



Expediente Nº: E/05371/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 1 de marzo de 2013, tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) escrito de denuncia presentado por Doña **A.A.A.**. La denunciante pone de manifiesto que MOVISTAR ha incluido sus datos personales en ficheros de información de solvencia patrimonial y crédito, cuando ella no mantiene relación contractual alguna con esta entidad. Ha ejercido el derecho de cancelación.

Con fecha 30/04/2013 se acusó recibo de la denuncia presentada y se solicitó a la denunciante que presentara documentación adicional a efectos de subsanación/ampliación.

La denuncia fue tramitada en el marco del E/02743/2013, que concluyó mediante Resolución del Director de la AEPD de 11/09/2014, por la que se determinaba su archivo por caducidad de las actuaciones. No obstante, dado que los hechos objeto de denuncia y susceptibles de infracción administrativa no se encontraban prescritos, la propia Resolución acordaba la apertura del presente E/05371/2014.

En el expediente obra la siguiente documentación de relevancia:

- Copia del DNI.
- Copia de escrito de 21/02/2013 remitido por EQUIFAX en el que se informa de que sus datos personales se encuentran incluidos en ASNEF por, entre otras entidades, MOVISTAR, como consecuencia de dos deudas por valor de 229,39 € y 417,56 €, ambas dadas de alta con fecha 20/07/2010. Como dirección de inclusión consta C/ **B.B.B.**, ***LOCALIDAD.1, Vizcaya.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se realizaron las siguientes:

1. En relación a EQUIFAX:

Con fecha 10/06/2013 se solicitó a EQUIFAX información relativa a **A.A.A.**, NIF **E.E.E.**, en relación con las deudas informadas en ASNEF por parte de MOVISTAR. De la respuesta recibida (fecha a 03/07/2013) se desprende lo siguiente:

- EQUIFAX expone que los datos de la denunciante se encuentran incluidos en ASNEF a instancia de MOVISTAR como consecuencia de dos deudas de 229,39 € y 417,56 €, informadas el 20/07/2010

- EQUIFAX manifiesta que en su Servicio de Atención al Cliente consta asociado a esta persona un expediente, el 2013/20339, relativo al ejercicio del derecho de cancelación. La solicitud de cancelación fue denegada con fecha 21/02/2013, al haber confirmado la inclusión la entidad informante.

2. En relación a MOVISTAR:

Con fecha 17/02/2014 se solicitó a MOVISTAR información relativa a **A.A.A.**, NIF **E.E.E.**, en relación a la contratación de productos y/o servicios a su nombre. De la respuesta recibida se desprende lo siguiente:

SOBRE LA CONTRATACIÓN:

- MOVISTAR expone que a nombre de la Sra. **A.A.A.** constan dos líneas:
 - o **C.C.C.**, proveniente de un alta en un punto de Venta, con fecha de alta 08/02/2010 en la modalidad de contrato “Móviles Movistar”
 - o **D.D.D.**, proveniente de un alta en un punto de Venta (distribuidor TEABLA, tienda ubicada en el Centro Comercial Carrefour Santander Local 36; se aporta copia de contrato suscrito con el distribuidor TODOFON SA), con fecha de alta 08/02/2010 en la modalidad de contrato “Móviles Movistar”

Ambas líneas se encuentran de baja desde el 13/07/2010, causando baja por falta de pago.

Se aportan impresiones de pantalla al respecto.

- MOVISTAR aporta copia de los contratos por los que se dieron de alta las líneas mencionadas a nombre de la afectada. Ambos contratos están fechados a 08/02/2010, y se encuentran cumplimentados con los datos de **A.A.A.**, constando como domicilio **B.B.B.**, ***LOCALIDAD.1, Vizcaya. MOVISTAR no aporta junto con la copia del contrato copia del DNI o de cualquier otro documento que hubiera sido recabado en el momento de producirse la contratación de la línea para acreditar la identidad de la persona contratante.
- MOVISTAR manifiesta que la contratación de la línea se realizó a través de un distribuidor (distribuidor TEABLA, tienda ubicada en el Centro Comercial Carrefour Santander Local 36). Se aporta copia de contrato de distribución suscrito con el distribuidor TODOFON SA (nombre comercial RADIOPHONE) el 10/11/1999.

SOBRE LOS CONTACTOS MANTENIDOS CON LA DENUNCIANTE:

- MOVISTAR manifiesta que no consta ninguna reclamación por escrito realizada por la afectada.



- MOVISTAR expone que con fecha 31/03/2010 se recibió llamada de la Sra. **A.A.A.** solicitando la baja de las líneas por no estar conforme con los precios, informándosele del contrato de permanencia. MOVISTAR señala que la cliente mostró interés por el cambio de titular de la línea 620., facilitando un número de fax y dejando las líneas de alta. Se aportan impresiones de pantalla al respecto.

SOBRE LA FACTURACIÓN:

- MOVISTAR expone que se emitieron las siguientes facturas (se aporta copia), con el siguiente

estado: Facturas emitidas por la línea y estado de las mismas;

01/08/2010		121,47 Pendiente de pago
01/07/2010		4,72 Pagada
01/06/2010		10,21 Pendiente de pago
01/05/2010		38,31 Pendiente de pago
01/04/2010		59,40 Pendiente de pago
01/03/2010		36,06 Pagada
22/02/2010		24,39 Pagada

Facturas emitidas y estado de las mismas de la línea

01/08/2010		121,47 Pendiente de pago
01/07/2010		4,72 Pagada
01/06/2010		10,21 Pendiente de pago
01/05/2010		152,60 Pendiente de pago
01/04/2010		133,28 Pendiente de pago
01/03/2010		54,13 Pagada

- MOVISTAR manifiesta, en relación a la inclusión de los datos de la afectada en ficheros de información de solvencia patrimonial y crédito, que sí estuvieron incluidos como consecuencia de las deudas generadas por las dos líneas mencionadas. En concreto:

ASNEF

Del 20/07/10 al 08/11/13 con un importe de 229,39€.

Del 20/07/10 al 08/11/13 con un importe de 417,56€.

EXPERIAN

Del 21/07/10 con un importe de 107,92€ al 08/11/13 con un importe de 229,39€.

Del 21/07/10 con un importe de 296,09€ al 08/11/13 con un importe de 417,56€.

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 (...).”

III

La entidad denunciada ha aportado copia de los contratos relativos a las líneas **C.C.C.** y **D.D.D.**, ambos de fecha 08/02/2010 en los que consta una firma que atribuye a la denunciante hasta en cuatro ocasiones, con un compromiso de permanencia de 18 meses. Por otra parte, consta acreditado que **cinco facturas relativas a dichas líneas fueron abonadas**. Asimismo, se aportan indicios de que la denunciante solicitó la baja de ambas líneas el 31 de marzo de 2010, por no estar conforme con los precios, siendo informada del contrato de permanencia, por lo que dejó las líneas de alta. Finalmente, con fecha 13 de julio de 2010, la operadora dio de baja ambas líneas por falta de pago y procedió a la inclusión de los datos de la denunciante en Asnef y Badexcug, figurando hasta el 8 de noviembre de 2013.

Todas estas circunstancias dotan a dicha contratación, por parte del TME de una apariencia de veracidad que elimina el elemento subjetivo de culpabilidad necesario para ejercer la potestad sancionadora. Por tanto, no cabe apreciar culpabilidad alguna en la actuación de la misma, que actuaba en la creencia de que la persona que contactó con ella era quien decía ser y se identificaba como tal.

Se hace necesario indicar que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1990, de 26 de abril, en relación con el derecho a la presunción de inocencia y del principio de culpabilidad establece: *“No puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular, 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 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 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 Sentencia del Tribunal Constitucional de 20/02/1989 indica que *“Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurre aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate.”*

En definitiva, aquellos principios impiden imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y acreditado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta 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 determinante, que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

TME alega en su defensa que su cliente y actual denunciante ha tenido en todo momento conocimiento y constancia de que se estaban realizando tales cargos en su cuenta, no obstante no manifestó oposición alguna a los mismos durante todo el tiempo en que éstos se llevaron a cabo.

Llegados a este punto se concluye que el hecho de que TME hubiera cargado en la cuenta bancaria de la denunciante importes cuya deuda procedería de una contratación de la que ella dice no ser parte y en el que no tendría la condición de deudora no constituye un tratamiento “*fraudulento*” de sus datos personales. La afectada había consentido el tratamiento de los datos que ahora denuncia toda vez que se ha producido el pago de varias facturas (consentimiento tácito) y sin que durante ese largo periodo se haya opuesto al tratamiento efectuado por la denunciada o haya presentado reclamación por este hecho, únicamente consta una reclamación de fecha 31 de marzo de 2010, en la que la denunciante intentó cambiar las titularidad de las líneas, por lo que se reconoce implícitamente el consentimiento. Estaríamos por tanto, parafraseando a la Audiencia Nacional en su SAN de 15/10/2012, ante “*un consentimiento presunto, en cuanto el mismo se deduce de un comportamiento o conducta que implica aceptación de un determinado compromiso u obligación*”.

Muy significativa es, a estos efectos, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15/10/2012 (Rec.765/2010) que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución de la AEPD que había sancionado a la recurrente por una presunta infracción del principio del consentimiento, por haber tratado los datos personales de ésta sin su consentimiento asociados a un servicio que ella afirmaba no haber contratado, pese a que estuvo pagando las facturas generadas por dicho servicio durante 16 meses -desde el mes de febrero de 2007 hasta el mes de junio de 2008, ambos inclusive-. En el Fundamento Tercero de la Sentencia la Audiencia Nacional se pronuncia en los siguientes términos:

<< Constituye doctrina reiterada y consolidada de esta Sala que la LOPD no exige que dicho consentimiento inequívoco se manifieste de forma expresa ni por escrito (SSAN de 1-2-2006 (Rec.250/2004) y de 20-9-2006 (Rec. 626/2004), e igualmente que tal consentimiento se puede producir de forma expresa, oral o escrita, o por actos reiterados del afectado que revelen que, efectivamente, ha dado ese consentimiento con los requisitos expuestos, es decir, por actos presuntos, o por el silencio del afectado, consentimiento tácito (o impropriamente llamado silencio positivo), como se dice, entre otras muchas, en las SSAN 27- 2-2008 (Rec. 290/2006), 21-1-2009 (Rec. 109/2008) y 17 de noviembre de 2010 (Rec. 729/09).

(...)

Esta Sala, a pesar de lo expuesto, y una vez valoradas las pruebas practicadas en las actuaciones, entiende que en el presente caso concurren una serie de circunstancias que conllevan que no pueda considerarse lesionado el principio del art. 6.1 LOPD. Y ello por considerar que sí ha existido en el presente supuesto un consentimiento tácito de la afectada, o más exactamente, un consentimiento presunto, en cuanto el mismo se deduce de un comportamiento o conducta que implica aceptación de un determinado compromiso u obligación, teniendo en cuenta que la parte actora tenía el nombre y apellidos de la denunciante, sí como el número de la cuenta bancaria, pero especialmente diversas facturas todas las cuales fueron cargadas y abonadas en la cuenta bancaria titularidad de la denunciante, a excepción

de las correspondientes a julio y agosto de 2008, que fueron devueltas. En concreto, fueron abonadas desde el mes de febrero de 2007 hasta el mes de junio de 2008, ambos inclusive, por importes que varían entre 7,11 euros y 23,20 euros.

Es cierto que constituye doctrina reiterada y consolidada de esta Sala que, por regla general, 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, y a tal fin deberá arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que efectivamente tal consentimiento ha sido prestado.

En el presente caso, sin embargo concurren una serie de circunstancias específicas, esencialmente la existencia de consumo telefónico y la recepción y pago puntual de las facturas durante 16 meses, que llevan a esta Sala al convencimiento de que tal denunciante sí había prestado su consentimiento para la contratación de la línea en cuestión con dicha entidad telefónica recurrente, y en consecuencia, que la imputación de la infracción del art. 6.1 LOPD no puede ser apreciada.>> (El subrayado es de la AEPD)

A tenor de lo expuesto debemos concluir que la conducta que se somete a nuestra consideración no vulnera la LOPD, en particular el principio del consentimiento, pues TME contaba con el consentimiento “tácito” “presunto” e “inequívoco” de la titular de los datos tratados, por lo que corresponde acordar el archivo de la presente denuncia.

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 MÓVILES ESPAÑA S.A.U., y a Doña 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