

Expediente Nº: E/02621/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **CABLEEUROPA, S.A.U. (ONO)** en virtud de denuncia presentada ante la misma por **D^a A.A.A.** y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Ha tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), con fecha de 11 de febrero de 2013, escrito presentado por D^a **A.A.A.** en el que denuncia a la compañía CABLEEUROPA, S.A. (ONO) manifestando lo siguiente:

Desde hace varios años los servicios de internet y telefonía fija están contratados con la compañía ONO, a nombre de su marido **B.B.B.** y los servicios del móvil nº *****TEL.1** a nombre de la denunciante pero con la compañía Telefónica Móviles de España (Movistar).

La operadora ONO les informa de una oferta de internet + fijo + móvil, que aceptan realizando la grabación el 14 de enero de 2013 y el 22 de enero recibe el mensaje de ONO *"La portabilidad de tu nº *****TEL.1** a ONO está confirmada"*. Si bien el día 24 de enero la línea *****TEL.1** se queda sin servicio y el día 29 tiene servicio con la compañía ONO pero con la línea *****TEL.2**, cuyo titular es su marido, del que no han solicitado la portabilidad y cuyos servicios están contratados con Movistar.

Después de diversas reclamaciones ante ONO sigue sin servicio en su nº móvil lo que le ocasiona graves daños y su marido no ha dado su consentimiento para la portabilidad del nº *****TEL.2** de Movistar a ONO.

La denunciante, con fecha de 21 de noviembre de 2013, da respuesta al requerimiento de la Inspección de Datos manifestando que desde el día 14 de febrero de 2013 tiene servicio en la línea *****TEL.1** con la operadora ONO y la línea *****TEL.2** pertenece a la

operadora Movistar pero sigue apareciendo en la factura de ONO.

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:

- 1 La compañía ONO ha comunicado a la Inspección de Datos, con fecha de 11 de noviembre de 2013, en relación con los servicios de las líneas *****TEL.1** y *****TEL.2** lo siguiente:
 - El servicio de telefonía móvil en ONO solo puede prestarse a una persona que sea previamente titular de servicios de fijo en ONO y las líneas móviles que se dan de alta con posterioridad, bien mediante portabilidad de otra compañía o sin ella, y quedan asociadas al titular de los servicios fijos, no a la persona titular del número móvil antes de ser portado.
 - En el presente caso el nº *****TEL.1** era un número de Movistar perteneciente a la denunciante que se pone en contacto con ONO para realizar la portabilidad de su nº, como así consta en la grabación de la conversación, y el nº queda asociado a su marido que es la persona titular de los servicios fijos en ONO.
 - Tras analizar los hechos, la única explicación posible es que la portabilidad solicitada sobre el nº *****TEL.1** se realizó, pero por una confusión en la carga de la orden de trabajo, el nº *****TEL.1** no se activó en la tarjeta SIM que se envió y dicha tarjeta se asoció al nº *****TEL.2** que era de Movistar y siempre perteneció a dicha compañía, por lo que podían realizar llamadas pero no recibirlas.
 - Dicha situación se prolongó unos días y fue rápidamente solucionado, corrigiendo el error, el día 24 de enero se solicitó la portabilidad y el 6 de febrero de 2013 se resolvió la incidencia. Se emitieron facturas por las llamadas realizadas con la tarjeta SIM asociada al número *****TEL.2** pero las facturas están asociadas al número *****TEL.1** dado que en los sistemas de ONO, dicho número estaba portado y operativo.
 - En conclusión, si bien existe un error técnico en la carga de la orden y por tanto una incidencia, pero entienden que no existe vulneración de la normativa de protección de datos en cuanto a la falta de consentimiento ya que el nº *****TEL.2** ya constaba en los sistemas de ONO probablemente en la ficha del cliente como dato de contacto.
 - En la factura de febrero de 2013 consta como titular el marido de la denunciante, porque era el titular de los servicios fijos, el concepto de *Cuotas Mensuales* están asociadas al nº de línea *****TEL.2**, y el *Detalle de Consumos* (llamadas, SMS y servicios de datos internet) están asociados a la línea nº *****TEL.1** dado que en los sistemas ese era el número activo. A partir de la factura de marzo constan todos los conceptos y servicios del nº de línea *****TEL.1** asociados al mismo y han sido abonadas.
 - La contratación de los servicios de la línea *****TEL.1** se realizó telefónicamente por parte de la denunciante, y así consta en la grabación de la conversación, el verificador solicita que el contratante conteste a determinadas preguntas con un

“Sí” o un “No” y entre dichas preguntas se le solicita la confirmación de su nombre y apellidos y la de su DNI, entre otras. El verificador que utiliza ONO tanto para la portabilidad móvil como para la fija es la compañía Marktel Teleservicios, S.L. cuyo contrato adjuntan.

- 2 Se ha verificado por parte de la Inspección de Datos que en el soporte CD, aportado por la operadora, consta la grabación de una conversación telefónica, entre operadora y la denunciante, mediante la que se realiza la contratación de la portabilidad del nº de línea *****TEL.1** constando los siguientes extremos:

La operadora informa a la denunciante que se procede a la verificación de la contratación, que la conversación va a ser grabada y comunica los datos personales: nombre, apellidos y NIF de la titular (denunciante), nº de línea a portar *****TEL.1** de Movistar a ONO.

La denunciante confirma los datos que le comunica la operadora.

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 la denunciante manifiesta que ONO ha realizado un tratamiento de datos sin consentimiento, puesto que solicitó a esta compañía la portabilidad de su número móvil *****TEL.1**, sin embargo le dan de alta en la línea del número móvil de su marido (*****TEL.2**).

De las actuaciones previas de investigación se ha podido comprobar que el marido de la denunciante es titular de los servicios de fijo e internet en ONO, y que al existir una oferta de internet+fijo+móvil, la denunciante solicitó la portabilidad de su número móvil quedando asociada esta línea a nombre del titular del servicio de telefonía fija, es decir, a nombre de su marido.

No obstante, la portabilidad solicitada sobre el número de la denunciante *****TEL.1**, si bien se realizó, hubo una confusión en la carga de la orden de trabajo el nº *****TEL.1** no se activó en la tarjeta SIM que se envió y dicha tarjeta se asoció al nº *****TEL.2** que era de Movistar y siempre perteneció a dicha compañía, sin que, por tanto, se solicitara la portabilidad de la misma.

En vista de lo anterior, cabe señalar que no se puede afirmar que exista un tratamiento sin consentimiento de los datos de la denunciante, ya que la portabilidad, si bien no se practicó correctamente a consecuencia de un error reconocido por la entidad denunciada, fue autorizada por la denunciante. Además, en las facturas figuraba la línea móvil del marido pero se facturaron las llamadas de la línea móvil de la denunciante, lo que confirma que se realizó la portabilidad de la línea de la denunciante y no la de marido.

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 inexistencia 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 ONO, ya que no se produjo un tratamiento de datos sin consentimiento, pues de acuerdo con lo solicitado por la denunciante, se portó su línea móvil, produciéndose un error al elaborar la tarjeta SIM en la que se grabó la línea móvil del marido, pero sin realizar la portabilidad de la misma. Además, una vez que tuvo conocimiento de los hechos, procedió a la rectificación del error producido.

Por ello, dada la ausencia de elementos de cargo que permitan imputar a **CABLEEUROPA, S.A.U. (ONO)** 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 **CABLEEUROPA, S.A.U. (ONO)** y a D^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.