



Procedimiento nº.: PS/00278/2016

ASUNTO: Recurso de Reposición N° RR/00891/2016

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, **PS/00278/2016**, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 29 de noviembre de 2016, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00278/2016, en virtud de la cual se imponía a la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., una sanción consistente en una multa de 50.000 € (cincuenta mil euros) por la infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD); infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma y de conformidad con lo establecido en el artículo 45. 2 y 4 de esa misma Ley Orgánica; y otra multa, también de ese mismo importe de 50.000 € (cincuenta mil euros) por la infracción del artículo 4.3 de la LOPD, en relación con el artículo 29 de la misma norma y en relación también con el artículo 38 y 43 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (en adelante RLOPD); infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.c) de la LOPD y de conformidad igual modo con lo establecido en el artículo 45. 2 y 4 de esa misma Ley Orgánica; estos dos últimos artículos según redacción dada por la Ley 2/2011.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 2 de diciembre de 2016, 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/00278/2016, quedó constancia de los siguientes:

<<PRIMERO: Que con fecha 7 de julio de 2015 D^a. A.A.A., con DNI. B.B.B., manifestó a esta Agencia Española de Protección de Datos que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. había procedido a la inclusión indebida de sus datos de carácter personal en ficheros de morosidad; dado que la inclusión en BADEXCUG se había llevado a cabo sin tener conocimiento de la existencia de la deuda, pues, tras solicitar información al fichero común de solvencia, por tener conocimiento de la inclusión por su entidad bancaria, tuvo conocimiento de que la inclusión en cuestión estaba a nombre de otra persona con su DNI (folio 1).

SEGUNDO: Que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. registró los datos personales de D^a. A.A.A., concretamente su DNI. con núm. B.B.B. por un servicio de telefonía, núm. C.C.C. (folios 14 a 17); imputando por ello una deuda, que se detalla en



el punto 3º siguiente.

TERCERO: Que en el fichero común de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG se incluyeron los datos personales de D^a. **A.A.A.** a instancias de “TELEFONICA DE ESPAÑA” con fechas de alta el 6 de noviembre de 2013 y baja el 30 de septiembre de 2015 por importe de 110,73 € por un producto de telecomunicaciones (folios 52 a 54).

CUARTO: Que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. por otra parte no ha aportado a esta Agencia documentación que acredite que contara con el consentimiento de D^a. **A.A.A.** para el tratamiento de sus datos personales, en relación con el servicio de telefonía **C.C.C.**, detallado en los puntos anteriores.

QUINTO: Que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. manifestó a esta Agencia Española de Protección de Datos que reconocía la culpabilidad en los hechos, al haber “sido posible la localización del contrato suscrito con la Sra. A.A.A. y, por lo tanto, no es posible acreditar la contratación” (folio 88)>>.

TERCERO: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. ha presentado en fecha 27 de diciembre de 2016 en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en que la resolución recurrida es nula de pleno derecho al haber una falta de motivación suficiente, así como que no se ha aplicado lo previsto en el apartado 5.d) del artículo 45 de la LOPD, dado que la recurrente reconoció en el expediente la culpabilidad en los hechos, por lo que se habría vulnerado asimismo el principio de confianza legítima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., 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 II al VIII, ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<II

El artículo 6.1 de la LOPD dispone lo siguiente:

“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”.

No obstante, el apartado 2 del mencionado artículo contiene una serie de



excepciones a la regla general contenida en aquel apartado 1, estableciendo que: “No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.”

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 (...).”

Por otra parte, el artículo 6 del Reglamento general de protección de datos, Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 94/46/CE, establece que el tratamiento de datos personales “solo será lícito si se cumple la menos una de las siguientes condiciones”: “a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno varios fines específicos; b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que le interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales” (...); norma en vigor y aplicable a partir del 25 de mayo de 2018.

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.

En consecuencia, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste, así, en este sentido la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 31 de mayo de 2006 señalaba: “Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la ley”.

“Respecto al consentimiento – dice la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2009, por todas -, es de interés reseñar que el apartado 1 del Art. 6 LOPD

exige el consentimiento inequívoco del afectado para el tratamiento de sus datos de carácter personal. El adjetivo "inequívoco" que califica al consentimiento, significa según el Diccionario de la Real Academia Española "que no admite duda o equivocación" y, por contraposición, a equívoco, lo que no puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o que no puede dar ocasión a juicios diversos.

La exigencia de que sea inequívoco está relacionada con la forma de prestar el consentimiento, pues el citado precepto no establece ni requiere que tenga que prestarse de forma determinada, ni de forma expresa o por escrito. Esta Sala viene considerando que no es necesario que dicho consentimiento se preste de forma expresa, con base a que no tendría sentido la exigencia de consentimiento expreso para el tratamiento de los datos especialmente protegidos a que se refiere el Art. 7 LOPD.

Ahora bien, el consentimiento, como ha dicho esta Sala de forma reiterada, entre otras en la sentencia de 20 de septiembre 2006, tiene que ser inequívoco por parte del titular de los datos pues es él y no un tercero quien tiene el poder de disposición y control sobre sus datos personales, aun cuando no se requiere que se produzca de forma expresa o por escrito pero sí debe reunir los requisitos previstos en el artículo 3h) y 6.1 de la LOPD".

TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. en este caso no ha aportado prueba documental alguna que acredite que contara con el consentimiento inequívoco de la persona denunciante para poder llevar a cabo el tratamiento de datos personales realizado (asociando servicios de telefonía de forma indebida al no acreditarse su identidad en el proceso de contratación registrado), antes bien, los documentos que obran en el procedimiento evidencian que no contaba con dicho consentimiento, más cuando existe un reconocimiento de los hechos y la responsabilidad en ellos por parte de dicha entidad denunciada.

En este sentido, con fecha 7 de julio de 2015 D^a. **A.A.A.**, con DNI. **B.B.B.**, manifestó a esta Agencia que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. había procedido a la inclusión indebida de sus datos de carácter personal en ficheros de morosidad; dado que la inclusión en BADEXCUG se había llevado a cabo sin tener conocimiento de la existencia de la deuda, pues, tras solicitar información al fichero común de solvencia, por tener conocimiento de la inclusión por su entidad bancaria, tuvo conocimiento de que la inclusión en cuestión estaba a nombre de otra persona con su DNI (folio 1).

En efecto, como queda acreditado en el expediente, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. registró los datos personales de la denunciante por un servicio de telefonía, núm. **C.C.C.** (folios 14 a 17); imputando por ello una deuda, que produjo la inclusión como morosa, como se detalla a continuación.

Así, en el fichero común de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG se incluyeron los datos personales de la denunciante a instancias de "TELEFONICA DE ESPAÑA" con fechas de alta el 6 de noviembre de 2013 y baja el 30 de septiembre de 2015 por importe de 110,73 € por un producto de telecomunicaciones (folios 52 a 54).

Por su parte, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. no ha aportado a esta Agencia documentación alguna que acredite que contara con el consentimiento inequívoco de D^a. **A.A.A.** para el tratamiento de sus datos personales, de manera concreta su DNI, en relación con el servicio de telefonía **C.C.C.**, detallado anteriormente.

En cualquier caso, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. manifestó a esta Agencia que reconocía la culpabilidad en los hechos, al no haber "sido posible la localización del contrato suscrito con la Sra. A.A.A. y, por lo tanto, no es posible acreditar la



contratación" (folio 88).

El Grupo de Protección de Datos del Artículo 29, creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, como órgano consultivo europeo independiente en materia de protección de datos y derecho a la intimidad (Comité Europeo de Protección de Datos, de acuerdo con el considerando 139 y el artículo 68.1 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea), en su Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento adoptado el 13 de julio de 2011, dice en relación al asunto que estamos analizando que:

“Como se describe a continuación, este requisito obliga a los responsables del tratamiento a crear procedimientos rigurosos para que las personas den su consentimiento; se trata de, o bien buscar un claro consentimiento expreso o bien basarse en determinados tipos de procedimientos para que las personas manifiesten un claro consentimiento deducible. El responsable del tratamiento debe además asegurarse suficientemente de que la persona que da su consentimiento es efectivamente el interesado. Esto tiene especial importancia cuando el consentimiento se autoriza por teléfono o en línea.

La prueba del consentimiento plantea una cuestión relacionada con lo anterior. Los responsables del tratamiento que se basen en el consentimiento pueden desear o necesitar demostrar que el consentimiento se ha obtenido, por ejemplo, en el contexto de un litigio con el interesado. Efectivamente, en algunos casos se les podrá pedir que aporten estas pruebas en el marco de medidas ejecutivas. Como consecuencia de ello y como cuestión de buena práctica los responsables del tratamiento deben crear y conservar pruebas de que el consentimiento fue efectivamente dado, lo que significa que el consentimiento debería ser demostrable”.

El citado Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 2016/679 en su artículo 7.1) sintetiza, por su parte, en relación con el consentimiento del interesado que “el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales”.

Cabe decir por tanto que, ante la falta de acreditación por parte de la entidad imputada del consentimiento inequívoco de la persona denunciante para el tratamiento de sus datos personales, y ante la ausencia de cobertura legal que amparase dicho tratamiento sin consentimiento, se estima vulnerado por la entidad imputada el artículo 6.1 de la LOPD.

Abundando en este sentido, procede citar, por todas, la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21 de diciembre de 2001 en la que se declaraba que “de acuerdo con el principio que rige en materia probatoria (art. 1214 del Código Civil) la Agencia de Protección de Datos probó el hecho constitutivo que era el tratamiento automatizado de los datos personales de D. (...) (nombre, apellidos y domicilio), y a la recurrente incumbía el hecho impeditivo o extintivo, cual era el consentimiento del mismo.

Es decir, (...) debía acreditar el consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de datos personales, o justificar que el supuesto examinado concurre alguna de las excepciones al principio general del consentimiento consagrado en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 5/1992. Y nada de esto ha sucedido”.

En consecuencia, por todo lo que antecede, se considera infringido el artículo 6.1 de la LOPD por parte de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y que es responsable de dicha infracción al artículo citado.

III

El artículo 44.3.b) de la LOPD considera infracción grave:

“Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”.

En el presente caso, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. ha tratado los datos personales de la persona denunciante sin su consentimiento y ha conculcado el principio de consentimiento regulado en el artículo 6.1 de la LOPD que encuentra su tipificación en el artículo 44.3.b) de dicha norma.

IV

Se imputa igualmente a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. 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.

La Directiva 95/46 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que traspone la LOPD, por su parte, establece en su artículo 6. I. d) que “Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean...d) exactos, y cuando sea necesario, actualizados. Deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompatibles, con respeto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas”, indicando el apartado 6.2 que: “Corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado I”.

Por otra parte, el artículo 5 del Reglamento general de protección de datos, Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 ya citado más arriba, en su apartado 1.d) establece que los datos personales serán: “exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas necesarias para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan (<<exactitud>>); norma en vigor y aplicable a partir del 25 de mayo de 2018.

El artículo 29 de la LOPD regula de forma específica los ficheros establecidos para prestar servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, y distingue dentro de ellos dos supuestos. En los ficheros en los que se tratan datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias los datos son facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. Así, dispone en este sentido, en su apartado 2 el citado artículo: “Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley”. Y el punto 4 de este mismo artículo 29 de la LOPD dispone también que: “Sólo se podrán registrar y



ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos”.

Así lo expuesto, el artículo 37.1 y 3 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD) establece que:

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

(...)

3. De conformidad con el apartado 2 del artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, también podrán tratarse los datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés.

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

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

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

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

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

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

2. (...)

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

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

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

A lo que hay que añadir lo que determina el artículo 43 del RLOPD, en relación con la responsabilidad en la inclusión en ficheros de morosidad:

“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 previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”.

En este caso, la entidad denunciada incorporó a su sistema de información de clientes los datos de la persona denunciante como titular de servicios en cuestión sin ser cliente como ya se ha detallado más arriba. Posteriormente, incluyó sus datos personales en ficheros de morosidad. Y ello pese a lo que también se ha detallado en los fundamentos jurídicos precedentes.

En este sentido, indicar de nuevo que, y tal como consta acreditado en el expediente, en el fichero común de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG se incluyeron los datos personales de la denunciante a instancias de “TELEFONICA DE ESPAÑA” con fechas de alta el 6 de noviembre de 2013 y baja el 30 de septiembre de 2015 por importe de 110,73 € por un producto de telecomunicaciones (folios 52 a 54).

Los hechos anteriormente relatados más arriba por tanto son contrarios al principio de calidad del dato consagrado en el artículo 4.3 en relación con el 29 de la LOPD y en relación también con los artículos 38, 39 y 43 del RLOPD, toda vez que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. mantuvo indebidamente los datos de la persona denunciante en sus propios ficheros y, posteriormente, los comunicó al fichero BADEXCUG, sin que dicha inscripción hubiese respondido a su situación de entonces (“actual”), al no cumplir con los requisitos establecidos en la normativa sobre protección de datos de carácter personal, ya detallada más arriba.

V

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

Los datos personales de la persona 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 TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. puede subsumirse o no en tales definiciones legales.

Y ello tanto es así, puesto que dicha entidad trató automatizadamente en sus propios ficheros los datos relativos a la denunciante y a la deuda incierta en el sentido descrito, datos 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 la entidad es imputada por haber sido responsable del tratamiento de datos de la persona 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 esa información relativa 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, dicha entidad 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 incluidos en el fichero BADEXUG respondiera a la situación actual de la denunciante, pues la deuda era incierta, dado que no se ha acreditado que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contara con su consentimiento inequívoco para llevar a cabo contratación alguna de los servicios de telefonía en cuestión. Ello supone una vulneración del principio de calidad del dato de la que debe responder TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. 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 TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. es responsable de la infracción del principio de calidad del dato, recogido en el artículo 4.3, en relación con el 29,



ambos de la LOPD, y en los términos del artículo 43, en relación con el artículo 3, apartados c) y d), también de la citada norma.

VI

El artículo 44.3.c) de la LOPD establece como infracción grave:

“Tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave”.

La Agencia Española de Protección de Datos como ya se ha indicado más arriba ha resuelto numerosos procedimientos sancionadores por incumplimiento de calidad de datos en relación con ficheros de morosidad, tanto por alta improcedente por ser una deuda incierta, como es el caso, 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).

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 ciudadanos como morosos.

Es criterio compartido consiguientemente que aquél que utiliza un medio extraordinario de cobro, como es el de inclusión en registros de morosos, debe garantizar el cumplimiento de todos los requisitos materiales y formales ya vistos, y así permitir el empleo de este modo accesorio para conseguir el cobro de la deuda. No aplicar estas exigencias supondría, por lo contrario, utilizar este medio de presión al ciudadano sin las suficientes garantías mínimas para los titulares de los datos personales objeto de anotación en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito.

Tanto es así que el Tribunal Supremo considera “intromisión ilegítima en el derecho al honor” acudir a este medio de presión, pues “la inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar el cobro de las cantidades que estimen pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y denegación a acceso al sistema crediticio” (SSTS. 176/2013 de 6 de marzo y 12/2014 de 22 de enero).

El principio de calidad de dato, por lo tanto, se configura como principio básico en materia de protección de datos, y así se recoge en numerosas sentencias de la Audiencia Nacional, que excusa cita.

En cuanto al rigor de la inclusión, a su vez, la Audiencia Nacional ha manifestado reiteradamente que es esta falta de diligencia lo que configura el elemento culpabilístico de la infracción administrativa y resulta imputable a la recurrente. Debemos insistir que comprobar la exactitud del dato, es decir, de la insolvencia que se pretende registrar coincide con una cantidad debida es una circunstancia que ha de hacerse previamente y de modo riguroso antes de enviar los datos de una persona a un fichero de



responsabilidad patrimonial.

La inclusión como morosa de la denunciante en BADEXCUG en consecuencia debería de haberse realizado con todo rigor por la entidad imputada para salvaguardar la veracidad de la información a transmitir a los ficheros de solvencia económica que la Ley y su Reglamento exigen.

Por lo tanto, TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. ha incurrido en la infracción descrita, ya que el principio de calidad del dato es básico del derecho fundamental a la protección de datos. La entidad mencionada ha tratado los datos de la persona 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.c) de la citada Ley Orgánica.

VII

En relación con lo que establece el artículo 4.4 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, de aplicación de acuerdo con lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, hay que significar que las dos infracciones imputadas derivan de hechos que pueden realizarse con independencia absoluta, porque protegen principios diferente, a saber: el principio de consentimiento y el principio de calidad del dato, como ya se ha razonado más arriba.

Respecto a este tema, la Audiencia Nacional, en su sentencia de 9 de octubre de 2008, ha dicho en sintonía con este criterio que:

“Sobre esta cuestión - el concurso medial entre las infracciones del consentimiento y de la calidad de los datos - se ha pronunciado en reiteradas ocasiones este Tribunal en el sentido de que el artículo 4.4 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, 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 conferir 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 más 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. Existen por tanto dos infracciones que merecen respuesta punitiva por separado. La alegación debe desestimarse”.

VIII

El artículo 45 de la LOPD, en sus apartados 2 a 5, establece, según también la nueva redacción dada por la Ley 2/2011, que:

«2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros.

3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 300.001 a 600.000 euros.

4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

a) El carácter continuado de la infracción.

b) El volumen de los tratamientos efectuados.

c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.

d) El volumen de negocio o actividad del infractor.

e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

f) El grado de intencionalidad.

g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.

h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.

i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.

j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

5. 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, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.»

El nuevo apartado 5 del artículo 45 de la LOPD deriva del principio de proporcionalidad de la sanción y permite establecer "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", pero para ello es necesario la concurrencia de, o bien una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado, o bien de la antijuridicidad del hecho, o bien de alguna otra de las circunstancias que el mismo precepto cita.



Las citadas circunstancias no se dan en el presente caso, lo que impide apreciar la existencia de motivos para la aplicación de la facultad contemplada en el artículo 45.5, debido, por un lado, a que no obra en el expediente ningún elemento que lleve a apreciar la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas del referido artículo y, por otro, a la especial diligencia y conocimiento de la normativa de protección de datos que se ha de exigir a las entidades profesionales cuando, como ocurre con la entidad imputada, el tratamiento de datos personales constituye parte habitual y esencial de su actividad. Las empresas que por su actividad están habituadas al tratamiento de datos personales deben ser especialmente diligentes y cuidadosas al realizar operaciones con ellos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos (como de forma reiterada sostiene la Audiencia Nacional, entre otras en sentencia de 26 de noviembre de 2008).

Asimismo, la sentencia de 21 de enero de 2004 de la Audiencia Nacional ha señalado que dicho precepto "...no es sino manifestación del llamado principio de proporcionalidad (artículo 131.1 de la LRJPAC), incluido en el más general del 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 antijuridicidad 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" (rec. núm. 1939/2001).

E incidiendo en este aspecto, la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de noviembre de 2013, respecto a la solicitud de aplicación del apartado 5 del artículo 45 de la LOPD, dice que:

"Si ello lo relacionamos con que para aminorar la sanción, a tenor del apartado 5 del artículo 45 LOPD, deben concurrir dos o más circunstancias del apartado 4 del mismo artículo 45, y además de manera "significativa", concurrencia significativa que no se da en el presente supuesto y que por otra parte, en el mismo apartado 4, se prevé como circunstancia agravante la reincidencia, y es un hecho notorio la reiteración de conductas infractoras en materia de protección de datos por parte de (...), de todo ello concluimos que el artículo 45.5 LOPD no puede ser aplicado en el caso" (R. núm. 279/011).

Por lo que respecta a los criterios de graduación de las sanciones que contempla el artículo 45.4 de la LOPD, hay que considerar que en el presente caso concreto están presentes varias circunstancias que operan como agravantes, a saber:

- 1. En relación con el carácter continuado de la infracción (apartado 4.a), y según doctrina reiterada de la Audiencia Nacional al respecto, los datos personales del denunciante fueron incluidos, sin justificación legal para ello, en un fichero de morosidad, BADEXCUG concretamente, del 6 de noviembre de 2013 y baja el 30 de septiembre de 2015 (folios 52 a 54); ello sin contar que el tratamiento indebido comenzó, al menos, en fecha 1 de junio de 2013, fecha en la que se emitió la primera de las facturas por el servicio de telefonía en cuestión (folios 16 y 19).*
- 2. Por el volumen de negocio (apartado 4.d), toda vez que estamos ante una de las grandes operadoras de telecomunicaciones del país.*
- 3. Por la vinculación de la actividad del infractor con la realización de*



tratamientos de carácter personal (apartado 4.c), pues la actividad empresarial de la entidad imputada exige un continuo tratamiento de datos de carácter personal, tanto de sus clientes como de terceros, que se traduce en un deber de extremar la diligencia a fin de garantizar una tutela efectiva del derecho fundamental que nos ocupa.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006) exige a estas entidades que observen un adecuado nivel de diligencia, e indica a este respecto: "...el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el infractor no se comporta con la diligencia exigible. Y en la valoración del grado de diligencia ha de ponderarse especialmente la profesionalidad o no del sujeto, y no cabe duda de que, en el caso ahora examinado, cuando la actividad de la recurrente es de constante y abundante manejo de datos de carácter personal ha de insistirse en el rigor y el exquisito cuidado por ajustarse a las prevenciones legales al respecto".

4. En relación con el grado de intencionalidad (apartado 4.f), recordar con la Audiencia Nacional en su sentencia de 12 de noviembre de 2007 (Rec 351/2006), el siguiente criterio: "Cuando concurre una falta de diligencia, como aquí acontece, existe culpabilidad y la conducta merece sin duda un reproche sancionador sin que el hecho de que no exista actuación dolosa deba conllevar necesariamente una disminución aún mayor de la sanción cuando ésta ha sido impuesta en su grado mínimo". Por tal razón, si bien es cierto que no es posible sostener en el presente caso que la entidad hubiera actuado intencionadamente o con dolo, no cabe ninguna duda de que incurrió en una grave falta de diligencia. Extremo este que se evidencia del relato de hechos probados, que pone de manifiesto que TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. procedió a tratar los datos de la denunciante de forma indebida y a informar a los ficheros de solvencia (BADEXCUG) por la deuda incierta imputada por ello.

5. En lo que respecta a la falta de perjuicios causados a la persona denunciante (apartado 4.h), y en relación con la importancia de la inclusión y mantenimiento de los datos personales en ficheros de morosidad, el tema ha sido tratado en numerosas sentencias por parte de la Audiencia Nacional. Así, reiterar la doctrina que en la sentencia dictada el 16 de febrero de 2002 (recurso 1144/1999), por todas, se recoge: "... 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, ...".

6. Por las medidas adoptadas (apartado 4.i), no se acredita que en los hechos concretos se hubieran tomado ninguna medida, que de haberse producido, habría evitado los hechos como el denunciado. Y en el presente caso concreto, y por ello no puede contemplarse aquí la alegación de que hubo diligencia en regularizar la incidencia producida, pues la entidad procedió a confirmar la inclusión en BADEXCUG, tal como se lo comunicó dicho fichero a la denunciante por escrito de fecha 29 de mayo de 2015 en contestación a solicitud de cancelación (folios 5 y 47), ello en respuesta al ejercicio de su derecho de cancelación, previo derecho de acceso (folio 56), para lo que aportó copia de su DNI (folios 55 y 57) .

Por todo ello, procede imponer una multa cuyo importe se encuentre entre 40.001 € y 300.000 €, en aplicación de lo previsto en el apartado 2 del citado artículo 45, al tener la infracción imputada la consideración de grave en cualquier caso.

En el presente caso, por tanto, teniendo en consideración los criterios de



graduación de las sanciones establecidos en el artículo 45.4, en particular, el carácter continuado de la infracción (apartado 4.a), la vinculación de la actividad de la entidad infractora con la realización de tratamientos de datos de carácter personal (apartado 4.c), el volumen de negocio de la misma, al tratarse de una gran empresa (apartado 4.d), el grado de intencionalidad (apartado 4.f), el perjuicio causado (apartado 4.h) y en relación con las medidas adoptadas (apartado 4.i), procede imponer sendas multas de cuantía muy próxima al mínimo de 50.000 € por cada una de las infracciones cometidas>>.

III

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, TELEFÓNICA DE 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,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 29 de noviembre de 2016, en el procedimiento sancionador **PS/00278/2016**.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **TELEFÓNICA DE 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.



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