



REGISTRO DE SALIDA

Nº Salida: 448473/2009
Fecha: 22/10/2009

Barcelona

En fecha 20 de octubre de 2009, se ha dictado por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, la siguiente resolución:

Procedimiento Nº PS/00233/2009

RESOLUCIÓN: R/02276/2009

En el procedimiento sancionador **PS/00233/2009**, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** vistas las denuncias presentadas ante la misma, y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Entre los meses de marzo de 2008 a febrero de 2009 tuvieron entrada en esta Agencia escritos de los denunciantes relacionados del 1 al 36 en Anexos a este Acuerdo, en los que denuncian que AKTIV CAPITAL PORTFOLIO INVESTMENTS, A. G. (en lo sucesivo AKTIV CAPITAL) y TREYM CONSULTING Y SERVICIOS A EMPRESAS, S.L (en lo sucesivo TREYM CONSULTING) les reclaman el pago de deudas contraídas con TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en lo sucesivo TELEFONICA), y posteriormente cedidas a AKTIV CAPITAL.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, se solicita información a AKTIV CAPITAL, TELEFÓNICA, , TREYM CONSULTING, ASNEF EQUIFAX SERVICIOS DE INFORMACION SOBRE SOLVENCIA Y CREDITO, S.L. (en lo sucesivo ASNEF EQUIFAX), y EQUIFAX IBERICA, S.L. (en lo sucesivo EQUIFAX IBERICA), teniendo conocimiento de que:

A) Con fecha 21/10/08 se inician las actuaciones con referencia E/1630/2008 con objeto de recabar los contratos suscritos entre las entidades que participan en la cesión de cartera de deuda de la que traen causa las denuncias.

□ Con fecha 17/11/08 TELEFONICA. remite la siguiente información y documentación al respecto adjuntando el contrato de “COMPRAVENTA Y CESION DE CARTERA SIN



RECURSO” suscrito el 14/12/07 con AKTIV KAPITAL, así como copia de la escritura de elevación a público ante notario de dicho contrato en la misma fecha.

1. La deuda se ha cedido a AKTIV KAPITAL, entidad de nacionalidad Suiza, constituida conforme a las Leyes de Suiza, con domicilio en CH-5201 Brugg (Suiza), bajo el número CH-400.9.023.051-4, con número de identificación fiscal español N-0391597-B, y cuyo representante fiscal en España es TREYM CONSULTING, titular del NIF nº B-80568769, con domicilio en Madrid, c/ Hermanos García Noblezas nº 39.
2. Las medidas adoptadas por TELEFONICA con objeto de verificar la veracidad de la deuda desde el momento en que la misma se produce, son las que se detallan a continuación:
 - a. Medidas de verificación producidas desde el momento del alta de la línea. En el ámbito de la telefonía fija el alta en el abono telefónico va unido a la instalación física de la línea en un domicilio, lo que determina que para realizar la instalación siempre tenga que acudir al domicilio del abonado un instalador de Telefónica de España. En caso de duda sobre el derecho de uso de un inmueble por parte de quien solicita el alta en el abono telefónico, la compañía solicita diferente documentación (escritura que acredite la propiedad del inmueble, contrato de alquiler, cédula de habitabilidad, medidas provisionales en supuestos de separación matrimonial o divorcio, etc.).
 - b. Medidas adoptadas desde el momento en que se produce la deuda. La legislación vigente en materia de telecomunicaciones ofrece a la compañía la posibilidad de exigir a los abonados al servicio telefónico disponible al público desde una ubicación física la constitución de un depósito de garantía, tanto en el momento de contratar como durante la vigencia del contrato, en los supuestos recogidos en el artículo 117 del Reglamento de servicio universal aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de Abril.
 - c. Los Departamentos de Riesgo y Fraude de la compañía cuentan con sistemas de control que permiten controlar el consumo de los clientes, de manera que, partiendo del perfil de la línea y de las características de consumo de la misma, saltan alarmas de consumo en todas las líneas que "alertan" de consumos excesivos. Entre dichas actuaciones se cuenta con medidas de suspensión temporal de la línea y contacto inmediato con el cliente, facturación automática, etc.
3. Una vez que la deuda se ha generado se realizan las siguientes actuaciones:
 - a. Actuaciones previas a la suspensión temporal /baja del servicio: Esta gestión comprende la solicitud del pago mediante distintos envíos bancarios y emisiones de avisos de pago, encaminadas hacia la recuperación de la deuda total asociada al contrato del cliente.
 - b. Actuaciones previas al envío de la deuda a agencia de recobro externa: El retraso en el pago por un periodo superior a tres meses o la suspensión temporal, en dos ocasiones, del contrato por mora en el pago de los servicios faculta a Telefónica de España a interrumpir, previo aviso al abonado, la prestación del servicio. En este aviso, se advierte también al abonado de que en el caso de no proceder al pago de la deuda se procederá a



incluir los datos de la misma en ficheros de solvencia patrimonial. En el caso de que esta gestión resulte infructuosa, Telefónica de España procede a enviar el expediente a las agencias de recobro externas a las que encomienda este servicio.

- c. Actuaciones por parte de agencias de recobro externas: Las agencias de recobro intentan el recobro amistoso de la deuda.
 - d. Proceso extrajudicial o judicial: En esta fase se intenta nuevamente una actuación de recobro extrajudicial y, si esta no prospera, en base a la cuantía de la deuda se analiza la conveniencia de iniciar o no la reclamación judicial de la misma.
4. Una vez realizadas todas éstas acciones, y una vez que resultó imposible el cobro de las deudas, se procedió a una fase de depuración previo a la cesión de la cartera de deuda a AKTIV KAPITAL excluyéndose las siguientes facturas:
- a. Con incidencia o cuyas acciones de recobro están interrumpidas por disconformidad con los elementos facturados o con el importe reclamado.
 - b. Con alguna posible incidencia.
 - c. Con procedimiento judicial en curso.
 - d. Asociadas a presentación de denuncias por el cliente o de clientes en procesos judiciales como suspensión de pagos o quiebras.
 - e. Excluidas del proceso por el Departamento de Fraude asociadas a determinados clientes por estar sometidas a estudio.
5. En virtud del contrato de compraventa, el cessionario adquirió la plena titularidad de todas y cada una de las deudas que componían la cartera.
6. En el acto de la firma del contrato, el cedente hizo entrega al notario de tres copias idénticas de un soporte electrónico que contenía todos los datos de las deudas que componían la cartera vendida: nº de factura, tipo de servicio, tipo de documento identificativo, nº de documento identificativo, nombre titular, dirección, código de provincia, tipología del cliente, fecha de emisión de la factura, fecha de vencimiento de la factura, fecha de contabilización incobrable, importe original de la factura, importe reclamable, indicador expediente judicial e indicador ASNEF.
7. Según lo estipulado en el contrato, el cedente responde frente al cessionario de la existencia y legitimidad de cada una de las deudas, no obstante en el supuesto de que se verifique la inexistencia o ilegitimidad de alguna de ellas serán sustituidas por otras de similares características.
8. Así mismo, en el contrato se establece que el cedente facilitará al cessionario, a su solicitud, hasta un máximo del 10% de las facturas en formato papel así como un máximo del 40% del total en formato electrónico.
9. El cedente se compromete a dar de baja las deudas cedidas en las entidades de información sobre solvencia patrimonial y crédito a las que hubieran comunicado las mismas, obligándose el cessionario a dar de alta por su cuenta y a su cargo, como nuevo acreedor a los deudores cedidos.
10. Respecto a la cláusula de “*Protección de datos de carácter personal*” el cessionario se obliga a utilizar los datos personales de los deudores obtenidos en virtud del contrato exclusivamente en el ejercicio de su derecho de recobro, realizando su tratamiento con estricto cumplimiento de la normativa vigente en materia de protección de datos, en especial con lo previsto en la Ley



Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal y normas de desarrollo.

11. Respecto a la comunicación a los deudores de la cesión de deuda, en el propio contrato ambas partes se comprometen a remitir, firmada por ambos una notificación, cuyo modelo se adjunta al contrato, con las garantías previstas en el propio contrato, comprometiéndose el cessionario a no realizar ninguna acción de recobro hasta que no hayan transcurrido cinco días hábiles desde el envío de la notificación al deudor.

TREYM CONSULTING como encargada de tratamiento de la cartera de deuda adquirida a TELEFONICA por AKTIV KAPITAL ha remitido a esta Agencia en su escrito de fecha 10/11/08, la siguiente información y documentación en relación con dicho tratamiento:

1. Con fecha 26/07/06 se suscribió un contrato de prestación de servicios, del que adjuntan copia, entre AKTIV KAPITAL y TREYM CONSULTING que contiene los términos en el que se regula la relación contractual entre ambas. Según éste contrato, los servicios encargados a TREYM CONSULTING por el responsable del fichero son:
 - a. La realización de las notificaciones a cada deudor de la cartera de créditos adquirida por AKTIV KAPITAL, informándoles del nuevo acreedor de la deuda.
 - b. La gestión de negociación con los clientes para la recuperación de las cantidades adeudadas, que incluirán (cartas, mensajes, telegramas...).
 - c. Localización de los deudores (averiguación del domicilio actual).
 - d. La reclamación judicial de las mismas,
 - e. La comunicación y gestión de las confirmaciones recibidas y encomendadas por AKTIV CAPITAL, a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito.
 - f. La gestión del cumplimiento de los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación requeridos por los clientes de AKTIV KAPITAL.
 - g. Colaboración en las solicitudes de información y procedimientos requeridos por las autoridades competentes en la legislación suiza y con los representantes de la Agencia Española de Protección de Datos.
2. Respecto al procedimiento que se siguió para el envío de las comunicaciones a los titulares de las deudas cedidas por TELEFONICA a AKTIV KAPITAL:
 - a. De acuerdo con las instrucciones establecidas por el responsable del fichero y la autorización prevista en el contrato suscrito con el mismo, TREYM CONSULTING entregó el soporte que contiene el fichero de comunicaciones en relación a los créditos adquiridos a TELEFONICA a la sociedad Correo Híbrido, S.A., con quien suscribieron un contrato con fecha 16/01/07 del que aportan copia y en cuyo anexo se detallan los servicios encargados a Correo Híbrido, S.A, entre los que constan la maquetación, impresión, ensobrado y depósito en correos de las comunicaciones del citado fichero, en los plazos previamente acordados.
 - b. Una vez finalizado el proceso, Correo Híbrido, S.A. entregó el albarán de entrega emitido por Correos y Telégrafos, S.A. del depósito de las comunicaciones



contenidas en el fichero. Así mismo, Correo Híbrido S.A. custodia una copia del fichero, en virtud de la autorización otorgada por el responsable del fichero.

- c. Así mismo, Correo Híbrido, S.A. se ha encargado de la gestión de las comunicaciones devueltas, entregando semanalmente a TREYM CONSULTING, un fichero que identifica la correspondencia devuelta así como los motivos de devolución.

□ **Respecto a la inclusión de los datos de los titulares de las deudas cedidas e incluidas en el fichero ASNEF, con fecha 11/11/08.**

EQUIFAX IBERICA (entidad encargada del fichero Asnef), ha remitido a esta Agencia copia del contrato suscrito con fecha 01/02/07 entre las entidades ASNEF EQUIFAX (entidad titular del fichero Asnef), AKTIV KAPITAL y TREYM CONSULTING, con objeto de contratar los servicios prestados por la primera en cuanto a los datos de las deudas adquiridas por AKTIV KAPITAL, de cuyas gestiones de alta, modificación y baja en el fichero, se encargará en virtud de contrato suscrito al efecto y por cuenta del titular de las deudas, TREYM CONSULTING.

B) Con fecha 21/01/09, se inician las actuaciones de inspección con referencia E/00144/2009 con objeto de analizar las cesiones de deudas correspondientes a 30 personas que han presentado otras tantas denuncias ante la Agencia Española de Protección de Datos Respecto al denunciante 31, no se han podido realizar comprobaciones dado que en su denuncia no aportaba su número de Documento Nacional de Identidad, información que se le solicitó por escrito sin que se haya obtenido respuesta a la subsanación de su denuncia.

En el ámbito de estas actuaciones se realiza una inspección a TELEFONICA en la que se pone de manifiesto con carácter general que:

1. Dado el tiempo transcurrido y la antigüedad de las deudas vendidas, en la mayoría de los casos TELEFONICA no dispone del contrato de abono correspondiente a los denunciantes ni de la documentación recabada en el momento de realizar la contratación, sin embargo hacen constar que la contratación de una línea de teléfono fijo conlleva la instalación de la misma en el domicilio indicado por lo que resulta poco probable que los denunciantes no consintieran la contratación, del mismo modo el pago de la primera factura implica aceptación de la oferta y en consecuencia validez de la contratación.
2. A finales del año 1999, se realizó un cambio en el sistema informático de la compañía con objeto de adecuarlo a las previsiones del “efecto 2000”, que originó una migración de todos los datos de facturación existentes, pasando al nuevo sistema solo las últimas facturas pagadas y todas las impagadas, por lo que no conservan referencia del resto de las facturas, sin embargo todas las que no constan en el sistema habían sido abonadas cuando se realizó la migración.
3. Tampoco conservan en sus ficheros las referencias a los contactos mantenidos con los clientes, cuya deuda se ha cedido total o parcialmente, ya que todos los contactos se conservan durante un periodo de tiempo aproximado de un año, pasado el cual se eliminan.
4. La selección de la deuda vendida se realizó por facturas, por lo que en algunos casos de un mismo cliente no se ha vendido toda la deuda que mantenía con la compañía.



5. El hecho de que un cliente mantenga una deuda con la compañía no significa que no pueda ser titular de otro contrato con posterioridad, aun sin haber hecho efectiva la deuda.

De la documentación aportada por TELEFÓNICA respecto a cada uno de los denunciantes incluidos en las actuaciones de inspección E/00144/2009 se constata que:

1. No obra en poder de TELEFÓNICA contrato de ninguna de los denunciantes (1 al 30) relativo a los servicios cuyo impago generó la deuda cedida a AKTIV CAPITAL
2. Existencia de error en la identidad de la persona cuya deuda fue cedida habida cuenta de la existencia de un error de DNI en los ficheros de TELEFÓNICA o el proceso de cesión de datos a AKTIV KAPITAL. La operadora solicitó a AKTIV CAPITAL la devolución de la deuda cedida (caso de denunciantes 4, 6, 11, 14, 21, y 27).
3. En ninguno de los casos TELEFÓNICA ha acreditado de modo fehaciente que la deuda cedida a AKTIV KAPITAL resultara una deuda cierta, vencida y exigible acorde con el principio de calidad de datos (caso denunciantes 1 al 30).
4. Se verificó la inclusión en el fichero Asnef de los datos de los denunciantes 2, 12, 15, 17, 18, 20, 25, 28 y 30.

C) Respecto a las actuaciones de inspección E/0121/2008, E/02166/2008, E/01006/2008, E/00741/2008, E/00508/2008 y E/01972/2008 llevadas a cabo con origen en las denuncias formuladas por los denunciantes 31, 32, 33, 34, 35 y 36 respectivamente, ante las entidades AKTIV KAPITAL, , TELEFÓNICA, TREYM CONSULTING, ASNEF EQUIFAX, y EQUIFAX IBERICA, se ha constatado:

1. Las deudas reclamadas a estos denunciantes fueron cedidas por TELEFÓNICA a AKTIV KAPITAL con motivo del ya citado el contrato de "COMPRAVENTA Y CESIÓN DE CARTERA S/N RECURSO" suscrito entre ambas entidades el 14/12/07.
2. No obra en poder de TELEFÓNICA contrato de ninguna de los denunciantes (31 a 36) relativo a los servicios cuyo impago generó la deuda cedida a AKTIV KAPITAL
3. Existencia de error en la identidad de la persona cuya deuda fue cedida habida cuenta de la existencia de un error de DNI en los ficheros de TELEFÓNICA o el proceso de cesión de datos a AKTIV KAPITAL. La operadora solicitó a AKTIV KAPITAL la devolución de la deuda cedida (caso de denunciantes 32 y 36).
4. En ninguno de los casos TELEFÓNICA ha acreditado de modo fehaciente que la deuda cedida a AKTIV KAPITAL resultara una deuda cierta, vencida y exigible acorde con el principio de calidad de datos (caso denunciantes 31 a 36).
5. Se verificó la inclusión en el fichero Asnef de los datos de los denunciantes 31, 32, 35 y 36.

TERCERO: En fecha 21/04/09 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, acordó iniciar procedimiento sancionador a TELEFÓNICA por la presunta infracción del artículo 11.1 de la LOPD, tipificada como muy grave en el artículo 44.4.b) de la citada Ley Orgánica.

CUARTO: Con fecha 17/04/09 tuvo entrada en esta Agencia escrito del denunciante 26 adjuntando requerimiento de pago de AKTIV KAPITAL de fecha 06/04/09.



QUINTO: En fecha 29/04/09 se hizo entrega a TELEFONICA de copia del expediente.

SEXTO: Con fecha 06/05/09 tuvo entrada en esta Agencia escrito del denunciante 33 adjuntando tres requerimientos de pago de AKTIV KAPITAL de octubre de 2008 y abril de 2009.

SÉPTIMO: En fecha 13/05/09 le fue concedido a TELEFONICA ampliación del plazo para formular alegaciones tras ser solicitado.

OCTAVO: Con fecha 19/05/09 tuvo entrada escrito de TELEFONICA en el que se formulaban las siguientes alegaciones:

1. Existencia de contratación válida en el caso de los denunciantes nº 2,3, 7,8,9,10,12,13,15,16,17,18,19,22,23,25,26,28,29, 30, 31, 33 y 34 ya que se ha aportado documentación que acredita la existencia de facturas abonadas por los denunciantes, lo que implica la aceptación de la oferta por su parte del denunciante, y en consecuencia, la existencia de una contratación válida. TELEFONICA adjunta copia de los contratos tipo de abono al servicio telefónico y de servicio ADSL suscritos por los clientes y aprobados por resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones para Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

2. Recuperación por parte de TELEFONICA de la deuda cedida a AKTIV KAPITAL en el caso de los denunciantes 4, 6,11,14,21, 27, 32 y 36 por estar afectada por una auditoría de calidad del dato.

3. Existencia de deuda cierta, exigible y vencida:

- denunciante nº 2: era titular de dos líneas telefónicas que mantenía una deuda que ascendía a 496,57 euros, correspondientes a cuatro facturas impagadas. En relación a la línea 91 523 16 15, no pagó tres facturas, pagando las generadas con anterioridad al 1 de Octubre de 2001. Respecto a la línea 91 7984864, el denunciante impago tres facturas y abonó las cuatro facturas de fecha 13 de Marzo, 13 de Mayo, 13 de julio y 13 de Septiembre de 2002.

- denunciante nº 3: abonó cuatro facturas correspondientes a la línea 922216256 , dejando de abonar la factura de 07/12/02 por importe de 33,11 €

- denunciante nº 7: tenía una deuda con ella por importe de 1071,23 €. Abonó las facturas generadas desde la fecha de alta de la línea (08/01/1998) hasta el 25/08/00, fecha en la dejó de abonar esa factura y posteriormente las de 25/10/00, 25/12/00, 25/02/01 y 25/04/01.

- denunciante nº 8: impago las facturas de 25-8-2001,25-6-2001,25-10-2001 y 25-12-2001, ésta con importe negativo que se utilizó para compensar en parte la de junio de 2001.

Con anterioridad a las facturas impagadas, se acreditó el detalle de la última factura cobrada, correspondiente al mes de Julio de 2001. S llegó a un Acuerdo de pago con el denunciante en relación con facturas anteriores a las que constan impagadas, para lo cual firmó dos letras de cambio, cuyo importe se tuvo que reclamar judicialmente, y que dio lugar al pago de 381,80 €. Una vez aplicada la cantidad abonada por el denunciante, tanto a las facturas pendientes como a los intereses generados, siguen pendientes de pago las facturas de junio, agosto y octubre de 2001.

- denunciante nº 9: el denunciante pagó la factura de correspondiente al mes de Abril de 2002, dejando impagadas las de 25/06/02, 25/08/02, 25/10/02 y la de 25/12/02 con importe negativo que se utilizó para compensar parte de la de junio de 2002.



- denunciante nº 10: durante el periodo en el que el mismo fue el titular de la línea (15/10/01 hasta el 07/02/02), tras un cambio de titularidad con su padre, que era el anterior titular, dejó de abonar dos facturas de fechas 19/11/01 y 19/01/02. Todas las demás facturas, desde el alta de la línea (01/04/00) hasta la fecha de baja (09/02/03) fueron abonadas.

- denunciante nº 12: el importe de la deuda se corresponde con el impago de cuatro facturas, una de las cuales, la de 23/05/03 correspondía a la venta , por mi representada, de un equipo fax . En este caso, mi representada no solo aportó la pantalla en la que figuraban los datos del pedido, sino el propio albarán de entrega del mismo. De igual forma, consta que el denunciante solicitó la posibilidad de pagar el equipo en tres plazos, lo que fue incumplido.

- denunciante nº 13: pagó las facturas correspondientes a la línea telefónica contratada desde la fecha de alta del abono (27/03/96) hasta la de 01/03/01. Dejó de abonar las facturas de fecha 07/04/01, 07/06/01 y 07/08/01.

- denunciante nº 15: tenía una deuda de 95.32 €, correspondiente a la factura impagada de 13/06/02. Abonó facturas anteriores de fecha 13/02/02 y de 13/04/02.

- denunciante nº 16: tenía una deuda que ascendía a 77.35 €, que se corresponde con tres facturas impagadas de fechas 07/10/01, 07/12/01 y 07/02/02. Con fecha 07/04/02 se emitió una factura negativa de -178,15 euros, de regularización de cuotas de abono, es decir se ingresó esa cantidad en la cuenta de la denunciante, en lugar de compensar esa cantidad con la deuda que tenía, y ello por cuanto el sistema informático GR no realizaba compensaciones automáticas. El resultado es que, a día de la fecha, la deuda asciende a 77,35 euros.

- denunciante nº 17: se preasignó con otro operador en Julio de 2001. Sin embargo mantenía las cuotas de abono y otros servicios adicionales con TELEFÓNICA, que dejó de pagar durante los años 2003 y 2004 (facturas de 07/02/03, 07/04/03, 07/06/03, 07/08/03, 07/06/03, 07/10/03 y 07/02/04).

- denunciante nº 18: se dio de alta en el servicio telefónico el 26/02/99 y de baja el 17/11/03, pagó todas las facturas hasta la emitida con fecha 07/11/03 por un importe de 73,31 €, factura que fue parcialmente compensada, siendo el importe final de la deuda contraída de 45.17 €.

- denunciante nº 19: adeudó la cantidad de 350,51 € correspondiente al importe relativo al alquiler de un equipo RDSI que no fue devuelto por el mismo al darse de baja, con fecha 26/04/02.

- denunciante nº 22: se dio de alta 26/09/95 y de baja el 22/11/01 por portabilidad con otro operador, dejó de abonar la factura de fecha 25/10/01, en la que constan llamadas a móviles. Hizo un pago, mediante transferencia bancaria, de 55,86 € , que se aplicó al pago de las facturas que figuran en el Acta, correspondiente a las cuotas por el alquiler del equipo domo, que la denunciante no devuelve hasta el 24/01/05 en la tienda Telefónica de Getafe sita en la calle Jardines s/n.

- denunciante nº 23: figura de alta el 30/04/99 y de baja el 27/11/00 por impago, dejó de abonar a mi representada las facturas de fechas 13/06/00, 13/08/00, 13/10/00, 13/12/00, y 13/02/01, ésta de importe negativo que se utilizó para minorar la de junio de 2000.

- denunciante nº 25: tenía una deuda por importe de 69,98 €, correspondiente a dos facturas de 10/06/03 y 10/08/03. TELEFONICA tuvo conocimiento del pago de la deuda realizado por el denunciante cuando la misma había sido extraída para su cesión a AKTIV, según consta en el contrato suscrito entre mi representada y dicha entidad. No obstante, la deuda fue devuelta por dicha entidad a TELEFONICA, a solicitud de ésta y el importe de la deuda ha resultado anulado.

- denunciante nº 26: si bien solicitó la baja de la línea telefónica contratada con TELEFONICA, no solicitó la baja en el servicio ADSL contratado con la entidad Telefónica Data España (hoy absorbida por Telefónica de España) hasta el 17/04/02., baja que no fue efectiva hasta el 02/05/02.

- denunciante nº 28: alta con fecha 22/08/94 y baja el 23/07/02, impago una factura por importe de 145.13 €.

- denunciante nº 29: alta con fecha 14/05/02 y de baja el 06/04/03, impago dos facturas de fecha 19/02/03 y 19/03/03, respectivamente, por importe de 164,26 €.



- denunciante nº 30: alta con fecha 10/02/02 y baja el 20/01/04, impago a mi representada dos facturas de fecha 06/11/03 y 06/01/04, respectivamente, por importe total de 523,87 €..

- denunciantes nº 1, 14 , y 24 se solicitó la devolución de la deuda a AKTIV por constar una reclamación de los clientes.

- denunciante nº 31: la deuda relativa a la línea telefónica nº 963173006 es una deuda cierta, vencida y exigible, en cuanto de las cuatro facturas emitidas, dos se encuentran abonadas en su totalidad y de las otras dos facturas:

La factura nº 08H281273304 (10/08/02) por importe de 52,99 euros se encuentra cedida a AKTIV KAPITAL.

La factura nº 08D281285232 (10/04/02) se encuentra pendiente de pago por la cantidad de 38,54 euros (el importe total de la factura era de 145,39 euros, siendo compensada con la factura nº 08J281268308 por importe negativo de 106,85 euros.

Se adjunta copia de los documentos que acreditan las facturas cobradas y las impagadas

- denunciante nº 33: ha sido titular de la línea telefónica nº 916168201 desde febrero de 1999 hasta Julio de 2002, dejando pendiente de pago las facturas de febrero y abril de 2002 y habiendo pagado las restantes. La deuda cedida a AKTIV KAPITAL corresponde a la factura nº 28B265001053 de febrero de 2002 por la cantidad de 358,59 euros (Importe total factura -419,14- menos compensación realizada en Factura nº 28H265001024 -60,25-). Si bien existe una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid estimando la demanda de anulación del Laudo Arbitral que a su vez desestimaba la reclamación de la denunciante, ésta no entra en el fondo del asunto, es decir, la deuda que había contraído con TELEFONICA. Por lo tanto, la deuda existente no está anulada. Se adjunta copia del laudo.

- denunciante nº 34: ha sido titular de la línea telefónica nº 944127564 desde Octubre de 2000 hasta Abril de 2003, dejando pendiente de pago las facturas de Noviembre 2002, (compensada con la de Mayo de 2003), Diciembre de 2002 (también compensada con la Mayo de 2003), la de Enero, Febrero, Marzo y Abril de 2003.

- denunciantes 1, 6, 14, 19 y 24: se solicitó la devolución de la deuda a AKTIV KAPITAL al constar reclamación de los mismos.

4. TELEFONICA no incluyó en el fichero ASNEF los datos de los denunciantes 2, 12,15,17,18,20,25,28 y 30, 31,32,35 y 36.

5. Inaplicabilidad del artículo 11.1 de la LOPD ya que la comunicación de datos a AKTIV se hace en base a la cobertura que da el contrato de cesión de créditos suscrito entre TELEFONICA y dicha entidad, para el que, no es necesario el consentimiento del deudor, de tal modo que puede hacerse sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad.

6. Inexistencia de culpabilidad. En la mayoría de los supuestos inspeccionados los ex clientes dejaron una deuda con TELEFONICA, que participaba de las características de ser vencida, líquida, exigible y vencida. Es decir se trataba de antiguos clientes, que pese a estar acreditado que pagaron facturas, dejaron de abonar el importe de otra/s. En otros casos, se constató que, con anterioridad a la inspección realizada, se había solicitado la devolución inmediata a AKTIV KAPITAL de la deuda cedida en relación a algunos denunciantes, por estar afectada la misma por una auditoría de calidad del dato, impidiendo, mientras se procedía a la corrección de errores, que AKTIV pudiera realizar ninguna actuación de recobro.

NOVENO: Con fecha 29/05/09, tuvo entrada en esta Agencia escrito del denunciante 20 solicitando su personación como interesado.

DÉCIMO: Con fecha 02/06/09, tuvo entrada en esta Agencia escrito de denunciante 33 adjuntando copia de carta de fecha 14/05/09 de AKTIV KAPITAL requiriendo el pago de 384,47 €



UNDÉCIMO: En fecha 07/07/09 se inició un período de práctica de pruebas, practicándose las siguientes:

- Incorporar al expediente, y por tanto dar por reproducidas a efectos probatorios, las denuncias interpuestas y su documentación, los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección ante TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., TREYM CONSULTING Y SERVICIOS A EMPRESAS, S.L., ASNEF EQUIFAX SERVICIOS DE INFORMACION SOBRE SOLVENCIA Y CREDITO. S.L., y AKTIV CAPITAL PORTFOLIO INVESTIMENTS, A.G. y los Informes de actuaciones previas de Inspección que forman parte de los expedientes E/01630/2008, E/00144/2009, E/001231/2008, E/02166/2008, E/01006/2008, E/00741/2008, E/00508/2008 y E/01972/2008, así como las alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento presentadas por TELEFÓNICA.

- Solicitar a los denunciantes se manifiesten, si lo estiman procedente, en relación con la información sobre ellos obrante en los ficheros de TELEFONICA.

- Solicitar al denunciante 31 copia de su DNI.

DUODÉCIMO: Se recibieron las siguientes pruebas solicitadas:

- Escrito de denunciante 33 en el que manifiesta que la factura cedida a AKTIV KAPITAL estaba siendo discutida en un procedimiento arbitral, así como que TELEFONICA no solicitó la devolución de la deuda cedida a AKTIV KAPITAL por cuanto ha recibido nueva carta de AKTIV KAPITAL de fecha 17/06/09 requiriéndole el pago de 387,76 € (adjunta copia de la misma).
- Escrito del denunciante 26 en el que manifiesta que la deuda reclamada se encuentra prescrita, que efectuó una portabilidad desde TELEFONICA a Supercable Auna en fecha 18/12/01 por lo que se solicitó la baja en la línea y servicios asociados de TELEFONICA. Adjunta documentación acreditativa.
- Escrito de denunciante 17 en el que manifiesta que se dio de baja en TELEFONICA por preasignación con otro operador el 31/07/01 abonando por descuido durante los años 2001, 2002 y 2003 facturas a TELEFONICA por los conceptos "Cuotas de abono" y "Bono Ciudad Plus".
- Escrito de denunciante 25 aportando copia de requerimientos de pago de AKTIV KAPITAL de fechas 12/02/08 y 26/05/08 por importe de 69,98 €, así como justificante pago de la deuda.
- Escrito del denunciante 10 manifestando que no dio su consentimiento a que la línea 954680690 se pusiera a su titularidad, ni a ningún cambio de titularidad sobre la misma.
- Escrito del denunciante 31 en el que manifiesta que en junio de 2002 se dio de baja pasando a operar con otro operador de telefonía, y que abonó todas las facturas. Aporta copia de su DNI.
- Escrito del denunciante 18 en el que no reconoce la deuda.
- Escrito del denunciante 34 en el que reconoce que en agosto de 2002 era titular de la línea 944127564 y que la deuda que se le reclama se debe al incumplimiento por parte de TELEFONICA de las condiciones para una línea de ADSL contratada con dicha operadora.
- Escrito del denunciante 19 en el que manifiesta que no ha sido nunca titular de la línea 96378369 (línea perteneciente a la provincia de Valencia), que su domicilio en fechas 27/03/01 y 24/10/01 no se encontraba en Valencia sino en Casatejada (Cáceres) como acredita con certificado de empadronamiento que adjunta.
- Escrito del denunciante 29 en el que manifiesta que nunca ha residido en el domicilio correspondiente a la línea 973283225 aportando como prueba certificados de empadronamiento.

DECIMOTERCERO: Con fecha 24/09/08, el instructor del procedimiento emitió propuesta de resolución en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se



sancionase a TELEFONICA con multa de 450.000 € (cuatrocientos cincuenta mil euros) por la infracción del artículo 11.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.4.b) de dicha Ley Orgánica.

DECIMOCUARTO: Con fecha 13/10/09 tuvo entrada en esta Agencia escrito de TELEFONICA en el que reitera sus anteriores alegaciones:

1. Existencia de deuda cierta, vencida y exigible caso de los denunciantes 1,2,3,6,7,8,9,10,12,13,14,15,16,17,18,19,22,23,24,25,26,28,29 y 30.
2. Asimismo argumenta que, excepto en los casos de error en el DNI, se ha acreditado que TELEFONICA prestó un servicio y los denunciantes dejaron de abonar facturas lo que demuestra la existencia de relación contractual.
3. la cesión de créditos no requiere consentimiento del deudor, tal y como establece al efecto el artículo 346 y 347 del Código de comercio y los artículos 1526 a 1536 del Código Civil.
4. El cliente facilita a TELEFONICA sus datos personales para muchos fines, distintos aunque relacionados con la prestación en sí del servicio, como son la facturación del servicio, el cobro de la misma, la reparación de averías de la línea en domicilio, etc. Pues bien, dentro del derecho de TELEFONICA DE ESPAÑA a cobrar el servicio está la posibilidad de ceder el crédito a otra empresa si es que observa, como en nuestro caso, que pese a las gestiones realizadas el cliente deudor sigue sin querer abonar la factura.
5. La cesión de créditos es una figura regulada en el Código de Comercio (artículos 347 y 348) y en el Código Civil (artículos 1526 a 1536) que, lejos de requerir el consentimiento del deudor, puede realizarse incluso sin su conocimiento y contra su voluntad, sin que la notificación al mismo tenga otro alcance que el obligarle con el nuevo acreedor, no reputándose pago legítimo desde aquel momento el hecho a favor del cedente no requiere el consentimiento del deudor
6. La cesión de créditos constituye uno de los supuestos previstos por el artículo 11.2.a) de la LOPD en los que no es necesario obtener el consentimiento del deudor. La cesión de créditos y, subsidiariamente, la cesión de los datos del deudor por parte del cedente al cesionario está amparada por el Código Civil y de Comercio, que no exige consentimiento del deudor para que sea operativa la cesión, incluyéndose dentro del consentimiento, el relativo a los datos personales del mismo. Esto resulta claro, toda vez que supeditar la eficacia de la cesión de créditos al consentimiento del deudor respecto a la comunicación de sus datos personales a la entidad cesionaria sería tanto como impedir que dicha cesión de créditos pudiera realizarse, toda vez que no parece lógico que el deudor acepte que se comuniquen sus datos a otra entidad. A mayor abundamiento, debemos indicar que supeditar la eficacia de la cesión de créditos al consentimiento del deudor respecto a la comunicación de sus datos personales a la entidad cesionaria sería contrario al artículo 1256 de Código Civil, que no permite dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y ejecución de los contratos, y mucho menos, hacerlo depender, como en este caso, de un tercero, como sería el deudor.
- 7.- La Sentencia de la Audiencia Nacional en la que se apoya la Agencia Española de Protección de Datos para considerar que la cesión de créditos requiere el consentimiento del deudor se refiere a un supuesto radicalmente distinto al que constituye el objeto del presente procedimiento ya que se trata de un caso de sucesión de negocio que no puede llevarse a efecto sin el consentimiento o desconocimiento de los afectados. En el presente caso no se trata de una sucesión universal de derechos y obligaciones, en la que se realiza una comunicación masiva de



datos a la entidad que sucede a la entidad que contrató con los clientes, sino que estamos ante un supuesto de cesión de determinados créditos que TELEFONICA frente a determinados deudores, cesión que, conforme a la consolidada doctrina del Tribunal supremo no exige, ni recabar ni obtener el consentimiento del deudor (SSTS Sala Primera de 28-10-1957; 7-7-1958; 5-11-1974; 11-1-1983; 23-10-1984, 12-11-1992).

TELEFONICA informó a los deudores que su deuda iba a ser cedida a AKTIV, que las cantidades adeudadas debían ser abonadas a esta última, así como que sus datos personales asociados a su deuda iban a ser incorporados a un fichero titularidad de AKTIV, cuyo representante es TREYM CONSULTING

8. Inexistencia de culpabilidad en la actuación de Telefónica de España, ya que solo en 6 casos de los 36 analizados se produjo error en la identidad de los deudores, error que fue detectado y subsanado antes del momento de la inspección,. En efecto, como hemos venido indicando a lo largo de este Procedimiento, la negligencia necesaria para que pueda apreciarse responsabilidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador no es cualquier negligencia, sino que es preciso dolo o *negligencia grave*. En otros casos, se solicitó a AKTIV la devolución inmediata de la deuda cedida en relación a algunos denunciantes, por estar afectada la misma por una auditoria de calidad del dato.

El principio de culpabilidad exige una prueba concreta de que, *atendidas las circunstancias del caso*, el presunto infractor no ha empleado la diligencia exigible. Así pues, para poder afirmar la culpabilidad de TELEFONICA, la Propuesta de resolución debería haber acreditado que no ha prestado la diligencia debida para evitar el resultado antijurídico producido, y que no dispone de los medios técnicos, materiales y humanos adecuados o que, disponiendo de ellos, no ha puesto los mismos a disposición de la subsanación de los errores advertidos. Ha quedado demostrado el esfuerzo realizado por TELEFONICA para subsanar los 6 errores cometidos, de los que no se han derivado daños para los afectados, por lo que consideramos que no ha incurrido en culpabilidad alguna en la comisión de la infracción, por lo que el expediente ha de ser archivado.

9. Falta de Proporcionalidad en la sanción propuesta por cuanto de las 1.028.793 deudas vendidas sólo en 6 supuestos hubo un error de DNI que determinó se solicitase, de manera inmediata y mucho antes de practicarse la inspección, la devolución de la deuda cedida a AKTIV, lo que acredita un correcto funcionamiento de las auditorias de calidad. Debería tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 45.5 de la LOPD que prevé que 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.

HECHOS PROBADOS



PRIMERO: En fecha 14/12/07 TELEFONICA y AKTIV KAPITAL, entidad de nacionalidad Suiza, constituida conforme a las Leyes de Suiza, con domicilio en CH-5201 Brugg (Suiza), bajo el número CH-400.9.023.051-4, con número de identificación fiscal español N-0391597-B, y cuyo representante fiscal en España es TREYM CONSULTING, titular del NIF nº B-80568769, con domicilio en Madrid, c/ Hermanos García Noblezas nº 39, suscribieron un contrato de "COMPRAVENTA Y CESIÓN DE CARTERA SIN RECURSO", en virtud del cual TELEFONICA vende y cede a AKTIV una cartera de deudas fallidas (a fecha 07/11/07) de TELEFONICA adquiriendo la plena titularidad de todas y cada una de las deudas que componían dicha cartera en la fecha de entrada en vigor del contrato que se estipula el 02/01/08. El importe de la cartera de deudas fallidas se componía, a 13/11/07 por 1.028.793 facturas con un valor total que consta en folio 65 del expediente que fueron adquiridas por AKTIV KAPITAL por un precio que consta en folio 67 del expediente.

En el acto de la firma del contrato, elevado a escritura pública ante notario, TELEFONICA hizo entrega al notario de tres copias idénticas de un soporte electrónico ("soporte electrónico TDE") que contenía todos los datos de las deudas que componían la cartera vendida: nº de factura, tipo de servicio, tipo de documento identificativo, nº de documento identificativo, nombre titular, dirección, código de provincia, tipología del cliente, fecha de emisión de la factura, fecha de vencimiento de la factura, fecha de contabilización incobrable, importe original de la factura, importe reclamable, indicador expediente judicial e indicador ASNEF. Se estipula que a partir del 02/01/08 AKTIV KAPITAL podrá requerir al notario para que le haga entrega de una copia del "soporte electrónico TDE" a su exclusivo requerimiento, de modo que la puesta a disposición de AKTIV del citado soporte equivaldrá a la entrega de la cartera del TELEFONICA a AKTIV.

El contrato estipula que TELEFONICA responde frente a AKTIV KAPITAL de la existencia y legitimidad de cada una de las deudas, no obstante en el supuesto de que se verifique la inexistencia o ilegitimidad de alguna de ellas serán sustituidas por otras de similares características.

Asimismo se estipula que TELEFONICA se compromete a dar de baja las deudas cedidas en las entidades de información sobre solvencia patrimonial y crédito a las que hubieran comunicado las mismas, obligándose AKTIV KAPITAL a dar de alta por su cuenta y a su cargo, como nuevo acreedor a los deudores cedidos.

Respecto a la cláusula de "*Protección de datos de carácter personal*" AKTIV KAPITAL se obliga a utilizar los datos personales de los deudores obtenidos en virtud del contrato exclusivamente en el ejercicio de su derecho de recobro, realizando su tratamiento con estricto cumplimiento de la normativa vigente en materia de protección de datos, en especial con lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal y normas de desarrollo.

Respecto a la comunicación a los deudores de la cesión de deuda, en el propio contrato ambas partes se comprometen a remitir, firmada por ambos una notificación, cuyo modelo se adjunta en Anexo I del contrato, con las garantías previstas en el propio contrato, comprometiéndose AKTIV a no realizar ninguna acción de recobro hasta que no hayan transcurrido cinco días hábiles desde el envío de la notificación al deudor (folios 65-80).

SEGUNDO: TELEFONICA manifestó que una vez que resultó imposible el cobro de las deudas generadas por impago de facturas, se procedió a una fase de depuración previo a la cesión de la cartera de deuda a AKTIV KAPITAL excluyéndose las siguientes facturas:

- a. Con incidencia o cuyas acciones de recobro están interrumpidas por disconformidad con los elementos facturados o con el importe reclamado.
- b. Con alguna posible incidencia.



- c. Con procedimiento judicial en curso.
- d. Asociadas a presentación de denuncias por el cliente o de clientes en procesos judiciales como suspensión de pagos o quiebras.
- e. Excluidas del proceso por el Departamento de Fraude asociadas a determinados clientes por estar sometidas a estudio. (folios 60-64).

TERCERO: En fecha 26/07/06 se suscribió un contrato de prestación de servicios entre AKTIV KAPITAL y TREYM CONSULTING que contiene los términos en el que se regula la relación contractual entre ambas. Según éste contrato, los servicios encargados a TREYM CONSULTING por el responsable del fichero (AKTIV) son:

- d. La realización de las notificaciones a cada deudor de la cartera de créditos adquirida a TELEFONICA por AKTIV KAPITAL, informándoles del nuevo acreedor de la deuda.
- e. La gestión de negociación con los clientes para la recuperación de las cantidades adeudadas, que incluirán (cartas, mensajes, telegramas...).
- f. Localización de los deudores (averiguación del domicilio actual).
- g. La reclamación judicial de las mismas,
- h. La comunicación y gestión de las confirmaciones recibidas y encomendadas por AKTIV, a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito.
- i. La gestión del cumplimiento de los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación requeridos por los clientes de AKTIV.
- j. Colaboración en las solicitudes de información y procedimientos requeridos por las autoridades competentes en la legislación suiza y con los representantes de la Agencia Española de Protección de Datos.

Respecto al procedimiento que se siguió para el envío de las comunicaciones a los titulares de las deudas cedidas por TELEFONICA a AKTIV KAPITAL (punto 3.a):

- a. De acuerdo con las instrucciones establecidas por el responsable del fichero y la autorización prevista en el contrato suscrito con el mismo, TREYM CONSULTING entregó el soporte que contiene el fichero de comunicaciones en relación a los créditos adquiridos a TELEFONICA a la sociedad Correo Híbrido, S.A., con quien suscribieron un contrato con fecha 16/01/07 del que aportan copia y en cuyo anexo se detallan los servicios encargados a Correo Híbrido, S.A, entre los que constan la maquetación, impresión, ensobrado y depósito en correos de las comunicaciones del citado fichero, en los plazos previamente acordados.
- b. Una vez finalizado el proceso, Correo Híbrido, S.A. entregó el albarán de entrega emitido por Correos y Telégrafos, S.A. del depósito de las comunicaciones contenidas en el fichero. Así mismo, Correo Híbrido S.A. custodia una copia del fichero, en virtud de la autorización otorgada por el responsable del fichero.
- c. Así mismo, Correo Híbrido, S.A. se ha encargado de la gestión de las comunicaciones devueltas, entregando semanalmente a TREYM CONSULTING, un fichero que identifica la correspondencia devuelta así como los motivos de devolución. (folios 6-36)

CUARTO: En fecha 01/02/07 ASNEF EQUIFAX (entidad titular del fichero Asnef), suscribió un contrato con AKTIV y TREYM CONSULTING, con objeto de contratar los servicios prestados por ASNEF EQUIFAX en cuanto a los datos de las deudas adquiridas por AKTIV, de cuyas gestiones de



alta, modificación y baja en el citado fichero, se encargará en virtud de contrato suscrito al efecto y por cuenta del titular de las deudas (AKTIV), TREYM CONSULTING (folios 37-57)

QUINTO: Los datos del denunciante 25 fueron incluidos el 26/06/07 por TELEFONICA en el fichero Asnef por una deuda por importe de 69,98 € siendo datos de baja en noviembre de 2007 (folios 658-659).

SEXTO: Los datos del denunciante 35 fueron incluidos el 26/06/06 por TELEFONICA en el fichero Asnef por una deuda por importe de 436,89 €, deuda que se mantuvo hasta diciembre de 2007, pasando a informarse una deuda de 213,23 € en enero de 2008, siendo datos de baja el 13/05/08 (folios 1611-1614).

SÉPTIMO: Los denunciantes recibieron requerimientos de pago de AKTIV KAPITAL de deudas adquiridas por ésta a TELEFONICA en virtud del contrato de cesión de crédito descrito en el punto primero de hechos probados (folios 85-86, 110-111, 114-115, 150, 168-169, 175, 180-181, 189-192, 208-215, 236, 244, 248, 257, 284, 290, 311-312, 328-329, 337-338, 351, 375-377, 394-395, 413, 431, 472, 496-497, 508-514, 546, 565-566, 574, 580, 604, 606-610, 635, 662-663, 689-691, 693, 791, 795, 815-816, 818, 820, 847, 852-853, 855-856, 1062-1066, 1143, 1268, 1277, 1407-1419, 1921-1922, 2002, 2300-2301, 2321, 2325, 2340).

OCTAVO: No obra en poder de TELEFONICA contrato correspondientes a las líneas y productos que originaron las deudas posteriormente cedidas a AKTIV. No se aporta contrato de ninguno de los denunciantes (1 a 36).

NOVENO: Se ha acreditado el error en la identidad de la persona cuya deuda fue cedida a AKTIV KAPITAL habida cuenta de la existencia de un error de DNI en los ficheros de TELEFONICA o el proceso de cesión de datos a AKTIV KAPITAL. Este hecho se acredita en el caso de los denunciantes 4, 6, 11, 14, 21, 27, 32 y 36. TELEFONICA solicitó a AKTIV CAPITAL la devolución de la deuda cedida (folios 183-187, 217-226, 344-349, 399-404, 568-572, 807-810, 1132-1133, 1627-1628, 1660, 1678-1697, 1928-1929).

DÉCIMO: No consta consentimiento de los denunciantes otorgado a TELEFONICA para la cesión de sus datos personales a AKTIV KAPITAL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

II

Se imputa a TELEFONICA la infracción del artículo 11 que establece que:

"1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del



cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

a) Cuando la cesión está autorizada en una Ley.

b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.

c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique.

d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas.

e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones Públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica.

3. Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquél a quien se pretenden comunicar.

4. El consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal tiene también un carácter de revocable.

5. Aquél a quien se comuniquen los datos de carácter personal se obliga, por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la presente Ley.

6. Si la comunicación se efectúa previo procedimiento de disociación, no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores.”

III

El artículo 11.1 de la LOPD exige el consentimiento del afectado, o bien, habilitación legal (artículo 11.2.a) para la cesión de datos de carácter personal.

En cuanto a la posible habilitación legal para la cesión dispuesta en el artículo 11.2.a) de la LOPD, se debe señalar lo siguiente :

En primer lugar, es necesario analizar la normativa aplicada por la entidad ahora imputada (cedente) para llevar a cabo la comunicación mediante una venta onerosa de los datos de carácter personal relativos a supuestos clientes deudores a una tercera entidad (cesionaria).

Tal negocio se encuentra recogido, en el ámbito puramente mercantil, en el vigente Código de Comercio, Título VI, de la compraventa y permuto mercantiles y de la transferencia de créditos no endosables, Sección Tercera , art.347 y 348. En concreto, dichos artículos disponen lo siguiente :



"Artículo 347"

Los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia.

El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a éste.

Artículo 348

El cedente responderá de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión; pero no de la solvencia del deudor, a no mediar pacto expreso que así lo declare".

Del encuadre sistemático de los citados artículos en la norma y del propio tenor literal de los mismos, se infiere, para su aplicación en un negocio de esta índole, que se cumplan los siguientes requisitos :

- 1.- Necesidad de la existencia de un crédito de las características indicadas
- 2.- Existencia de un acreedor (cedente)
- 3.- Existencia del correspondiente cessionario,
- 4.- Existencia de una deuda por el titular del dato cedido. Es decir, se cumpla la condición de deudor.

Si se cumplen los requisitos indicados en la norma, será posible, por propia habilitación legal, llevar a cabo la transferencia a la que hace referencia la norma, desplegando los efectos indicados en la misma.

En caso contrario, es decir, ante la falta de uno de los requisitos exigibles en la citada norma, tal transferencia de créditos mercantiles no endosables ni al portador, como es la transferencia de crédito ahora imputada, no sería posible.

En el presente caso, del total de datos cedidos por la entidad cedente, en el presente expediente no se cumplen los requisitos indicados en el caso de los denunciantes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 35 y 36 al no cumplirse la condición de deudor del titular de los datos comunicados, por lo que la transferencia de créditos analizada en los citados casos no está amparada por la norma legal antes transcrita, sin que se produzca una cesión "para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas de cedente como requiere el artículo 11 de la LOPD.. En el caso concreto de los denunciantes 4, 6, 11, 14, 21, 27, 32 y 36 se acreditó que los datos cedidos a AKTIV eran erróneos, es decir, se cedieron datos correspondientes a clientes de TELEFONICA que ninguna deuda mantenían con dicha entidad. En el caso concreto de los denunciantes 1, 2, 3, 5, 10, 12, 13, 16, 19, 20, 24, 25, 29, 30, 31 y 35 estos niegan haber sido clientes de TELEFONICA y haber mantenido relación contractual con dicha operadora sin que ésta haya aportado al procedimiento documentación acreditativa de este extremo (contrato, grabación de voz ...) sin que las anotaciones existentes en sus sistemas, incompletas por otra parte, puedan considerarse prueba suficiente de la existencia de relación de servicio entre las partes. De los anteriormente citados cabe señalar los casos del denunciante 10 en el que TELEFONICA llevó a cabo un cambio de titularidad de la línea sin aportar prueba acreditativa de tal hecho; denunciante 16 en el que telefónica emite facturas (octubre y diciembre de 2000 y febrero de 2002) posteriores a la fecha de baja (15/01/01) y cede dicha deuda inexistente; denunciantes 19 y 29 que aportan prueba de no residir en el domicilio de las líneas cuya titularidad se les atribuye; y denunciante 25 el cual pagó la deuda cedida el 12/11/07, dándose la coincidencia de que al día siguiente 13/11/07 se extrajeron de los sistemas de TELEFONICA los deudores cuyos datos se cederían a AKTIV. Así pues en el momento de la cesión no era deudor aunque podría exonerarse a



TELEFONICA de responsabilidad ya que los datos se extrajeron un día después del dato, pero hay que destacar que el denunciante continuó recibiendo requerimientos de pago de AKTIV (aportó uno de fecha 12/02/08), es decir de tres meses después de haber cancelado la deuda con TELEFONICA sus datos continuaban cedidos a AKTIV a pesar de que no era deudor.

En el resto de los casos, denunciante 7, 8, 9, 15, 17, 18, 22, 23, 26, 28, 33 y 34 todos reconocieron la condición de clientes de TELEFONICA, en muchos de los casos discuten la deuda que se corresponde con la última facturación efectuada tras darse de baja, y en todo caso existe discrepancia sobre la existencia de deuda cierta, vencida y exigible origen del crédito cedido resultando, como ya se ha pronunciado esta Agencia en otras ocasiones, que no es de su competencia determinar la existencia de tales extremos. Pero si es de su competencia verificar el cumplimiento de la LOPD.

TELEFONICA y AKTIV en las comunicaciones dirigidas a los denunciantes requiriendo el pago comunican asimismo la cesión de los derechos de cobro amparándose en el artículo 347 del Código de Comercio, que dispone que: "*Los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia. El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a éste.*" Por su parte el artículo 348 señala que: "*el cedente responderá de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión; pero no de la solvencia del deudor, a no mediar pacto expreso que así lo declare.*"

Como se ha puesto de manifiesto en el procedimiento la aplicación del citado artículo queda supeditada a la condición de deudor que ha quedado demostrado que no concurre en el caso de varios de los denunciantes.

En cuanto al posible consentimiento de los interesados dispuesto en el artículo 11.1 de la LOPD, exigible en el presente caso habida cuenta de la inexistencia de amparo legal de la cesión por cuanto los denunciantes anteriormente citados no eran deudores de TELEFONICA, se debe señalar que tal circunstancia en ningún caso ha resultado acreditada en el expediente.

En consecuencia, de lo anteriormente expuesto, del total de los datos comunicados por la entidad cedente de los mismos, en el presente expediente consta que en el caso de los denunciantes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 35 y 36 constituye una cesión de datos personales no consentida ni con habilitación legal, al incumplir los requisitos del artículo 11.1 y 2a) de la LOPD. Además, no se encuentra amparada en ninguno de los supuestos recogidos en el apartado 2b) y siguientes del mismo artículo.

Por lo tanto, TELEFONICA ha incurrido en infracción del artículo 11 de la LOPD, tipificado como muy grave en el artículo 44.4.b) de la citada LOPD.

IV

Dicha Infracción se encuentra tipificada en el artículo 44.4.b) de la LOPD como muy grave, que así considera: "*La comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas*". Y puede ser sancionada con multa de 300.506,05 € a 601.012,10 €, de acuerdo con el artículo 45.3 de la citada Ley Orgánica.

Por tanto, en el presente caso no concurre ninguna de las condiciones que, conforme al artículo 11 de la LOPD, hubieran permitido la cesión de los datos de la denunciante, por lo que



TELEFONICA ha incurrido en una infracción del artículo 11.1 de la LOPD, tipificada como muy grave en el artículo 44.4.b) de dicha norma.

V

El artículo 45.3 y 4 de la LOPD establece que:

"3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 300.506,05 € a 601.101,21 €.

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.

Conviene recordar que desde el punto de vista material, la culpabilidad consiste en la capacidad que tiene el sujeto obligado para obrar de modo distinto y, por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Por tanto, lo relevante es la diligencia desplegada en la acción por el sujeto, lo que excluye la imposición de una sanción, únicamente en base al mero resultado, es decir al principio de responsabilidad objetiva.

No obstante lo anterior, la Sentencia de la Audiencia Nacional dictada el 21 de septiembre de 2005, Recurso 937/2003, establece que *"Además, en cuanto a la aplicación del principio de culpabilidad resulta que (siguiendo el criterio de esta Sala en otras Sentencias como la de fecha 21 de enero de 2004 dictada en el recurso 113/2001) que la comisión de la infracción prevista en el art. 77.3 d) puede ser tanto dolosa como culposa. Y en este sentido, si el error es muestra de una falta de diligencia, el tipo es aplicable, pues aunque en materia sancionadora rige el principio de culpabilidad, como se infiere de la simple lectura del art. 130 de la Ley 30/1992, lo cierto es que la expresión "simple inobservancia" permite la imposición de la sanción, sin duda en supuestos doloso, y asimismo en supuestos culposos, bastando la inobservancia del deber de cuidado".*

TELEFONICA manifestó que no debe ser sancionada pues no existe culpabilidad en su actuación. En relación a dicho asunto, aunque en materia sancionadora rige el principio de culpabilidad, como se infiere de la simple lectura del artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26/11, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC), que señala que solo pueden ser sancionadas las personas por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia, tal y como con criterio general ha venido señalando la Jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 5/06/1989 y 12/03/1990, entre otras muchas), la expresión simple inobservancia del artículo 130.1 de la LRJPAC permite la imposición de la sanción, sin duda en supuestos dolosos, y asimismo en supuestos culposos, bastando para la imposición de la sanción, la inobservancia del deber de cuidado. La culpabilidad entonces, se concreta en la falta de diligencia observada por la entidad, para asegurarse de que los datos que recaba, trata y utiliza, hayan accedido al fichero con el consentimiento del afectado, no bastando meras presunciones. Falta de diligencia, que, en el presente supuesto, resulta atribuible a TELEFONICA por cuando cedió los datos de los denunciantes sin comprobar de modo fehaciente la condición de deudores de los mismos, en alguno de los casos porque cedió datos de clientes que no eran deudores en modo alguno, y en otros casos por cuando no contaba con prueba acreditativa de la existencia de relación contractual con los mismos al margen de las anotaciones en sus sistemas que no pueden ser tenidas más que como una declaración de parte interesada pero en modo alguno como prueba fehaciente y definitiva de la condición de clientes de los denunciantes. Por tanto, por un lado, no se cercioró en absoluto de que los datos de clientes existentes en sus sistemas



correspondieran a quien se decía que correspondían, ni realizó actividad alguna para confirmar la veracidad de dichos datos, como hubiera sido la acreditación de la remisión de documentación sobre la contratación.

El Tribunal Supremo (Sentencias de 05/07/1998 y 02/03/1999) viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el sujeto infractor no se comporta con la diligencia exigible. Diligencia cuyo grado de exigencia se determinará en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, tales como el especial valor del bien jurídico protegido o la profesionalidad exigible al infractor. En este sentido, la citada Sentencia de 05/07/98 exige a los profesionales del sector "*un deber de conocer especialmente las normas aplicables*".

Aplicando la anterior doctrina, la Audiencia Nacional exige a las entidades que operan en el mercado de datos una especial diligencia a la hora de llevar a cabo el uso o tratamiento de tales datos o la cesión a terceros. Y ello porque siendo el de la protección de datos un derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000), los depositarios de estos datos deben ser especialmente diligentes y cuidadosos a la hora de operar con ellos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la protección de los bienes jurídicos protegidos por la norma. En este sentido, entre otras, Sentencias de la Audiencia Nacional de fechas 14/02 y 20/09/2002 ,13/04 y 18/05/2005.

Conforme a este criterio, es evidente que TELEFONICA no actuó con la diligencia debida que le resulta exigible, al carecer de prueba acreditativa de las contrataciones origen de las deudas cedidas a AKTIV, por lo tanto, la alegación de ausencia de culpabilidad debe ser desestimada.

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.

Por su parte el apartado 5 del artículo 45 dispone que: "*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 proceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate*".

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. Circunstancias que no apreciamos concurren en el caso de autos en el que la entidad bancaria debió adoptar una diligencia mayor y optar por una interpretación en defensa de los intereses del titular del dato, pues no se olvida que este es titular de un derecho fundamental a la libertad informática -STS 202/1999- y las entidades que operan en el mercado de datos y obtienen con ello determinadas ventajas deben siempre obrar con exquisita diligencia y procurar siempre la perfecta comunicación entre el dato y la realidad.

El Tribunal Supremo (Sentencias de 05/07/1998 y 02/03/1999) viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el sujeto infractor



no se comporta con la diligencia exigible. Diligencia cuyo grado de exigencia se determinará en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, tales como el especial valor del bien jurídico protegido o la profesionalidad exigible al infractor. En este sentido, la citada Sentencia de 05/07/1998 exige a los profesionales del sector "un deber de conocer especialmente las normas aplicables".

Aplicando la anterior doctrina, la Audiencia Nacional exige a las entidades que operan en el mercado de datos una especial diligencia a la hora de llevar a cabo el uso o tratamiento de tales datos o la cesión a terceros. Y ello porque siendo el de la protección de datos un derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000), los depositarios de estos datos deben ser especialmente diligentes y cuidadosos a la hora de operar con ellos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la protección de los bienes jurídicos protegidos por la norma. En este sentido, entre otras, Sentencias de la Audiencia Nacional de fechas 14/02 y 20/09/2002, y 13/04 y 18/05/2005.

TELEFONICA ha solicitado la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, con fundamento en la falta de Proporcionalidad en la sanción propuesta por cuanto de las 1.028.793 deudas vendidas sólo en 6 supuestos hubo un error de DNI que determinó se solicitase, de manera inmediata y mucho antes de practicarse la inspección, la devolución de la deuda cedida a AKTIV, lo que acredita un correcto funcionamiento de las auditorias de calidad. .

Conforme al citado criterio jurisprudencial, es evidente que a pesar de lo alegado por TELEFONICA para la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, no ha prestado la diligencia debida al ceder los datos de los denunciantes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 35 y 36 sin su consentimiento, y de las medidas que manifiesta haber adoptado con anterioridad a la cesión no se infiere que no volvieran a producirse hechos como los denunciados habida cuenta de que ninguna de ellas se dirige a acreditar de modo fehaciente, la existencia de contratación, en orden a que las deudas generadas por impago de servicios puedan ser cedidas son consentimiento del titular con la cobertura legal amparada por los artículos 347 y 348 del Código de Comercio. Por tanto, ello no se considera suficiente para apreciar que concurren las circunstancias necesarias para que pueda aplicarse en el presente supuesto el artículo 45.5 de la LOPD.

Teniendo en cuenta los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD y, en especial, al volumen de tratamientos efectuados y beneficios obtenidos, procede imponer una sanción de 420.000 €.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

PRIMERO: IMPONER a **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, por una infracción del artículo 11.1 de la LOPD, tipificada como muy grave en el artículo 44.4.b) de dicha norma, una multa de 420.000 € (cuatrocientos veinte mil euros) de conformidad con lo establecido en el artículo 45.3, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución y el Anexo general a **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** y cada uno de los **denunciantes** que figuran en el Anexo adjunto.

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva 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 0182 2370 43 0200000785 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.



o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación 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 recibe la notificación 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 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 (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido 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, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

ANEXO 29

Identidad del denunciante 29 en el PS/00233/2009:

Firmado en Madrid en fecha 20 de octubre de 2009, por D. Artemi Rallo Lombarte, Director de la Agencia Española de Protección de Datos.

Lo que se notifica a efectos oportunos de conformidad con el art. 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27-11) y de acuerdo con el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y a su vez de conformidad con lo establecido en el art.



30, apartado b) del Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos.

Madrid, 21 de octubre de 2009
EL SECRETARIO GENERAL

Ignacio García-Belenguer Laita

