

Expediente Nº: E/00775/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U.** en virtud de denuncia presentada por Doña **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 12 de diciembre de 2012, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) de manera sucinta ante esta AEPD pone de manifiesto que:

*“...que se hizo una portabilidad desde Movistar, pero que en este momento y desde el 15/11/12 ese número está dado de baja por fraude. Supuestamente alguien de **Movistar** saltándose la Ley de Protección de Datos, ha pasado a una tercera persona mi nombre y apellidos junto con el DNI y el número de abonado del contrato que tenía con Movistar (...).”*

Junto con el escrito de denuncia se aportan los siguientes documentos:

- a) Copia de la presentación de una denuncia el 23 de noviembre de 2012 ante la Guardia Civil si bien falta la copia de la denuncia manuscrita que se cita en el documento pero no se aporta.
- b) Copia del albarán de entrega del modem, con fecha 30 de agosto de 2011.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

Con fecha 10 de junio de 2013 se solicita a **MOVISTAR** la siguiente información relativa a la denunciante y de su respuesta se desprende que:

1. La denunciante figura en sus sistemas como titular de la línea *****TEL.1**, con fecha de alta 1 de septiembre de 2011.

Se aporta copia de la grabación mediante la que se contrató la línea en la que se verifica que el nombre de la contratante es **“***NOMBRE.1”**.

2. La línea consta en los sistemas de información de la entidad como portada a ORANGE el 4 de octubre de 2012.
3. En el registro de la solicitud de portabilidad recibida por la entidad figura como nombre del abonado que se porta **“***NOMBRE.2”**, en lugar de **“***NOMBRE.1”**.

Con fecha 4 de noviembre de 2013 se solicita a **ORANGE** la siguiente información relativa a la denunciante y de su respuesta se desprende lo siguiente:

4. En los sistemas de la entidad, el NIF de la denunciante consta asociado a **A.A.A.**, con domicilio en la (C/.....1) Tarragona.

A nombre de dicho cliente consta la línea *****TEL.1** que consta como portada a la

entidad el 4 de octubre de 2012 y dada de baja por fraude el 15 de noviembre de 2011.

En el caso que nos ocupa, la herramienta utilizada por el departamento de fraude detectó el uso de un IMEI incluido en una lista de identificadores fraudulentos.

Todo ello provocó el inicio de una investigación por parte del departamento que determinó que asociados al DNI de la denunciante aparecían en Internet datos de una mujer llamada ***NOMBRE.1 y no ***NOMBRE.2.

La contratación se realizó a través del canal telefónico.

Aportan copia de la grabación de la llamada mediante la que se solicitó la portabilidad.

Al comprobar que la voz de la grabación de la llamada mediante la que se contrató la línea la voz era claramente masculina se procedió a la solicitud de documentación acreditativa de la identidad del contratante.

Al no ser remitida la documentación solicitada se gestionó la baja de la línea como contratación fraudulenta.

5. Durante el periodo en que el contrato estuvo en vigor se emitieron dos facturas, el 12 de octubre y noviembre de 2012.

El 31 de octubre de 2013 se emitieron facturas rectificativas por lo que actualmente la deuda se encuentra condonada.

Aportan copia de las facturas emitidas y las rectificativas.

6. No les constan contactos con el cliente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

El artículo 6 de la LOPD, determina:

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

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren

los derechos y libertades fundamentales del interesado.

El tratamiento de datos de carácter personal tiene que contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público, que existe una Ley que ampara ese tratamiento o una relación contractual o negocial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

El tratamiento de datos sin consentimiento constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, (F.J. 7 primer párrafo) señala que:

“...consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele”.

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

III

En el presente caso, se procede a analizar la reclamación de fecha en esta AEPD 12/12/12 en la que la denunciante solicita aclaración de los “hechos” frente a la Entidad denunciada—**TME** (Movistar)--.

En concreto, pone de manifiesto que alguien, utilizando el número asociado a la denunciante: *****TEL.1** y los datos personales de la afectada hizo una portabilidad a otra compañía de telefonía móvil: Orange (France Telecom)

La **portabilidad** se puede definir como aquella operación de cambio de una compañía telefónica a otra, que opera libremente en el Mercado de las telecomunicaciones, sin tener que cambiar el número de teléfono que tenemos asignado.

En fase de instrucción—ex art. 78 Ley 30/92—se procede a solicitar y analizar la documentación correspondiente sobre los “hechos” denunciados.

En concreto, la Entidad denunciada—**TME** (Movistar)-- manifiesta que los datos de la afectada constan en sus sistemas de información asociados a la línea: *****TEL.1**, con fecha de alta 01/09/11 bajo la modalidad “Contrato Internet Móvil” y fecha de baja 04/10/12. Aporta copia de la grabación, que se corresponde con la voz de una mujer y los datos de la afectada, que acredita la contratación en legal forma.

En cuanto al modo de efectuar la portabilidad se realizó de manera telefónica, aportando copia de la grabación de portabilidad la Entidad investigada—Orange (France Telecom España S.A.U)—en la misma los datos de la afectada, vinculados a su DNI: *****DNI.1** son aportados por una **voz masculina**.

Durante el periodo en que el contrato estuvo en vigor se emitieron dos facturas:

- Fac *****FACTURA.1** de fecha 12/11/12 por importe de 25,02€.
- Fac *****FACTURA.2** de fecha 12/10/12 por importe de 24,91€.

En fecha 31/10/13 se emitieron facturas rectificativas, estando en la actualidad la deuda condonada: esto es, no se debe importe alguno a la Entidad-Orange (France Telecom)--, sin que conste que los datos de la afectada hayan sido incluidos en ficheros de “morosos”.

Esta última Entidad, procedió a validar inicialmente la portabilidad realizada mediante contratación telefónica, si bien, en un plazo prudencial tras constatar la existencia de “presunto fraude” procedió a la suspensión de la línea y ulterior baja de la misma.

De la documentación aportada se constata que un **tercero de mala fe** procedió a efectuar la portabilidad de la línea—titularidad de la afectada—utilizando los datos de carácter personal de ésta (vgr. nº de DNI) con fines de engañar a otro y ánimo de lucro.

El **principio de presunción de inocencia** impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan la imputación o de la intervención en los mismos del presunto infractor. Aplicando el principio “*in dubio pro reo*” en caso de duda respecto de un hecho concreto y determinado, que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

La presunción de inocencia debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1990, de 26/04, considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta: *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.*

La presunción de inocencia rige sin excepciones en el Ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualquier sanción, ya sea penal o **administrativa** (TCo 13/1981), pues el ejercicio del derecho sancionador en cualquiera de sus manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propia posiciones.

Conforme a este principio, no puede imponerse sanción alguna en razón de la culpabilidad del imputado si no existe una **actividad probatoria de cargo**, que en la apreciación de las autoridades u órganos llamados a resolver, destruya esta presunción (TCo Auto 3-12-81).

A mayor abundamiento, la Audiencia Nacional—SAN 06/07/12—ha manifestado que: *“Si bien la presunta suplantación de identidad no ha podido ser esclarecida, de lo que no cabe duda a juicio de la Sala, es de que Canal Satélite Digital obró con una diligencia normalmente exigible en una operación de servicios como los contratados. Y además el correspondiente contrato tuvo que ser firmado por alguien que, si no era tal denunciante, al menos si conocía su nombre y apellidos, su domicilio, su teléfono móvil y su número de DNI. Abonándose además, puntualmente y durante ocho meses, tales consumos televisivos.”*

Por tanto, el motivo de no proceder a sancionar a la Entidad denunciada—TME (Movistar) se centra en la intervención de un tercero de mala fe, que disponía de datos de carácter personal de la afectada, que pudo inducir la contratación dolosa, actuando ésta con una “mínima” diligencia a la hora de conceder la portabilidad solicitada por Orange (France Telecom).

La recepción por el operador de origen de una solicitud válida de cambio de operador con conservación de número implica la baja con el mencionado operador de todos los servicios asociados al servicio telefónico identificado por la numeración portada.

En cuanto a la solicitud de sanción para “el suplantador” de su datos, la cuestión excede de la competencia de esta AEPD, al ser un “presunto” tipo penal (vgr. delito de estafa. Art. 248 y ss Lo 10/95) cuyo enjuiciamiento corresponde al Juzgado de Instrucción del lugar dónde se haya cometido el mismo, previa presentación de denuncia o querrela criminal en su caso.

Finalmente, matizar que los datos de la afectada no han sido incluidos en ningún “fichero de morosidad”, si bien podrá en su caso ejercitar los derechos de oposición y

cancelación, recogidos en la LOPD, en la forma reglamentariamente establecida y, en caso, de no ser atendida de forma motivada y en el plazo legalmente establecido deberá poner los hechos en conocimiento de la AEPD, aportando toda la documentación necesaria al efecto.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

- 1. PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
- 2. NOTIFICAR** la presente Resolución a la Entidad denunciada **--TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U--**, y a Doña **A.A.A.**.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (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.

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