firma del Acuerdo de Inicio del procedimiento sancionador.

III

El artículo 6.1 de la LOPD dispone lo siguiente:

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

Por su parte, el apartado 2 del mencionado artículo contiene una serie de excepciones a la regla general contenida en el 6.1, estableciendo que *“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.”*

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados 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 uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

En el supuesto examinado, el denunciante ha manifestado que no había suscrito contrato de prestación del servicio ADSL con TELEFONICA ni había dado su consentimiento para el cambio de operadora prestadora de este servicio. De la documentación obrante en el expediente no consta que se haya formalizado el contrato. Mientras que LOCUTEL ha alegado que la conformidad fue prestada por el denunciante por teléfono y que no dispone de copia del contrato suscrito por éste, TELEFONICA ha manifestado que *“al margen de las directrices de Telefónica de España, LOCUTEL tramitó el alta del servicio ADSL como si el mismo hubiese sido contratado en los locales del distribuidor por visita del cliente”*. A pesar de estas manifestaciones, TELEFONICA no ha aportado el correspondiente contrato suscrito por el denunciante para prestación del servicio ADSL, que habilitaría el tratamiento de sus datos personales a estos efectos, ni tampoco consta que se hubiera cumplido con lo dispuesto en la normativa relativa a la contratación telefónica.

Por tanto, TELEFONICA no ha aportado prueba alguna de la que se infiera lo contrario, correspondiendo a esta entidad acreditar que cuenta con el consentimiento para efectuar el tratamiento de los datos personales del denunciante asociados al servicio de ADSL, máxime cuando éste niega haberlo otorgado, contratando el servicio activado o, ni siquiera habiéndolo solicitado.

En consecuencia, por todo lo que antecede, ha quedado acreditado que TELEFONICA ha infringido el artículo 6.1 de la LOPD.

IV

El artículo 44.3.d) de la LOPD considera infracción grave: *“Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave.”*

La Audiencia Nacional ha manifestado, en su Sentencia de 22/10/03, que “la descripción de conductas que establece el artículo 44.3d) de la Ley Orgánica 15/1999 cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, a juicio de esta Sala, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cuál es la conducta prohibida. En efecto, el tipo aplicable considera infracción grave “tratar de forma automatizada los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la Ley”, por tanto, se está describiendo una conducta –el tratamiento automatizado de datos personales o su uso posterior- que precisa, para configurar el tipo, que dicha conducta haya vulnerado los principios que establece la Ley Orgánica. Ahora bien, estos principios no son de aquellos que deben inferirse de dicha regulación legal, sino que aparecen claramente determinados y relacionados en el título II de la Ley, concretamente, por lo que ahora interesa, en el artículo 6 se recoge un principio que resulta elemental en la materia, que es la necesidad de consentimiento del afectado para que puedan tratarse automatizadamente datos de carácter personal. Por tanto, la conducta ilícita por la que se sanciona a la parte recurrente como responsable del tratamiento consiste en usar datos sin consentimiento de los titulares de los mismos...”

La Audiencia Nacional, en Sentencia dictada el 27/10/2004, ha declarado:



“Sucede así que, como ya dijimos en la Sentencia de 8 de octubre de 2003 (recurso 1.821/01) el mencionado artículo 44.3 d) de la Ley Orgánica 15/1999, aun no siendo, ciertamente, un modelo a seguir en lo que se refiere a claridad y precisión a la hora de tipificar una conducta infractora, no alberga una formulación genérica y carente de contenido como afirma la demandante. La definición de la conducta típica mediante la expresión “tratar los datos de carácter personal ...” no puede ser tachada de falta de contenido pues nos remite directamente a cualquiera de las concretas actividades que el artículo 3.d) de la propia Ley incluye en la definición de “tratamiento de datos” (recogida, grabación, conservación, elaboración, ... de datos de carácter personal). Y tampoco cabe tachar de excesivamente genérico o impreciso el inciso relativo a que el tratamiento o uso de los datos se realice “... con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley...”, pues tales principios y garantías debidamente acotados en el Título II del propio texto legal bajo las rúbricas de Principios de la Protección de Datos (artículos 4 a 12) y Derechos de las Personas (artículos 13 a 19)”.

El principio cuya vulneración se imputa a TELEFONICA, el del consentimiento, se configuran como principio básico en materia de protección de datos, y así se recoge en numerosas Sentencias de la Audiencia Nacional, entre otras, las de fechas 25/05/01 y 05/04/02.

En este caso, TELEFONICA ha incurrido en la infracción descrita ya que ha vulnerado el principio de consentimiento consagrado en el artículo 6.1 de la LOPD, por tratar los datos del afectado sin su consentimiento para la activación del servicio ADSL, el envío del “kit” de conexión necesario, y la carta de bienvenida, que encuentra su tipificación en el artículo 43.3.d) de la citada Ley Orgánica.

V

El artículo 45, en sus apartados 2, 4 y 5 de la LOPD establece:

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

“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 personas interesadas y a tercera 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.”

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”.

En términos similares se pronuncia la citada Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 21/09/2005, *“Ahora bien, resulta que la celeridad en la actuación de la entidad recurrente al cancelar ... del denunciante, no es sino el estricto cumplimiento de su obligación y el cumplimiento de su obligación no puede servir para aplicar la sanción en un grado aún menor.”*

TELEFONICA ha solicitado la aplicación del artículo 45.4 y 5 de la LOPD, con base en que no ha obtenido ningún beneficio, no ha existido intencionalidad, inmediatamente procedió a dar de baja al cliente paralizando cualquier proceso de facturación, y que no ha habido reincidencia.

Sin embargo, aparte de que esta motivación resulta aplicable a tenor del artículo 45.4 de la LOPD, hay que destacar que no se aprecia la concurrencia de circunstancias que supongan una disminución cualificada de la culpabilidad ni de la antijuridicidad de los hechos, pues la infracción no se habría producido de haber empleado TELEFONICA la diligencia debida que le era exigible para realizar el tratamiento de los datos del denunciante, correspondientes a la prestación del servicio ADSL, sin haber constatado previamente la efectiva contratación del mismo, por tanto, no se estima procedente la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD en la sanción correspondientes.

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

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 **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma, una multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euros con veintinueve céntimos de euro), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** la presente resolución a **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, con domicilio en (C/.....), y a **D. P.P.P.**, con domicilio en (C/.....)

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 artículo 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.

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.

Castellón de la Plana, 13 de agosto de 2008
EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte