



Procedimiento nº.: PS/00673/2009

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº.: RR/00338/2010

Examinado el recurso de reposición interpuesto por **FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.**, contra la Resolución dictada por el Director de esta Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador **PS/00673/2009**, y en base a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 7 de abril de 2010 se dictó Resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00673/2009, en virtud de la cual se acordó imponer a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. una multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euros con veintiún céntimos) por una infracción del artículo 4.3, en relación con el artículo 29.4, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), y en relación también con los artículos 38 y 39 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (en adelante RDLOPD); tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha Ley Orgánica.

Dicha Resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 24 de abril de 2010, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del RDLOPD.

SEGUNDO: En el procedimiento que dio lugar a la Resolución impugnada se tuvieron por probados los siguientes hechos:

<<PRIMERO: Que en el fichero de solvencia patrimonial y crédito ASNEF, gestionado por EQUIFAX IBERICA, S.L., tal y como consta en el informe enviado a esta Agencia por esta entidad a fecha 11 de mayo de 2009 (folio 26), constaba la siguiente incidencia registrada: datos personales de **A.A.A.** (NIF: **B.B.B.**), a instancia de "ORANGE FTE, S.A." (por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.), por un "Saldo Actualmente Impagado" de 152,55 €, con fecha de alta 29 de septiembre de 2008 y por concepto de "OPERACION: TELECOMUNICACIONES" ; estando activa dicha inclusión a esa fecha de 11 de mayo de 2009 (folio 31).

SEGUNDO: Que ASNEF EQUIFAX, SERVICIOS DE INFORMACION SOBRE SOLVENCIA Y CREDITO, S.L. informó en una comunicación de fecha 4 de octubre de 2008 a **A.A.A.** de la inclusión en el fichero de morosidad ASNEF detallada en el punto 1 anterior, pero con un importe reseñado de 125 € (folio 2).

TERCERO: Que en fecha 6 de octubre de 2008 (registro de entrada núm. 63516) **A.A.A.** interpuso reclamación contra ORANGE en el Servicio de Consumo de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Ciudad Autónoma de Ceuta por la factura de importe 380,93 € y "por su elevado coste", respecto del teléfono móvil **C.C.C.** ("titular este consumidor"), dado que "desde Orange se le hace saber que el origen de dicha factura tiene como fuente la emisión de mensajes SMS (...)"; según la

documentación aportada a esta Agencia por la propia FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. en las actuaciones previas de investigación en fecha 1 de junio de 2009 (folios 115 a 125).

CUARTO: Que, según la documentación aportada a esta Agencia en fecha 1 de junio de 2009 por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. en esas mencionadas en el punto 3 anterior actuaciones previas de investigación, dicha operadora remitió a **A.A.A.** un escrito fechado el 11 de diciembre de 2008 (“N. Ref.: E ***NÚMERO.1”) en el que le comunicaba que, “tras recibir su reclamación, de fecha 18 de noviembre de 2008, a través de la Comunidad Autónoma de Ceuta, hemos revisado la facturación de su línea **C.C.C.** no detectando incidencia alguna” (folio 97); incidencia registrada por la operadora según se describe en el punto 5.B siguiente.

QUINTO: Que , según la misma documentación aportada a esta Agencia en fecha 1 de junio de 2009 por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. en esas actuaciones previas de investigación, y respecto a las comunicaciones y contactos habidos entre esta operadora y **A.A.A.**, se detallan los dos siguientes registros:

A) “Reclamación Oficial gestionada a través de la solicitud ***NÚMERO.2 el 5/12/08 (...)

F. ENTRADA: 07/11/08

F. RESPUESTA: 09/12/08

MSUSDN: **C.C.C.**

(...)

SE RECIBE RECLAMACION OFICIAL PROCEDENTE DE LA ASOCIACION DE CONSUMIDORES OCU DE MADRID A NOMBRE DEL SR. A.A.A.” (folio 80).

B) “Reclamación Oficial gestionada a través de la solicitud ***NÚMERO.1 el 11/12/08 (...)

F. ENTRADA: 02/12/08

F. RESPUESTA: 17/12/08

MSUSDN: **C.C.C.**

(...)

SE RECIBE RECLAMACION OFICIAL PROCEDENTE DE LA CCAA DE CEUTA A NOMBRE DEL SR. **A.A.A.**” (folio 84).

SEXTO: Que en el fichero de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG, responsabilidad de EXPERIAN BURAU DE CREDITO, S.A., tal y como consta en el informe enviado a esta Agencia por esta entidad a fecha 1 de junio de 2009 (folios 151 a 160), constaba la siguiente incidencia registrada: datos personales de **A.A.A.** (NIF: **B.B.B.**), a instancia de “ORANGE” (por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.), por un importe impagado de 152,55 €, con fecha de alta 11 de marzo de 2009 y por concepto de “OPERACION: TELECOMUNICACIONES” ; estando activa dicha inclusión a fecha de 26 de mayo de 2009 (folio 158).

SEPTIMO: Que EXPERIAN BUREAU DE CREDITO, S.A. informó en una comunicación de fecha 16 de marzo de 2009 a **A.A.A.** de la inclusión en ese fichero de morosidad BADEXCUG de sus datos personales (nombre, apellidos, domicilio y NIF) por un importe impagado de 152,55 € a instancias de ORANGE (folios 21 y 157).

OCTAVO: Que FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. no ha aportado a esta Agencia Española de Protección de Datos documento alguno que evidencie que llevara a cabo



requerimiento de pago a A.A.A. con la advertencia que en caso de no producirse el pago los datos relativos al impago podrían ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, por la deuda de importe 152,55 € (125 €, en el supuesto de la comunicación descrita en el punto 2 anterior) y con carácter previo a las inclusiones de sus datos de carácter personal (en concreto nombre, apellidos, domicilio y núm. de DNI) en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, según se detallan en los puntos 1, 2, 6 y 7 anteriores (folios 42 a 150 y 178 a 195)>>.

TERCERO: Con fecha 14 de mayo de 2010, por correo certificado y dentro del plazo establecido, se ha interpuesto recurso de reposición por parte de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. (en lo sucesivo la recurrente), en el que alega: que el denunciante no es parte interesada en el procedimiento; que no existe infracción de lo establecido en el artículo 4.3 de la LOPD puesto que se realizó el oportuno requerimiento previo de pago, hasta 17 de todo tipo recibidos por el propio denunciante y que la reclamación administrativa en cuestión fue conocida por la operadora después de la inclusión en ASNEF y BADEXCUG, una reclamación desestimada para el denunciante y que no se aplica el apartado 5 del artículo 45 de la LOPD como en casos similares.

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 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 la recurrente, debe señalarse que ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho I a VI de la Resolución recurrida R/00663/2010, de 7 de abril de 2010, en los que se considera que la entidad imputada incumplió el “*principio de calidad de dato*” recogido en el artículo 4.3 de la citada LOPD, en relación con el artículo 29.4 de esta norma; y se advertía suficientemente sobre la doctrina mantenida por la Audiencia Nacional en relación a la materia en cuestión, así como sobre los criterios seguidos para la graduación de la sanción impuesta. En dichos Fundamentos de Derecho se indica lo siguiente:

<< I

Es competente para resolver este procedimiento el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

Se hace preciso por ello, como cuestión previa, responder a las alegaciones formuladas por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. en torno a esta competencia. Dicha alegación debe ser desestimada, ya que una cosa es el cumplimiento de la normativa de naturaleza netamente civil por parte la operadora, y otra bien distinta que tales actuaciones conlleven un tratamiento 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 37.1 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...”.

En cualquier caso, se hace preciso señalar por tanto que la Agencia Española de Protección de Datos no es el órgano competente para dirimir si la deuda reclamada por la operadora al denunciante es correcta o no, ni su cuantía exacta con carácter definitivo con efectos frente a terceros, para eso están los tribunales de justicia en última instancia, aquí de orden civil; le compete determinar si se han cumplido los requisitos legal y reglamentariamente establecidos para la inclusión de los datos personales del afectado en los ficheros ASNEF y BADEXCUG. Pero como dice la sentencia de 3 de julio de 2007 de la Audiencia Nacional: “Otra cosa es que para ejercer su competencia (refiriéndose a esta Agencia) 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”. Y esas valoraciones sí deben servir a la Agencia para saber que la información transmitida a esos ficheros de morosidad cuenta con la suficiente veracidad, tal como demanda la Ley.

En consecuencia la Agencia Española de Protección de Datos es competente para conocer del tratamiento de los datos efectuado por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. y realizar esa valoración fáctica de todo lo ocurrido.

No obstante, añadir que, tal como lo han entendido las propias partes interesadas, la discusión de la certeza de la deuda ha correspondido a la Junta Arbitral de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Ciudad Autónoma de Ceuta. Y, pese a que dicha Junta Arbitral en fecha de 15 de octubre de 2009 ha resuelto la controversia, no es óbice para que esta Agencia valore si las inclusiones en los ficheros de morosidad por parte de ORANGE se hicieron cumpliendo la normativa vigente sobre protección de datos de carácter personal, como se va a analizar más abajo.

II

Hay que desestimar la alegación hecha por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. como cuestión preliminar de que el denunciante no puede ser considerado parte interesada en el procedimiento.

En este sentido, el Acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador fue notificado a **A.A.A.**, de conformidad con lo estipulado en el artículo 13.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y se le advertía de la posibilidad de actuar como interesado en el caso de cumplir los requisitos previstos en el artículo 31.1.c) 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).

El artículo 1 de la LOPD establece que:

“La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.

Por ello, **A.A.A.** denuncia que sus datos de carácter personal han sido incluidos en ficheros de morosidad, de una forma “indebida y con mala fe, por parte de Orange



(...) y por el daño y perjuicio que se le causa a su imagen” (folio 1).

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 7 primer párrafo) “... consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...).”

Son, pues, elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

III

Se imputa a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., por lo tanto, en el presente procedimiento, y con ello centramos el análisis de la cuestión de fondo, la comisión de una infracción del artículo 4.3 de la LOPD, que dispone que: “Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”.

La 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 creador 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 del RDLOPD 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.

2. El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición

en el caso de los ficheros a que se refiere el apartado anterior, se rige por lo dispuesto en los capítulos I a IV del título III del presente reglamento, con los siguientes criterios:

a) Cuando la petición de ejercicio de los derechos se dirigiera al responsable del fichero, éste estará obligado a satisfacer, en cualquier caso, dichos derechos.

b) Si la petición se dirigiera a las personas y entidades a las que se presta el servicio, éstas únicamente deberán comunicar al afectado aquellos datos relativos al mismo que les hayan sido comunicados y a facilitar la identidad del responsable para que, en su caso, puedan ejercitar sus derechos ante el mismo.

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 y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero.

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. No podrán incluirse en los ficheros de esta naturaleza datos personales sobre los que exista un principio de prueba que de forma indiciaria contradiga alguno de los requisitos anteriores.

Tal circunstancia determinará asimismo la cancelación cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero.

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 RDLOD, 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”.

En este caso, la operadora incorporó a su sistema de información de clientes los datos del denunciante como titular de servicios de telefonía. Posteriormente, ante el impago por el mismo de una factura, respecto a una de las líneas contratadas (**C.C.C.**), titularidad que no es discutida por **A.A.A.**, ORANGE informó de la entonces presunta deuda al fichero de morosidad ASNEF, así como al fichero BADEXCUG, sin requerimiento previo de pago recibido por el denunciante y sin la advertencia de que en caso de no producirse el pago los datos relativos al impago podrían ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias.

Recordemos que, como se acredita en el expediente, en el fichero de solvencia patrimonial y crédito ASNEF ha conestado la siguiente incidencia registrada: datos personales de **A.A.A.** (NIF: **B.B.B.**), a instancia de “ORANGE FTE, S.A.” por un “Saldo Actualmente Impagado” de 152,55 €, con fecha de alta 29 de septiembre de 2008; estando activa dicha inclusión a esa fecha de 11 de mayo de 2009 (folio 31).

Ante la consideración de deuda incierta por parte del denunciante, de tratarse de una deuda generada por el cargo indebido de SMS enviados desde su móvil, sin que mediara consentimiento para ello, en fecha 6 de octubre de 2008 **A.A.A.** interpuso reclamación contra ORANGE en el Servicio de Consumo de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Ciudad Autónoma de Ceuta por la factura de importe 380,93 € y “por su elevado coste”, respecto del teléfono móvil **C.C.C.**, dado que “desde Orange se le hace saber que el origen de dicha factura tiene como fuente la emisión de mensajes SMS (...)” (folios 115 a 125).

Y FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. tuvo conocimiento de esa reclamación, ante las instancias competentes para dirimir la certeza de la deuda y su cuantía exacta, puesto que dicha operadora remitió a **A.A.A.** un escrito fechado el 11 de diciembre de 2008 (“N. Ref.: E ***NÚMERO.1”) en el que le comunicaba que, “tras recibir su reclamación, de fecha 18 de noviembre de 2008, a través de la Comunidad Autónoma de Ceuta, hemos revisado la facturación de su línea **C.C.C.** no detectando incidencia alguna” (folio 97); incidencia registrada por la operadora según se describe en el punto 5.B siguiente. FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. en las comunicaciones y contactos habidos entre esta operadora y **A.A.A.**, registró los dos siguientes apuntes:

A) “Reclamación Oficial gestionada a través de la solicitud ***NÚMERO.2 el 5/12/08 (...)”

F. ENTRADA: 07/11/08

F. RESPUESTA: 09/12/08

MSUSDN: **C.C.C.**

(...)

SE RECIBE RECLAMACION OFICIAL PROCEDENTE DE LA ASOCIACION DE CONSUMIDORES OCU DE MADRID A NOMBRE DEL SR. **A.A.A.**” (folio 80).

B) “Reclamación Oficial gestionada a través de la solicitud ***NÚMERO.1 el 11/12/08 (...)”

F. ENTRADA: 02/12/08

F. RESPUESTA: 17/12/08

MSUSDN: **C.C.C.**

(...)

SE RECIBE RECLAMACION OFICIAL PROCEDENTE DE LA CCAA DE CEUTA A NOMBRE DEL SR. A.A.A.” (folio 84).

Pese a ello, la operadora de telefonía mantuvo la inclusión en el fichero ASNEF y, además, en el fichero de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG constó la siguiente incidencia registrada: datos personales de A.A.A. (NIF: B.B.B.), a instancia de “ORANGE” por un importe impagado de 152,55 €, con fecha de alta 11 de marzo de 2009; estando activa dicha inclusión a fecha de 26 de mayo de 2009 (folio 158).

Asimismo, FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. no ha aportado a esta Agencia Española de Protección de Datos documento alguno (folios 42 a 150 y 178 a 195) que evidencie que llevara a cabo requerimiento de pago A.A.A. con la advertencia que en caso de no producirse el pago los datos relativos al impago podrían ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, por la deuda de importe 152,55 € (125 €, en el supuesto de la comunicación que ASNEF-EQUIFAX remitió al denunciante – folio 2) y con carácter previo a las inclusiones de sus datos de carácter personal (en concreto nombre, apellidos, domicilio y núm. de DNI) en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, según se ha detallado más arriba.

Los hechos anteriormente relatados son contrarios al principio de calidad de dato consagrado en el artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD y en relación también con los artículos 37, 38 y 39 de la LOPD, toda vez que ORANGE mantuvo indebidamente los datos del afectado en sus propios ficheros y, posteriormente, los comunicó a los ficheros de solvencia ASNEF y BADEXCUG, sin que dichas inscripciones hubiesen respondido a la situación de entonces (“actual”) del denunciante, al no cumplir con los requisitos establecidos en la normativa sobre protección de datos de carácter personal, ya detallada más arriba.

IV

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

En este sentido se pronunciaba la Audiencia Nacional en su sentencia de 18 de



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

Es preciso, por tanto, determinar si en el presente caso la actividad desarrollada por FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. puede subsumirse o no en tales definiciones legales.

Y ello tanto es así, puesto que FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. trató automatizadamente los datos relativos del denunciante y de la deuda en sus propios ficheros, de los que es responsable conforme al artículo 3.d) citado. Adicionalmente, decidió sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento y resolvió autónomamente sobre su incorporación a unos ficheros comunes de solvencia patrimonial y crédito. Dicha comunicación se realizó, a mayor abundamiento, mediante un procedimiento que implicaba un tratamiento automatizado de datos cuyo destino era, a su vez, un tratamiento automatizado por parte de los responsables de los ficheros de solvencia, siendo dados de alta al culminar el proceso descrito.

De lo expuesto se deduce que FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. ha sido responsable del tratamiento de datos del denunciante en sus propios ficheros, de su comunicación a través de tratamientos automatizados al responsable del fichero común y de que el tratamiento automatizado de la información relativa a la denunciante no responda a los principios de calidad de datos recogidos en el artículo 4.3 de la LOPD (exigencia de que los datos sean exactos y respondan a la situación actual de los afectados).

Conforme a lo expuesto, FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. no se ha limitado a transmitir la información al responsable del fichero común sobre solvencia patrimonial, sino que ha tratado automatizadamente los datos de solvencia en sus propios ficheros, los ha comunicado a través de tratamientos automatizados al fichero común, y, particularmente, ha decidido sobre la finalidad del tratamiento (la calificación en sus ficheros como deudor), el contenido de la información (una supuesta deuda), y el uso del tratamiento (la incorporación a un fichero común de información sobre solvencia patrimonial y crédito, al que pueden acceder terceras entidades para realizar una evaluación o perfil económico de las personas incorporadas al mismo).

Todo ello, sin que los datos mantenidos en el fichero de FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., respondiera a la situación actual del denunciante, pues la operadora incluyó los datos personales del denunciante en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito ASNEF y BADEXCUG por una deuda sin que éste recibiera con anterioridad a esa inclusión el preceptivo requerimiento previo de pago, con la advertencia de que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, de acuerdo con las sendas comunicaciones que le remitieron al denunciante ASNEF-EQUIFAX y EXPERIAN en las que se le informaba de las respectivas inclusiones. Piénsese que el denunciante reclamaba, tanto a esta Agencia como a la Ciudad de Ceuta a través de sus servicios de protección al consumidor, que la deuda era incierta por tratarse del cargo de varios mensajes SMS de telefonía móvil no autorizados.

De igual modo, ORANGE incluyó en el fichero de morosidad BADEXCUG al denunciante, pese a que conocía la existencia de la reclamación administrativa en

cuestión (folios 84 y 97), manteniendo asimismo el registro en ASNEF. Esto con independencia del resultado del laudo arbitral que con posterioridad pudiera darse, pues se trata de un requisito necesario para que los datos personales puedan tener acceso a los ficheros de solvencia (artículo 38.1.a) del RDLOPD).

Ello supone una vulneración del principio de calidad de dato de la que debe responder FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. por ser responsable de la veracidad y calidad de los datos existentes en sus ficheros y de los que suministra para que se incluyan y mantengan en el fichero de solvencia patrimonial y crédito.

La conclusión, que se desprende de los hechos y fundamentos de derecho expuestos, es que FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. es responsable de la infracción del principio de calidad de dato, recogido en el artículo 4.3 de la LOPD, en relación con el 29.4 de la misma norma y en relación también con los artículos 38 y 39 del RDLOPD, y en los términos del artículo 43, en relación con el artículo 3, apartados c) y d), también de la citada Ley Orgánica.

V

El artículo 44.3.d) de la LOPD establece que es 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 Agencia Española de Protección de Datos ha resuelto numerosos procedimientos sancionadores por incumplimiento de calidad de datos en los ficheros de morosidad ASNEF y BADEXCUG, tanto por alta improcedente por ser una deuda incierta o por mantener los mismos una vez abonada la deuda (requisito material: exactitud del dato) o por una deuda no requerida previamente de pago por el acreedor al deudor (requisito formal: requerimiento previo), como también es el caso. Por su parte, la Audiencia Nacional decía en su sentencia de fecha 16 de febrero de 2001: "Vista la conducta de la hoy actora, cabe apreciar que ha hecho uso de unos datos relativos a la insolvencia de una persona, conculcando los principios y garantías establecidas en la Ley (...) concretamente el de la certeza de los datos, que deben ser exactos, de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado, como exige su artículo 4.3 (...) 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 de ello, ha de extremarse la diligencia para que los posibles errores no se produzcan". No olvidemos que se trata de algo muy importante: fichar a un ciudadano como moroso.

Se reitera que **A.A.A.** viene a denunciar en esta Agencia que sus datos de carácter personal son incluidos en ficheros de morosidad, de una forma "indebida y con mala fe, por parte de Orange (...) y por el daño y perjuicio que se le causa a su imagen" (folio 1).

Por lo tanto, FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. ha incurrido en la infracción descrita, ya que el principio de la calidad de dato es básico del derecho fundamental a la protección de datos. La entidad mencionada ha tratado los datos del denunciante infringiendo tal principio, lo que supone una vulneración del artículo 4.3, en relación con el 29.4, ambos de la LOPD, y en relación también con su desarrollo reglamentario, conducta que encuentra su tipificación en el artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

VI



El artículo 45.2, 4 y 5 de la LOPD establece que:

“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 antijuricidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate.”

FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. solicita la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, basándose en que ha adoptado una batería de medidas constatadas en el Acta de Inspección 952/2006 que en el futuro supondría que, supuestos como el analizado, no volverían a suceder. Las medidas adoptadas se detallan con todo detalle y minuciosidad.

La aplicación con carácter excepcional del citado artículo 45.5 exige la concurrencia de, al menos, uno de los siguientes requisitos: a) Disminución de la culpabilidad del imputado y b) Disminución de la antijuricidad del hecho; que no se dan en el presente caso, puesto que dichas medidas no parecen haber sido efectivas en el presente caso, dadas las fechas en que han ocurrido los hechos analizados.

La Sentencia de 21 de enero de 2004 de la Audiencia Nacional dijo que dicho precepto “...no es sino manifestación del llamado principio de proporcionalidad (artículo 131.1 de la LRJPAC), incluido en el más general de prohibición de exceso, reconocido por la jurisprudencia como principio general del Derecho. Ahora bien, la presente regla debe aplicarse con exquisita ponderación y sólo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuricidad resulten sustancialmente atenuadas, atendidas las circunstancias del caso concreto. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos (de aquí la expresión <especialmente cualificada>) y concretos”.

De forma más reciente, la Audiencia Nacional ha dicho al respecto que: “En el caso frecuente de anotaciones de deudas en ficheros de morosidad por parte de grandes empresas, esta Sala se ha pronunciado en distintas sentencias en el sentido de que es exigible a las entidades que operan en el mercado de datos de carácter personal una especial diligencia a la hora de llevar a cabo el uso o tratamiento de tales datos o su cesión a terceros porque, siendo un derecho fundamental el de la protección de los datos personales, los depositarios de estos datos, máxime tratándose de empresas habitadas o dedicadas específicamente a la gestión de datos de carácter personal, deben ser especialmente diligentes y cuidadosas a la hora de realizar operaciones con ellos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la protección de los bienes jurídicos protegidos por la norma. Por ello, en este caso, no puede apreciarse esa cualificada disminución de la culpabilidad que exige para su aplicación el artículo 45.5 LOPD ni una cualificada disminución de la antijuricidad” (sentencia de 26 de noviembre de 2008, que, por otra parte, también analiza el tema de la ausencia de requerimiento previo de pago).

Por todo ello, los criterios de graduación de las sanciones recogidos en el artículo 45.4 de la LOPD, y en especial, para el presente supuesto en relación a la infracción del artículo 4.3 de la LOPD, en relación con el 29.4 de dicha norma y en relación también con los artículos 38 y 39 del RDLOPD, imputada a FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. por su grado de intencionalidad se hace preciso graduar la sanción a imponer en su cuantía mínima>>.

III

En consecuencia, en el presente recurso de reposición, la recurrente no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos, aparte de lo ya expuesto, que permitan reconsiderar la validez de la Resolución impugnada, en la que consta suficientemente acreditado que FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A. trató datos personales de **A.A.A.** con vulneración del principio de calidad de dato recogido en el artículo 4.3, en relación con el artículo 29.4, ambos de la LOPD.

Por lo tanto, como consecuencia de lo anterior,

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 7 de abril de 2010 en el procedimiento sancionador PS/00673/2009.

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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, 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, 14 de junio de 2010
EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS



Fdo.: Artemi Rallo Lombarte