



Expediente Nº: E/011111/2013

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 ante la misma por D. **C.C.C.** y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 17 de enero de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **C.C.C.** (en adelante el denunciante) en el que declara:

*<<... Movistar ha realizado el cambio del número de móvil **D.D.D.** de la modalidad Prepago al de Contrato Móviles Movistar sin mi consentimiento....*

*la persona que utiliza ese número de móvil, mi padre **A.A.A.**, incapacitado por enfermedad y del que ejerzo la tutela legal por sentencia judicial firme, puesto que ese número solo lo tiene para recibir mis llamadas y las de mi familia.>>*

Aporta el denunciante copia de la siguiente documentación:

- Sentencia judicial firme de fecha 14/7/1999 de incapacidad de D. **A.A.A.** y de constitución de tutela ejercida por el denunciante.
- Contrato de fecha 26/7/2011 enviado por MOVISTAR a nombre del denunciante respecto de los servicios al número **D.D.D.**. No aparece firmado.
- Factura emitida en fecha 1/9/2011 por MOVISTAR por los servicios prestados a la línea **D.D.D.**.
- Burofax de fecha **13/9/2011** con certificación del contenido, remitido por el denunciante a MOVISTAR por el que presenta una reclamación en referencia a la baja y devolución del importe de las facturas emitidas al número de móvil **D.D.D.**, dado que el mismo se pasó de prepago a contrato sin que el titular los solicitase, pidiendo además a la entidad la grabación de la conversación en la que se prestó el consentimiento a dicho cambio y su asociación a la cuenta bancaria de la que el denunciante es titular.
- Factura emitida en fecha 1/10/2011 por MOVISTAR por los servicios prestados a la línea **D.D.D.**.

- Escritos fechados el 18 y 25/10/2011 por los que MOVISTAR requiere al denunciante el pago de dos facturas emitidas a la línea **D.D.D.**
- Burofax de fecha 27/10/2011 con acuse de recibo y certificación del contenido, remitido por el denunciante a MOVISTAR por el que solicita la baja en el servicio de internet de los números **D.D.D.** y **E.E.E.**
- Escrito de fecha 28/10/2011 por el que se presenta una reclamación ante la SETSI contra MOVISTAR.
- Escrito fechado el 04/11/2011 y dirigido por el denunciante a MOVISTAR mediante correo ordinario por el que presenta una reclamación por haber cambiado el número de teléfono **D.D.D.** de tarjeta a contrato, sin haberlo solicitado.
- Escrito de fecha 15/11/2011 por el que la SETSI acusa recibo de la reclamación planteada por el denunciante.
- Escrito de la SETSI de fecha 16/11/2011 por el que se resuelve la reclamación presentada por el denunciante en el sentido de que considera atendida la reclamación.
- Escrito de fecha 25/11/2011 por el que la SETSI da traslado al denunciante de la respuesta dada por MOVISTAR a la reclamación planteada.
- Escrito de fecha 21/12/2011 remitido por el denunciante a MOVISTAR por el que informa a la entidad que en absoluto considera atendida la reclamación, dado que no han reconocido en ningún momento el incumplimiento de la LOPD, por haber realizado una gestión que el denunciante no había solicitado y haber accedido a los datos bancarios del denunciante sin su consentimiento.
- Factura emitida en fecha 1/12/2011 por MOVISTAR por los servicios prestados a la línea **D.D.D.**
- Dos abonos de fecha 4/12/2011 realizados por MOVISTAR por los servicios prestados a la línea **D.D.D.**

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 10/6/2013 se solicita a MOVISTAR la siguiente información relativa a **C.C.C.** y de su respuesta se desprende:

SOBRE LA CONTRATACION

- Respecto de los productos que constan de alta a su nombre:

Constan en los sistemas de información de MOVISTAR el alta del denunciante en

las siguientes líneas:

Línea **D.D.D.**, con fecha de alta 26/07/2011 y fecha de baja 20/10/2011.

Línea **E.E.E.**, con fecha de alta 10/11/2010 y fecha de baja 13/11/2012.

El paso de la línea **D.D.D.** de prepago a contrato se formalizó a través de teléfono. Se aporta copia de la grabación de la conversación telefónica mediante la que se contratan los servicios. Escuchada dicha grabación se comprueba que en ella se identifica como contratante D. **A.A.A.**, quien informa a MOVISTAR que ya tiene contrato con la entidad y presta su consentimiento a que se utilicen los datos de domiciliación de las otras líneas para realizar el cargo de las facturas de esta nueva línea.

Manifiesta MOVISTAR:

*<<La línea **D.D.D.** proviene de una migración de prepago a contrato, realizada telefónicamente, línea que reconoce en la modalidad de prepago el Sr. **C.C.C.** aunque indica que es su padre, **A.A.A.**, es el usuario de la misma...*

*Respecto a la grabación aportada, en la que se indica el NIF **F.F.F.**, el mismo se corresponde con el usuario de la línea, D. **A.A.A.**, padre del denunciante, y persona reconocida por el propio Sr. **C.C.C.** como usuario de la línea. Llegados a este punto debe indicarse que mi representada desconocía la situación de incapacidad del padre del denunciante, por cuanto la misma no le había sido comunicada. No obstante dadas las circunstancias que han concurrido en el caso tras recibir la reclamación formal presentada ante la SETSI mi representada procedió a anular las facturas reclamadas...*

No obstante, y dado que el padre del denunciante es el usuario de la línea tal y como consta en nuestros sistemas y tal como su propio hijo ha reconocido, por lo que parece ser que el usuario estaba legitimado para realizar la migración en nombre del titular de la línea, salvo que dicho titular hubiese expresamente desautorizado al padre.

El supuesto es similar al de las personas autorizadas en las entidades bancarias supuestos en los que nadie se plantea si el autorizado puede realizar o no determinadas operaciones en base a una supuesta incapacidad no comunicada a la referida entidad.>>

SOBRE LAS COMUNICACIONES CON EL AFECTADO Y ACCIONES EMPRENDIDAS POR LA ENTIDAD

- CONTACTOS REGISTRADOS EN EL SISTEMA DE INFORMACION DE LA ENTIDAD:

Informa la entidad que no le constan contactos al respecto, dado el tiempo transcurrido desde la fecha de baja.

- RECLAMACIONES:

El denunciante presentó reclamación ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones de fecha 4 de noviembre de 2011 en la que manifiesta su disconformidad respecto a la migración realizada por MOVISTAR de su línea **D.D.D.** de la modalidad de prepago a contrato, la cual no reconoce haber realizado él, ni su padre incapacitado, usuario de la línea en cuestión, así como tampoco las llamadas realizadas. Respecto a la línea **E.E.E.**, indica no estar de acuerdo con el importe de 15,20 euros de consumo de datos.

La reclamación presentada fue contestada mediante escrito con fecha 18 de noviembre de 2011, en el que se indicaba al reclamante, que por un lado que se procedía a anular las facturas objeto de reclamación generadas en la modalidad de contrato, como atención comercial, en relación con la línea **D.D.D.**.

Aporta MOVISTAR copia de la reclamación presentada ante la SETSI y respuesta dada por la operadora a dicha reclamación.

SOBRE LOS POSIBLES IMPAGOS

- Asociadas a la línea **D.D.D.** se han emitido cuatro facturas con fechas de emisión 1/9/2011, 1/10/2011, 1/11/2011 y 1/12/2011 –estas dos últimas con saldo cero- respecto a las cuales se realizaron los correspondientes abonos en fecha 4/12/2011.

Respecto a la línea **E.E.E.**, se han emitido numerosas facturas, todas ellas pagadas con normalidad.

Actualmente no hay importes pendientes de pago

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 y 2 de la LOD dispone que:

"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 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, Fundamento Jurídico 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 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 (...)”.*

El artículo 6 de la LOPD consagra el principio del consentimiento o autodeterminación, piedra angular en la construcción del derecho fundamental a la protección de datos que alude a la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para que puedan tratarse sus datos personales. Conforme al citado precepto el tratamiento de datos sin consentimiento de su titular o sin otra habilitación amparada en la Ley constituye una vulneración de este derecho, pues sólo el consentimiento, con las excepciones contempladas en la ley, legitima el tratamiento de los datos personales.

Por tanto, 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.

III

En el supuesto que nos ocupa, el denunciante pone de manifiesto que la compañía Telefónica Móviles España ha realizado un tratamiento de sus datos sin su

consentimiento, puesto que ha realizado un cambio en la línea que utiliza su padre (incapacitado por enfermedad y del que ejerce la tutela legal por sentencia judicial firme) de tarjeta prepago a contrato.

No obstante, de las actuaciones previas de inspección se comprueba que Telefónica realizó el cambio de tarjeta a contrato en la medida que el padre del denunciante, como usuario de la línea reconocido por el propio denunciante, así lo contrató vía telefónica. La entidad denunciada aporta la grabación de la conversación telefónica mantenida en la que D. **A.A.A.**, padre del denunciante, se identifica como usuario de la línea e indica su DNI, y contrata los servicios. Motivo por el que la compañía denunciada procede a este cambio, desconociendo la situación de incapacidad del padre del denunciante.

En este orden de ideas, cabe hacer mención al principio de culpabilidad, al que hace mención, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de octubre de 2013, que señala lo siguiente:

“Ya hemos apuntado que nos encontramos ante un proceso jurisdiccional en el que se pretende una revisión de legalidad del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Agencia Española de Protección de Datos, actividad punitiva que tiene por premisa indeclinable la concurrencia de la necesaria culpabilidad en el infractor, puesto que la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común Responsabilidad dispone que:

«Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia».

El alcance de la mención de la ley a la "simple inobservancia", en su relación con el principio de culpabilidad -pues pudiera pensarse que la ley pretendiese rescatar con tal referencia un sistema de responsabilidad objetiva- ha sido abordado, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 julio 2010. En ella el Alto Tribunal ha indicado:

«Debe entenderse por culpabilidad el juicio personal de reprochabilidad dirigido al autor (por acción u omisión) de un hecho típico y antijurídico; ello implica y requiere que el autor sea causa de la acción u omisión que supone la conducta ilícita —a título de autor, cómplice o encubridor—; que sea imputable, sin que concurren circunstancias que alteren su capacidad de obrar, y que sea culpable, esto es, que haya actuado con conciencia y voluntariedad, bien a título intencional, bien a título culposo. La LRJPA no contempla expresamente este requisito para la comisión de las infracciones administrativas, aunque en dos puntos concretos parece tomar en consideración los aspectos subjetivos de la conducta realizada como constitutiva de infracción. De una parte, cuando en el artículo 130.1 "in fine" se refiere a que las personas responsables de las infracciones lo han podido ser "a título de mera

inobservancia", parece deducirse la posibilidad de la inexigencia del requisito subjetivo de la culpabilidad, o lo que es lo mismo, la posibilidad de responsabilidad sin culpa. Por otra parte, en el artículo 131.3 .a), cuando se ocupa de los criterios de graduación de las sanciones, hace referencia, como uno de ellos, a la "intencionalidad", desdeñando, quizá, a la culpabilidad como elemento determinante de la infracción. Su exigencia, sin embargo, hoy, no ofrece ninguna duda en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Se trata, pues, de un requisito esencial para la existencia de una infracción administrativa, habiéndolo reconocido así una reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional, que ha consolidado, sin discusión, su exigencia. En consecuencia, la apreciación de la culpabilidad en la conducta del sujeto infractor es una exigencia que surge directamente de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de legalidad en cuanto al ejercicio de potestades sancionadoras de cualquier naturaleza. El principio de culpabilidad constituye un elemento básico a la hora de calificar la conducta de una persona como sancionables, es decir, es un elemento esencial en todo ilícito administrativo, y es un principio que opera no sólo a la hora de analizarla conducta determinante de la infracción, sino también sobre las circunstancias agravantes»."

En el caso presente, no se aprecia culpabilidad en la actuación de Telefónica, ya que el padre del denunciante se identificó correctamente como usuario de la línea, sin que conociera dicha entidad la situación de incapacidad. Además, una vez que tuvo conocimiento de los hechos, procedió a la devolución de los abonos de las facturas emitidas.

Por ello, dada la ausencia de elementos de cargo que permitan imputar a **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U.** la presunta infracción de lo previsto en el artículo 6 de la LOPD procede acordar el archivo de las actuaciones practicadas.

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 **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U.** y a D. **C.C.C.**

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.