

Expediente N°: E/02096/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas *[de oficio]* por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.** en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 29/01/2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que declara que FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. (en adelante FRANCE TELECOM-ORANGE) ha incorporado sus datos personales en el fichero ASNEF aun teniendo conocimiento de que había cursado reclamación ante la Secretaría de Estado para las Telecomunicaciones y la Sociedad de Información (SETSI).

Aporta notificación de inclusión en ASNEF de fecha de alta 19/10/2012 y copia de la resolución de la SETSI de fecha 18/12/2012. En la resolución consta como referencia del expediente RC1007021/12 / INT, y en ella se cita que la entrada de la reclamación del afectado en la SETSI ocurrió el 15/03/2012. Consta en la resolución que en el transcurso de la tramitación del expediente se trasladó la reclamación a ORANGE, quien emitió informe, y que trasladado al afectado no estuvo de acuerdo, con lo que se volvió a trasladar a ORANGE que generó un nuevo informe.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos, conforme al informe de actuaciones de inspección E/2096/2013, que se transcribe:

“ACTUACIONES PREVIAS

Con fecha 25/04/2013 se requiere a ORANGE para que aporte acreditación documental sobre los motivos que justifiquen la inclusión de los datos personales del afectado en el fichero de solvencia, a pesar de la existencia de una reclamación ante la SETSI. Se ha adjuntado al requerimiento de información emitido por esta Agencia la documentación de la reclamación ante la SETSI aportada por el denunciante.

A este respecto ORANGE ha indicado que se han comunicado informaciones de deuda al fichero de solvencia en las siguientes fechas:

- *Del 11/10/2012 al 14/02/2013 por un importe de 240.206*
- *El 09/04/2013 por un importe de 162.53€.*

Los representantes de ORANGE han manifestado que:

“El motivo por el que se han mantenido incluidos los datos del titular en el citado fichero, a pesar de la interposición por parte del mismo de varias reclamaciones ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, en adelante SETSI, es porque a pesar de que esta mercantil ha atendido todos y cada uno de los requerimientos dictados en dicha resolución, procediendo a los ajustes e indemnizaciones ordenadas, el denunciante nunca procedió al pago del importe adeudado resultante tras la realización de los ajustes mencionados, cantidad que suma 162,536 (impuestos incluidos) y que, en la actualidad, continúa pendiente de pago.

En este sentido, interesa a esta parte poner de manifiesto, que toda vez que France Telecom informó al denunciante de la efectiva ejecución de los requerimientos establecidos en la Resolución de la SETSI, y del importe final adeudado, éste formuló su no conformidad de nuevo con dicha Resolución, no procediendo por tanto, a la realización del pago y negándose a que le fueran abonados los importes ajustados.

No obstante lo anterior, por motivos de calidad de servicio y tras recibir el Requerimiento de Información objeto del presente Escrito de Alegaciones, France Telecom ha ordenado la exclusión de los datos del denunciante a pesar de la existencia de una deuda cierta, vencida, líquida y exigible por parte del mismo para con esta mercantil.”

Indicar que la reclamación ante la SETSI es única. En el expediente en papel obrante en ORANGE constan los siguientes documentos, todos ellos con la referencia de la SETSI RC1007021/12 / INT:

Solicitud de informe por la SETSI a ORANGE, firmada el 29/03/2012

Informe de ORANGE dirigido a la SETSI, de fecha 13/04/2012

Nueva solicitud de informe de fecha 04/06/2012, adjuntado alegaciones del reclamante.

Nuevo informe de ORANGE de fecha 15/06/2012

Resolución de la SETSI de fecha 18/12/2012.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

El artículo 4.3 de la LOPD, que dispone que: *“Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”.*

La Directiva 95/46 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que traspone la

LOPD, por su parte, establece en su artículo 6. 1. d) que *“Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean....d) exactos, y cuando sea necesario, actualizados. Deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompatibles, con respeto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificados”*, indicando el apartado 6.2 que: *“Corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1”*.

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.

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. En los ficheros en los que se tratan datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias los datos son facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. Así, dispone en este sentido, en su apartado 2 el citado artículo: *“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”*. Y el punto 4 de este mismo artículo 29 de la LOPD dispone también 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 aquéllos”*.

Por su parte, el artículo 37.1 y 3 del RLOPD establece que:

“1. El tratamiento de datos de carácter personal sobre solvencia patrimonial y crédito, previsto en el apartado 1 del artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, se someterá a lo establecido, con carácter general, en dicha ley orgánica y en el presente reglamento.

(...)

3. De conformidad con el apartado 2 del artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, también podrán tratarse los 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.

Estos datos deberán conservarse en ficheros creados con la exclusiva finalidad de facilitar información crediticia del afectado y su tratamiento se regirá por lo dispuesto en el presente reglamento y, en particular, por las previsiones contenidas en la sección segunda de este capítulo”.

De este modo, el artículo 38 del mismo Reglamento de Desarrollo de la LOPD determina que:

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

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

b) *Que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquélla fuera de vencimiento periódico.*

c) *Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.*

2. (...).

3. *El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés estará obligado a conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección de Datos documentación suficiente que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo y del requerimiento previo al que se refiere el artículo siguiente”.*

Y el artículo 39 del RLOPD, sobre “Información previa a la inclusión”:

“El acreedor deberá informar al deudor, en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento al que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo anterior, que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos previstos en el citado artículo, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias”.

Antes de continuar con el análisis de los hechos, indicar que las sentencias del Tribunal Supremo sobre el RLOPD se desprende que los reproches al artículo 38.1.a) no se deben a su legalidad, digamos intrínseca, sino a la indeterminación de su dicción, porque la sentencia que se pronuncia sobre el recurso interpuesto de ASNEF-EQUIFAX, que es la que se reproduce en las restantes (y que es la única en que existe realmente estimación del recurso –en los otros casos la estimación es “por extensión”-) en este tema concreto manifiesta que el artículo 38.1.a) entiende que obviamente una deuda litigiosa no puede ser considerada “cierta” a los efectos de garantizar la calidad de los datos, pero que tal y como está expresado el artículo, cualquier reclamación, planteada por cualquiera de las partes implicadas en la relación contractual, y sobre cualquier aspecto, incluso cuando no afectase a esa “certeza” de la deuda, ampararía el no incluir el dato en el fichero. Es decir, lo litigioso sí debería impedir esa inclusión, pero sólo si afecta a la “certeza” de la deuda y la plantea el deudor.

Teniendo en cuenta estos razonamientos, cumpliendo la sentencia, en realidad se cumpliría lo que dice con una eventual reforma o interpretación de este artículo al decir: Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada **y respecto de cuya existencia o cuantía no haya entablado el deudor reclamación judicial, arbitral o administrativa.**

Resulta conveniente pues hacer una breve referencia a dicha STS de 15 de julio de 2010 que declara la nulidad, por ser disconforme a Derecho, del inciso último del artículo 38.1.a) del R.D. 1720/2007.

El Fundamento de Derecho decimocuarto, en el que se examina y valora la impugnación del citado precepto, precisa cuáles son los términos de la controversia planteada en relación a éste. Manifiesta la STS que “*procede indicar que la exigencia al inicio del apartado 1 a) del artículo 38 de que la deuda sea “cierta” responde al principio de veracidad y exactitud recogido en el artículo 4.3 de la Ley 15/1999(...)* Siendo el

adjetivo <cierto> sinónimo de irrefutable, incontestable, indiscutible, etc...el tema de debate se circunscribe a si es posible sostener con éxito que, en aquellos casos en que se hubiera entablado con respecto a la deuda un procedimiento de los expresados en el artículo 1 a) , puede hablarse de una deuda cierta antes de que recaiga resolución firme o se emita, en los supuestos previstos en el Reglamento de los Comisionados, el informe de correspondiente”.

La Sala Tercera del TS contesta a esta pregunta indicando que lo relevante es *“decidir si el apartado 1 a) del artículo responde a la previsión legal del artículo 4.3, y la respuesta debe ser negativa en atención a la defectuosa redacción del precepto reglamentario por una inconcreción en su texto no sólo de aquellos procedimientos que justifican la no inclusión en los ficheros de las deuda a que aquellos se refieren, sino también porque esa vaguedad permite considerar que incluso cuando la reclamación se formule por el acreedor exista la imposibilidad de inclusión de los datos en el fichero”.* Termina manifestando que el conflicto de intereses debe resolverse *“exigiendo una mayor concreción en el precepto reglamentario que pondere los intereses en presencia en atención a las circunstancias concretas”.*

Del tenor literal de los fragmentos de la STS de 15 de julio de 2010 que se reproducen se evidencia, por una parte, como ya se ha indicado más arriba, que es la *inconcreción* del texto del último inciso del artículo 38.1.a) del RLOPD lo que justifica su anulación y por otra, que el Tribunal estima ajustada a Derecho la exigencia de este artículo 38.1.a) de que la deuda sea “*cierta*”, adjetivo que es sinónimo de irrefutable e indiscutible y que es consecuencia del principio de veracidad y exactitud que consagra el artículo 4.3 de la LOPD.

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

III

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

Los datos personales del denunciante son datos que figuran en sus propios ficheros automatizados. Adicionalmente son comunicados al responsable del fichero de solvencia a través de procedimientos que implican un tratamiento automatizado de los datos tratados, cedidos, e incorporados al fichero común de información sobre solvencia patrimonial. La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (art. 43), concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d). Este precepto, innovando respecto de la Ley Orgánica 5/1992, incluye en el concepto de responsable tanto al que lo es del fichero como al del tratamiento de datos personales. Conforme al artículo 3.d) de la LOPD, el responsable del fichero o del tratamiento es *“la persona física o jurídica (...) que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”.* El propio artículo 3 en su apartado c) delimita en qué consiste el tratamiento de datos, incluyendo en tal concepto las *“operaciones o procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la*

recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

En este sentido se pronunciaba la Audiencia Nacional en su sentencia de 18 de enero de 2006: *“Y que duda cabe que la LOPD comprende bajo su régimen sancionador, al que suministra los datos al responsable del fichero, que es quien en realidad sabe la situación en que se encuentra el crédito, si ha sido o no satisfecho, en que condiciones y en que momento ha tenido lugar. En definitiva es el conocedor de la situación de solvencia en que se encuentra el afectado. Y en caso de que se produzca una modificación de dicha situación, debe informar al responsable del fichero para que este refleje con veracidad la situación actual del afectado”*

En este caso, FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. incorporó a su sistema de información de clientes los datos del denunciante como titular de la línea **B.B.B.** y posteriormente en fecha 19/10/2012, informó de una deuda por importe de 240,20 € por el impago de las facturas de fechas 05/11/2011 (41,47 €), 05/12/2011 (34,34 €), 05/01/2012 (64,81 €), 05/02/2012 (32,53 €), 05/03/2012 (42,42 €) y 05/04/2012 (24,63 €). Manifiesta el denunciante que dicha inclusión se produjo pese a existir una reclamación ante la SETSI (referencia RC1007021/12) interpuesta en fecha 15/03/2012. En este punto debe acudir a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que establece lo siguiente:

“Artículo 38. Derechos de los consumidores y usuarios finales

1. Los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente sobre defensa de los consumidores y usuarios.

Para el supuesto de que no se sometan a las juntas arbitrales de consumo o que estas no resulten competentes para la resolución del conflicto, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo establecerá reglamentariamente un procedimiento conforme al cual, los usuarios finales que sean personas físicas podrán someterle dichas controversias, cuando tales controversias se refieran a sus derechos específicos como usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas. En cualquier caso, el procedimiento que se adopte deberá ser transparente, no discriminatorio, sencillo, rápido y gratuito y establecerá el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.”

Por su parte el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de comunicaciones electrónicas, dispone lo siguiente:

“Artículo 27. Controversias entre operadores y usuarios finales

1. Sin perjuicio de los procedimientos de mediación o resolución de controversias que, en su caso, hayan establecido los órganos competentes en materia de consumo de las Comunidades Autónomas, los abonados podrán dirigir su reclamación a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

2. El procedimiento de resolución de controversias ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, así como su ámbito de aplicación y requisitos, se regulará mediante orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio. El plazo para resolver y notificar la resolución será de seis meses."

En el presente caso ha quedado acreditado que el denunciante formuló reclamación ante la SETSI en fecha 15/03/2012, de la cual se dio traslado a FRANCE TELECOM en fecha 29/03/2012, y fue resuelta mediante resolución de la SETSI de fecha 18/12/2012 que fue recibida por FRANCE TELECOM en fecha 04/02/2013. Así pues la inclusión de los datos del denunciante en el fichero asnef por parte de FRANCE TELECOM no constituye vulneración del principio de calidad de datos del artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD, por cuanto dicha inclusión se verificó en fecha 19/10/2012, esto, transcurridos 6 meses desde la interposición por el denunciante de reclamación ante la SETSI que se entendió desestimada por silencio administrativo, sin perjuicio de la resolución expresa dictada posteriormente por la SETSI en fecha 18/12/2012. Por tanto debe concluirse que no existía causa impeditiva para la inclusión de los datos del denunciante en el fichero asnef puesto que la deuda que motivó su inclusión no se encontraba discutida en entenderse desestimada por silencio negativo la reclamación interpuesta por el denunciante ante la SETSI.

En consecuencia cabe concluir que los hechos denunciados no suponen vulneración por parte de FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A. del principio de calidad de datos

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a **FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.** y a **D. A.A.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 (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.

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