



Roj: SAN 3718/2012  
Id Cendoj: 28079230012012100345  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 127/2011  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil doce.

Visto por la Sección Primera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **127/2011** interpuesto por **TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.** representada por la Procuradora Sra. Ortiz Cornago contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 10 de diciembre de 2010 dictada en el PS/00372/2010; ha sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia acordando la disconformidad a derecho de la resolución impugnada, reconociéndose el archivo del procedimiento por ausencia de antijuridicidad e inexistencia de dolo o culpa; subsidiariamente, se modifique la calificación de la infracción, calificándola como leve e imponiendo la sanción correspondiente en su grado mínimo por cuantía de 601,01 #; subsidiariamente, por retroactividad de la norma sancionadora más favorable se rebaje la sanción de multa impuesta a 40.001 #; con expresa condena en costas a la Administración.

**SEGUNDO**.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, postuló una sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto, confirmando la resolución impugnada, con imposición de costas a la parte actora.

**TERCERO**.- Recibido el recurso a prueba, practicada la admitida y evacuado el trámite de alegaciones, se señaló para votación y fallo el día 19 de septiembre de 2012, en que tuvo lugar.

La cuantía del recurso se ha fijado en 60.101,21 Euros.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. **LOURDES SANZ CALVO** .

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** .- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 10 de diciembre de 2010 dictada en el PS/00372/2010 marzo que impone a Telefónica Móviles España S.A. (Telefónica) una sanción de multa de 60.101,21Euros por la comisión de una infracción del artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal , tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

Considera la AEPD que Telefónica vulneró el artículo 4.3 LOPD al proceder a instar la inclusión de los datos de la denunciante en el fichero Badexcug, sin que conste que haya realizado el requerimiento previo de pago a la citada inclusión.

**SEGUNDO**.- De lo actuado se constatan los siguientes Hechos Probados:

D<sup>a</sup> Laura denuncia mediante escrito que tiene su entrada ante la AEPD en fecha 28/7/2009, la inclusión de sus datos personales en el fichero Badexcug a instancia de Telefónica, como consecuencia de una deuda que había sido abonada, y que le fue requerida por dicha entidad con posterioridad a su pago y a la recepción de la notificación de Experian en el fichero Badex.

En el fichero Badexcug consta una incidencia asociada al DNI de la denunciante, por operación telecomunicaciones, en calidad de titular, informada por Telefónica, por un saldo impagado de 55,28 €, con fecha de alta **10/6/2009 y baja 24/6/2009**. Telefónica emitió la factura NUM000, de fecha 1 de abril 2009 por los conceptos llamadas nacionales y mensajes cortos, correspondientes al periodo de 18 de febrero al 1 de marzo de 2009, por un importe de 55,28 €. Experian, como responsable del fichero Badexcug, remitió una carta a la denunciante datada el 12/6/2009 comunicándole la inclusión de sus datos a instancia de Telefónica en el citado fichero, por un importe de 55,28 €.

Con la denuncia ha aportado la Sra. Laura, comunicación datada el 12 de junio de 2009 remitida por la entidad Credit & Risk Solutions S.L., requiriéndole por encargo de Telefónica Móviles, para que en el plazo de 7 días proceda al pago de la citada deuda, efectuando la denunciante en fecha 18 de junio de 2009 el ingreso del importe requerido para su abono a Telefónica Móviles en la cuenta corriente que se le indicaba en la comunicación de Credit & Risk Solutions S.L.

Telefónica Móviles envía en fecha 22 de junio 2009 una carta certificada a la denunciante, indicándole que tiene una deuda pendiente de 55,28 € correspondiente a su número de teléfono conminándole a su abono, carta que fue recibida por la denunciante el día 23 de junio de 2009, según consta en el acuse de recibo.

**TERCERO.-** La actora fundamenta su pretensión impugnatoria en dos motivos: a) inexistencia de infracción y b) vulneración del principio de proporcionalidad, postulando la aplicación del artículo 45.5 LOPD.

En cuanto a la inexistencia de infracción, alega que tan pronto tuvo conocimiento del impago de la factura de 1 de abril de 2009 procedió a remitir una carta a la denunciante con aviso de pago, de fecha 15 de abril de 2009 así como a realizar una llamada telefónica para informarle del impago, por lo que la denunciante era plenamente conscientes y estaba informada /notificada de cual era la deuda que tenía con Telefónica, de ahí que en fecha 18 de junio de 2009 efectuara a su abono y Telefónica procediera a la exclusión de sus datos del fichero de solvencia Badexcug.

No cuestiona la recurrente la necesidad del requerimiento de pago con carácter previo a la inclusión de los datos de la denunciante en el fichero de solvencia patrimonial Badexcug, radicando su discrepancia con la resolución impugnada en que alega haber efectuado dicho requerimiento.

Por tanto, la cuestión suscitada es meramente fáctica y consiste en dilucidar si consta acreditada la realización o no de dicho requerimiento "previo" de pago, habiendo reiterado la Sala (**SSAN, Sec 1<sup>a</sup>, de 9 mayo 2003, Rec. 1067/1999 ; 8 de marzo de 2006, Rec. 319/2004 ; 18 de julio de 2007, Rec. 17/2006 ; 28 de mayo de 2008, Rec. 107/2007** etc) que recae sobre el responsable del fichero o tratamiento, la carga de acreditar el cumplimiento de dicha obligación, siendo insuficiente los registros informáticos de la propia entidad que nada acreditan sobre la efectiva realización de la citada obligación.

En el caso de autos es un hecho acreditado y no cuestionado que los datos de la denunciante figuraron en el fichero de solvencia patrimonial Badexcug informados por Telefónica, por un saldo impagado de 55,28 € (por impago de la factura de abril de 2009), con fecha de alta **10/6/2009 y baja 24/6/2009**.

Alega Telefónica que remitió a la denunciante una carta de fecha 15 de abril con aviso de pago, sin embargo de lo actuado en el expediente que se ha traído al procedimiento como prueba documental, se constata que la única carta remitida por Telefónica fue el 22 de junio de 2009 recibida por la denunciante al día siguiente 23 de junio, según consta en el acuse de recibo obrante al folio 48 del expediente, que coincide con el certificado aportado por la denunciante al folio 13 también del expediente.

Es cierto que con anterioridad a dicha fecha la denunciante recibió una comunicación remitida por la entidad Credit & Risk Solutions S.L., requiriéndole por encargo de Telefónica Móviles, para que en el plazo de 7 días proceda al pago de la citada deuda, pero dicha comunicación está datada el 12 de junio de 2009, es decir con posterioridad (no con carácter previo) a la inclusión de los datos en el fichero de morosidad. Es precisamente al recibir dicha comunicación cuando la denunciante efectúa en fecha 18 de junio de 2009-dentro del plazo otorgado- el ingreso de los 55,28 € en la cuenta corriente que se le indicaba en la comunicación de Credit & Risk Solutions S.L.

Por otra parte, la comunicación telefónica que se dice realizada no consta en modo alguno acreditada y la denunciante no refiere haberla recibido, resultando en definitiva acreditado que la inclusión de los datos de la denunciante en el fichero de morosidad se efectuó sin haber llevado a cabo el previo requerimiento de pago.

El artículo 44.3.d) de la LOPD tipifica como infracción grave tratar los datos de carácter personal con conculcación de los principios y garantías establecidas en la ley o en las "disposiciones reglamentarias de desarrollo", imputándose la vulneración del principio de calidad de datos.

La LOPD establece la exigencia de la exactitud y veracidad de los datos en el artículo 4.3 " *Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado* " .

El artículo 29 de la citada Ley , que regula de forma específica la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, distingue dentro de ellos dos supuestos. Uno de los cuales es el relativo a los ficheros de solvencia patrimonial 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, que se regulan en el apartado 2.

Estos ficheros se caracterizan porque no necesitan del consentimiento del afectado para la obtención y tratamiento de sus datos, lo que supone una excepción a los principios rectores de la LOPD (entre ellos el del consentimiento del afectado en el tratamiento y cesión de sus datos de carácter personal). No obstante, frente a esta excepción, la propia norma articula una serie de contrapesos, como es su limitación a un caso concreto (cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias) y la obligación de notificar a los afectados el hecho de que se han registrado sus datos de carácter personal.

La exigencia de requerimiento previo de pago para proceder a la inclusión de los datos del acreedor moroso en los ficheros correspondientes, tiene como objeto que el "deudor" o la persona obligada, conozca la existencia de la deuda vencida y exigible y la posibilidad de ser incluido en un fichero de morosos en el supuesto de no hacerla efectiva, ya que como se ha dicho, no se necesita el consentimiento del afectado para su inclusión en esta clase de ficheros, tratando así de salvaguardar la veracidad y exactitud de los datos que se van a incluir en dichos ficheros.

Se trata de un requisito que no se recoge de forma expresa en la LOPD, sino que se recogía en la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, publicada en el BOE de 4 de marzo de 1995, que se dictó para adecuar y salvaguardar la calidad de los datos personales que acceden a los ficheros de solvencia patrimonial, en relación con la obligaciones dinerarias a que alude el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999 y que la Sala ha reiterado tenía la consideración de norma reglamentaria a los efectos de integración del tipo infractor previsto en el art. 44.3.d) de la LOPD . Posteriormente dicho requisito se recoge en el artículo 38 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 15/1999, de protección de datos de carácter personal.

Por tanto resulta acreditada la infracción por vulneración del principio de calidad de datos por la que ha sido sancionada la recurrente.

**CUARTO.-** En segundo lugar la actora alega vulneración del principio de proporcionalidad y postula la aplicación del artículo 45.5 LOPD por considerar que la culpabilidad y antijuridicidad se encuentran sustancialmente atenuadas atendiendo a las circunstancias del caso, citando la inexistencia de intencionalidad, que no se han producido daños y perjuicios etc. También invoca la retroactividad de las normas sancionadoras favorables considerando más beneficiosa y de aplicación la reforma de la LOPD operada por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, por lo que al hilo de dicha modificación se va a analizar la aplicación de la citada atenuación privilegiada.

Viene considerando la Sala, con respecto a la modificación de diversos artículos de la LOPD efectuada por la Ley 2/2011 (BOE de 5 de marzo 2011), de Economía Sostenible (Disposición final quincuagésima sexta), reforma operada con posterioridad a dictarse la resolución impugnada, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128.1 de la LRJPAC y reiterada jurisprudencia del TS en materia administrativa sancionadora procede la aplicación retroactiva de la norma más favorable para el presunto infractor, pues como señala la **STS, 17 de abril de 2008 (Rec. 4209/2002 ) constituye una garantía implícitamente consagrada en el art. 9.3 CE , el cual limita la prohibición de la retroactividad de las normas sancionadoras a las "no favorables" y, con ello, admite que la seguridad jurídica, en relación con el principio de legalidad penal y en materia sancionadora ( art. 25 de la Constitución ), suponga la retroactividad de la norma sancionadora más favorable** ,

Aplicación retroactiva de la citada norma más beneficiosa que viene reiterando también la Sala que puede realizarse directamente por este órgano judicial, criterio que es confirmado por la reciente **STS de 30 de enero de 2012 (Rec. 6116/2008 )** dictada en esta específica materia de protección de datos, por cuanto la aplicación retroactiva de la norma administrativa sancionadora más favorable, como ya habían señalado las SSTs de 24 de enero de 2006 (Rec. 419/2002 ), 31 de enero de 2007 (Rec. 8873/2003 ) y 13 de febrero de 2008 (Rec.2110/2004 ), " *debe llevarse a cabo en cualquier instancia administrativa o judicial donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora, ya que no tendría sentido confirmar judicialmente la legalidad de una resolución administrativa, según la normativa vigente cuando fue dictada, para que la Administración proceda a dictar seguidamente otra que aplique retroactivamente la nueva norma sancionadora más favorable, resolución esta última que podría ser objeto de un nuevo recurso judicial .*"

En concreto, la citada reforma da una nueva redacción al invocado artículo 45.5 LOPD , al disponer que se establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integre la considerada en el caso en cuestión, en una serie de supuestos, entre los que cabe citar, por lo que aquí nos interesa, el " *b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente*".

Supuesto que cabe apreciar en el caso de autos, a la vista del escaso tiempo que permanecieron los datos de la denunciante en el fichero Badexcug, del 10 al 24 de junio de 2009, siendo dados de baja a instancia de la actora que regularizó la irregularidad de dicha inclusión de forma diligente, con anterioridad a la interposición de la denuncia ante la AEPD, por lo que procede la apreciación de la citada circunstancia y reducir, en consecuencia, la sanción impuesta a 10.000 #.

**QUINTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , no se aprecian motivos para una imposición de costas.

## FALLAMOS

**ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.** representada por la Procuradora Sra. Ortiz Cornago contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 10 de diciembre de 2010 dictada en el PS/00372/2010, resolución que se anula parcialmente en el sentido de rebajar la sanción de multa impuesta a 10.000 #; sin imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese a las partes con indicación de que no cabe contra ella recurso de casación.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

LA SECRETARIA JUDICIAL