



Procedimiento nº.: PS/00559/2017
ASUNTO: Recurso de Reposición N.º RR/00438/2018

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **XFERA MÓVILES, S.A.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00559/2017, y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 26/4/18, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00559/2017, en virtud de la cual se imponía a **XFERA MÓVILES S.A.U. (YOIGO)**, con NIF A82528548, multa de veintiocho mil euros (28.000 €) por vulneración del artículo 4.3 de la LOPD, en relación con el artículo 29.4 de la misma norma, y en relación también con los artículos 38.1.c), 39 y 43 del RLOPD; y de acuerdo con lo establecido en el artículo 45 de la LOPD.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 4/5/18, 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/00559/2017, quedó constancia de los siguientes:

*«**PRIMERO:** Que en fecha 07/03/2017 D^a. **A.A.A.**, en escrito remitido por la Direcció General de Consum del Govern de les Illes Balears vino a manifestar a esta Agencia Española de Protección de Datos que YOIGO, por XFERA MÓVILES, S.A.U., había incluido de forma indebida sus datos personales en ficheros de morosidad, en concreto, en el fichero de solvencia patrimonial y crédito ASNEF, y para ello se había registrado por parte de dicha entidad asociado a su nombre un domicilio en una localidad en la que no había estado nunca (folio 2).*

*«**SEGUNDO:** Que con fecha 20/10/2016 EQUIFAX IBERICA, S.L., en respuesta al ejercicio del derecho de acceso de la denunciante en fecha 19/10/2016 (folio 134), le facilitó un informe con la siguiente incidencia: inclusión de sus datos personales en el fichero ASNEF por una deuda relativa a un producto de telecomunicaciones informada por la entidad denunciada XFERA MOVILES S.A., con fecha de alta el 22/04/2016 y fecha de visualización el 17/05/2016, con importe asociado a la deuda de 349,00 €, y el domicilio asignado: *****DIRECCION.1** (folios 3 y 135). La operación fue dada de baja el 03/12/2016, mediante sustitución de fichero, con motivo "F. PURA" (folios 130 y 131).*

*«**TERCERO:** Que el fichero común de solvencia patrimonial y crédito ASNEF-EQUIFAX informó a la denunciante que, de acuerdo con su petición de rectificación en fecha 29/11/2016, había procedido a la baja cautelar de la incidencia, tal como se detalla en el punto 2º anterior (folio 140).*



CUARTO: Que XFERA MÓVILES S.A.U. informó a esta Agencia que la línea se dio de alta el 09/02/2015 incluyendo un terminal Samsung Galaxy S5 y la portabilidad se produjo el 03/12/2015, siendo el origen de la deuda en cuestión una penalización por incumplimiento del compromiso de permanencia; aportando un contrato firmado con fecha de solicitud el 10/02/2015, fecha de nacimiento de la denunciante el 10/10/1985 y la dirección: *****DIRECCION.2** (folios 77 a 106).

QUINTO: Que XFERA MÓVILES, S.A. informó a esta Agencia que obran en sus sistemas de información, en relación con la denunciante, una fecha de nacimiento distinta a la que figura en el contrato de alta citado en el punto 3º anterior, el 03/08/1978; así como la dirección: *****DIRECCION.1**; con fecha de creación el 30/06/2014 (folios 77 y 80).

SEXTO: Que XFERA MÓVILES, S.A. aportó a esta Agencia copia de la carta, de número de referencia OB28020122IN6/75113139S (cifrado con código de barras) y fechada a 31/03/2016, que emitió a la denunciante a la dirección *****DIRECCION.1**, en la que se reclamaba el pago de la deuda contraída por importe de 349,00 € y se le advertía de que sus datos podían incluirse en ficheros de solvencia patrimonial y de crédito de mantenerse si la situación de impago no se regularizaba en el plazo de 15 días; además se aportaba copia de la documentación en relación con su puesta en correos y su control de no devolución (folios 23 a 55). >>>>>

TERCERO: XFERA MÓVILES, S.A. (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en fecha 3 de junio de 2018, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo en:

- los datos de la denunciante han sido cedidos al fichero de información sobre solvencia patrimonial y crédito asnef cumpliendo los requisitos legalmente exigidos para ello. XFERA MÓVILES, S.A. aportó a esta Agencia copia de la carta, de número de referencia OB28020122IN6/75113139S (cifrado con código de barras) y fechada a 31/03/2016; pero que emitió a la denunciante a esta otra dirección *****DIRECCION.1**, distinta a la contractual, en la que se reclamaba el pago de la deuda contraída por importe de 349,00 € y se le advertía de que sus datos podían incluirse en ficheros de solvencia patrimonial y de crédito de mantenerse si la situación de impago no se regularizaba en el plazo de 15 días; además se aportaba copia de la documentación en relación con su puesta en correos y su control de no devolución (folios 23 a 55).“

- Que existe una deuda cierta, vencida, exigible, que ha resultado impagada (concretamente la resultante de la factura de 01/02/2016, nº 161D03574457, de importe 349 €) y respecto de la cual no se había entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa alguna por parte de la Denunciante. Recordemos que una vez YOIGO tuvo conocimiento de la reclamación interpuesta ante la Conselleria de Salut (Direcció General de Consum) del Govern de les Illes Balears procedió de inmediato a dar de baja sus datos en el dichero ASNEF.

- Que Contrariamente a lo que sostiene la Resolución, sí se realizó un requerimiento previo de pago válido y eficaz a quien correspondía el cumplimiento de la obligación, es decir, a la Denunciante. Esta circunstancia queda indudablemente acreditada, por parte de EQUIFAX IBERICA, S.L., quien dentro de la operación de código



AAVwtcACHAADf0vABJ0160421, a instancias de YOIGO, realizó una notificación a dirigida a nombre de la Denunciante, a la dirección *****DIRECCION.1** relativa a la deuda mantenida por mi representada por importe de 349,00 euros, con fecha 18/05/2016, y que no fue devuelta, tal y como la propia Resolución ha reconocido en el Hecho Probado Sexto (pág. 8) que a continuación transcribimos; lo que evidencia que dicha notificación, dirigida a nombre de la Denunciante, fue debidamente entregada en dicho domicilio.

- Todas y cada una de las facturas que han sido emitidas a la Denunciante han sido dirigidas a la dirección *****DIRECCION.1**, sin que en modo alguno se haya indicado por parte de la afectada circunstancia alguna. Durante, nada más y nada menos, doce meses las facturas emitidas por YOIGO a la Denunciante se han enviado a la dirección *****DIRECCION.1** y ésta, en su contraprestación, las ha pagado íntegramente en plazo con excepción de la última nº (161D03574457), sin que, igualmente, haya opuesto o manifestado impedimento alguno a este respecto. Es decir, la Denunciante pagó todas las facturas (excepto la última) giradas a la citada dirección y en ningún momento ha presentado queja o reclamación al respecto.

- Tal y como expresamente reconoce la Resolución, EQUIFAX IBERICA, S.L., dentro de la operación de código AAVwtcACHAADf0vABJ0160421, realizó una notificación a dirigida a nombre de la Denunciante, a la dirección *****DIRECCION.1** relativa a la deuda mantenida por mi representada por importe de 349,00 euros, con fecha 18/05/2016 que no fue devuelta; lo que acredita que esta notificación fue entregada en dicho domicilio y que dicha entrega debe considerarse como válida y eficaz en relación con lo dispuesto para ello en la normativa de aplicación.

- Con carácter subsidiario, y para el caso de que se considere que mi representada ha cometido la infracción que se le imputa y se acuerde imponer una sanción, consideramos lo siguiente:

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 el recurrente, 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 V) ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<<<<< II

Los hechos expuestos suponen la comisión por parte de XFERA MÓVILES, S.A.U. (YOIGO) de una infracción del artículo 4.3 de LOPD, que señala 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. 1. 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 1”.*

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 aquella 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 concreto, la entidad denunciada incorporó a su sistema de información de clientes los datos de la persona denunciante como titular de servicios de telefonía, generando una deuda, y posteriormente incluyó sus datos personales en ficheros de morosidad sin requerimiento previo de pago, pues la documentación aportada por dicha entidad está relacionada con un domicilio distinto al contractual, sin



que dicha entidad haya acreditado ante esta Agencia el cambio de ese registro.

En este sentido, hay que recordar que en fecha 07/03/2017 D^a. **A.A.A.** vino a manifestar a esta Agencia que YOIGO había incluido de forma indebida sus datos personales en ficheros de morosidad, en concreto, en el fichero de solvencia patrimonial y crédito ASNEF, y para ello se había registrado por parte de dicha entidad asociado a su nombre un domicilio en una localidad en la que no había estado nunca (folio 2).

En efecto, como consta acreditado en el expediente, con fecha 20/10/2016 EQUIFAX IBERICA, S.L., en respuesta al ejercicio del derecho de acceso de la denunciante en fecha 19/10/2016 (folio 134), le facilitó un informe con la siguiente incidencia: inclusión de sus datos personales en el fichero ASNEF por una deuda relativa a un producto de telecomunicaciones informada por la entidad denunciada XFERA MÓVILES S.A., con fecha de alta el 22/04/2016 y fecha de visualización el 17/05/2016, con importe asociado a la deuda de 349,00 €, y el domicilio asignado: *****DIRECCION.1** (folios 3 y 135).

La operación fue dada de baja el 03/12/2016, mediante sustitución de fichero, con motivo "F. PURA" (folios 130 y 131); pues el fichero común de solvencia patrimonial y crédito ASNEF-EQUIFAX informó a la denunciante que, de acuerdo con su petición de rectificación en fecha 29/11/2016, había procedido a la baja cautelar de la incidencia (folio 140).

Por su parte, XFERA MÓVILES S.A.U. informó a esta Agencia que la línea se dio de alta el 09/02/2015 incluyendo un terminal Samsung Galaxy S5, con una portabilidad el 03/12/2015, siendo el origen de la deuda en cuestión una penalización por incumplimiento del compromiso de permanencia; aportando un contrato firmado con fecha de solicitud el 10/02/2015, fecha de nacimiento de la denunciante el 10/10/1985 (tal como consta en su DNI – folio 145) y la dirección: *****DIRECCION.2** (folios 77 a 106).

E informó asimismo que obran en sus sistemas de información, en relación con la denunciante, una fecha de nacimiento distinta a la que figura en el contrato de alta citado en el párrafo anterior y su DNI (folio 145), el 03/08/1978; así como la dirección: *****DIRECCION.1**; con fecha de creación el 30/06/2014 (folios 77 y 80).

Además, XFERA MÓVILES, S.A. aportó a esta Agencia copia de la carta, de número de referencia OB28020122IN6/75113139S (cifrado con código de barras) y fechada a 31/03/2016; pero que emitió a la denunciante a esta otra dirección *****DIRECCION.1**, distinta a la contractual, en la que se reclamaba el pago de la deuda contraída por importe de 349,00 € y se le advertía de que sus datos podían incluirse en ficheros de solvencia patrimonial y de crédito de mantenerse si la situación de impago no se regularizaba en el plazo de 15 días; además se aportaba copia de la documentación en relación con su puesta en correos y su control de no devolución (folios 23 a 55).

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 38.1.c), 39 y 43 del RLOPD, toda vez que XFERA MÓVILES, S.A.U. (YOIGO) mantuvo indebidamente los datos de la



persona denunciante en sus propios ficheros y, posteriormente, los comunicó al fichero ASNEF, 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, en concreto, sin requerimiento previo de pago a tal inclusión, como ya se ha detallado más arriba.

III

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 qué 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 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 XFERA MÓVILES, S.A.U. (YOIGO) 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 persona denunciante y a la deuda imputada, 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 ASNEF respondiera a la situación actual de la denunciante, dado que no se ha acreditado que YOIGO requiriese de pago con carácter previo a esa inclusión, por registrar un domicilio distinto al contractual, y no remitir el requerimiento de pago a este domicilio contractual. Ello supone una vulneración del principio de calidad del dato 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 suministre

a para que se incluyan y mantengan en el fichero de solvencia patrimonial y crédito.

Por lo que no procede la solicitud realizada en el periodo de práctica de pruebas por parte de YOIGO de requerir información a ASNEF, en relación con la notificación de la inclusión en cuestión, más cuando, como consta en el expediente, la incidencia fue dada de baja el 03/12/2016, mediante sustitución de fichero, con motivo "F. PURA" (folios 130 y 131); pues ese fichero común de solvencia patrimonial y crédito ASNEF-EQUIFAX informó a la denunciante que, de acuerdo con su petición de rectificación en fecha 29/11/2016, había procedido a la baja cautelar de la incidencia (folio 140).

La conclusión, que se desprende de los hechos y fundamentos de derecho expuestos, es que XFERA MÓVILES, S.A.U. (YOIGO) 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.

IV

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, 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, como ocurre en el presente caso concreto (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 ASNEF 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, XFERA MÓVILES, S.A.U. (YOIGO) 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.

V

El artículo 45 de la LOPD, en sus apartados 2 a 5, establece 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 apartado 5 del artículo 45 de la LOPD, por otra parte, 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 se dan en el presente caso, lo que permite apreciar la existencia de motivos para la aplicación de la facultad contemplada en el artículo 45.5, en concreto, su apartado b), pues YOIGO ha regularizado con diligencia la incidencia habida, como se va a analizar más abajo.

En consecuencia, de las evidencias obtenidas en la fase de investigaciones previas y de la instrucción llevada a cabo, con los consiguientes hechos probados, se considera que procede graduar la sanción a imponer de acuerdo con los siguientes criterios que establece el art. 45.4 de la LOPD:

- El apartado a) *“El carácter continuado de la infracción”* pues los datos personales del denunciante fueron incluidos en el fichero de solvencia patrimonial ASNEF desde el 22/04/2016 al 03/12/2016 y, además, como ha declarado en numerosas sentencias la Audiencia Nacional, la infracción del artículo 4.3 de la LOPD que se imputa tiene naturaleza de infracción continuada o permanente.

- El apartado c) *“La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal”* ya que la actividad empresarial de la denunciada exige un continuo tratamiento de datos de carácter personal tanto de clientes como de terceros.

- El apartado d) *“El volumen de negocio o actividad del infractor”*, puesto que se trata de una gran empresa por cifra de negocio.

- El apartado h) *“La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas”*, puesto que la denunciante se vio obligada a acudir a los servicios de Consumo del Govern de les Illes Balears, aparte de lo lesivo de la propia inclusión indebida como morosa.

No obstante, también de las evidencias obtenidas en la fase de investigaciones previas y de los hechos probados resultantes de la instrucción realizada, en el presente caso concreto como ya se ha indicado se puede apreciar la existencia de motivos para la aplicación de la facultad contemplada en el artículo 45.5 de la LOPD, al existir una cualificada disminución de la culpabilidad y de la antijuridicidad, en concreto, la prevista en su apartado b), pues, como consta acreditado en el expediente, la entidad denunciada, una vez conocida la incidencia a través de la Direcció General de Consum del Govern de les Illes Balears, en fecha 30/11/2016 (la reclamación presentada por la denunciante ante ese organismo data de fecha 17/11/2016), procedió a baja en ASNEF en fecha 03/12/2016.



En el presente caso concreto, por tanto, teniendo en consideración los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 45.5 de la LOPD, y en particular, su apartado b), al regularizar la situación producida de forma diligente, y las circunstancias ya analizadas previstas en el apartado 4 de ese mismo artículo 45 de la LOPD, procede imponer una multa de 28.000 € a XFERA MÓVILES, S.A.U. por vulneración del artículo 4.3 de la LOPD en relación con el artículo 29.4 de la misma norma y en relación también con los artículos 38.1.c), 39 y 43 del RLOPD

III

Debido a razones de funcionamiento del órgano administrativo, por ende, no atribuibles al recurrente, hasta el día de la fecha no se ha emitido el preceptivo pronunciamiento de esta Agencia respecto a la pretensión del interesado.

De acuerdo con lo establecido en el art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) el sentido del silencio administrativo en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones es desestimatorio.

Con todo, y a pesar del tiempo transcurrido, la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación, según dispone el art. 21.1 de la citada LPACAP. Por tanto, procede emitir la resolución que finalice el procedimiento del recurso de reposición interpuesto.

IV

En consecuencia, en el presente recurso de reposición, el recurrente 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 **XFERA MÓVILES, S.A.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 26/4/18, en el procedimiento sancionador PS/00559/2017.

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

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº ES00 0000 0000 0000 0000, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco



CAIXABANK, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada LPACAP. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

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