



Expediente Nº: E/06800/2012

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 20 de julio de 2012, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que denunciaba a la entidad **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U. (T.M.E., S.A.U.)** (en lo sucesivo la denunciada) por tratamiento indebido de datos personales, tras activación de servicios de telefonía, sin consentimiento.

Mediante resolución de fecha 7 de septiembre de 2012 se acordó, por el Director de la Agencia, no incoar actuaciones inspectoras y no iniciar procedimiento sancionador, resolución que fue recurrida por la denunciante mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2012.

Mediante resolución de fecha 26 de noviembre de 2012 el Director de la Agencia resolvió estimar dicho recurso y ordenar el inicio de actuaciones previas de investigación.

SEGUNDO: 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:

SOBRE LA CONTRATACION

. Respecto de los productos telefónicos que constan de alta a nombre de **DÑA. A.A.A.**, informa **T.M.E., S.A.U.** que la denunciante figura en sus sistemas, como titular de la línea *****TEL.1**, cuya alta fue tramitada el 13 de septiembre de 2010, bajo la modalidad "PLANAZO + SIN HORARIOS", causando baja el 17 de enero de 2011, por falta de pago. Aporta la entidad, impresiones de pantalla acreditativas.

. Los datos que constan como domicilio y dirección para el envío de correspondencia son los siguientes: (C/.....1) (Murcia). La entidad aporta impresiones de pantalla, acreditativas.

. La venta se formalizó a través de teléfono. **T.M.E., S.A.U.** adjunta copia de la grabación de la conversación telefónica mediante la que se contratan los servicios y que consta en los sistemas de la entidad, con fecha 2 de septiembre de 2010. De la escucha de la grabación aportada, se identifica a una persona con el nombre

y DNI de la denunciante, quien solicita la portabilidad de la línea ***TEL.1 a **T.M.E., S.A.U.**, procedente de una línea de prepago de otro operador, gestión que se realiza de acuerdo con la normativa vigente en materia de telecomunicaciones y que exige la correspondiente grabación por un tercero independiente, en este caso Argonauta Serving the Net, S.A., al objeto de verificar la contratación. En la mencionada grabación existe constatación de tal verificación.

. Diversas impresiones de pantalla del Sistema de Gestión de Portabilidades muestran que la operadora donante, VODAFONE ESPAÑA S.A.U., confirma dicha portabilidad.

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

. **T.M.E., S.A.U.**, anexa copia del expediente en papel que consta en la entidad, y que recoge la reclamación efectuada por la afectada a través de FACUA en fecha 22 de marzo de 2012, y escrito de 29 de mayo de 2012 por el que la empresa responde, estimando la reclamación e informando del hecho de que cursa instrucciones para anulación de la deuda a nombre de la denunciante, y asociada a la línea ***TEL.1.

SOBRE LOS POSIBLES IMPAGOS

- **T.M.E., S.A.U.** emite facturas, desde “01/10/2010” hasta “01/2/2011, y en fecha “4/6/2012” procede al abono de todos los cargos.

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, 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 20 de julio de 2012 en esta Agencia, en donde el denunciante manifiesta que **T.M.E., S.A.U.** 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 el cliente facilita todos los datos concernientes a su persona, especialmente DNI, y nombre y apellidos y datos referidos al ICC-ID, o número de serie de la SIM, entre otros.

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 **T.M.E., S.A.U.** 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, incluso número de cuenta bancaria y código ICC-ID.

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:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución 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.