



Expediente Nº: E/05123/2011

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 **A.A.A.** y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 5 de julio de 2011, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que denuncia a **TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.** (en lo sucesivo la denunciada) porque ha dado de alta la línea *****TEL.1** sin su consentimiento.

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 1 de febrero de 2012 se solicita a Telefónica Móviles España S.A. la siguiente información relativa a **Dña. A.A.A.** 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** contratada a nombre de Dña. **A.A.A.** con fecha de alta de 17 de diciembre de 2010 y con fecha de baja de 16 de mayo de 2011.

La venta se formalizó a través de contratación telefónica.

Se aporta copia de la grabación de la conversación telefónica mediante la que se contratan los servicios (portabilidad). No se aporta grabación del verificador (VPT)

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

- CONTACTOS REGISTRADOS EN EL SISTEMA DE INFORMACION DE LA ENTIDAD:
- No consta ninguna comunicación con la entidad.
- EXPEDIENTE EN PAPEL:

Los representantes de la entidad aportan copia del expediente en papel que consta en la entidad y que recoge las reclamaciones efectuadas por el afectado y se observa lo siguiente:

La entidad adjunta copia de la reclamación y contestación.

Telefónica mantiene haber recibido la **reclamación, presentada por Dña. A.A.A., el día 14/10/2011 y le responde por escrito el día 26/10/2011** informándole de



que el alta de la línea ***TEL.1, fue el día 28/12/2010, pasando a baja definitiva en fecha 16/05/2011, por falta de pago. Dicha línea genera 4 facturas pendientes que generan un importe total de 372.02€. **Las facturas están anuladas actualmente.**

SOBRE LOS POSIBLES IMPAGOS

- Aportan copia de las facturas emitidas en las siguientes fechas:
- Con fecha de 01/02/2011 por la cantidad de 20,76 €
- Con fecha de 01/03/2011 por la cantidad de 19,47 €,
- Con fecha de 01/04/2011 por la cantidad de 9,65€
- Con fecha 01/06/2011 por la cantidad de 322,14 €.

Actualmente, las facturas emitidas han sido anuladas una vez analizando el caso por el Departamento de Fraude de TME.

Asimismo se realiza una inspección a TME, y los representantes de la entidad realizaron las siguientes manifestaciones ante las preguntas planteadas por los inspectores actuantes:

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 móvil el cambio de operador conservando la numeración de la línea.

Para facilitar la gestión de las portabilidades se ha establecido un nodo central en coordinación con todos los operadores y la CMT.

Los usuarios que solicitan la portabilidad de su línea deben de hacerlo en el operador receptor. Así, los clientes de VODAFONE que desean portar su línea a, por ejemplo, MOVISTAR, deben de solicitarlo en esta segunda entidad, siendo VODAFONE el operador donante y MOVISTAR el receptor.

En este caso MOVISTAR será la encargada, 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 debe comprobar que 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 los casos de prepago 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.

Es el operador donante el que sabe si es prepago o postpago y por tanto si tiene que



comprobar la coincidencia de NIF o ICC.

Es de obligado cumplimiento la comprobación de dichos datos, debiendo el operador donante denegar la portabilidad si no existe coincidencia en los datos así como aceptarla si existe coincidencia.

En el nodo central se recogen las portabilidades cursadas desde marzo de 2010, fecha en la que se puso en funcionamiento esta solución centralizada. No obstante, el nodo central historifica los datos todos los meses, manteniendo información de los últimos doce meses.

En relación a las grabaciones de las conversaciones mantenidas con los clientes cuando solicitan un alta con TME:

Una vez informado el nuevo cliente y aceptadas las condiciones, si es un alta nueva, el operador de TME inicia la grabación de la llamada y recoge los datos personales del cliente (DNI, nombre y apellidos y dirección). También recaba el número de cuenta bancaria aunque dicha información no se recoge en la grabación efectuada.

En el caso de portabilidades, el operador debe preguntar si la línea origen es de prepago o postpago, y, si es de prepago, recoger el número de ICC de la tarjeta SIM. Con esta información el operador rellena una solicitud de portabilidad en el Sistema que es la que el verificador utiliza para efectuar la verificación por terceros, iniciándose el proceso de portabilidad, una vez aceptada la portabilidad.

Únicamente se realizan grabaciones de Verificación por Terceros (VPT) en los casos de portabilidades y preasignaciones, vía contratación telefónica.

Durante la inspección los inspectores solicitan acceso al sistema de gestión de portabilidades interno de TME (SGP) realizándose una búsqueda por el número de teléfono **“***TEL.1”**. Se comprueba que consta una portabilidad solicitada por D^a. A.A.A. con NIF: *****NIF.1**, **siendo la línea en su origen del tipo prepago** ya que consta cumplimentado el ICC.

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

En el presente caso, 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 TELEFONICA aporta copia de la grabación con verificador donde se comprueban todos los datos personales aportados por la persona contratante y su coincidencia con los datos del denunciante y que al solicitar al operador donante la confirmación de la coincidencia del código ICC de las tarjeta con el registrado para la línea (MSISDN), éste confirmó la portabilidad solicitada para la citada línea.

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 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.

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 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 **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.