



Expediente Nº: E/00943/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 6 de febrero de 2012 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **D.D.D.**, en adelante la afectada, en el que solicita la tutela de la Agencia por la denegación del derecho de acceso ejercido ante TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A...., en adelante MOVISTAR, el 24 de octubre de 2011.

El escrito de denuncia viene acompañado de la siguiente documentación:

- a) Una copia de la solicitud de acceso
- b) Una copia de la denuncia interpuesta ante la Policía Nacional en la que denuncia que al tratar de portar su línea de telefonía móvil, desde MOVISTAR se le informa de que mantiene una deuda de 883,98 euros contraída por el uso de la línea **F.F.F.** que consta a su nombre a pesar de que ella desconocía la existencia de dicha línea.
- c) Una copia de una cabecera de fax en la que solicita la intervención de la Agencia Española de Protección de Datos a fin de que MOVISTAR conteste a su solicitud y le informe de cómo y por qué se dio de alta una línea a su nombre sin su consentimiento por la que se ha generado un deuda que la hace figurar en el fichero de solvencia patrimonial ASNEF.

En respuesta al requerimiento de esta Agencia, MOVISTAR aporta copia de la respuesta a la solicitud de acceso realizada por la denunciante de la que la entidad afirma haber tenido conocimiento el 13 de marzo de 2012.

El 12 de abril de 2012 la afectada manifiesta lo siguiente:

1. El 13 de febrero de 2012 recibió un SMS de MOVISTAR en la que le informan que no reconocen el alta fraudulenta porque disponen de una grabación de la contratación de la línea.
2. MOVISTAR asume la cancelación de la deuda pero no aporta las evidencias que dice tener de la contratación realizada por lo que solicita que se le remitan dichas evidencias y que si estima oportuno se sancione a la entidad.

Con fecha 13 de julio de 2012 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos resuelve estimar la reclamación de tutela a de derechos instando a MOVISTAR para que facilite a la afectada acceso completo a sus datos o se deniegue motivadamente.

El 3 de agosto de 2012 MOVISTAR solicita una ampliación del plazo concedido en la resolución para hacerla efectiva y el 6 de agosto de 2012 notifica que ha procedido a enviar una copia de la grabación a la afectada.

El 13 de agosto de 2012 tiene entrada en esta Agencia un correo electrónico de la afectada en la que manifiesta que la grabación que MOVISTAR le remitió una vez

vencido el plazo de la resolución citada en el párrafo precedente, de 4 segundos de duración no tenía sonido alguno.

El 13 de febrero de 2012 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos resuelve desestimar el recurso de reposición interpuesto por la afectada el 13 de agosto de 2012 al entender que no se recurre contra lo resuelto sino contra la ejecución de dicha resolución. En esa misma resolución se acuerda iniciar las actuaciones de investigación del presente expediente con el fin de dilucidar las posibles responsabilidades de MOVISTAR en el tratamiento sin consentimiento de los datos de la afectada.

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 19 de febrero de 2013 se solicita información a MOVISTAR en relación con la línea **F.F.F.**, cuya contratación no reconoce la afectada. De su respuesta que tiene entrada el 5 de marzo de 2013 se desprende lo siguiente:

1. En los sistemas la línea **F.F.F.** consta como dada de alta a nombre de la denunciante el 8 de marzo de 2011.

La contratación, que se realizó mediante llamada telefónica el 25 de febrero de 2011, representó la portabilidad de la línea **F.F.F.** desde el operador donante que era FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A.U. (ORANGE) al operador de destino, MOVISTAR.

Aportan copia de la grabación de la contratación y de la grabación de la llamada de verificación realizada por una tercera entidad independiente. En las grabaciones se proporcionan los datos de la afectada para la portabilidad. Tanto el nombre como los apellidos y el NIF son coincidentes, siendo la única diferencia con la información proporcionada a esta Agencia por la afectada la de la dirección de facturación que es la calle **A.A.A.** y el domicilio a efectos de notificación, en la **E.E.E.**

La solicitud de portabilidad fue confirmada por el operador donante y consecuentemente ejecutada.

2. La línea fue dada de baja el 25 de julio de 2011 debido a la falta de pago.
3. MOVISTAR emitió facturas entre el 1 de abril y el 1 de septiembre de 2011, que fueron anuladas pro facturas rectificativas el 22 de noviembre de 2011, no constando deuda asociada a los datos de la afectada.

Asimismo, se tiene conocimiento de que la CMT ha regulado unos procedimientos administrativos cooperativos entre los operadores para la gestión y tramitación de las portabilidades solicitadas por los clientes, entendiéndose por portabilidad el cambio de operador conservando la numeración de la línea.

Para facilitar la gestión de las portabilidades se ha establecido un nodo central, gestionado por la entidad INDRA, designado por la CMT en coordinación con los operadores. Este nodo central ha sustituido la solución distribuida que existía con anterioridad, consistente en interfaces entre operadores basadas en páginas web.

Los usuarios que solicitan la portabilidad de su línea deben de hacerlo en el operador receptor. Así, los clientes de un operador (donante) que desean portar su línea a otro operador (receptor), deben de solicitarlo al operador receptor.

El operador receptor será el encargado, además de recabar los datos del solicitante para la tramitación del alta como cliente de su compañía, de realizar la solicitud de portabilidad en el nodo central de portabilidades para su tramitación.

La tramitación de una portabilidad conlleva la confirmación (o denegación en su caso) de la misma por el operador donante. Para ello, el operador donante debe comprobar que:

En el caso de líneas postpago el NIF/CIF del solicitante de la portabilidad (aportado por el operador receptor) coincide con el del cliente a portar para la línea en cuestión (MSISDN).

En el caso de líneas prepago debe comprobar que el ICC de la tarjeta coincide con el registrado para la línea (MSISDN). En estos casos, únicamente existe obligación de comprobar la coincidencia de este código de tarjeta, no comprobando la coincidencia de NIF/CIF, ni ningún otro dato de carácter personal.

En ambos casos, postpago y prepago, es de obligado cumplimiento la comprobación de dichos datos, debiendo el operador donante denegar la portabilidad si no existe coincidencia en los datos.

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

El apartado 2 del mismo artículo añade que *“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 negocial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

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

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

III

En el presente caso, el tratamiento de datos realizado por la entidad denunciada fue llevado a cabo empleando una diligencia razonable. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que TELEFONICA aporta copia de la grabación con verificador.

Aportan copia de la grabación de la contratación y de la grabación de la llamada de verificación realizada por una tercera entidad independiente. En las grabaciones se proporcionan los datos de la afectada para la portabilidad. Tanto el nombre como los apellidos y el NIF son coincidentes, siendo la única diferencia con la información proporcionada a esta Agencia por la afectada la de la dirección de facturación que es la calle **A.A.A.)** y el domicilio a efectos de notificación, en la **E.E.E..**

La solicitud de portabilidad fue confirmada por el operador donante y consecuentemente ejecutada.

Por lo tanto, se ha de analizar el grado de culpabilidad existente en el presente caso. La jurisprudencia ha venido exigiendo a aquellas entidades que asuman en su devenir, un constante tratamiento de datos de clientes y terceros, que en la gestión de los mismos, acrediten el cumplimiento de un adecuado nivel de diligencia, debido a las cada vez mayor casuística en cuanto al fraude en la utilización de los datos personales. Así, La Audiencia Nacional señala en su Sentencia de 19 de enero de 2005, *“el debate debe centrarse en el principio de culpabilidad, y más en concreto, en el deber de diligencia exigible a (...) en el cumplimiento de las obligaciones de la LOPD, y no tanto*

en la existencia misma de la contratación fraudulenta sino el grado de diligencia desplegado por la recurrente en su obligada comprobación de la exactitud del dato”.

De acuerdo a estos criterios, se puede entender que TELEFONICA empleó una razonable diligencia, ya que adoptó las medidas necesarias para identificar a la persona que realizaba la contratación. Además de la grabación de la contratación, se realizó verificación con tercero independiente (Argonauta) y se aporta copia del albarán de entrega, de 08/03/2011, firmado con el nombre completo y el DNI de la denunciante.

Junto a ello debe resaltarse que cuando la denunciante reclamó en el centro de Atención al cliente en noviembre de 2011 por no reconocimiento de la contratación efectuada, se procedió a la anulación de la facturación emitida, con el fin de no ocasionar perjuicio alguno a la denunciante.

Por todo lo cual, se ha de concluir, que tras el análisis de los hechos denunciados y de las actuaciones de investigación llevadas a cabo por esta Agencia, no se han acreditado elementos probatorios que permitan atribuir a TELEFONICA una vulneración de la normativa en materia de protección de datos.

Una vez expuestas las consideraciones pertinentes desde la óptica de protección de datos debe significarse que ello no obsta para que el denunciante, si considera que se ha producido un uso fraudulento de sus datos personales para dar de alta nuevos servicios no recurra a la activación de la vía penal correspondiente.

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 **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A...** y a **D.D.D..**

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