



Procedimiento nº.: PS/00429/2012

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00015/2013

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **XFERA MÓVILES S.A.** contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00429/2012, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 19 de noviembre de 2012, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00429/2012, en virtud de la cual se imponía a la entidad XFERA MÓVILES S.A., una sanción de 20.000 euros (veinte mil euros) por la vulneración del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma y una sanción de 20.000 euros (veinte mil euros), por la vulneración del artículo 4.3 en relación con el artículo 29.4 de la LOPD, infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.c) de dicha norma, 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 23 de noviembre de 2012, 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/00429/2012, quedó constancia de los siguientes:

*<<**PRIMERO:** Con fecha 15 de septiembre de 2011, tuvo entrada en esta Agencia un escrito remitido por Don **A.A.A.** en el que manifiesta que, por casualidad, debido a intento infructuoso de portabilidad de su línea habitual de Vodafone, tuvo conocimiento de que sus datos personales habían sido incluidos sin ningún motivo en el fichero de morosos Badexcug por la entidad XFERA MÓVILES, S.A. El denunciante manifiesta que no es cliente de dicha entidad, que no ha firmado ningún contrato ni ha recibido ningún servicio de ellos (folios 1-6).*

SEGUNDO:** Los datos personales del denunciante que obran en su DNI son los siguientes: **A.A.A.**, con DNI **DNI.1**, fecha de nacimiento el **DD/MM/AA.**, domiciliado en (C/.....1), **Sevilla** (folios 5-6)*

TERCERO:** En los sistemas de información de XFERA constan los siguientes datos: **B.B.B.**, con NIF **DNI.1**, fecha de nacimiento **DD/MM/AA.**, domiciliado en (C/.....2), **Sevilla** (folio 21).*

CUARTO:** En los sistemas de XFERA consta **B.B.B.** como titular de las líneas de pospago números **TEL.1** y *****TEL.2** pero con idéntico NIF que el denunciante, con fecha de alta 14 de abril de 2008 en ambas líneas. Ambas líneas fueron dadas de baja el 5 de julio de 2010 (folio 22).*



QUINTO: XFERA no ha aportado copia de contrato suscrito por Don **A.A.A.**. Sin embargo, aporta dos contratos sin firmar de Don **B.B.B.**, de fecha 14/04/2008, pero no aporta la documentación que éste hubiera aportado en el momento de la contratación para acreditar su identidad (folios 42-43).

SEXTO: XFERA ha manifestado que, en el caso de contratación por Internet, la identidad del contratante se realiza en el momento de la entrega del teléfono móvil, previa exhibición del DNI. Sin embargo, en los dos acuses de recibo consta que el móvil no fue entregado al denunciante, sino a **B.B.B.**, con NIF *****DNI.1**, domiciliado en (C/.....2), Sevilla (folios 84-85), por lo que resulta obvio que en ningún momento se cotejó el DNI del contratante.

SÉPTIMO: En el fichero de solvencia patrimonial y crédito "Badexcug" y ficheros auxiliares figuran las siguientes incidencias a nombre de Don **B.B.B.** y/o asociadas al DNI – NIF-*****DNI.1**, incluidas por XFERA:

- A nombre de Don **B.B.B.**, DNI *****DNI.1**, (C/.....2), Sevilla: Fecha de alta 16/03/2009, importe 328,03 euros. Fecha de alta el 13/04/2010, importe 905,50 euros y baja el 02/09/2011 por asignación errónea del identificador. Declaración errónea del DNI (folio 51-58).

OCTAVO: Experian comunicó a Don **A.A.A.** que había procedido a la cancelación de sus datos con fecha 02/09/2011 (folio 59).

NOVENO: XFERA manifestado que los datos del denunciante fueron excluidos de los ficheros de solvencia y crédito el 25/08/2011, ante la existencia de una solicitud de cancelación de los datos ejercida por el denunciante ante los ficheros de solvencia (folio 20) y en cuanto tuvo conocimiento de un posible fraude (folios 79-80)>>

TERCERO: XFERA MÓVILES S.A. ha presentado en fecha 20 de diciembre de 2012 - con fecha de entrada en esta AEPD el 8 de enero de 2013 -, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en que en la propia Resolución se reconoce que "Yoigo pudo ser víctima de una contratación fraudulenta de dos hermanos, en la que uno de ellos habría utilizado, supuestamente, su propio nombre y apellidos y el DNI (que tenía un número correlativo) del otro"

A este respecto, señala que esta situación de contratación fraudulenta se da en la Resolución de la AEPD referida al procedimiento E/00831/2012, que concluyó con el archivo de las actuaciones al entenderse que Telefónica empleó una notable diligencia desde el momento en que tuvo conocimiento que la contratación podía tener su origen en un ilícito penal, motivada por la actuación de un tercero de mala fe y que ambas partes, denunciado y denunciante habrían sido víctimas de una contratación fraudulenta.

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 MÓVILES S.A, debe señalarse que esta Agencia justificó la responsabilidad de la recurrente en la comisión de la infracción imputada en los Fundamentos de Derecho del II al V ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<< II

Se imputa a Yoigo una vulneración del artículo 6.1 de la LOPD dispone lo siguiente:

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

Por su parte, el apartado 2 del mencionado artículo contiene una serie de excepciones a la regla general contenida en el 6.1, estableciendo que “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.”

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

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

En este caso, los datos personales del denunciante fueron incorporados a los sistemas de información de Yoigo, asociados a los servicios detallados en los Hechos Probados, sin que haya quedado acreditado que la operadora dispusiera del consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos personales ni que hubiera tomado las medidas para acreditar fehacientemente la identidad del cliente.



En este sentido, procede citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21/12/2001 en la que declara 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”.

Por tanto, corresponde a Yoigo acreditar que cuenta con el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos personales, máxime cuando éste niega haberlo otorgado, y cuando no consta que el operador haya efectuado ninguna comprobación en el momento de la contratación por el cliente o con posterioridad a la misma.

*Los datos personales del denunciante fueron registrados en los ficheros de Yoigo asociados a dos líneas cuya contratación ha negado y que consta que fue activada a nombre de D. **B.B.B.** pero con idéntico DNI que el denunciante. Estos datos tratados para la emisión de diversas facturas por estos servicios asociados al denunciante y para ser incluidos en el fichero de solvencia patrimonial y crédito Badexcug.*

*En consecuencia, Yoigo ha efectuado un tratamiento de los datos personales del denunciante asociados a las líneas *****TEL.1** y *****TEL.2**, sin que haya acreditado en el procedimiento que cuente con el consentimiento del mismo para su tratamiento, ni que cuente con habilitación legal para ello.*

Yoigo no ha aportado copia de contrato suscrito por el denunciante correspondiente a estas líneas, sino que ha presentado copia sin firmar de otra persona con los mismos apellidos e idéntico NIF que el denunciante, sin aportar ningún documento que acredite que Yoigo verificó la identidad del contratante.

*Yoigo ha manifestado que, en el caso de contratación por Internet, la identidad del contratante se realiza en el momento de la entrega del teléfono móvil, previa exhibición del DNI. Sin embargo, en los dos acuses de recibo cuya copia remitió en sus alegaciones al acuerdo de inicio, consta que el móvil no fue entregado al denunciante, sino a **B.B.B.**, con NIF *****DNI.1**, domiciliado en **(C/.....2), Sevilla** (folios 84-85), por lo que resulta obvio que en ningún momento se cotejó el DNI del contratante.*

Dicho tratamiento de datos vulnera el principio del consentimiento recogido en el artículo 6 de la LOPD, por cuanto el mismo ni se realizó con el consentimiento de la denunciante ni se ha realizado con la concurrencia de ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD, que hubieran permitido a Yoigo tratar los datos del denunciante.

Por todo lo que antecede, ha quedado acreditado que Yoigo ha infringido el artículo 6.1 de la LOPD.

II

Se imputa a Yoigo una infracción del artículo 4.3 en relación con el 29.4



de la LOPD.

El artículo 4.3 de la citada Ley dispone lo siguiente:

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

La obligación establecida en el artículo 4 transcrito impone la necesidad de que los datos personales que se recojan en cualquier fichero sean exactos y respondan, en todo momento, a la situación actual de los afectados, siendo los responsables de los ficheros quienes responden del cumplimiento de esta obligación.

El artículo 29 de la LOPD regula de forma específica los ficheros establecidos para prestar servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, y distingue dentro de ellos dos supuestos, uno de los cuales son los ficheros en los que se tratan datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. Así, dispone en este sentido, en su apartado 2: “Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley”. Añadiendo el párrafo 4 del mismo artículo que “sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos”.

El artículo 38 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, “Requisitos para la inclusión de datos” dispone lo siguiente:

1. *“Sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurren los siguientes requisitos:*
 - a) *Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios*



financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero.

- b) (...).*
- c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación”.*

Es, por tanto, el acreedor el responsable de que los datos cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4 de la LOPD, puesto que como acreedor es el único que tiene la posibilidad de incluir los datos en el fichero y de instar la cancelación de los mismos, toda vez que es quien conoce si la deuda realmente existe o si ha sido saldada.

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

En este caso, Yoigo ha emitido facturas asociadas a los datos personales del denunciante correspondientes a un servicio no contratado, por lo que no pueden estimarse correctas, y ante el impago de las citadas facturas, esa entidad informó los datos personales del denunciante al fichero de solvencia patrimonial Badexcug.

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

III

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

Los datos personales de los denunciados son datos que figuran en sus propios ficheros automatizados.

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

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (artículo 43), concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d). Este precepto, innovando respecto de la Ley Orgánica 5/1992, incluye en el concepto de responsable tanto al que lo es del fichero como al del tratamiento de datos



personales.

En este sentido se pronuncia la Audiencia Nacional en su Sentencia de 18/01/2006, Recurso 0236/2004, "Y que duda cabe que la LOPD comprende bajo su régimen sancionador, al que suministra los datos al responsable del fichero, que es quien en realidad sabe la situación en que se encuentra el crédito, si ha sido o no satisfecho, en qué condiciones y en qué momento ha tenido lugar. En definitiva es el concededor de la situación de solvencia en que se encuentra el afectado. Y en caso de que se produzca una modificación de dicha situación, debe informar al responsable del fichero para que este refleje con veracidad la situación actual del afectado"

Conforme al citado artículo. 3.d) de la LOPD, el responsable del fichero o del tratamiento es "la persona física o jurídica (...) que decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento".

El propio artículo 3, en su apartado c), delimita en qué consiste el tratamiento de datos incluyendo en tal concepto "las operaciones o procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias".

Es preciso, por tanto, determinar si, en el presente caso, Yoigo puede ser considerado responsable del tratamiento. Esta entidad trató automatizadamente los datos relativos al denunciante en sus propios ficheros y los comunicó al fichero Asnef decidiendo sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

De lo anterior se deduce que las comunicaciones de los importes de las facturas señaladas al fichero citado implica que Yoigo facilitó una información que no respondía a la situación exacta, veraz y actual del denunciante y sin haber acreditado el cumplimiento del requerimiento previo de pago, lo que supone una clara vulneración del principio de calidad de datos, de la que debe responder Yoigo, 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 ficheros de solvencia patrimonial y crédito.

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

IV

El artículo 44.3.b) y c) de la LOPD, con la redacción de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, considera infracción grave:

"b) Tratar los 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.

c) 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"



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

Los dos principios cuya vulneración se imputa a Yoigo, el del consentimiento y el de calidad de los datos, se configuran como principios básicos en materia de protección de datos, y así se recoge en numerosas Sentencias de la Audiencia Nacional, entre otras, las de fechas 25/05/01 y 05/04/02.

En este caso, Yoigo 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 mantuvo datos incorrectos del denunciante en sus ficheros, cuando informó, para su registro en el fichero Badexcug los datos del denunciante asociados a una deuda que no le correspondía, y por tratar los datos del afectado sin su consentimiento, que encuentran su tipificación en el artículo 44.3.b) y c) de la citada Ley Orgánica.

V

El artículo 45 de la LOPD, en la redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece, en sus apartados 1 a 5, lo siguiente:

"1 Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 a 40.000 euros.

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.»*

De acuerdo con el informe de 2010 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, disponible en su web, YOIGO fue el operador con mejores resultados, con una ganancia neta de 472.583 líneas a lo largo del ejercicio 2010. En el año 2010, los tres operadores históricos redujeron sus cuotas de mercado de acuerdo con el número de líneas y el resto de operadores (YOIGO y los OMV) vieron aumentadas la suyas. La denunciada es la cuarto operador de [telefonía móvil 3G en España](#). De acuerdo con los datos de la CMT, los ingresos por operador en YOIGO pasaron de 200,70 millones de euros en 2009 a 337,29 en 2010, con un aumento en el número de líneas en el mismo período de 1.275.258 a 2.037.105.

En cuanto a la actividad de la denunciada con la realización de tratamientos de datos de carácter personal es preciso indicar que es una empresa que tiene como actividad la prestación de servicios de telecomunicaciones y tiene un constante tratamiento de datos de carácter



personal derivado del importante volumen de negocio y clientes, estando, por tanto, su actividad estrechamente relacionada con el tratamiento de datos personales y el manejo de las prescripciones legales y reglamentarias ha de ser específicamente conocido y puesto en práctica. Esta entidad habituada al tratamiento de datos personales debe ser especialmente diligente y cuidadosa 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). Por ello, se ha de exigir a las entidades profesionales una especial diligencia de la normativa de protección de datos que cuando, como ocurre con la entidad denunciada, en la que el tratamiento de datos personales constituye parte habitual y esencial de su actividad.

En base a todo lo anterior, procede imponer dos multas cuyo importe se encuentre entre 40.001 euros y 300.000 euros, en aplicación de lo previsto en el apartado 2 del citado artículo 45, al tener la infracción imputada la consideración de grave. En el presente caso, teniendo en consideración los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 45.4, y en particular, 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, se imponen dos multas de 20.000 euros, ya que Yoigo actuó de forma diligente cuando tuvo conocimiento de la reclamación del afectado, regularizando su situación y no emitiendo nuevas facturas. Asimismo, hay que significar que Yoigo pudo ser víctima de una contratación fraudulenta de dos hermanos, en la que uno de ellos habría utilizado, supuestamente, su propio nombre y apellidos y el DNI (que tenía un número correlativo) del otro.>>



III

En relación con las manifestaciones efectuadas por XFERA MÓVILES S.A., manifestando que habría sido víctima de una contratación fraudulenta y que, al igual que en la Resolución de Archivo del procedimiento E/00831/2012, habría actuado diligentemente para identificar a la persona que realizaba la contratación, hay que señalar lo siguiente:

- En los Hechos Probados ha quedado acreditado que Xfera Móviles no actuó con la diligencia debida en el momento de comprobar la identidad del contratante. En concreto, en el Hecho Probado Quinto se recoge lo siguiente: <<QUINTO: XFERA no ha aportado copia de contrato suscrito por Don A.A.A.. Sin embargo, aporta dos contratos sin firmar de Don B.B.B., de fecha 14/04/2008, pero no aporta la documentación que éste hubiera aportado en el momento de la contratación para acreditar su identidad (folios 42-43)>>.
- No obstante lo anterior, efectivamente, en el Fundamento de Derecho V de la Resolución recurrida se concluye que “Yoigo pudo ser víctima de una contratación fraudulenta de dos hermanos, en la que uno de ellos habría utilizado, supuestamente, su propio nombre y apellidos y el DNI (que tenía un número correlativo) del otro”.
- Por lo tanto, dicha conclusión fue tomada en consideración en el momento de aplicar una reducción de las sanciones de 50.000€ por cada una de las infracciones que figuraban en la propuesta de resolución, que fueron fijadas en 20.000€ respectivamente. Asimismo, también se tuvo en cuenta que Yoigo actuó de forma diligente cuando tuvo conocimiento de la reclamación del afectado, regularizando su situación y no emitiendo nuevas facturas.
- Todo ello, por tanto, ya fue valorado en el Fundamento de Derecho V de la Resolución recurrida tal como se ha transcrito más arriba.

IV

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

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **XFERA MÓVILES S.A.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 19 de noviembre de 2012, en el procedimiento sancionador PS/00429/2012.



SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **XFERA MÓVILES 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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos