



Expediente Nº: E/02030/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **EXPERIAN BUREAU DE CREDITO, S.A. y TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U.** en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 17 de enero de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que denunciaba a las entidades, **EXPERIAN BUREAU DE CREDITO, S.A. y TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U. (TME)** (en lo sucesivo las denunciadas) por tratamiento indebido de datos personales, tras activación de servicios de telefonía, sin consentimiento.

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:

. Con fecha 9 de abril de 2013 se solicita a **EXPERIAN BUREAU DE CRÉDITO, S.A.**, información relativa a Dña. **A.A.A.** y de la respuesta recibida se desprende lo siguiente:

- Respecto del fichero BADEXCUG:

No consta información.

- Respecto del fichero de NOTIFICACIONES:

Consta una notificación enviada a Dña. **A.A.A.** como consecuencia de la inclusión de sus datos personales en el fichero BADEXCUG por la entidad **TME**. La notificación fue emitida con fecha 23 de febrero de 2012, por deuda de 482,56 €.

- Respecto del fichero de ACTUALIZACIONES DE BADEXCUG:

Consta una operación impagada informada por **TME** con fecha de alta, 22 de febrero de 2012 y baja, 14 de mayo de 2013.

. Con fecha 9 de abril de 2013 se solicita a **TME** la siguiente información relativa a Dña **A.A.A.** y de su respuesta se desprende:

SOBRE LA CONTRATACION

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

Consta en los sistemas de la entidad el alta de la línea telefónica ***TEL.1 a

nombre de la denunciante con fecha de alta, 5 de septiembre de 2011 y baja, 10 de enero de 2012.

Como domicilio de contratación figura (C/.....1)Madrid.

La venta se formalizó a través de teléfono. Se aporta copia de la grabación de la conversación telefónica mediante la que se contratan los servicios. En dicha grabación se constata que una persona identificada con el nombre y DNI de la denunciante solicita la portabilidad del número telefónico ***TEL.1.

Informa la entidad que el origen del alta es la portabilidad de una línea de telefonía móvil proveniente de Vodafone. Aporta impresiones de pantalla acreditativas en las que aparece que la solicitud de portabilidad realizada por **TME** al operador donante, en fecha 26 de agosto de 2011, fue confirmada, culminándose con éxito la portabilidad en fecha 5 de septiembre de 2011.

Manifiesta **TME** que la entidad verificadora (Argonauta) hace constar en sus sistemas, la expresión “alta portada, en lugar de “alta denegada”.

Se remite la entidad denunciada a la inspección de oficio sobre el sistema de contratación.

SOBRE LOS POSIBLES IMPAGOS

- Se han emitido cinco facturas desde el 1 de octubre de 2011 hasta el 1 de marzo de 2012, figurando todas ellas pendientes de pago. No aportan copia de las facturas que se encuentran pendientes de pago.
- Respecto de las causas que han motivado la inclusión de los datos personales de la afectada en el fichero BADEXCUG y del requerimiento de pago de la deuda, como paso previo a su inclusión en los ficheros citados, la entidad manifiesta:

Los datos de la denunciante han sido incluidos en el fichero de solvencia patrimonial, con fecha de alta 22 de febrero de 2012 y fecha de baja 14 de mayo de 2013, por importe de 423,19 €.

- Respecto de los motivos por los que, en su caso, se ha solicitado la exclusión de los datos del afectado del fichero común de solvencia, manifiesta la entidad que se ha solicitado la exclusión con ocasión de la solicitud de información recibida de esta Agencia.

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, se debe acreditar 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

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.

IV

En el presente caso se procede a analizar la denuncia presentada en fecha 17 de enero de 2013 en esta Agencia, en donde la denunciante manifiesta que **TME** trató sus datos personales, sin consentimiento, para asociarlos a la activación de servicios de telefonía.

Entre la documentación presentada por la entidad denunciada, se aporta grabación de la contratación en la que la cliente identifica todos los datos concernientes a su persona, especialmente DNI, y nombre y apellidos

Así, y en relación con el principio de culpabilidad, en virtud del cual sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia—ex art. 130 Ley 30/92, 26 de noviembre-- se puede entender que **TME**. empleó una razonable diligencia en la contratación ya que ha aportado una grabación de la contratación con el cliente que facilita sus datos personales,

Asimismo, 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.

En este sentido la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 31 de mayo de 2006 señalaba: *“Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec.185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la ley”.*

La Sala de la AN ha mantenido (sentencia de 20 septiembre de 2006 (Rec. 626/2004) que la concurrencia del consentimiento inequívoco del afectado que exige el artículo 6.1 de la LOPD para el tratamiento de datos de carácter personal por parte de un tercero, se ha de acreditar, en el caso de que dicho interesado alegue que no dio ese consentimiento, por ese sujeto que realiza el tratamiento, y ello a través de los medios previstos legalmente a tal fin; por lo que corresponde a quien realiza el tratamiento estar en condiciones de acreditar que ha obtenido el consentimiento del afectado pues, salvo las excepciones establecidas en la ley, sólo el consentimiento justifica o legitima el tratamiento.

A mayor abundamiento, el TS (Sentencias de 16 y 22 de abril de 1991)

considera que del elemento de la culpabilidad se desprende “que la acción u omisión, calificada de infracción sancionable administrativamente, ha de ser en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable”.

En este caso no concurre tampoco el elemento subjetivo de la culpabilidad, al actuar en todo momento la Entidad denunciada bajo la apariencia de contratación legal realizada por un tercero (que actuaba de forma fraudulenta y cuyo conocimiento entra dentro de la esfera de competencias del orden jurisdiccional penal, en su caso).”

En el mismo sentido 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 una contratación fraudulenta, cuestión ésta que compete resolver, en su caso, a otros órdenes jurisdiccionales*” y añade que el elemento central de debate “*no es 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*”.

Hay que establecer que esta Agencia no es competente para enjuiciar las posibles actuaciones delictivas que se pueden derivar del presente caso, y sólo puede evaluar si se han cumplido los requisitos legales y reglamentarios establecidos para el tratamiento de los datos, pero sin realizar indagaciones propias de otras esferas, civiles o penales. Habrá que acudir al Orden Jurisdiccional Penal para dirimir si la presunta usurpación de identidad por parte de un tercero constituye alguna infracción tipificada en el Código Penal. Así lo confirma la Sentencia de la Audiencia nacional de 29 de abril de 2010, que indica lo siguiente: “*...La utilización de dicho DNI, al parecer por otra persona distinta de su auténtico titular, es una cuestión objeto de investigación en el ámbito penal...*”

Las circunstancias apuntadas dotan a la contratación por parte de la entidad denunciada de una apariencia de veracidad que elimina el elemento subjetivo de culpabilidad necesario para ejercer la potestad sancionadora.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

- **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
- **NOTIFICAR** la presente Resolución a **EXPERIAN BUREAU DE CREDITO, S.A., TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U.** y a **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.