



Expediente Nº: E/04438/2011

## RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.** en virtud de denuncia presentada ante la misma por **B.B.B.** y en base a los siguientes

### HECHOS

**PRIMERO:** Con fecha 10 de junio de 2011, tuvo entrada en esta Agencia escrito de **B.B.B.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que denuncia a **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.** (en lo sucesivo la denunciada o TME) porque le imputa una deuda, sin ser ella cliente de esta compañía, ni haber dado de alta ningún servicio.

**SEGUNDO:** Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

Con fecha 24/01/2012 se solicita a TME información relativa a **Dª. B.B.B.** y a la línea **D.D.D.**, y de la respuesta recibida se desprende lo siguiente:

### SOBRE LA CONTRATACION

- TME manifiesta que en sus sistemas consta el alta de la línea **D.D.D.** con fecha 19/11/2010, por portabilidad a nombre de **B.B.B.**, con los siguientes datos de facturación: domicilio en **A.A.A.**, San Lorenzo de El Escorial. Se aportan impresiones de pantalla al respecto.

TME expone que los datos bancarios vinculados a la línea son **C.C.C.**

La portabilidad se realizó desde Vodafone (se aporta impresión de fichero Excel al respecto). Se desconoce si la línea proviene de prepago o contrato.

- TME expone que la contratación a nombre de la denunciante se formalizó a través de internet. Aporta impresión de pantalla al respecto.
- Vinculada a la portabilidad de la línea se encontraba la entrega de un terminal. TME adjunta varias pantallas relativas al mencionado terminal, pero no aporta ninguna información relativa a la recogida de datos personales de la persona solicitante a través del canal web.

TME manifiesta que el terminal fue entregado el día 10/11/2010 y que al transcurrir el plazo de desistimiento se dio de alta la línea. No se aporta documento acreditativo de la entrega del terminal (albarán) ni se hace referencia a la dirección postal a que fue enviado.

- No se aporta acreditación alguna de las eventuales marcas que en el procedimiento *on line* de contratación la persona contratante debiera haber



realizado para otorgar su consentimiento, ni detalle alguno de las medidas adoptadas para garantizar la identidad de tal persona.

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

- TME reconoce que recibió traslado (con fecha 12/07/2011) de la denuncia presentada por la denunciante ante la OMIC de San Lorenzo de El Escorial. Con fecha 26/08/2011 remite contestación a la citada OMIC, señalando que la línea fue dada de baja con fecha 15/04/2011 y que las facturas emitidas fueron anuladas (se adjunta copia del escrito de respuesta).

#### SOBRE LOS POSIBLES IMPAGOS

- TME expone que se han emitido tres facturas, de fechas 01/01/2011, 01/02/2011 y 01/05/2011, por importe de 68,44 €, 36,54 € y 430,70 €, respectivamente. Se aporta copia de las facturas.

TME manifiesta que las tres facturas han sido anuladas, con fechas 04/08/2011 las dos primeras y 07/09/2011, la tercera, no constando ningún importe pendiente.

Se aportan impresiones de pantalla al respecto.

Asimismo, se tiene conocimiento de que la CMT ha regulado unos procedimientos administrativos cooperativos entre los operadores para la gestión y tramitación de las portabilidades solicitadas por los clientes, entendiéndose por portabilidad el cambio de operador conservando la numeración de la línea.

Para facilitar la gestión de las portabilidades se ha establecido un nodo central, gestionado por la entidad INDRA, designado por la CMT en coordinación con los operadores. Este nodo central ha sustituido la solución distribuida que existía con anterioridad, consistente en interfaces entre operadores basadas en páginas web.

Los usuarios que solicitan la portabilidad de su línea deben de hacerlo en el operador receptor. Así, los clientes de un operador (donante) que desean portar su línea a otro operador (receptor), deben de solicitarlo al operador receptor.

El operador receptor será el encargado, además de recabar los datos del solicitante para la tramitación del alta como cliente de su compañía, de realizar la solicitud de portabilidad en el nodo central de portabilidades para su tramitación.

La tramitación de una portabilidad conlleva la confirmación (o denegación en su caso) de la misma por el operador donante. Para ello, el operador donante debe comprobar que:

En el caso de líneas postpago el NIF/CIF del solicitante de la portabilidad (aportado por el operador receptor) coincide con el del cliente a portar para la línea en cuestión (MSISDN).

En el caso de líneas prepago debe comprobar que el ICC de la tarjeta coincide con el registrado para la línea (MSISDN). En estos casos, únicamente existe obligación de comprobar la coincidencia de este código de tarjeta, no comprobando la coincidencia de NIF/CIF, ni ningún otro dato de carácter personal.



En ambos casos, postpago y prepago, es de obligado cumplimiento la comprobación de dichos datos, debiendo el operador donante denegar la portabilidad si no existe coincidencia en los datos.

## **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 de la LOPD que dispone que *“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.*

El apartado 2 del mismo artículo añade que *“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 negocial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

El tratamiento de los 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 (F.J. 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 el 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 (...).*

Son pues elementos característicos 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.

### III

Cabe señalar que el tratamiento de datos realizado por la entidad denunciada fue llevado a cabo en el convencimiento de que se efectuaba conforme a la legalidad vigente. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que TME consideró que existía un contrato válidamente celebrado, como consecuencia de una portabilidad de la línea asociada al número **D.D.D.**, en la medida en la que disponía de las marcas realizadas de una contratación a través de Internet, en la que constaban los datos identificativos del cliente, datos bancarios, etc., así como la respuesta emitida por TME a su cliente a la dirección de correo electrónico facilitada en la contratación para poder tramitar el pedido realizado. Además, al solicitar al operador donante la confirmación de la coincidencia del código ICC de la tarjeta con el registrado para la línea (MSISDN), éste confirmó la portabilidad solicitada para la citada línea.

En el presente caso, además, se hace necesario señalar que, según la información aportada por TME, el alta se produjo en la modalidad “Contrato empresa 60”, reservada para empresarios autónomos. En este sentido, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 2.3 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, cuando al definir el ámbito objetivo de aplicación establece que *“los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal podría considerarse que el tratamiento de datos se produce en relación a una persona jurídica lo que, por tanto, excluiría el presente caso del ámbito de aplicación de la LOPD”*.

Por lo tanto, se ha de analizar el grado de culpabilidad existente en el presente caso. La jurisprudencia ha venido exigiendo a aquellas entidades que asuman 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 las 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 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 MÓVILES ESPAÑA



S.A. empleó una razonable diligencia, ya que desde el momento en que la entidad denunciada tuvo sospechas de que la contratación de la línea controvertida podía tener su origen en un ilícito penal, procedió a averiguar y verificar dichos extremos, realizando las gestiones precisas a los efectos de tramitar la suspensión de la línea controvertida, con el fin de no ocasionar perjuicio alguno a la denunciante, cancelando a su vez la facturación emitida a ésta.

#### IV

Finalmente y, por otro lado, debe tomarse en consideración que la línea **D.D.D.**, tal y como se desprende de la documentación obrante en el expediente, fue contratada en la modalidad "Negocio 60", esto es, un tipo de contrato reservado en exclusiva al colectivo de los empresarios autónomos por su calidad de tales. En este sentido, ha de recordarse que el artículo 2.3 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, establece que *"los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal"*.

Por todo lo cual, se ha de concluir, que tras el análisis de los hechos denunciados y de las actuaciones de investigación llevadas a cabo por esta Agencia, no se han acreditado elementos probatorios que permitan atribuir a TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA S.A. una vulneración de la normativa en materia de protección de datos.

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.** y a **B.B.B.**

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.