



Procedimiento nº.: PS/00422/2010

**ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00243/2011**

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **XFERA MOVILES S.A.** contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00422/2010, y en base a los siguientes,

**HECHOS**

**PRIMERO:** Con fecha 8 de febrero de 2011, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00422/2010, en virtud de la cual se imponía a la entidad XFERA MOVILES S.A., dos sanciones de 60.101,21 € cada, por la vulneración de lo dispuesto en los artículos 4.1 y 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracciones tipificadas como graves en el artículo 44.3.d), 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 14/02/2011, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

**SEGUNDO:** Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00422/2010, quedó constancia de los siguientes:

**PRIMERO.** *En fecha 23/09/2009, D. A.A.A. presentó escrito en la AEPD en el que denunciaba que la entidad XFERA le había notificado una deuda derivada de un servicio telefónico, sin que haya mantenido relación contractual alguna con la citada entidad; posteriormente ha sido requerido de pago por la empresa de cobros Collecta, así como la inclusión de sus datos personales en el fichero de solvencia patrimonial y de crédito ASNEF (folio 1).*

**SEGUNDO.** *El denunciante ha aportado copia de su DNI nº **\*\*\*DNI.1**, constando domiciliado en (C/.....1), (Barcelona), domicilio que coincide con el del escrito de denuncia (folio 2).*

**TERCERO.** *Constan dos escritos de requerimientos de deuda, de fecha 04/05/2009, remitidos por la empresa de cobros Collecta, Servicios de Gestión de Cobros, S.A. al denunciante conminándole al pago de las deudas que mantenía con XFERA, por importes de 67,59 euros y 95,25 euros respectivamente (folios 13 y 14).*

**CUARTO.** *Consta notificación de ASNEF-EQUIFAX, de fecha 02/05/2009, en el que informaba al denunciante que habían sido incorporados en el fichero ASNEF, cuyo responsable es ASNEF-EQUIFAX, sus datos como consecuencia de una situación de incumplimiento con la entidad XFERA, con fecha de alta 27/04/2009, producto telecomunicaciones, importe 162,84 euros, en calidad de titular (folio 9).*

**QUINTO.** Consta que el denunciante en fecha 28/07/2009 ejerció el derecho de cancelación ante ASNEF-EQUIFAX, como responsable del fichero ASNEF, quien en fecha 03/08/2009 le comunicó "que tras realizar las comprobaciones pertinentes había procedido a la Baja Cautelar con la/s entidad/es XFERA MOVILES, S.A. en el fichero ASNEF de los datos asociados al identificador: \*\*\*DNI.1". Asimismo, le informaba de las entidades que en los últimos seis meses habían consultado su NIF/DNI: Telefónica Móviles (folio 5 y 6).

**SEXTO.** Equifax Ibérica, en escrito de fecha 11/05/2010 ha informado que en el fichero ASNEF consta una incidencia asociada al identificador NIF \*\*\*DNI.1, correspondiente al denunciante, informada por XFERA, por operación telecomunicaciones, en calidad de titular, por un importe impagado de 162,84 euros, con fecha de alta 27/04/2009 y baja 03/08/2009. La citada incidencia fue notificada a (C/.....1), (Barcelona) (folios 24 y 29).

**SEPTIMO.** Consta que el denunciante se dirigió por correo electrónico hasta en tres ocasiones para poner en conocimiento de XFERA que no les unía relación contractual alguna, por lo que no podía tener deuda con la citada entidad:

- correo de fecha 06/03/2009, referente a la facturación recibida el mes de febrero de 2009:

"Sorpresivamente he recibido las siguientes facturas:

(...)

Teléfono: \*\*\*TEL.1 Importe 95,25

Teléfono: \*\*\*TEL.2 Importe 67,59

Como sea que no he contratado dichos teléfonos, ni soy titular, tal como he confirmado telefónicamente, ruego procedan a cancelar las facturas y analicen las causas que han conducido a la emisión de las mismas".

- correo de fecha 13/03/2009:

"Evidentemente no se han podido poner en contacto conmigo (se refiere el denunciante a que YOIGO intento ponerse en contacto telefónico para resolver la incidencia), ya que los teléfonos facturados, ni me pertenecen, ni los he contratado, por lo que las facturas deben anularse.

Ruego revisen la contratación y comprueben que la titularidad corresponde a otras personas.

(...).

Para cualquier contacto, tal y como le dije en la comunicación de la incidencia, ruego utilicen esta dirección electrónica".

- correo de fecha 16/04/2009:

"Me refiero a sus reclamaciones de facturas impagadas de fecha 13/04/2009, en la que me amenazan además de incluir en las bases e datos negativas de ASNEF y BADEXCUG, en caso de impago.

Tal y como les he comunicado en diversos correos, que se adjuntan, NO HE CONTRATADO LOS TELEFONOS Y NO ME CORRESPONDEN"

(...) (folios 7 y 8).



**OCTAVO.** El denunciante, mediante burofax NB\*\*\*\*\*, de 15/05/2009, se dirigió nuevamente a XFERA, ante los requerimientos de abono de las facturas referentes a consumos de servicios telefónicos, para mostrar su "...perplejidad, y ello es así porque como ha de constar en sus archivos, les he comunicado telefónicamente y por escrito mediante correo electrónico remitido a su servicio de atención al cliente, que no reconozco dicha deuda puesto que nunca he contratado servicios con su empresa y, evidentemente no solo se ha hecho un uso indebido de mis datos personales sino que se ha suplantado mi personalidad en materia de contratación", solicitando la copia del contrato a fin de llevar a cabo las acciones pertinentes a que hubiera lugar (folios 5 y 6).

**NOVENO.** En los sistemas informáticos de XFERA consta que el denunciante contrató el 06/02/2009 dos líneas telefónicas asociadas a los números \*\*\*TEL.2 y \*\*\*TEL.1, siendo desactivados el 21/05/2009 (folios 56 y 57). Como domicilio del denunciante figura (C/.....2) (MURCIA) (folio 58).

**DECIMO.** En los sistemas informáticos de XFERA, fichero de clientes, consta que se han emitido cuatro facturas números \*\*\*FACT.1, de fecha 01/06/2009 e importe 92,80 euros; \*\*\*FACT.2, de fecha 01/06/2009 e importe 92,80 euros; \*\*\*FACT.3, de fecha 01/03/2009 e importe 67,59 euros y \*\*\*FACT.4, de fecha 01/03/2009 e importe 65,25 euros (folio 59 y 60). XFERA tan solo ha aportado copia de las facturas números \*\*\*FACT.1, relativa a la línea \*\*\*TEL.2 y \*\*\*FACT.2, relativa a la línea \*\*\*TEL.1 (folios 145 y 146). La entidad ha manifestado que "La deuda total ascendía a 348,44€. Dicha deuda actualmente se halla suprimida cautelarmente de cualquier fichero de solvencia y crédito" (folio 52).

**UNDECIMO.** XFERA ha aportado los albaranes de entrega de los productos contratados, de fecha 11/02/2009. Figuran el nombre y apellidos del denunciante y tanto la dirección del mismo: (C/.....3), -BARCELONA, como la firma y el DNI del receptor, \*\*\*DNI.1, no parecen coincidir con los del afectado (folios 71 y 72).

**DUODECIMO.** XFERA no ha acreditado documentalmente la contratación de las líneas telefónicas asociadas a los números \*\*\*TEL.2 y \*\*\*TEL.1. La entidad ha manifestado en relación a los contratos "que los mismos se realizaron mediante llamada telefónica a los servicios de atención al cliente, sin embargo no ha sido posible recuperar la grabación" (folio 144).

**DECIMO TERCERO.** XFERA ha manifestado que "La identidad del cliente solo puede comprobarse en el momento de la entrega del pedido en su domicilio y esto se hace a través de otra empresa, 2020 Mobile, que es la encargada de realizar la entrega y comprobar la identidad del cliente" (folio 106).

**DECIMO CUARTO.** Consta aportado Contrato de prestación de servicios logísticos suscrito entre XFERA y 20:20 Mobile (España), SAU, en fecha 01/05/2009, cuyo objeto es, entre otros, "la adquisición de dispositivos móviles telefónicos, tarjetas SIM, PLV y accesorios destinados a satisfacer la demanda de los clientes de XFERA, asumiendo esa entidad el riesgo derivado de la actividad de distribución comercial de tales productos" (folios 113 y 114). En el punto 3. Servicios, epígrafe 3.4.6) Comprobación de la identidad del cliente y cancelación de entregas, se señala que "El Operador Logístico deberá proceder a la comprobación de la identidad del cliente en el momento de la entrega del pedido. A tal fin, la persona designada por el operador logístico para realizar la entrega del pedido solicitará al cliente, que previamente habrá sido informado de ello, la exhibición de un documento original acreditativo de su identidad (Documento Nacional de Identidad, Tarjeta de

*Extranjero o Pasaporte)” (folio 119 y 120).*

**DECIMO QUINTO.** *El Contrato de prestación de servicios logísticos suscrito entre XFERA y 20:20 Mobile (España), señala en punto 15, epígrafe 15.2. Encargo de tratamiento respecto de los datos de carácter personal, que la empresa 20:20 Mobile asume la condición de encargada del tratamiento de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la LOPD (folios 127 y 128).*

**TERCERO: XFERA MOVILES S.A.** (en los sucesivos el recurrente) ha presentado en fecha 22/03/2011, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en las alegaciones presentadas con anterioridad y además, que en virtud de la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, en virtud de la cual se modifica el artículo 45.2 de la LOPD, se rebajen la cuantía de las sanciones impuestas, así como la suspensión de ejecución de las sanciones a fin de no causar un desequilibrio financiero a la entidad.

## **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 **XFERA MOVILES 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 II al IX ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

### **II**

*En primer lugar, se imputa a XFERA en el presente procedimiento la comisión de una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, que dispone lo siguiente: “El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.”*

*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, (Fundamento Jurídico 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.*

*El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en definitiva, en un poder de disposición y control sobre los datos personales, tanto frente al Estado como ante un particular.*

*Tanto la recogida de los datos personales como su posterior tratamiento gravita, salvo en los casos concretos establecidos por Ley, sobre el principio del consentimiento del afectado.*

*Por otra parte, el artículo 6.2 de la LOPD establece las excepciones a la necesidad del consentimiento del afectado. Dicho artículo establece lo siguiente:*

*“2. 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”.*

*XFERA no ha acreditado en el procedimiento que cuente con el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos personales, como consecuencia del alta en los servicios telefónicos contratados asociados a las líneas \*\*\*TEL.2 y \*\*\*TEL.1, ni que cuente con habilitación legal para ello. Dicho tratamiento de datos vulnera el principio del consentimiento recogido en el artículo 6.1 de la LOPD, por cuanto que el mismo ni se realizó con el consentimiento del denunciante, ni concurre en el supuesto examinado ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD que permitirían a XFERA tratar los datos del denunciante sin su consentimiento.*

### III

*La representación de XFERA ha alegado que la contratación se realizó mediante llamada telefónica a los servicios de atención al cliente pero que no ha sido posible recuperar la grabación, no constando copia del contrato.*

*En relación con la citada manifestación, se hace necesario aludir a la Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de diciembre de 2001, que dispone lo siguiente: “...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”.*

*Por otra parte, el sistema de contratación telefónica es un método válido y admitido en derecho, encontrándose regulado por el Real Decreto 1906/1999, de 17 de*

diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.

El desarrollo reglamentario de este artículo a través del mencionado Real Decreto 1906/1999, en el que se ratifica la obligación de confirmación documental de la contratación efectuada por vía telefónica, electrónica o telemática, disponiendo en su artículo 5.1 y 2 lo siguiente:

“1. La carga de la prueba sobre la existencia y contenido de la información previa de las cláusulas del contrato; de la entrega de las condiciones generales; de la justificación documental de la contratación una vez efectuada; de la renuncia expresa al derecho de resolución; así como de la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental y al momento de sus respectivos envíos, corresponde al predisponente. (El subrayado es de la AEPD).

2. A estos efectos, y sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, cualquier documento que contenga la citada información aún cuando no se haya extendido en soporte papel, como las cintas de grabaciones sonoras, los disquetes y, en particular, los documentos electrónicos y telemáticos, siempre que quede garantizada su autenticidad, la identificación fiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión y recepción, será aceptada en su caso, como medio de prueba en los términos resultantes de la legislación aplicable...”

En este sentido se pronuncia, al hablar de la contratación telefónica, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 31/05/2006, Recurso 539/2004, en su Fundamento de Derecho Cuarto, cuando señala “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”, y continúa, “Resulta, por tanto, que tal empresa demandante no sólo no ha aportado ningún elemento probatorio que acredite la celebración telefónica del contrato, sino que tampoco ha acreditado el cumplimiento de las garantías y cautelas que determinan las normas descritas” .

Por otra parte, de la documentación aportada al expediente se desprende la existencia de indicios en cuanto a la posibilidad de una contratación irregular. En los albaranes de entrega (hecho probado 11) consta la recepción de los productos contratados en un domicilio, (C/.....3), Cornellá de Llobregat (Barcelona), diferente del correspondiente al denunciante; la entrega de dichos productos se produce en el propio domicilio del receptor, que no coincide con el del denunciante; el número del DNI del receptor: \*\*\*DNI.1, nada tiene que ver con el del denunciante y la firma estampada por el receptor tampoco parece coincidir con la del denunciante.

A mayor abundamiento, el denunciante se dirigió en varias ocasiones a XFERA mediante correos electrónicos, manifestándole que en ningún momento había contratado dichos teléfonos, ni era titular de los mismos, por lo que debían proceder a cancelar las facturas y analizar las causas que habían conducido y provocado la emisión de las mismas. Además, posteriormente y mediante burofax, el propio denunciante se



*dirigió a la entidad denunciada haciendo un recordatorio de los correos electrónicos enviados e instándole, sin resultado alguno, a fin de que demostrara la existencia de la relación contractual y por ende, del consentimiento o autorización para el tratamiento de sus datos personales, así como el cese en la reclamación de los saldos deudores y la baja inmediata en sus registros.*

*De todo ello, se desprende que XFERA no era ajena a la existencia de la reclamación planteada por el denunciante, a la vista de las comunicaciones existentes y la carta enviada el 15/05/2009 (hechos probados 7 y 8).*

*Por todo lo expuesto, XFERA no ha acreditado que el denunciante contratara los servicios telefónicos en los que fue dado de alta sin su consentimiento; de lo que se desprende que la conducta de XFERA es contraria al principio del consentimiento recogido en el citado artículo 6.1 de la LOPD.*

#### IV

*Se imputa a XFERA 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 4.3 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.”*

*La Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, establece en su Norma Primera, punto 1, los requisitos imprescindibles para registrar los datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones exigiendo que “ La inclusión de los datos de carácter personal en los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, a los que se refiere el artículo 28 de la Ley Orgánica 5/1992” –artículo 29 LOPD-, “deberá efectuarse solamente cuando concurren los siguientes requisitos:*

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

b) Requerimiento previo de pago a que corresponda, en su caso, el cumplimiento de la obligación”.

Asimismo la citada Instrucción señala en su Norma Primera Punto 2 que: “No podrán incluirse en los ficheros de esta naturaleza datos personales sobre los que exista un principio de prueba documental que aparentemente contradiga alguno de los requisitos anteriores. Tal circunstancia determinará igualmente la desaparición cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que se hubiera efectuado su inclusión en el fichero.”

Por otra parte, el artículo 38.1 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por R.D. 1720/2007, de 21 de diciembre, señala que:

“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”.

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.

Es objeto de estudio en el presente procedimiento, y por tanto cuestión a dilucidar en el mismo, si la inclusión de los datos del denunciante en los ficheros de morosidad se realizó conforme determina la normativa de protección de datos.

En el presente caso, ha quedado acreditado que XFERA dio de alta en el servicio a dos líneas telefónicas números **\*\*\*TEL.2** y **\*\*\*TEL.1**, asociadas a los datos personales del denunciante, sin que la entidad haya acreditado que contara con el consentimiento de aquel para el tratamiento de sus datos, materializado en el alta en los servicios contratados. Como consecuencia de las líneas contratadas se generó un consumo que motivó la emisión por XFERA de cuatro facturas (**\*\*\*FACT.1**, **\*\*\*FACT.2**, **\*\*\*FACT.3** y **\*\*\*FACT.4**). Este hecho determinó que la operadora le imputara una deuda que no era cierta, ni vencida ni exigible, por cuanto el denunciante era totalmente ajeno a tal contrato. Posteriormente, ante el impago por el denunciante de la deuda generada, XFERA instó la inclusión de sus datos en el fichero de solvencia y crédito ASNEF, asociados a un saldo deudor por importe de 162,84 euros, con fecha de alta 27/04/2009 y baja 03/08/2009.

XFERA como acreedor e informante de dichos datos al fichero de solvencia, debió extremar su diligencia y responsabilidad en el momento de facilitar una información de esa naturaleza, tal y como exige el artículo 4 de la LOPD; es decir, XFERA debió haberse asegurado que los datos de carácter personal eran exactos y respondían con veracidad a la situación del afectado, antes de instar la inclusión en el fichero de cumplimiento de obligaciones dinerarias, dadas las repercusiones personales



que conlleva estar incluido y permanecer en ese tipo de ficheros.

Estos hechos son contrarios al principio de calidad de datos y, por tanto, contravienen lo dispuesto en el artículo 4.3 de la LOPD, en relación con el artículo 29.4 de la misma Ley, tipificada en el artículo 43.3.d) de la citada Ley Orgánica.

V

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

Los datos personales de los denunciados son datos que figuran en los propios ficheros automatizados de la entidad informante, en este caso XFERA.

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.

Es criterio reiteradamente mantenido por la Audiencia Nacional que el principio de calidad de datos, proclamado por el artículo 4.3 de la LOPD, es de exigencia a quien comunica datos de carácter personal a un fichero de esta naturaleza.

La LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (art. 43.1), concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d). Este último precepto, innovando respecto de la Ley Orgánica 5/1992, incluye en el concepto de responsable tanto al que lo es del fichero como al que lo es del tratamiento de datos personales.

Conforme a dicha definición del artículo 3.d) el responsable del fichero o del tratamiento es "la persona física o jurídica (...) que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento".

El artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, define al responsable del tratamiento como "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales" y añade que "en caso de que los fines y los medios del tratamiento estén determinados por disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales o comunitarias, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrán ser fijados por el Derecho nacional o comunitario".

En cuanto al concepto de tratamiento de datos, éste se delimita en el artículo 3.c) de la LOPD, que incluye 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".

La Audiencia Nacional en su Sentencia de 16/10/2003 ha declarado que, a tenor

de los artículos transcritos, <<se define al “responsable del tratamiento” como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio, o cualquier otro organismo que sólo, o conjuntamente con otros, determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales, por lo que tal figura del responsable se conecta en la Ley con el poder de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

Se desprende asimismo de los repetidos apartados del art. 3, como ya se ha manifestado, la diferenciación de dos responsables en función de que el poder de decisión vaya dirigido al fichero o al propio tratamiento de datos. Así, el responsable del fichero es quien decide la creación del fichero y su aplicación, y también su finalidad, contenido y uso, es decir, quien tiene capacidad de decisión sobre la totalidad de los datos registrados en dicho fichero. El responsable del tratamiento, sin embargo, es el sujeto al que cabe imputar las decisiones sobre las concretas actividades de un determinado tratamiento de datos, esto es, sobre una aplicación específico. Se trataría de todos aquellos supuestos en los que el poder de decisión debe diferenciarse de la realización material de la actividad que integra el tratamiento.>>

El Tribunal Supremo, en su 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.”

En este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Nacional en su Sentencia de 03/03/2004, citada entre otras en su Sentencia de 18/01/2006, al señalar que <<el tipo sancionador previsto en el artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica 15/1999, castiga “tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidas en la presente Ley”, como el previsto en el artículo 4.3 de la citada Ley que impone la veracidad y exactitud de los datos de carácter personal.



*Acorde con este principio se establecen una serie de obligaciones, tendentes a alcanzar esa veracidad y exactitud de los datos de carácter personal que se encuentran en el fichero, y cuyo incumplimiento es digno de reproche y configura una infracción administrativa por la que se impone la sanción que se recurre. Dicho de otra forma, el medio de conseguir que los principios en que se inspira esta regulación sobre la protección de datos –al amparo del artículo 18.4, más allá del contenido del artículo 18.1 de la CE, como un derecho fundamental autónomo tras la STC 292/2000 –sean efectivos es mediante la acción sancionadora, es decir, tipificando las conductas que impidan el cumplimiento de los expresados principios.*

*El ámbito subjetivo del ilícito administrativo descrito son los “responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos”, pues sólo a estos les es aplicable el régimen sancionador que diseña la Ley Orgánica 15/1999, ex artículo 43.1 de la misma Ley. Esta delimitación subjetiva, ha sido ampliada en las Ley Orgánica 15/1999, a la sazón aplicable, respecto de la prevista en la Ley Orgánica 5/1992, en cuyo artículo 42.1 sólo sometía a su régimen sancionador a los responsables de los ficheros. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el responsable del fichero tiene una configuración más amplia en la Ley de 1999 que en la de 1992, pues sólo así puede explicarse que cuando el artículo 43.1 alude al “responsable del fichero”, esta expresión comprende ahora al responsable del tratamiento, ex artículo 3.d) de la Ley Orgánica 15/1999, bajo la expresión “responsable del fichero o tratamiento”, desconocida en la Ley de 1992. y si bien es cierto que las definiciones son coincidentes antes y ahora, sin embargo se ha incluido en la vigente Ley a aquellos otros que decidiendo sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, no sean propiamente responsables del fichero.*

*Entendemos, por tanto, por responsable del fichero o del tratamiento la persona física o jurídica, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento; y por encargado del tratamiento quien trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento, según define el artículo 3, apartados d) y g), respectivamente, de la Ley Orgánica 15/1999.>>*

*Es preciso, por tanto, determinar si en el presente caso la actividad desarrollada por XFERA puede subsumirse o no en tales definiciones legales.*

*XFERA incorporó a sus ficheros los datos del denunciante. En consecuencia, trató automatizadamente los datos relativos a una supuesta deuda del denunciante en sus propios ficheros, de los que es responsable conforme el artículo 3.d) citado. Adicionalmente, decidió sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento y resolvió su incorporación a los ficheros ASNEF.*

*Dicha comunicación se realizó, mediante un procedimiento que implica un tratamiento automatizado de datos cuyo destino es, también, ser tratado automatizadamente por el responsable del fichero de solvencia.*

*Conforme a lo expuesto, XFERA ha decidido, sobre la finalidad del tratamiento (la calificación del denunciante como deudor), el contenido de la información (los datos relativos a la deuda y al deudor asociados al denunciante), y el uso del tratamiento (la incorporación de los datos del denunciante 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), por lo que es responsable de que la información suministrada no responda al principio de calidad de datos recogido en el artículo 4 de la LOPD (exigencia de que los datos sean exactos y respondan a la situación actual de los afectados).*

Además, todo lo anterior lo ha realizado sin que los datos comunicados y mantenidos en los ficheros fueran exactos, pues la deuda informada y asociada al denunciante no le correspondía, pues este no era deudor al no mantener relación contractual alguna con XFERA. Ello supone una clara vulneración del principio de calidad de datos, de la que debe responder XFERA 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 XFERA es responsable de la infracción del artículo 4.3 en relación con el artículo 29.4 de la LOPD en los términos del artículo 43, en relación con la definición del artículo 3.d) y c) de la citada Ley Orgánica.

## VI

XFERA ha alegado que no puede considerarse la comisión de dos infracciones, ya que estamos ante un mismo hecho, al tratarse de datos en relación con el contrato de una línea de telefonía que generó una deuda, cuya existencia per se y una vez cumplidos los trámites legalmente previstos, necesariamente hubiera sido incluida en un fichero de solvencia.

En relación con el citado alegato, 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, dispone:

*“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 debe imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.”*

En este caso, no procede la aplicación del precepto transcrito, dado que del tratamiento de datos sin consentimiento no se deriva, necesariamente, la vulneración del principio de calidad de los datos tratados, dado que XFERA no se limitó al tratamiento de los datos del denunciante sino que, además, comunicó a un fichero de solvencia patrimonial una información que no era cierta, sin asegurarse de la veracidad de la misma. Son, por tanto, dos infracciones totalmente diferentes e independientes, sin que la comisión de una de ellas implique, necesariamente, la comisión de la otra.

Por tanto, dicha alegación debe ser desestimada.

## VII

Alega la representación de XFERA que es responsabilidad de 20:20 Mobile, la verificación de la información aportada en el momento de la entrega de los productos y que mientras esta entidad no indique la existencia de divergencia en la identidad del receptor, es imposible para XFERA efectuar una comprobación una a una de todas las entregas efectuadas.

En relación con el citado alegato, no hay que olvidarse que el hecho de que medie en la contratación un operador logístico (encargado de tratamiento) no exime de responsabilidad al responsable del fichero al amparo de los artículos 6 y 43 LOPD.

El artículo 43, define el concepto de responsable: *“1. Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley”*. 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.



Por otra parte, el reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre, complementa esta definición en el apartado q) del artículo 5, en el que señala lo siguiente:

*“q) Responsable del fichero o del tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que solo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente.”*

*Podrán ser también responsables del fichero o del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados” (El subrayado es de la Agencia).*

*En el presente caso, aunque XFERA no realice materialmente el tratamiento, es responsable de las infracciones que se deriven de la actuación realizada en atención a que como responsable del fichero es quien decide sobre la su finalidad, contenido y uso del tratamiento, es decir, quien tiene capacidad de decisión sobre los datos registrados en el fichero.*

*La SAN de 20/02/2008, rec. 27/2007 señala que: “...En este sentido se viene pronunciando esta Sala, al señalar en las SSAN, Sección 1ª, de 25/10/2002 (Rec. 185/2001 y 30/06/2004 (Rec. 619/2002) que la concurrencia del consentimiento inequívoco del afectado que exige el artículo 6.1 para el tratamiento de datos de carácter personal por parte de un 3º, en el caso de que dicho interesado niegue haberlo otorgado, se ha de acreditar por quien realiza el tratamiento a través de los medios previstos legalmente a tal fin.*

*Es decir, por regla general, corresponde a quien realiza el tratamiento estar en condiciones de acreditar que ha obtenido el consentimiento del afectado pues, salvo las excepciones establecidas en la ley, sólo el consentimiento justifica o legitima el tratamiento y, a tal fin deberá arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que tal consentimiento ha sido prestado. Interpretación ésta que es la que más correctamente se acomoda a lo dispuesto no sólo en el citado artículo 6.1 LOPD, sino también en la Directiva 95/46/CE que en su artículo 7 preceptúa que los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si el afectado ha dado el consentimiento de forma inequívoca”. (El subrayado es de la Agencia).*

*En este sentido, debe citarse repetida jurisprudencia existente al efecto respecto de la relación entre los responsables del tratamiento (en este caso, XFERA) y los encargados del tratamiento (en el presente caso, 20:20 Mobile). Así, debe traerse a colación la SAN de 8/06/2006, que señala que: “Se reitera que las operaciones de contratación con los abonados no se realizan directamente por Auna sino por varios agentes a los que en virtud del contrato de agencia suscrito, se encargó la prestación de servicios de distribución...Por todo lo cual, se alega, que Auna carece de responsabilidad, ya que dichas actuaciones fueron realizadas por un tercero subcontratado por ella quien, tal y como establece la LOPD, deberá responder del mal tratamiento que haga de los datos de carácter personal de los clientes de la actora.*

*Al respecto hay que reseñar que la empresa demandante ha tratado los datos de los afectados (en la medida que incorpora los datos a sus ficheros, emite facturas y gira los correspondientes recibos bancarios) sin su consentimiento.*

*La responsabilidad en que hayan podido incurrir, en su caso, Digimur S.L., Task Force, Telemensaje S.A. y RDSI 2000 S.L. -los distribuidores- al facilitar a Auna datos del “cliente” denunciante, sin el consentimiento del afectado, no la exime del*

cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales, pues es ella a la que le corresponde verificar o efectuar las oportunas comprobaciones sobre la validez de la solicitud, la que incorpora sus datos a sus ficheros, emite facturas y gira los correspondientes recibos bancarios, y comunica la deuda de uno de los afectados al fichero Asnef. En correlación, es Retevisión la que debe asegurarse mediante la adopción de las medidas de seguridad adecuada que aquél a quien solicita los datos para contratar y ser tratados por ella, lo presta con consentimiento inequívoco y que esa persona que esta dando el consentimiento, efectivamente es la titular de los datos personales en cuestión. (El subrayado es de la Agencia).

En similares términos se manifiesta la SAN de 12/09/2007, Rec. 370/2005 al señalar que: "La responsabilidad en que hayan podido incurrir, en su caso, el distribuidor al facilitar a UNI2 datos de la clienta sin el consentimiento de la afectada, no la exime del cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales, pues es ella con quien el interesado firma el contrato de abono, quien incorpora sus datos a sus ficheros, emite facturas y gira los correspondientes recibos bancarios, y la que en correlación, debe asegurarse que aquél a quien solicita los datos para contratar y ser tratados por ella, lo presta con consentimiento inequívoco y que esa persona que está dando el consentimiento, efectivamente es la titular de los datos personales en cuestión.

Se trata en definitiva de que UNI2 verifique la identidad del solicitante de los servicios mediante la exigencia de fotocopia del documento que acredite dicha entidad, a fin de contratar y facilitar el servicio a la persona que efectivamente lo reclama y si la actora hubiese solicitado la copia de dicho documento de identidad de los afectados hubiera podido comprobar que los distribuidores carecían de dicha documentación".

Es decir, los sistemas de seguridad implementados por UNI2 exigiendo copias de los documentos de identidad de los solicitantes de la preasignación con UNI2 fueron incumplidos por la propia entidad, por lo que resulta evidente su responsabilidad.

Este criterio es el sostenido por la Sala en la SAN (1ª) de 22/02/2006, Rec 294/2004 en un caso similar al presente, en el que figura también como demandante UNI2".

Por tanto, XFERA ha tratado los datos del denunciante sin su consentimiento. La responsabilidad en que haya podido incurrir, en su caso, la entidad 20:20 Mobile como encargada del tratamiento, al no comprobar en el momento de la entrega de los productos contratados, la correcta identidad del cliente, no le eximen del cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales, pues es con la citada entidad con quien el contratante suscribe las correspondientes líneas telefónicas y no quien media en la entrega de los pedidos; los datos son incorporados a sus ficheros y quien los trata de forma automatizada, gira las correspondientes facturas y, la que en correlación, debe asegurarse que aquél a quien solicita los datos para contratar y ser tratados por ella, lo presta con consentimiento inequívoco y que esa persona que esta dando el consentimiento, efectivamente es la titular de los datos personales en cuestión.

Sin embargo, no solo no consta evidencia alguna de haber contado con el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos, ni se observa indicio alguno de haber mediado su voluntad para llevar a cabo las contrataciones de las líneas asociadas a los números \*\*\*TEL.2 y \*\*\*TEL.1, sino todo lo contrario, la propia entidad manifiesta que "Con respecto a la infracción del artículo 6.1, hemos de indicar que Yoigo no tuvo medio de conocer que el consentimiento no estaba válidamente prestado por el Sr. Puñet, dado que en el momento de la contratación ningún indicio existía para dudar de la autenticidad de la persona que estaba contratando" (folio 106).

Por lo expuesto, XFERA como responsable del fichero, se sitúa bajo el régimen



de responsabilidad por infracciones a la LOPD, resultando plenamente acreditada la vulneración del principio del consentimiento establecido en el artículo 6.1 de la LOPD y en consecuencia la infracción grave apreciada.

### VIII

El artículo 44.3.d) de la LOPD establece: “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”.

En relación con el citado artículo, la Audiencia Nacional ha manifestado, además de en la citada Sentencia de 29 de octubre de 2004, en su Sentencia de 22 de octubre de 2003, que “la descripción de conductas que establece el artículo 44.3.d) 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, realizando envíos publicitarios”.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 16 de febrero de 2001, en el Fundamento de Derecho IV señala, respecto al principio de calidad de los datos y a la inclusión de éstos en ficheros de morosidad, lo siguiente: “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 Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento de Datos de Carácter Personal, 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.”. En el mismo Fundamento de Derecho continúa: “...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, cerciorándose previamente si la persona deudora es realmente aquella cuyos datos se facilitan a dicho registro”.

En el presente caso, ha quedado acreditado que XFERA vulneró el principio de consentimiento y el de calidad de los datos, que se configuran como principios básicos en materia de protección de datos, y así se recoge en numerosas Sentencias de la Audiencia Nacional.

XFERA ha incurrido en las infracciones descritas ya que ha vulnerado ambos

*principios, consagrados en los artículos 4.3 y 6.1 de la LOPD, cuando informó al fichero ASNEF de los datos del denunciante asociados a una deuda que no le correspondía, y por tratar los datos del denunciante sin su consentimiento, que encuentran su tipificación en el artículo 43.3 d) de la citada Ley Orgánica.*

## **IX**

*De acuerdo con lo establecido en el artículo 45.2, 4 y 5 de la LOPD:*

*“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 preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate.”*

*XFERA solicita la aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.5 de la LOPD, que admite esta posibilidad siempre que exista una cualificada disminución de la culpabilidad o de la antijuridicidad del hecho y además, por la ausencia de perjuicios para el denunciante, la falta de intencionalidad y ausencia de beneficio para la entidad.*

*En cuanto a la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, 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”.*

*La Sentencia de 21/01/2004 de la Audiencia Nacional, en su recurso 1939/2001, señaló 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.*

*En el presente caso, de las actuaciones practicadas ha quedado acreditado que XFERA vulneró el artículo 4.3 y 6.1 de la LOPD, al instar la inclusión en el fichero de morosidad ASNEF los datos del denunciante como consecuencia de una deuda, sin que la misma fuera cierta, vencida y exigible y, sin que haya quedado acreditado que el denunciante tuviera relación contractual alguna con la citada entidad. Por tanto, no cabe apreciar circunstancias que supongan una disminución cualificada ni de la culpabilidad ni de la antijuridicidad, pues la infracción no se habría producido de haber empleado la*



*entidad XFERA la diligencia debida que le era exigible. Además, según señala la Audiencia Nacional en la Sentencia citada de 16/02/2005, “a la antijuridicidad no obsta la intención de infringir las normas jurídicas -STS de 4 de junio de 1999-; y ya hemos razonado que... sí existe lesión del derecho protegido por la Ley”. Por tanto, no se estima procedente la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD.*

*No obstante, respecto a los criterios de graduación de las sanciones recogidas en el artículo 45.4 de la LOPD, y en especial en el presente caso, en relación con las infracciones de los artículos 4.3 y 6.1 imputadas a XFERA, se impone las sanciones en su cuantía mínima en atención a la falta de intencionalidad, ausencia de beneficio obtenido y el volumen de tratamientos efectuados.*

### III

En cuanto a la alegación vertida por la recurrente, relativa a que se rebajen las cuantías de las sanciones impuestas, por aplicación del principio de retroactividad de la norma más favorable, en virtud de la aprobación de la Ley de Economía Sostenible que modifica el artículo 45.2 de la LOPD

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 17) recoge “los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia”- sanciona el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable estableciendo en el artículo 128.2 que “las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.

Por tal razón, si bien los hechos que constituían los presupuestos fácticos de la imputación dirigida contra la recurrente se encuadraban, al tiempo de su comisión por la entidad, en el tipo sancionador previsto en el artículo 44.3.d) de la LOPD, infracciones graves para la que el artículo 45.2 de la LOPD preveía unas sanciones con multas de 60.101,21 € a 300.506,05 €; estimamos que en virtud del principio de retroactividad de la disposición sancionadora más favorable, debemos optar, en el presente caso, por aplicar las disposiciones más beneficiosas para la denunciada introducidas por la reforma operada en la Ley Orgánica 15/1999 a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, publicada en el BOE el 5 de marzo de 2011 y que entró en vigor al día siguiente a su publicación.

De acuerdo con las previsiones de la LOPD, según modificación introducida por la Ley 2/2011, el artículo 44.3.b) y 44.3.c) tipifica como infracciones graves “b) 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” y “c) Tratar los 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 “. Infracciones graves sancionadas con multas de 40.001 a 300.000 euros, tras la nueva redacción dada al artículo 45.2 de la LOPD.

No obstante, por lo que se refiere a los criterios de graduación de las sanciones contemplados en el artículo 45.4 de la LOPD, hay que tener en cuenta circunstancias que operan como agravantes de la conducta enjuiciada. Entre ellas cabe citar, el carácter continuado de la infracción, la vinculación de la actividad de la entidad infractora

con la realización de tratamientos de datos de carácter personal y el volumen de negocio de la misma por lo que procede imponer dos sanciones en cuantía de 50.000 euros cada una.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

**PRIMERO: ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso de reposición interpuesto por **XFERA MOVILES S.A.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 8 de febrero de 2011, en el procedimiento sancionador PS/00422/2010, e imponer dos sanciones de cuantía de 50.000 euros cada una, de acuerdo con el artículo 45.2 de la LOPD.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución a la entidad **XFERA MOVILES 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, 30 de marzo de 2011

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA  
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte