

Expediente N°: E/01229/2013

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 Don **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 14 de febrero de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) frente a la Entidad **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U.** en lo sucesivo (la denunciada) en el que denuncia de manera sucinta lo siguiente:

*“...Movistar aporta un fichero de voz sobre el alta del número *****TEL.1** realizado por una mujer aportando mis datos, mi DNI y confirmando mi cuenta bancaria”.*

Junto con el escrito de denuncia se aporta la documentación de la reclamación gestionada por la OMIC y la respuesta remitida por MOVISTAR.

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:

En la grabación aportada por el denunciante, la mitad de la cual está vacía, una voz que aparece algo distorsionada y de la que no puede establecerse su género solicita el cambio de prepago a contrato de la línea *****TEL.1** utilizando los datos del denunciante.

Se solicita información a MOVISTAR el 1 de abril de 2013 y de su respuesta se desprende lo siguiente:

1. Los datos del denunciante constan en los sistemas de la entidad como titular de la línea *****TEL.1**, con fecha de alta 10 de octubre de 2012, fecha de suspensión 11 de octubre de 2012 y fecha de baja 15 de noviembre de 2012.

La contratación de la línea fue realizada telefónicamente. Se aporta copia de la grabación de la llamada en la que se solicita el cambio de prepago a contrato de la línea *****TEL.1**.

En la llamada, una voz algo distorsionada proporciona el nombre, apellidos, NIF y provincia de residencia del denunciante como titular de la línea. Por otro lado el número de cuenta bancaria de cargo es proporcionado por la operadora que le atiende siendo el interlocutor quien la confirma como propia.

2. El domicilio que consta en los sistemas coincide con el proporcionado por el denunciante a efectos de notificación a esta Agencia en cuanto a localidad, código postal, calle piso y puerta, pero no así en cuanto al número de portal.
3. A nombre del denunciante se emitieron dos facturas el 1 de noviembre y diciembre de 2012, de las que se aporta copia, por un importe total de 35,81 euros. En la

primera de las facturas se observa consumo mientras que en la segunda únicamente se facturaron cuotas de servicio.

Ambas facturas fueron anuladas el 17 de abril de 2013.

4. En los sistemas de la entidad consta un comentario asociado a un contacto mantenido con el denunciante el 7 de diciembre de 2012. En dicho comentario se indica que “CONSULTA DEUDA A SU NOMBRE- INDICA NO LE DIO DE ALTA A ESTA LINEA. ERA DE UNA PAREJA QUE TUVO....”.
5. La línea fue suspendida el día posterior a su contratación porque el departamento de riesgo de la entidad, que estudia diariamente las contrataciones derivadas migraciones de prepago a contrato detectó que el comprador registrado en la tarjeta prepago no coincidía con el titular de la línea en contrato.

Al llamar a la línea *****TEL.1** responde *****NOMBRE.1**, quien manifiesta que la línea es suya y que se ha pasado a contrato para su uso. Ni en esa llamada ni en una posterior se consiguió aclarar lo sucedido con la citada interlocutora, motivo por el cual se restringieron las llamadas de la línea y se solicitó copia del DNI del denunciante, de los datos de la cuenta corriente y una fianza. No han recibido respuesta a sus peticiones.

La verificación sobre la disparidad entre el titular de la tarjeta prepago y el contratante se realizó con posterioridad a la celebración del contrato debido a que los operadores que realizan la contratación no pueden tener acceso a los datos del Libro Registro de Tarjeta Prepago.

La entidad manifiesta que las citadas comprobaciones se realizan debido a la diligencia que muestra la entidad en la prevención de posibles suplantaciones de identidad, dado que ninguna norma legal exige que la identidad del contratante coincida con la del titular de la tarjeta prepago.

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 de entrada en esta AEP—**14/02/13**—en dónde el epigrafiado manifiesta de manera sucinta lo siguiente:

*“...**Movistar** aporta un fichero de voz sobre el alta del número *****TEL.1** realizado por una mujer aportando mis datos, mi DNI y confirmando mi cuenta bancaria”.*

A requerimiento de esta AEPD la Entidad denunciada—Telefónica—en fecha **22/04/13** alega como mejor proceda en Derecho lo siguiente:

“Que la contratación de la línea objeto de controversia se contrato telefónicamente, aportando copia de la grabación de la misma”.

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).

Tras escucha la grabación que se aporta en formato CD en fase de instrucción—ex art. 78 Ley 30/92—, la voz está algo **distorsionada** y no se puede concretar sin género de dudas el género de la misma; procediendo a aportar una serie de datos de carácter personal que legitiman la contratación.

A mayor abundamiento, existen indicios de la utilización de sus datos por un tercero, con el conocimiento del denunciante, aportando la Entidad denunciada la siguiente documentación, que obran en sus sistemas de información:

*“Consulta deuda a su nombre. Indica que no le dio de alta a esta línea. Era de una **pareja que tuvo**”.*

A tal efecto, hemos de traer a colación, la SAN 29-04-2010 *“La cuestión no es dilucidar si la recurrente trató los datos de carácter personal de la denunciante sin su consentimiento, como si empleo o no una diligencia razonable a la hora de tratar de identificar a la persona con quien suscribió el contrato de financiación”*.

En el marco de la LOPD, el denunciante puede ejercitar de estimarlo oportuno **derecho de cancelación** frente a la Entidad—Telefónica--, el cual deberá hacerlo efectivo “en un plazo de 10 días” (teniendo en cuenta un tiempo prudencial para el envío de la respuesta al domicilio del afectado).

A día de la fecha, cabe indicar lo siguiente: *“La línea fue suspendida el día siguiente al alta. El motivo de dicha suspensión fue la realización de un estudio por parte del área de riesgo que diariamente estudia las contrataciones derivadas de migraciones de tarjetas pre-pago a modalidad de contrato, siendo el resultado del mismo la comprobación de que el comprador registrado de la tarjeta pre-pago, no coincidía con el titular de la línea en contrato”*.

Dada la existencia de una “duda razonable”, que en todo caso parece indicar que no fue el afectado el que procedió a la contratación de la línea—*****TEL.1**—sino un tercero que disponía de los datos del afectado, se deberá proceder a la regularización de la situación del mismo por la Entidad—Telefónica--.

Por todo lo expuesto, se acuerda que no se aprecia vulneración de la normativa vigente en materia de LOPD, motivo por el que procede el **ARCHIVO** del presente procedimiento.

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 --**TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U.**-- y a Don **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