



Procedimiento nº.: PS/00036/2010

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00614/2010

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad France Telecom España S.A. 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 France Telecom España, S.A. 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. **D.D.D.**, DNI – NIF **I.I.I.**, 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 pertinente, hemos procedido a la subsanación del error en el identificador **I.I.I.** a nombre de **D.D.D.** (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 **J.J.J.**, 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: **E.E.E.**; Dirección: **B.B.B.**; 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.

- a) En los ficheros de France Telecom España, S.A. figuran los siguientes servicios asociados al DNI – NIF **I.I.I.**: **G.G.G.** (fecha de alta 07/06/2008, fecha de baja 30/12/2008), **H.H.H.** (fecha de alta 07/06/2008, fecha de baja 30/12/2008 (folios 150 – 152).
- b) France Telecom España, S.A. ha aportado copia de los contratos de las líneas **H.H.H.** y **G.G.G.**, suscritos el 07/06/2008, en el que figura como cliente D. **C.C.C.**, NIF **J.J.J.**, **F.F.F.**, 28850 Torrejón de Ardoz. Ha aportado copia de DNI con el nombre, apellidos y número de DNI anteriores, y copia de documento bancario a nombre del mismo (folio 170 – 171 y 180 – 181).
- c) En los ficheros de France Telecom España, S.A. figuran las siguientes facturas pendientes de pago a nombre de D. **C.C.C.**, NIF **J.J.J.**, **A.A.A.**, 28850 Torrejón de Ardoz, Madrid (folios 152 – 153, 160 – 168)

Factura	líneas	Fecha	Importe
***FACTURA.1	H.H.H. / G.G.G.	21/06/2008	301,29 €
***FACTURA.2	H.H.H. / G.G.G.	21/01/2009	185,60 €

- d) En el fichero de solvencia patrimonial y crédito “Asnef” figuran dos incidencias a nombre de D. **C.C.C.**, NIF **J.J.J.**, a instancia de France Telecom España, S.A.: La primera con fecha de alta 06/10/2008 y fecha de baja 09/03/2009; por un importe de 301,29 euros (folios 205 – 207). La segunda, con fecha de alta 13/04/2009 y fecha de baja 11/12/2009; por un importe de 486,89 euros (folios 201 – 204).
- e) D. **D.D.D.** ejerció en derecho de cancelación ante Equifax Ibérica, S.L. con fecha 03/03/2009, entidad que procedió a la baja cautelar con fecha 09/03/2009 a pesar de que France Telecom España, S.A. confirmó el dato (folios 208 – 217).
- f) En el fichero de solvencia patrimonial y crédito “Badexcug” figura una incidencia a nombre de D. **C.C.C.**, NIF **J.J.J.**, a instancia de France Telecom España, S.A., con fecha de alta 11/03/2009 y fecha de baja 16/12/2009; por un importe de 301,29 euros y 486,89 euros, respectivamente (folios 237, 332).
- g) D. **D.D.D.** 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 que France Telecom España, S.A. confirmó el dato (folios 237 – 238, 334 – 347).

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

(...)

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

(...) >>

TERCERO: France Telecom España S.A. 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 reforme la resolución recurrida en el sentido de declarar que no existe infracción o responsabilidad 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 durante la tramitación del procedimiento:

1. Incompetencia de la Agencia Española de Protección de Datos.
2. Sobre la infracción del artículo 4.3 de la LOPD, se alega lo siguiente: a) France Telecom no ha tratado dato personal alguno del denunciante, citando en apoyo de esta pretensión la resolución del E/2710/2010, y afirmando que el único dato que ha sido tratado sin consentimiento del denunciante ha sido referido al DNI que, sin otras circunstancias o más datos, impide que sea identificable el titular del mismo; b) France Telecom actuó con la diligencia exigible, lo que excluye su culpa y responsabilidad; c) lo sucedido obedece a una actuación fraudulenta de un tercero, que ha sido, incluso, calificada como delictiva por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Illescas; y d) France Telecom actuó persuadida de que el DNI discutido pertenecía al Sr. JVA, porque éste indicó en los contratos que le correspondía, e incluso lo exhibió y aportó copia del mismo.
3. En lo que se refiere a la infracción del artículo 16 se manifiesta lo siguiente: a) lo anterior puede decirse también, mutatis mutandis, de la infracción del artículo 16; b) la imputación de esta infracción está falta de pruebas, ya que únicamente se basa en las manifestaciones de Asnef y Experian; y c) los hechos perseguidos no son constitutivos de

infracción del artículo 16 de la LOPD, por cuanto si se considera cometida la infracción del artículo 4.3 de la LOPD es trivial que no puede entenderse también realizada la acción típica del artículo 44.3.f) y, además, el denunciante no ejerció su derecho de rectificación o cancelación ante France Telecom, sino ante Asnef Equifax y Experian, y la normativa citada en la resolución no establece ninguna consecuencia con alcance infractor para France Telecom

4. Concurso de infracciones.
5. Aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, con fundamento en las medidas adoptadas y en la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) el perjuicio ocasionado al denunciante ha sido inexistente, se le emitió una factura que no pagó y no le ha sido reclamada; b) en el segundo semestre de 2008 se c acoró con Asnef Equifax que no se procediera a la inscripción de identificadores que no estuvieran correctamente asociados a su titular, y c) el actual manual de procedimiento de Asnef indica que en los caso de error en el identificador de la persona se devuelven los ficheros erróneos sin practicar inscripción alguna.

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 V al IX y XII, inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<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 JVA, disponía de documentación que permitía cuestionar el DNI aportado por JVA 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 JVA 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 JVA "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 JVA 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 conecedor 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 JVA) que permitía cuestionar la validez de la documentación aportada por JVA en la contratación, y, por tanto, considerar errónea la deuda asociada al denunciante correspondiente a JVA.

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. >>



France Telecom ha alegado la falta de competencia de la Agencia Española de Protección de Datos, alegación que debe ser desestimada, ya que una cosa es el cumplimiento de la normativa de naturaleza netamente civil por parte de France Telecom, y otra bien distinta que en tales actuaciones conlleven una vulneración de la normativa de protección de datos de carácter personal, de manera que deban observarse los requisitos recogidos en nuestra legislación de protección de datos, de cuyo cumplimiento vela la Agencia Española de Protección de Datos y cuya conculcación sanciona.

El artículo 37 de la LOPD atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos, entre otras, las funciones de “a) velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación...”, y “g) ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos en el Título VII de la presente Ley...”.

La Sentencia de 21/03/2007 de la Audiencia Nacional, señala, en su Fundamento de Derecho Segundo, “Comienza el recurrente la defensa de su pretensión alegando la incompetencia de la Agencia de Protección de Datos ya que la controversia versa sobre la existencia o no de un determinado contrato y esta cuestión es de naturaleza esencialmente civil y, por consiguiente, sustraída a su competencia, según dispone el art. 37 de la LOPD.

En realidad el Director de la Agencia de Protección de Datos no ha resuelto sobre la procedencia o improcedencia de la deuda, sino que su resolución se centra en considerar infringidos determinados preceptos de la LOPD, anudando como consecuencia a dichas infracciones la imposición de una sanción. Basta leer la parte dispositiva de la resolución impugnada para constatar lo que se acaba de afirmar. Y sin duda es plenamente competente para dictar esa resolución.

Otra cosa es que para ejercer su competencia haya de realizar valoraciones fácticas o jurídicas cuya naturaleza podríamos calificar de prejudicial, y sobre las que no podría adoptar una decisión definitiva con efectos frente a terceros.

Si el principio de calidad del dato recogido en la LOPD exige que los datos tratados por un tercero referidos a una persona sean exactos y veraces, la Administración encargada específicamente de hacer cumplir esta normativa, a los solos efectos de considerar cumplido infringido este principio puede hacer una valoración de exactitud y veracidad de un determinado dato, en este caso de la certeza de una deuda, sin que ello signifique un apartamiento de sus normas de competencia.”

Por tanto, debe desestimarse esta alegación de France Telecom.

IV

Ha manifestado France Telecom que no ha tratado dato personal alguno del denunciante, sino una combinación alfanumérica que, aunque coincida con el DNI del denunciante, no ha sido asociado a éste.

En lo que se refiere al DNI, en el Informe 0334/2008 del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos se ha analizado esta cuestión:

“En primer lugar es preciso determinar si el número de DNI o el NIE son datos de carácter personal, según la Ley Orgánica 15/1999 el concepto de dato personal,

comprende según el artículo 3 a) “cualquier información concerniente a persona física identificada o identificable”, entendemos que se requiere la concurrencia de un doble elemento: por una parte la existencia de una información o dato y de otra, que dicho dato pueda vincularse a una persona física identificada o identificable.

Este concepto se confirma y se concreta tras la entrada en vigor del Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en el que se define tanto dato de carácter personal como persona identificable en el artículo 5.1 estableciendo que son “f) Datos de carácter personal: Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables, y o) Persona identificable: toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados.”

Dichas definiciones hay que relacionarlas con las finalidades que tienen tanto el DNI como el NIE y que aparecen recogidas en sendos Reales Decretos que los regulan. En primero lugar, el Real Decreto 1553/2005, de 23 diciembre por la que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica del DNI, regula en su artículo 1 la naturaleza y funciones del DNI señalando que “1. El Documento Nacional de Identidad es un documento personal e intransferible emitido por el Ministerio del Interior que goza de la protección que a los documentos públicos y oficiales otorgan las leyes. Su titular estará obligado a la custodia y conservación del mismo.

2. Dicho Documento tiene suficiente valor, por sí solo, para acreditar la identidad y los datos personales de su titular que en él se consignen, así como la nacionalidad española del mismo.

3. A cada Documento Nacional de Identidad, se le asignará un número personal que tendrá la consideración de identificador numérico personal de carácter general.

4. Igualmente, el Documento Nacional de Identidad permite a los españoles mayores de edad y que gocen de plena capacidad de obrar la identificación electrónica de su titular, así como realizar la firma electrónica de documentos, en los términos previstos en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (..)”

No se puede aceptar la alegación de France Telecom de que ha tratado una combinación alfanumérica pero no el DNI del denunciante, aunque coincida con la de éste, cuando esta combinación ha sido tratada y comunicada a ficheros de solvencia como identificador de su cliente, esto es, como el NIF del mismo.

Por todo ello, procede desestimar la presente alegación de France Telecom.

V

En lo que se refiere a la imputación de la infracción del artículo 16 de la LOPD, France Telecom ha alegado que se ha producido una vulneración del principio de presunción de inocencia, pues considera que la Agencia Española de Protección de Datos se ha basado exclusivamente en las manifestaciones de Asnef y de Experian.

A este respecto, hay que señalar que Equifax Ibérica, S.L. ha aportado



impresión de pantallas de sus sistemas en la que figuran los comentarios de France Telecom destinados a Equifax Ibérica, S.L. para la tramitación de la solicitud de cancelación: "Comprobamos DNI en sistema y coincide con el de fichero de Asnef. Damos dato correcto en fichero" (folio 217).

Además, la actuación de France Telecom fue la siguiente: en lo que se refiere a la inscripción en el fichero "Asnef", después de la baja cautelar efectuada por Equifax Ibérica, S.L. el 09/03/2009 con motivo del ejercicio del derecho de cancelación, France Telecom volvió a incluir el identificador del denunciante en este fichero el 13/04/2009, manteniendo la inscripción hasta el 11/12/2009. Respecto al fichero "Badexcug", France Telecom mantuvo la anotación hasta el 16/12/2009.

Por ello, se estima que no se ha vulnerado la presunción de inocencia, como ha sido alegado, y procede desestimar la presente petición de France Telecom.

VI

France Telecom ha alegado concurso de infracciones, manifestando que los hechos evidencian que, en este caso singular, la infracción consistente en trata datos inexactos ha sido medio necesario para no cancelar dichos datos, ya que France Telecom no se hubiera opuesto a cancelar los datos si no los hubiera tratado con la inexactitud derivada del mencionado engaño.

El artículo 4.4 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, establece que "En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida".

A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18/01/2009 (Nº de Recurso: 151/2007; Recurrente: France Telecom España, S.A.), señala que el citado artículo "exige, para la aplicación del concurso medial, una necesaria derivación de unas infracciones respecto de otra u otras y viceversa, por lo que resulta indispensable que las unas no puedan cometerse sin ejecutar las otras, tal es el sentido que ha de conferirse a la expresión reglamentaria de que <<una infracción derive necesariamente la comisión de otra>>. Solo en tal caso puede seguirse la consecuencia propia del concurso medial y es que únicamente se imponga la sanción correspondiente a la infracción mas grave cometida. Lo que no concurre en el caso examinado pues ninguna de las contravenciones administrativas sancionadas es un medio para la perpetración de la otra. Ambas pueden realizarse con independencia absoluta, porque protegen principios diferentes, en un caso el consentimiento (artículo 6.1 de la Ley 15/1999), y, en otro, la calidad el dato (artículo 4.3 de la citada LO), para la salvaguarda del poder de disposición del titular de los datos personales que integra el derecho fundamental a la protección de los datos.

Por lo tanto, en este caso, no procede la aplicación del precepto transcrito, dado que de la vulneración del principio de calidad de los datos tratados por France Telecom no se deriva, necesariamente, la vulneración del artículo 16 de la LOPD, puesto que pudo haber optado por efectuar la cancelación al tener conocimiento de la posibilidad de haber incorporado un identificador erróneo en sus sistemas y haberlo comunicado a ficheros de solvencia patrimonial.

Son, por tanto, dos infracciones totalmente diferentes e independientes, sin que la comisión de una de ellas implique, necesariamente, la comisión de la otra.

VII

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, France Telecom España S.A. 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 France Telecom España S.A. 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 France Telecom España S.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, 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, 4 de noviembre de 2010

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte