



Expediente Nº: E/05283/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 6 de julio de 2012 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en el que manifiesta lo siguiente:

1. Los meses de abril y mayo de 2012 recibió cargos bancarios correspondientes a un servicio de telefonía del número de telefonía fija de la provincia de Granada ***TEL.1.

Al considerar que era un error devolvió los recibos.

2. El 13 de junio de 2013 recibe un requerimiento de pago por los servicios no abonados del número citado en el párrafo precedente.
3. Mediante dos llamadas al teléfono de atención al cliente 1004 interpuso la reclamación nº ***NÚMERO.1 en la que informaba a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., en adelante TELEFONICA, de que no habían contratado ni tenía relación alguna con la línea citada.

Solicito que desvincularan sus datos de la línea y le informaron de que el requerimiento quedaba sin efecto y que no volverían a molestarlo por ese asunto.

4. El 28 de junio comprobó que no disponía de servicio de Internet y al tratar de solucionar el problema le informaron de que le habían cortado el servicio por impago.

Disgustado, informa a la operadora que le atiende de la reclamación presentada y de su falta de relación con la línea deudora ante lo cual le restituyen el servicio de telefonía.

5. Mediante el acceso web a sus datos ha podido comprobar que su reclamación del día 13 de junio ha sido denegada y obtenido copia de los consumos del teléfono en cuestión. A pesar de que la operadora que lo atendió en último lugar le indicó que su responsable le llamaría para zanjar la cuestión, no ha sido así.

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 denuncia fue inadmitida mediante resolución E/05284/2012 firmada el 4 de octubre de 2012. En dicha resolución se le indicaba al denunciante que debía de

ejercer su derecho de cancelación ante TELEFONICA y que la entidad había sido sancionada en numerosas ocasiones por hechos de similares características.

2. El 7 de octubre de 2012 tiene entrada en esta Agencia un recurso de reposición interpuesto por el denunciante en el que manifiesta que a su entender la Agencia Española de Protección de Datos no está cumpliendo con las funciones que tiene encomendadas y que la reiteración de los incumplimientos por parte de TELEFONICA no es óbice para que unas denuncias sean tramitadas y otras no..
3. El recurso de reposición citado, identificado con el código RR/00843/2012, fue resuelto estimatoriamente el 10 de diciembre de 2012.

En la resolución del recurso, el Director ordena la apertura de actuaciones previas de investigación asociadas al expediente E/07667/2012.

4. Con fecha 17 de diciembre de 2012 se solicita a TELEFONICA la siguiente información relativa al denunciante y de su respuesta se desprende:

SOBRE LA CONTRATACION

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

Consta el alta de la línea ***TEL.1 a nombre del denunciante con fecha de alta 8 de febrero de 2012 y fecha de baja 2 de mayo de 2012.

La venta se formalizó a través de teléfono.

No aportan copia del contrato suscrito.

Se aporta copia de la grabación de la conversación telefónica mediante la que se contratan los servicios de un TRIO IMAGENIO (televisión + Internet + llamadas).

No se ha aportado copia de la grabación realizada mediante una entidad verificadora, ni información sobre los procedimientos utilizados para acreditar la identidad del contratante.

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

CONTACTOS REGISTRADOS EN EL SISTEMA DE INFORMACION DE LA ENTIDAD:

Respecto de las comunicaciones y contactos que han existido entre esa entidad y el cliente, el sistema de información que los registra muestra la presentación los siguientes apuntes:

Reclamación presentada el 6 de julio de 2012 en el que se impugna la facturación de un servicio TRIO que nunca ha contratado y se resuelve el 13 de julio de 2013 bonificando al cliente con 90,33 euros.

Escrito de la SETSI de 20 de agosto de 2012 con una reclamación presentada por el denunciante que tiene entrada el 21 de septiembre de 2012.

La reclamación denuncia una suplantación de personalidad asociada a la línea citada previamente y con relación a ésta dice "...Las facturas de ese nº

están compensadas con el raif o bien marcadas como fraude, excepto la del 01/04/12 por importe de 106.08€ que el cliente pagó y a la que no le admitimos la devolución fuera de plazo, por lo que procede bonificar.”.

La resolución de la incidencia consistió en la devolución 106,08 euros.

Nuevo escrito de la SETSI de 15 de octubre de 2012 recibido el 26 de noviembre de 2012 en relación con la anterior reclamación en la que se indica que *“Como el SDC en su resolución, bonificó 6 cuotas de línea por los trastornos ocasionados, entendemos que para la total resolución del expedientes, faltarían por bonificar las 2 cuotas de rehabilitación y la compensación por interrupción del servicio, ya que se le desconectó por una deuda de una suplantación de personalidad.”.*

EXPEDIENTE EN PAPEL:

Aportan copia del expediente en papel que consta en la entidad y que recogen los escritos relativos a la reclamación efectuada por el afectado ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información en cuya resolución de 2 de julio de 2013 se estima la reclamación en relación con la facturación de la línea citada y por la que impone al operador el deber de bonificar los importes facturados.

SOBRE LOS POSIBLES IMPAGOS

Se han emitido facturas desde el 1 de marzo hasta el 1 de junio de 2012.

Actualmente, la deuda contraída se encuentra se encuentra condonada al haber sido compensadas las facturas.

5. Mediante resolución de 18 de septiembre de 2013 se acuerda la caducidad de las actuaciones de investigación del expediente E/07667/2012 y la apertura de una nueva fase de investigación asociada al expediente E/05283/2013.

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—LO 15/99--, 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 denuncia presentada en fecha 6 de julio de 2012 en esta Agencia, en dónde el denunciante manifiesta que TELEFONICA DE ESPAÑA SAU había dado de alta a su nombre sin su consentimiento ni conocimiento una línea de teléfono.

Entre la documentación presentada por la Entidad denunciada- TELEFONICA DE ESPAÑA SAU se aporta grabación de la contratación en la que el cliente facilita todos sus datos.

El principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan la imputación o de la intervención en los mismos del presunto infractor. Aplicando el principio “in dubio pro reo” en caso de duda respecto de un hecho concreto y determinado, que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

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 propias 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).

En este caso, la Entidad denunciada aporta grabación que dota a la contratación del servicio de una presunción de certeza y veracidad en el alta consentida del servicio objeto de controversia entre las partes.

En cuanto al elemento subjetivo—culpabilidad--, hay que señalar que 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--.

Por otra parte, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste, así, 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 jurisprudencia ha venido exigiendo a aquellas entidades que asumen 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 la 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 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”.*

De acuerdo a estos criterios, se puede entender que TELEFONICA DE ESPAÑA SAU empleó una razonable diligencia en la contratación ya que ha aportado una grabación de la contratación con el cliente que facilita todos sus datos personales (DNI, dirección completa).

Esta circunstancia dota a dicha 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.

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”.*

Otra cuestión es la posibilidad de que haya sido un tercero quien haya celebrado la contratación utilizando sus datos personales es un supuesto que se subsume en el tipo delictivo de la usurpación de estado civil contemplado en el Código Penal y por tanto, debe ser dilucidado por el órgano judicial competente para resolver ya que esta cuestión excede del ámbito competencial de esta Agencia.

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 DE 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.

Sin embargo, el responsable del fichero de titularidad pública, de acuerdo con el artículo 44.1 de la citada LJCA, sólo podrá interponer 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 LJCA, 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