



Procedimiento nº.: PS/00036/2010

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00609/2010

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad Vodafone España, S.A.U. contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00036/2010, y con base en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 06/09/2010 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictó resolución en el procedimiento sancionador PS/00036/2010, en virtud de la cual se impusieron a Vodafone España, S.A.U. dos sanciones de 60.101,21 euros, por la vulneración de lo dispuesto en los artículos 4.3 (en relación con el 29.4) y 16 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracciones tipificadas como grave en los artículos 44.3.d) y 44.3.f), respectivamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 07/09/2010, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00036/2010, quedó constancia de los siguientes:

<<HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Hechos denunciados y documentación aportada por el denunciante.

- a) *Con fecha 27/03/2009 se recibió en la Agencia Española de Protección de Datos la denuncia presentada por D. **G.G.G.**, DNI – NIF **L.L.L.**, por la inclusión de sus datos personales en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito “Asnef” y “Badexcug” y por la negativa a la cancelación de sus datos en estos ficheros (folios 1 – 10).*
- b) *Con su denuncia ha aportado copia de los siguientes documentos:*
 - 1. *Solicitud de cancelación presentada en Equifax Ibérica, S.L. con fecha 03/03/2009 (folio 8).*
 - 2. *Escrito de Equifax Ibérica, S.L. de fecha 09/03/2009, por el que se le comunica que “Tras las comprobaciones pertinentes, hemos procedido a la subsanación del error en el identificador **L.L.L.** a nombre de **G.G.G.** (folio 6).*
 - 3. *Escrito de Experian Bureau de Crédito, S.A. de fecha*

23/03/2009, por el que se le comunica que en respuesta a su solicitud de cancelación de los datos asociados al identificador **M.M.M.**, ha procedido a cancelar la operación informada por Vodafone España, S.A.U., pero que la informada por France Telecom. España, S.A. no puede ser cancelada porque esta entidad ha confirmado los siguientes datos: Nombre: **D.D.D.**; Dirección: **C.C.C.**; Importe financiado: 301,29 euros; Informante: Orange; Importe impagado: 301,29 euros; fecha de alta: 11/03/2009; fecha última actualización: 18/03/2009” (folio 4).

SEGUNDO: Con relación a los hechos imputados a France Telecom. España, S.A.

(...)

TERCERO: Con relación a los hechos imputados a Vodafone España, S.A.U.

- a) En los ficheros de Vodafone España, S.A.U. figuran los siguientes servicios asociados a D. **G.G.G.**, DNI – NIF **L.L.L.**: 1) **K.K.K.**, fecha de alta 16/05/2005; 2) **I.I.I.**, fecha de alta 21/06/2008; 3) **H.H.H.**, fecha de alta 21/06/2008 (folios 33 – 35).
- b) Vodafone España, S.A.U. ha aportado copia de los contratos y de la documentación siguientes:
1. Contrato de la línea **K.K.K.**, cliente D. **G.G.G.**, suscrito con fecha 09/05/2005, solicitud de portabilidad, recibo de nómina, fotocopia DNI de D. **G.G.G. L.L.L.** (folios 67 – 71).
 2. Contrato de la líneas **H.H.H.** y **I.I.I.**, suscrito el 21/06/2008, en el que figura como cliente D. **E.E.E.**, NIF **M.M.M.**, **A.A.A.**, 28850 Torrejón de Ardoz. Ha aportado copia de DNI con el nombre, apellidos y número de DNI anteriores, copia de documento bancario a nombre del mismo (folios 72 – 74).
 3. Denuncia presentada por D. **E.E.E.** en la Dirección General de la Policía el 20/11/2007, en la que manifiesta el extravío de su cartera, que incluía :”DNI con número **O.O.O.** (ilegible), a nombre del denunciante (folio 75).
- c) En los ficheros de Vodafone España, S.A.U. figuran las siguientes facturas pendientes de pago a nombre de D. **E.E.E.**, NIF **M.M.M.**, **B.B.B.**, 28850 Torrejón de Ardoz, Madrid (folios 40 – 52):

Factura	líneas	Fecha	Importe
***FACTURA.1	J.J.J. / H.H.H.	26/06/2008	59,81 €



Factura	líneas	Fecha	Importe
***FACTURA.2	J.J.J. / H.H.H.	26/07/2008	355,96 €

- d) *En el fichero de solvencia patrimonial y crédito "Badexcug" figuran dos incidencias a nombre de D. **G.G.G.**, NIF **M.M.M.**, a instancia de Vodafone España, S.A.U. por importe de 415,77 euros. La primera, con fecha de alta 25/01/2009 y fecha de baja 23/03/2009 (a consecuencia del ejercicio del derecho de cancelación). La segunda, con fecha de alta 26/04/2009 y fecha de baja 16/12/2009 (a petición de Vodafone España, S.A.U. (folios 236, 331).*
- e) *D. **G.G.G.** ejerció los derecho de acceso y de cancelación ante Experian Bureau de Crédito, S.L. con fecha 20/03/2009, entidad que comunicó al afectado la cancelación incluida por Vodafone España, S.A.U. (folios 237 – 238, 344 – 347).*

CUARTO: **Con relación a los hechos imputados a Experian Bureau de Crédito, S.A.**

(...)

TERCERO: Vodafone España S.A.U. ha presentado en fecha 07/10/2010 recurso de reposición, que ha sido recibido en esta Agencia Española de Protección de Datos con fecha 14/10/2010, en el que solicita que se declare el archivo de las actuaciones por inexistencia de falta o infracción alguna, y, subsidiariamente, que se imponga una sanción aplicando el artículo 45.4 y 5 de la LOPD, con fundamento, básicamente, en las siguientes alegaciones, algunas de ellas ya formuladas anteriormente:

1. Respecto a los fundamentos de hecho, se reiteran las manifestaciones efectuadas durante la tramitación del procedimiento sancionador.
2. Sobre la infracción del artículo 4.3 de la LOPD, se alega que los datos personales de los que ha dispuesto Vodafone, correspondientes tanto al denunciante como a D. **F.F.F.** (en adelante **Q.Q.Q.**), han sido los facilitados por los propios clientes al suscribir los correspondientes contratos de las respectivas líneas de telefonía móvil con Vodafone. Puesto que todos los trámites se formalizaron correctamente resultaba prácticamente imposible dudar de los datos obtenidos de los clientes y aún menos dudar de la falsificación de la documentación aportada.

En cuanto a la deuda reclamada, cabe destacar que los datos que facilitó Vodafone al fichero de solvencia eran los relativos a **Q.Q.Q.**, que era el que había generado la deuda. Sin embargo, puesto que el DNI vinculado a **Q.Q.Q.** era un documento falsificado pero con el mismo número que el del denunciante, y los servicios estaban vinculados entre sí bajo una cuenta titularidad del denunciante, debido a la antigüedad de sus servicios, esto ocasionó que, finalmente, los datos que se incluyeron

en "Badexcug" fuesen los del denunciante en lugar de los de Q.Q.Q..

Además, cuando se tuvo constancia de la posible inexactitud de los datos de carácter personal que constaban en los sistemas de Vodafone, se realizaron las oportunas averiguaciones y se procedió a eliminar, en diciembre de 2009, cualquier dato de la deuda que estuviera incluida en "Badexcug".

3. En lo que se refiere a la infracción del artículo 16 se manifiesta que es importante destacar que Vodafone no disponía de la denuncia presentada por Q.Q.Q. en el momento de la contratación de los servicios y que ésta fue aportada posteriormente, y sirvió de base para calificar el asunto como fraude. Después de la inclusión, el 23/03/2009 el denunciante ejerció los derechos de acceso y cancelación ante Experian Bureau de Crédito, S.L., y no directamente a Vodafone. Ante la petición realizada a través de Experian, en un primer momento desde Vodafone se procedió a dar cumplimiento de dicha solicitud, pero posteriormente se procedió a analizar lo ocurrido, comprobando que la deuda asociada a Q.Q.Q. era deuda líquida, vencida y exigible, por lo que no cabía la exclusión y, por tanto, en la siguiente comunicación de datos a incluir en el citado fichero se solicitó la inclusión de los datos de Q.Q.Q.
4. Aplicación del artículo 45.4 y 5 de la LOPD, con fundamento en las alegaciones efectuadas en el procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por France Telecom. España S.A., reiterándose básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho del I, V al IX y XII, inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<II

Vodafone ha solicitado la suspensión del procedimiento sancionador hasta que recaiga resolución judicial al respecto en el procedimiento seguido en el Juzgado de



Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Illescas,

El artículo 7, Vinculaciones con el orden jurisdiccional penal, del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante REPEPOS), aprobado por el Real Decreto 1398/1993, establece lo siguiente:

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

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

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

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

En el presente procedimiento se solicitó testimonio al citado Juzgado durante la práctica del periodo de prueba, en cuanto se tuvo conocimiento de que el denunciante había presentado denuncia por presunta suplantación de personalidad. La información remitida por el denunciante se recibió el 25/06/2010 y, con fecha 28/06/2010 se cursó oficio al Juzgado solicitando información.

La respuesta del Juzgado se recibió el 26/07/2010, después de haberse emitido la propuesta de resolución, y remitía copia del auto de fecha 10/06/2009, que ordena el archivo de las actuaciones previas, “al no ser los hechos constitutivos de infracción penal” (folio 695).

Por lo anterior, procede desestimar la presente alegación de Vodafone.

V

Se imputa a France Telecom y a Vodafone una infracción del artículo 4.3 de la LOPD, que dispone lo siguiente:

“3. Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado.

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, uno de los cuales son los ficheros en los que se tratan datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. Así, dispone en este sentido, en su apartado 2: “Podrán tratarse también datos de carácter

personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley". Añadiendo el párrafo 4 del mismo artículo que "sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos".

Es, por tanto, el acreedor el responsable de que los datos cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4 de la LOPD, puesto que como acreedor es el único que tiene la posibilidad de incluir los datos en el fichero y de instar la cancelación de los mismos.

Por tanto, de acuerdo con lo señalado, es requisito indispensable para que los datos del deudor puedan ser incluidos en un fichero de los creados al amparo del artículo 29.2, que quede acreditada la existencia de una deuda cierta vencida y exigible, y que ésta haya sido requerida previamente de pago antes de comunicar los datos del deudor al responsable del fichero común.

En este caso, France Telecom y Vodafone han emitido facturas asociadas a los datos personales del denunciante por servicios que éste no había contratado, por lo que se ha asociado a su DNI – NIF unas deudas que no pueden estimarse correctas, y ante el impago de las citadas facturas, esa entidad informó los datos personales del cliente asociados al DNI – NIF del denunciante a los ficheros de solvencia patrimonial.

En lo que se refiere a Vodafone hay que destacar, además, las siguientes circunstancias: La primera, que en el momento de la contratación de las dos líneas por Q.Q.Q., disponía de documentación que permitía cuestionar el DNI aportado por Q.Q.Q. para la contratación, en concreto, disponía de copia de la denuncia presentada por éste ante la Policía (siete meses antes de la contratación) en cuyo texto figura que entre los objetos desaparecidos se encuentra el DNI del denunciante, del que sólo se pueden leer varios dígitos en la copia aportada, pero ninguno coincide con los que figuran en la copia del DNI presentada para la contratación.

Ha alegado Vodafone que no disponía de la denuncia presentada por Q.Q.Q. en el momento de la contratación de los servicios y que fue aportada posteriormente.

Sin embargo, Vodafone con el escrito de fecha 17/12/2009, correspondiente a una solicitud de información en la tramitación el E/1708/2009, aporta copias de los contratos suscritos a nombre de Q.Q.Q. "así como la documentación adjunta al mismo" (folio 30), y en el escrito de alegaciones al acuerdo de inicio afirma que actuó de acuerdo con la documentación aportada por los interesados y que los datos tratados son exactos al ser "los propios clientes los que, en el momento de dar de alta un determinado servicio, deben facilitar sus datos de carácter personal, quedando su veracidad acreditada con la aportación de los documentos aportados en el expediente de referencia E/1708/2009, relativo al presente caso" (folios 386 - 387).

En el mismo escrito de fecha 17/12/2009 Vodafone comunica a la Agencia Española de Protección de Datos que "hemos dado traslado de dicha incidencia al Departamento de Fraude de Vodafone con el fin de que se lleve a cabo un análisis del



caso puesto que podríamos encontrarnos ante un caso de duplicidad de DNI o, en su caso, falsificación de documento público”

Vodafone tampoco ha aportado impresión de sus ficheros en los que consten anotaciones referentes a la fecha en que fue aportada la copia de la denuncia, en el caso de que hubiera sido aportada posteriormente a la contratación.

Por ello, se estima que no se puede estimar la presente alegación de Vodafone.

Por otra parte, Vodafone asoció los servicios contratados por Q.Q.Q. al denunciante, no sólo por el número del DNI, sino porque era cliente de la operadora con anterioridad.

Los hechos anteriormente relatados son contrarios al principio de calidad de datos consagrado en el artículo 4.3, y en relación con el 29.4 de la LOPD, toda vez que France Telecom y Vodafone comunicaron al fichero de solvencia citado los datos personales del denunciante, sin que dichas inscripciones hayan respondido a la situación actual del mismo.

VI

Consta acreditado en esta Agencia que las entidades asociadas a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito como “Asnef” y “Badexcug” 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 de los denunciados son datos que figuran en sus propios ficheros automatizados.

Adicionalmente, son comunicados al responsable del fichero de solvencia a través de cintas magnéticas que implican un tratamiento automatizado de los datos tratados, cedidos, e incorporados al fichero común de información sobre solvencia patrimonial.

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (artículo 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.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Nacional en su Sentencia de 18/01/2006, Recurso 0236/2004, “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”

Conforme al citado artículo. 3.d) de la LOPD, el responsable del fichero o del tratamiento es “la persona física o jurídica (...) que decide 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”.

El Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 26/01/2005, confirma el criterio anteriormente expuesto al señalar que “junto al responsable del fichero –que era en la Ley 5/1992- quien estaba sujeto al régimen sancionador establecido en dicha ley (art. 42) en la nueva Ley 15/1999 aparece un nuevo personaje, el responsable del tratamiento, como posible sujeto pasivo de la potestad sancionadora de la que hoy se llama –a partir de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre- Agencia Española de Protección de Datos (artículo 43), Véase lo que dicen uno y otro precepto:

Ley 5/1992 <<Art. 42. Responsables: 1. Los responsables de los ficheros estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley>>.

Ley 15/1999 << Art. 43. Responsables: 1- Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente ley>>.

Y esto es así porque la nueva Ley Orgánica –a diferencia de la vieja Ley Orgánica, que atribuía la potestad de decidir sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento únicamente al responsable del fichero- reconoce que esa decisión pueda tomarla –y así ocurre muchas veces- el responsable del tratamiento.

He aquí el nuevo texto: Ley 15/1999. <<Artículo 3. A los efectos de la presente Ley se entenderá por: [...] d) Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento>>.

No se trata como se ve de un mero cambio de redacción, de un simple giro gramatical, o una innovación puramente estilística. Es algo más profundo: estamos ante un cambio esencial en el modo de afrontar la regulación de las relaciones que se entablan entre quienes manejan los datos y el titular de los mismos.”

Es preciso, por tanto, determinar si, en el presente caso, France Telecom y Vodafone pueden ser considerados responsables del tratamiento. Estas entidades trataron automatizadamente los datos relativos al denunciante en sus propios ficheros y los comunicaron a los ficheros de solvencia patrimonial citados en los hechos probados, decidiendo sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

De lo anterior se deduce que las comunicaciones de los importes de las facturas señaladas al fichero citado implica que France Telecom y Vodafone facilitaron una información que no respondía a la situación exacta, veraz y actual del denunciante, lo que supone una clara vulneración del principio de calidad de datos, de la que debe responder France Telecom y Vodafone, por ser responsables de la veracidad y calidad de los datos existentes en sus ficheros y de los que suministra para que se incluyan y mantengan en ficheros de solvencia patrimonial y crédito.

En este caso, por tanto, se ha vulnerado el principio de calidad de datos desde el momento en que el DNI del denunciante se asocia a una deuda de otro cliente de France Telecom y Vodafone, y se comunican dichos datos inexactos a los ficheros de solvencia, de tal modo que en el caso de France Telecom el denunciante aparece conectado con dicha deuda en el fichero “Badexcug” a través de su DNI, mientras que



en el caso de Vodafone, esta operadora, además del DNI –NIF, incluyó el nombre y apellidos del denunciante en el fichero citado.

La conclusión que se desprende es que France Telecom y Vodafone son responsables de la infracción del artículo 4.3 en relación con el artículo 29.4 de la LOPD, en los términos previstos en el artículo 43 en relación con el artículo 3.d) y c) de la citada Ley Orgánica.

VII

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 cumplimiento de las exigencias previstas viene determinado por la importancia de la inclusión y mantenimiento de los datos personales en dichos ficheros, cuestión que

ha sido tratada en numerosas sentencias por parte de la Audiencia Nacional, entre otras, en la Sentencia dictada el 16/02/2002, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Número de recurso 1144/1999, en el Fundamento de Derecho Cuarto, señala: "...Ha de decirse que la inclusión equivocada o errónea de una persona en el registro de morosos, es un hecho de gran trascendencia de la que se pueden derivar consecuencias muy negativas para el afectado, en su vida profesional, comercial e incluso personal, que no es necesario detallar. En razón a ello, ha de extremarse la diligencia para que los posibles errores no se produzcan,..."

El principio cuya vulneración se imputa a France Telecom y a Vodafone, el de calidad de los datos, se configura como principios básicos 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, France Telecom y Vodafone han incurrido en la infracción descrita ya que han vulnerado ambos principios, consagrado en el artículo 4.3 la LOPD, cuando mantuvieron datos incorrectos del denunciante en sus ficheros y cuando informaron, para su registro en los fichero "Asnef" y "Badexcug" los datos del denunciante asociados a una deuda que no le correspondía, conducta que encuentra su tipificación en el artículo 43.3.d) de la citada Ley Orgánica.

VIII

En el presente procedimiento sancionador también se ha imputado a France Telecom y a Vodafone, una supuesta infracción del artículo 16 de la LOPD, que dispone lo siguiente:

"1. El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días.

2. Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos.

3. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión.

4. Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación.

5. Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado.

Los artículos 43 y 44 de del Reglamento de desarrollo de la LOPD, establecen que

"43. 1. El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés deberá asegurarse que concurren todos los requisitos exigidos en los artículos 38 y 39 en el momento de notificar los datos adversos al responsable del fichero común.

2. El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés será responsable de la



inexistencia o inexactitud de los datos que hubiera facilitado para su inclusión en el fichero, en los términos provistos en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

Artículo 44.11. El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición se rige por lo dispuesto en los capítulos I a IV del título III de este reglamento, sin perjuicio de lo señalado en el presente artículo.

3. Cuando el interesado ejercite sus derechos de rectificación o cancelación en relación con la inclusión de sus datos en un fichero regulado por el artículo 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1.ª Si la solicitud se dirige al titular del fichero común, éste tomará las medidas oportunas para trasladar dicha solicitud a la entidad que haya facilitado los datos, para que ésta la resuelva. En el caso de que el responsable del fichero común no haya recibido contestación por parte de la entidad en el plazo de siete días, procederá a la rectificación o cancelación cautelar de los mismos.

2.ª Si la solicitud se dirige a quien haya facilitado los datos al fichero común procederá a la rectificación o cancelación de los mismos en sus ficheros y a notificarlo al titular del fichero común en el plazo de diez días, dando asimismo respuesta al interesado en los términos previstos en el artículo 33 de este reglamento.

3.ª Si la solicitud se dirige a otra entidad participante en el sistema, que no hubiera facilitado al fichero común los datos, dicha entidad informará al afectado sobre este hecho en el plazo máximo de diez días, proporcionándole, además, la identidad y dirección del titular del fichero común para, que en su caso, puedan ejercitar sus derechos ante el mismo.

De estos artículos se deduce que es el acreedor el que debe resolver sobre la solicitud de rectificación o cancelación de datos, tras haber procedido a trasladarla al titular del fichero común, procediendo éste a la rectificación o cancelación cautelar únicamente en el caso de que no reciba contestación de la entidad que haya facilitado los datos en el plazo de diez días.

En el presente caso nos encontramos con que France Telecom tuvo conocimiento de la solicitud de cancelación presentada por el denunciante ante los responsables de los ficheros "Asnef" y "Badexcug", por error / duplicidad de DNI, a pesar de lo cual confirmó el dato comunicado a los ficheros Asnef (cuyo responsable efectuó una baja cautelar) y Badexcug, y, posteriormente, France Telecom, de nuevo, volvió a incluir los datos en el fichero Asnef.

La conducta de Vodafone es similar, pues si bien dio de baja la anotación incluida en el fichero "Badexcug", volvió a incluir los datos del denunciante (no sólo el DNI – NIF, sino también el nombre y apellidos) pocas semanas más tarde, aunque como se ha señalado anteriormente, Vodafone disponía de documentación (denuncia presentada por Q.Q.Q.) que permitía cuestionar la validez de la documentación aportada por Q.Q.Q. en la contratación, y, por tanto, considerar errónea la deuda asociada al denunciante correspondiente a Q.Q.Q..

IX

El artículo 44.3.f) de la LOPD tipifica como infracción grave: "Mantener datos de carácter personal inexactos o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de las

personas que la presente Ley ampara.”

En el presente caso han quedado acreditados los hechos que tipifica el precepto, tal como se deduce del soporte fáctico de la presente propuesta,

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 292/2000, configura el derecho a la protección de datos personales como “un poder de control y disposición” del titular respecto de sus propios datos, de manera que pueda conocer quien, como y porque se someten sus datos a tratamiento, y el poder de revocar el consentimiento en el caso de que lo hubiere o impedir un tratamiento al margen de su voluntad. Para hacer efectivo dicho poder de disposición y control, la LOPD configura un sistema de derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación, y oposición) que posibilita el tratamiento de datos personales de conformidad con la voluntad de sus titulares, de tal modo, que la desatención de cualquiera de ellos, como en el presente caso, el de cancelación, supone una flagrante violación de la bases sobre la que se sustenta toda la doctrina del derecho fundamental a la protección de datos personales sentada por el Alto Tribunal.

En definitiva, cabe señalar que los datos del denunciante no se cancelaron y ni se bloquearon, siendo sometidos posteriormente a tratamiento, lo que supone vulneración del art. 16 de la LOPD.

XII

El artículo 45.2, 4 y 5 de la LOPD, dispone:

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

“4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad, a la reincidencia, a los daños y perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas, y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

“5. Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que proceda 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 citado precepto que la presente regla debe aplicarse con exquisita ponderación y solo 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. Circunstancias que no apreciamos concurren en el caso de autos en el que la entidad bancaria debió adoptar una diligencia mayor y optar por una interpretación en defensa de los intereses del titular del dato, pues no se olvida que este es titular de un derecho fundamental a la libertad informática –STS 202/1999- y las entidades que operan en el mercado de datos y obtienen con ello determinadas ventajas deben siempre obrar con exquisita diligencia y procurar siempre la perfecta comunicación entre el dato y la realidad.



France Telecom, Vodafone y Experian han solicitado la aplicación del artículo 45.4 y 5 de la LOPD.

La importancia de la inclusión y mantenimiento de los datos personales en un fichero de morosidad, ha sido tratada en numerosas sentencias por parte de la Audiencia Nacional. Así en la Sentencia dictada el 16/02/2002, por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Número de recurso 1144/1999, en el Fundamento de Derecho Cuarto se señala: "...Ha de decirse que la inclusión equivocada o errónea de una persona en el registro de morosos, es un hecho de gran trascendencia de la que se pueden derivar consecuencias muy negativas para el afectado, en su vida profesional, comercial e incluso personal, que no es necesario detallar. En razón a ello, ha de extremarse la diligencia para que los posibles errores no se produzcan,..."

En lo que se refiere a la adopción de medidas, hay que señalar que no puede constituir un elemento de atenuación de la responsabilidad sino que se nos presenta como el cumplimiento de una obligación ordinaria exigible a las empresas que trabajan con grandes volúmenes de datos personales y, aún más, en el ámbito específico de los registros de solvencia patrimonial y crédito, sin que pueda considerarse la adopción de estas medidas como base para la apreciar disminución de la culpabilidad o de la antijuridicidad.

Por ello, no se considera que concurren las circunstancias necesarias para que pueda aplicarse, en el presente supuesto, lo dispuesto en el artículo 45.5 de la LOPD.

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 la imposición de las sanciones en su cuantía mínima a France Telecom, a Vodafone, y a Experian. >>

III

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, Vodafone España S.A.U. no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por Vodafone España S.A.U. contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 06/09/2010 en el procedimiento sancionador PS/00036/2010.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad Vodafone España S.A.U.

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, se podrá interponer en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto según lo previsto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta del referido texto legal.

Madrid, 16 de noviembre de 2010
EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte