

Expediente Nº: E/03426/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 19 de mayo de 2016, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que denuncia que VODAFONE ESPAÑA S.A.U. (en lo sucesivo VODAFONE) ha incluido sus datos en el fichero de solvencia patrimonial y de crédito BADEXCUG pese a existir una reclamación ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la sociedad de la Información (SETSI).

El denunciante aporta copia de la siguiente documentación:

Reclamación presentada por el denunciante ante la SETSI con fecha 18/12/2015 frente a VODAFONE en la que solicita que dicha operadora anule la cantidad de 108,90 € por gastos de gestión de portabilidad que le reclama, ya que si bien éste efectuó la misma, el mismo día procedió vía telefónica a cancelar dicha portabilidad acogiéndose al derecho de desistimiento que otorga la Ley General para la Defensa de los Consumidores. También solicita que la deuda sea eliminada de cualquier base de datos vinculada a su nombre, así como que no se le incluya en ningún fichero de morosidad.

El denunciante manifiesta en su denuncia que la misma reclamación enviada a la SETSI fue enviada mediante fax a VODAFONE ya que ésta se lo solicitó. Adjunta justificante de envío de dicho fax con fecha 21/12/2015. En él figura como transmisión enviada la reclamación presentada por el denunciante ante la SETSI el 18/12/2015, número de fax ***FAX.1 y el reporte del fax salió en estado "OK".

Escrito de respuesta de la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) registrado a fecha 28/12/2015 en el que se dirige al denunciante acusando recibo de la reclamación interpuesta y le comunica que se solicita informe sobre los hechos a la entidad denunciada. Refiere el número de expediente *****EXPTE.1.

Notificación de inclusión en BADEXCUG de fecha 26/04/2016 sin referenciar e individualizada a nombre del denunciante, con referencia a una situación de incumplimiento con la entidad denunciada y detalle de la deuda cuya fecha de alta es 24/04/2016 y cuyo saldo impagado asciende a 108,90 euros.

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 previas de inspección E/03426/2016 que se transcribe:

“RESULTADO DE LAS ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN

*La empresa VODAFONE ESPAÑA SAU en su escrito de fecha de registro 04/08/2016 (número de registro *****/2016) ha remitido la siguiente información pertinente a los efectos de la investigación:*

En su escrito de respuesta a la solicitud de información, VODAFONE ESPAÑA SAU manifiesta que incluyeron los datos del denunciante en el fichero de solvencia BADEXCUG el 24/04/2016 ya que no conocían que la SETSI había iniciado un procedimiento a petición del denunciante, y que cuando tuvieron conocimiento de la resolución por ésta dictada fue cuando procedieron a excluir los datos con fecha 12/06/2016.

Expone que el motivo por el que procedieron a excluir los datos del denunciante del fichero de solvencia con fecha 12/06/2016 fue “la recepción de la Resolución del procedimiento seguido ante la SETSI”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora 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).

El artículo 126.1, apartado segundo, 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 establece:

Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.

II

El artículo 4.3 de la LOPD 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. I. 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 rectificadas”, indicando el apartado 6.2 que: “Corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado I”.

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

En este caso, los datos del denunciante fueron incluidos en el fichero de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG a instancias de VODAFONE con fecha de alta 28/04/2016, por un importe de 180,90 €, siendo dados de baja en fecha 12/06/2016. En este punto señalar que en fecha 18/12/2015 tuvo entrada en la SETSI reclamación del denunciante en relación con la deuda que motivo la referida inclusión en el fichero de solvencia, si bien no se ha determinado la fecha en la cual VODAFONE tuvo conocimiento de la misma ya que el único elemento probatorio es un fax aportado por el denunciante, remitido (y recibido) con fecha 21/12/2015 en el número de fax ***FAX.1 cuya titularidad se desconoce. VODAFONE por su parte ha manifestado que no tuvo constancia de tal reclamación hasta que, en fecha 12/06/2016, recibió de la SETSI la resolución de la citada reclamación, procediendo a la baja del denunciante en el fichero BADEXCUG.

Hemos de tener en cuenta que, al Derecho Administrativo Sancionador, por su especialidad, le son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad del principio de presunción de inocencia.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990 considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”*. De acuerdo con este planteamiento, el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en lo sucesivo LRJPAC), establece que *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20/02/1989 indica que *“Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurre aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate.”*

En definitiva, lo visto anteriormente en aplicación del principio de presunción de inocencia, impiden imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y comprobado la existencia de una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación.

Por lo tanto, en el presente caso sería necesario que se acreditase los hechos denunciados mediante medios de prueba materiales que pudieran fundamentar la acusación realizada, careciendo de validez argumentar los mismos mediante las manifestaciones realizadas por la denunciante que podrían quedar desvirtuadas de acuerdo con el principio de contradicción en el momento que se solicitase a la entidad denunciada su versión de lo ocurrido. Así pues, en aplicación del principio *“in dubio pro reo”* en caso de duda respecto de un hecho concreto y determinante, no cabe inferir que los hechos denunciados sean contrarios al principio de calidad del dato consagrado en el artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD y en relación también con los artículos 38 y 39 del RLOPD, toda vez que no se ha acreditado que VODAFONE incluyera y mantuviera los datos del denunciante en el fichero BADEXUG teniendo conocimiento de la existencia de una reclamación ante la SETSI formulada por éste.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a **VODAFONE ESPAÑA S.A.U.** y

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 Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora 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.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos