



Expediente Nº: E/06437/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAU** en virtud de denuncia presentada por D^a **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes.

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 23/9/13 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) escrito de denuncia presentada por D^a. **A.A.A.**, en la que manifiesta que MOVISTAR dio de alta a su nombre sin su consentimiento las líneas *****TEL.1 y ***TEL.2**, fruto de las cuales se le reclamó una deuda y se incluyeron sus datos en ASNEF.

SEGUNDO: Se aportó junto al escrito de denuncia la siguiente documentación en relación con los hechos denunciados:

- * Copia de denuncia interpuesta ante la Policía Nacional el 06/11/2012.
- * Copia de escrito de 06/11/2012 remitido por EQUIFAX en respuesta a un previo ejercicio del derecho de rectificación. Del escrito se desprende que su DNI estuvo asociado al nombre de otra persona en ASNEF, habiendo sido MOVISTAR la entidad informante.
- * Copia de reclamación de 09/11/2012 remitida a MOVISTAR por correo certificado (se aporta resguardo acreditativo del envío).
- * Copia de carátula de reclamación presentada ante la OMIC de Sevilla el 20/11/2012.
- * Copia de reclamación de 04/12/2012 remitida a MOVISTAR por burofax (se aporta resguardo acreditativo del envío).

TERCERO; Por parte del Subdirector General de Inspección de Datos, en base al contenido de la denuncia, se procedió a la apertura de actuaciones previas. Concluyéndose la investigación con el siguiente informe de la Inspección de Datos de fecha 22/8/14:

*<<<<< Con fecha 13/11/2013 se solicitó a MOVISTAR información relativa a **A.A.A.**, NIF *****NIF.1**, en relación a las líneas *****TEL.1 y ***TEL.2**. El requerimiento fue correctamente recibido, tal y como acredita el acuse de recibo de 15/11/2013 debidamente incorporado al expediente.*

*Con fecha 13 de **agosto de 2014** se recibe respuesta de MOVISTAR fechada en ese mismo día, y de la que se desprende lo siguiente:*

SOBRE LA CONTRATACIÓN:

** MOVISTAR expone que ambas líneas, *****TEL.1 y ***TEL.3**, fueron dadas de alta el 14/03/2011 a nombre de **A.A.A.**, NIF *****NIF.1**, con domicilio en (**C/.....1**), Alicante. Ambas líneas fueron dadas de baja el 22/08/2011 (por falta de pago, según manifiesta MOVISTAR).*

Se aportan impresiones de pantalla al respecto.

** MOVISTAR manifiesta que la contratación de las líneas se realizó telefónicamente. Expone la operadora que “si bien existe un archivo sonoro en el repositorio documental de fecha 3 de marzo de 2011, una vez recuperada la grabación se ha observado que debido a un error en el proceso no existe información en la misma”. Se aporta una impresión de pantalla reflejando la mencionada grabación, así como copia de la propia grabación. El archivo tiene una duración de 25 segundos, durante los que se puede escuchar a un operador solicitar en dos ocasiones a su interlocutor/a que le indique su nombre completo, sin que se escuche una respuesta.*

** MOVISTAR expone que, de conformidad con la Circular 1/2009, de 16 de abril de 2009, de la CMT, se realizó una grabación de verificación de la contratación, servicio prestado por una tercera entidad independiente, en este caso Argonauta Serving the Net SA (se aporta copia del anexo, suscrito el 16/10/2010, al contrato de 16/10/2009, por el que se prorroga la vigencia del mismo hasta el 16/10/2012).*

** MOVISTAR aporta copia de la grabación, fechada a 03/03/2011, en la que se puede escuchar cómo un operador va enunciando una serie de datos personales cuya confirmación solicita a su interlocutora. Entre otros:*

*Pregunta si su nombre es **A.A.A.**: dice que sí.*

*Pregunta si su DNI es *****NIF.1**: dice que sí.*

*Pregunta si su domicilio es (**C/.....1**), Alicante: dice que sí.*

*Pregunta si las líneas que quiere dar de alta son la *****TEL.4** y la *****TEL.2**: dice que sí.*

Pregunta si porta las líneas desde Vodafone a Movistar: dice que sí.

Pregunta si la modalidad de las líneas era de prepago: dice que sí.

*Pregunta si los números de identificación de las tarjetas SIM de las dos líneas son, respectivamente, *****SIM.1** y *****SIM.2**: dice que sí.*

** MOVISTAR manifiesta que ambas líneas procedían de una portabilidad de prepago desde VODAFONE. En este sentido la entidad expone que “conforme a lo establecido en la Especificación Técnica de Portabilidad para cambios de operador en redes móviles aprobada mediante Resolución de la CMT, para el caso de abonados prepago, el operador donante únicamente puede cotejar para validar una solicitud de portabilidad de datos referidos al número de MSISDN o número móvil y la numeración de la tarjeta SIM asociada al mismo en su red.*

** MOVISTAR aporta impresiones de pantalla que reflejan:*

*-- que la portabilidad de las líneas *****TEL.2** y *****TEL.1** a nombre de **A.A.A.** se solicitó el 03/03/2011, siendo efectiva el 14/03/2011.*

-- que el operador donante es VODAFONE.

*-- que el ICC para la línea *****TEL.2** es *****SIM.2***

*-- que el ICC para la línea *****TEL.1** es *****SIM.3***

SOBRE LOS CONTACTOS MANTENIDOS CON LA DENUNCIANTE:

** MOVISTAR manifiesta que no consta ningún contacto mantenido con la denunciante. En concreto, se hace necesario destacar que MOVISTAR no hace referencia alguna en su escrito ni a la reclamación de 09/11/2012 que la denunciante remitió por correo certificado, ni a la reclamación de 04/12/2012 que la denunciante remitió por burofax.*

** MOVISTAR reconoce, no obstante, que tuvo conocimiento de varias reclamaciones interpuestas por la denunciante ante organismos oficiales:*

** Reclamación presentada ante la OMIC de Sevilla el 20/11/2012. La entidad aporta copia de la reclamación recibida (en la que junto con los hechos, la denunciante expone que se ha puesto en contacto telefónicamente con la compañía en numerosas ocasiones, haciendo referencia expresa a la carta certificada de 09/11/2012), así como de la respuesta dada por MOVISTAR en una carta de 05/12/2012, en la que se señala que se ha detectado alguna incidencia en la contratación de la/s líneas ***TEL.1 y ***TEL.5 (sic), por lo que se ha procedido a la anulación de todas las facturas emitidas, quedando la Sra. A.A.A. desvinculada de toda deuda relacionada con las líneas mencionadas. Informarles que, se ha solicitado la exclusión urgente de ficheros de solvencia patrimonial.*

** Laudo Arbitral de la JAC de Sevilla, de 12/06/2013, inhibitorio en relación a los hechos denunciados, por lo que no existe un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión. En el laudo se informa a la reclamante de su derecho a interponer la correspondiente reclamación ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI).*

** Reclamación presentada ante la SETSI el 20/09/2013. MOVISTAR aporta copia de la Resolución dictada por ese organismo el 05/05/2014, que refleja que en su reclamación la Sra. A.A.A. denunció que la operadora dio de alta sin su consentimiento las líneas ***TEL.1 y ***TEL.6, solicitando “que sus datos personales sean excluidos de cualquier fichero de solvencia patrimonial”. La Resolución estima la reclamación, “reconociendo el derecho del reclamante a obtener la baja inmediata de las líneas, así como a no abonar las facturas”.*

SOBRE LA FACTURACIÓN:

MOVISTAR aporta copia de las facturas emitidas para cada una de las líneas, un total de cuatro por cada línea, de fechas 01/04/2011, 01/05/2011, 01/06/2011 y 01/10/2011. Todas las facturas fueron anuladas en diciembre de 2012, tras la estimación de la reclamación presentada ante la OMIC de Sevilla. Se aportan impresiones de pantalla que reflejan dichas anulaciones. >>>>>

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 comercial, 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 comercial 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 examinar la denuncia 13/9/13 en dónde D^a **A.A.A.** pone de manifiesto que MOVISTAR dio de alta a su nombre sin su consentimiento las líneas *****TEL.1 y ***TEL.2**, fruto de las cuales se le reclamó una deuda y se incluyeron sus datos en ASNEF

Debe entonces valorarse si los hechos anteriormente descritos pueden suponer una presunta infracción del contenido del art. 6.1 LOPD—Lo 15/99—anteriormente citado.

La Entidad denunciada **Movistar** manifiesta como mejor proceda en Derecho en fecha 13/09/14 sobre los hechos objeto de denuncia lo siguiente:

Que ambas líneas, *****TEL.1 y ***TEL.3**, fueron dadas de alta el 14/03/2011 a nombre de **A.A.A.**, NIF *****NIF.1**, con domicilio en (**C/.....1**), Alicante. Ambas líneas fueron dadas de baja el 22/08/2011 (por falta de pago, según manifiesta MOVISTAR).

Se señala así mismo que la contratación de las líneas se realizó telefónicamente. Expone la operadora que *“si bien existe un archivo sonoro en el repositorio documental de fecha 3 de marzo de 2011, una vez recuperada la grabación se ha observado que debido a un error en el proceso no existe información en la misma”*. Se aporta una impresión de pantalla reflejando la mencionada grabación, así como copia de la propia grabación. El archivo tiene una duración de 25 segundos, durante los que se puede escuchar a un operador solicitar en dos ocasiones a su interlocutor/a que le indique su nombre completo, sin que se escuche una respuesta.

Así mismo se expone que, de conformidad con la Circular 1/2009, de 16 de abril de 2009, de la CMT, se realizó una grabación de verificación de la contratación, realizada el día 3/3/11 en el que se puede escuchar como un operador va enunciando una serie de datos personales cuya confirmación solicita a su interlocutora. Dicha grabación se realizó por una tercera entidad independiente, caso Argonauta Serving the Net SA (se aporta copia del anexo, suscrito el 16/10/2010, al contrato de 16/10/2009, por el que se prorroga la vigencia del mismo hasta el 16/10/2012).

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).

Por tanto, analizadas las pruebas presentadas por la Entidad denunciada—**TME**—no cabe concluir que nos encontramos ante un supuesto de actuación fraudulenta de un tercero de **mala fe**, que estaba en disposición de los datos de carácter personal de la afectada, desplegando en este caso la entidad denunciada—**TME**—la **diligencia mínima exigible** para cerciorarse que estaba contratando con la verdadera titular de los datos.

En cuanto a la consideración de si existe una diligencia razonable debe tenerse en cuenta el criterio de la Audiencia Nacional, en la SAN de 29/4/10 que manifiesta lo siguiente: *“la cuestión no es dilucidar si la recurrente trató los datos de carácter personal de la denunciante sin su consentimiento, como si empleó o no una diligencia razonable a la hora de tratar de identificar a la persona con la que suscribió el contrato de financiación”*

A mayor abundamiento, la Audiencia Nacional—SAN 06/07/12—ha manifestado que: *“Si bien la presunta suplantación de identidad no ha podido ser esclarecida, de lo que no cabe duda a juicio de la Sala, es de que Canal Satélite Digital obró con una diligencia normalmente exigible en una operación de servicios como los contratados. Y además el correspondiente contrato tuvo que ser firmado por alguien que, si no era tal denunciante, al menos si conocía su nombre y apellidos, su domicilio, su teléfono móvil y su número de DNI. Abonándose además, puntualmente y durante ocho meses, tales consumos televisivos.”*

O en la reciente Sentencia de 24 de enero de 2014 -recurso nº. 540/2012 -, en un supuesto similar al que nos ocupa: *<< ... ningún reproche puede hacerse a la actuación de France Telecom en este ámbito sancionador al haber adoptado las cauteladas precisas para asegurarse de la identidad de la persona de quien recababa los datos personales en relación con la contratación de las citadas líneas telefónicas, sin que existan elementos suficientes en el presente procedimiento para poder determinar si se trata de un supuesto en que un mismo número de DNI ha podido ser asignado erróneamente a dos personas distintas, o de un posible supuesto de fraude.*

En cualquiera de los casos, bien por falta de tipicidad o de culpabilidad, no puede tenerse por acreditada o imputarse a France Telecom la vulneración del principio del consentimiento ni tampoco, y en correlación, la del principio de calidad de datos>>.

Por último, cabe indicar que la Entidad **TME** ha procedido a anular las facturas emitidas tras la estimación de la reclamación presentada ante a OMIC de Sevilla.

De conformidad con lo expuesto, se procede a ordenar el **ARCHIVO** del presente procedimiento al no considerar que se haya vulnerado la normativa vigente en materia de LOPD.

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 **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAU** 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