



Procedimiento nº: PS/00388/2016

**ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00040/2017**

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **TELEFÓNICA MOVILES DE ESPAÑA, S.A.U.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00388/2016, y en base a los siguientes,

**HECHOS**

**PRIMERO:** Con fecha 22 de diciembre de 2016, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00388/2016, en virtud de la cual se imponía a la entidad **TELEFÓNICA MOVILES DE ESPAÑA, S.A.U.**, por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma, una sanción de 50.000 € (cincuenta mil euros) de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 27/12/2016, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

**SEGUNDO:** Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00388/2016, quedó constancia de los siguientes:

PRIMERO. *En fecha 28/09/2015, tiene entrada en esta Agencia escrito del afectado manifestando que el 06/11/2014 presentó denuncia en la AEPD contra TELEFONICA por contratación fraudulenta de la línea **\*\*\*TEL.1**, por la que le reclamaban una deuda; posteriormente a dicha fecha había recibido de TELEFONICA, en respuesta al ejercicio del derecho de acceso, comunicación en la que señala que en sus ficheros le constan, además del anterior, las líneas números **\*\*\*TEL.2**, **\*\*\*TEL.3**, **\*\*\*TEL.4**, **\*\*\*TEL.5**, **\*\*\*TEL.6**, **\*\*\*TEL.7**, **\*\*\*TEL.8** y **\*\*\*TEL.9** no habiendo contratado ninguna de ellas, ni otorgado consentimiento para ello; como datos de cobro figura el número de una cuenta de la que no es titular; en la relación de líneas figura el número **\*\*\*TEL.10** cuya portabilidad realizó a TELEFONICA, siendo domiciliado el pago en cuenta de su titularidad (folio 1 y 2).*

SEGUNDO. *El denunciante ha aportado copia de su DNI nº **\*\*\*DNI.1**, domiciliado en (C/...1)-Murcia coincidente con el que figura en el escrito de denuncia (folio 3).*

TERCERO. *Consta escrito de TELEFONICA de fecha 14/01/2015 remitido al denunciante como consecuencia del ejercicio del derecho de acceso, en el que se indica "En relación a su atento escrito y conforme a sus deseos le facilito a continuación el acceso a sus datos personales de los que dispone TELEFONICA como consecuencia de la relación contractual existente y que nos han sido facilitados por Vd. durante la vigencia del contrato"; a continuación del nombre, apellidos y DNI se hacen constar las siguientes líneas móviles: Teléfonos: **\*\*\*TEL.1** (baja), **\*\*\*TEL.2**, (baja), **\*\*\*TEL.3** (baja), **\*\*\*TEL.4** (baja), **\*\*\*TEL.5** (baja), **\*\*\*TEL.6** (baja), **\*\*\*TEL.7** (baja), **\*\*\*TEL.8** (baja) y **\*\*\*TEL.9** (baja); como domicilio figura (C/...2)Murcia (**\*\*\*CP.1**), domicilio que no se*



corresponde con el del denunciante y como Datos de Cobro: **\*\*\*CCC.1**, cuenta que según el denunciante no es de su titularidad (folio 4).

CUARTO. BBVA en escrito de 24/10/2016 ha señalado en relación con el número de cuenta **\*\*\*CCC.1** que “es inexistente, el número 68 no responde a ninguna contrapartida de producto conocida” (folio 85).

QUINTO. El denunciante formuló denuncia el 03/11/2014, ante la Comisaría de Policía de Murcia- XXXX, Atestado **\*\*\*\*1/14**, manifestando que el 22/10/2014 había recibido una notificación de TELEFONICA según la cual tenía contraída una deuda con la citada compañía por importe de 50,35 euros; deuda asociada a la línea móvil **\*\*\*TEL.1**, línea que no había contratado (folio 10).

El 04/02/2015 formuló nueva denuncia ante la Comisaría de Policía de Murcia- XXXX, Atestado **\*\*\*\*2/15**; ampliatoria de la realizada el 22/10/2014, declarando que el 14/01/2015 había recibido de TELEFONICA carta facilitándole los datos personales y líneas que tiene contratadas con la citada compañía en la que figuran de alta ocho números más siendo estos, **\*\*\*TEL.2**, **\*\*\*TEL.3**, **\*\*\*TEL.4**, **\*\*\*TEL.5**, **\*\*\*TEL.6**, **\*\*\*TEL.7**, **\*\*\*TEL.8** y **\*\*\*TEL.9**, líneas que no ha contratado y que el número de cuenta que figuran como domicilio de pago no es de su titularidad (folio 11).

Y el 24/09/2015, nuevamente denunciaba ante la Comisaría de Policía de Murcia- XXXX, Atestado **\*\*\*\*3/15**, ampliatoria de las ya realizada el 22/10/2014 en la que indicaba que había recibido documentación de la AEPD donde constaba grabación telefónica de la persona que da el alta de la línea que se identifica como **A.A.A.** con DNI **\*\*\*DNI.1** figurando como entregado un artículo en un domicilio de Huesca (folio 13).

SEXTO. Consta carta remitida al denunciante por TELEFONICA (sin fecha), en la que le informa de un saldo pendiente que asciende a 50,35 euros, deuda asociada a la línea de telefonía **\*\*\*TEL.1** y cuyo detalle es:

| Nº de móvil     | fecha de factura | código de factura   | importe |
|-----------------|------------------|---------------------|---------|
| <b>***TEL.1</b> | 01/04/2014       | <b>***FACTURA.1</b> | 8,51 €  |
| “               | 01/05/2014       | <b>***FACTURA.2</b> | 32,97 € |
| “               | 01/06/2014       | <b>***FACTURA.3</b> | 8,87 €  |

(folio 15).

Como dirección de facturación de las mismas consta (**CI...3**)-Huesca y como dirección del cliente (**CI...4**), **\*\*\*CP.1**-Murcia (folios 41 a 46)

Las facturas fueron anuladas el 16/12/2014 ante la reclamación del denunciante (folio 75).

También consta requerimiento de pago remitido al denunciante por Medina-Cuadros y Asociados intimándole al pago de una deuda derivada del teléfono **\*\*\*TEL.1** antes de pasar el expediente a su departamento jurídico (folio 16).

TELEFONICA en relación con la línea anterior ha manifestado que “reconoce que no ha sido posible recuperar la grabación en relación con la línea **\*\*\*TEL.1**” (folio 74).

SEPTIMO. El denunciante presentó reclamación ante la OMIC del Ayuntamiento de Murcia el 21/11/2014 contra TELEFONICA; el 04/12/2014 le respondía que habían procedido a estimar la reclamación y que:

“Hemos procedido a anular las facturas pendientes relacionadas con la línea **\*\*\*TEL.1** y que generaban una deuda de 50,35 €.

Asimismo hemos desvinculado su nombre y apellidos y DNI... de la línea **\*\*\*TEL.1** y deuda asociada.

Se ha pasado de manera urgente una notificación a los ficheros de solvencia patrimonial



para que excluyan de los mismos a D. A.A.A." (folio 17).

ÖCTAVO. En escrito de 29/07/09/2016 TELEFONICA señala que las líneas **\*\*\*TEL.8**, **\*\*\*TEL.2**, **\*\*\*TEL.4** y **\*\*\*TEL.5** son de prepago a nombre del denunciante y corresponden al año 2013; en este mismo escrito no ofrece ninguna información en cuanto a las líneas **\*\*\*TEL.3**, **\*\*\*TEL.6**, **\*\*\*TEL.7**, y **\*\*\*TEL.9** referenciadas en el escrito de 14/01/2015 remitido al denunciante como consecuencia del ejercicio del derecho de acceso (hecho tercero); por el contrario ofrece información acerca de otras tres líneas: **\*\*\*TEL.10** (que el denunciante reconoce que la portó a TELEFONICA y que según la entidad está de baja y sin deuda), **\*\*\*TEL.11** y **\*\*\*TEL.12** (folios 30 y ss).

NOVENO. TELEFONICA no ha aportado documentación alguna, grafica o sonora, que acredite la relación contractual con el denunciante en relación con las líneas anteriormente citadas. TELEFONICA ha reconocido su responsabilidad en los hechos solamente en relación con la línea **\*\*\*TEL.1** y que se aplique el artículo 8 del REPEPOS y el artículo 45.5 d) de la LOPD (folio 46).

DECIMO. TELEFONICA también ha aportado copia del contrato de Servicio Telefónica Movistar relativo a la línea de telefonía móvil asociado al número **\*\*\*TEL.10** de fecha 03/10/2002, en el que figuran los datos personales del denunciante; no obstante, aportan como documentos acreditativos de la personalidad del contratante dos DNIs cuyos titulares son **B.B.B.** y **C.C.C.**, que nada tienen que ver con el denunciante.

La dirección que figura en el contrato es **(C/....3)**, que coincide con la que figura en el DNI del titular relacionado en primer lugar y en las facturas aportadas de dicha línea (folios 47 a 52 y 57 a 59).

**TERCERO: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.** (en lo sucesivo el recurrente), ha presentado en fecha 12/01/2017, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en alegaciones formuladas con anterioridad y además, que no se ha aplicado el artículo 8 del RD. 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en relación con el artículo 45.5 d) de la LOPD y, por tanto, la nulidad de pleno derecho de la resolución dictada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP).

## II

En relación con las manifestaciones efectuadas por el recurrente, reiterándose básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho del II a VI ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

### II

*Se imputa a TELEFONICA en el presente procedimiento sancionador una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, que 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 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 o negocial 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 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 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 (...).*

*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.*



En el presente caso, TELEFONICA no ha acreditado que cuente con el consentimiento inequívoco del denunciante para el tratamiento de sus datos de carácter personal, materializado en su vinculación con las líneas de telefonía móvil asociadas a los números **\*\*\*TEL.8**, **\*\*\*TEL.2**, **\*\*\*TEL.4** y **\*\*\*TEL.5** (prepago), así como de las líneas asociadas a los números **\*\*\*TEL.3**, **\*\*\*TEL.6**, **\*\*\*TEL.7**, y **\*\*\*TEL.9** de las que no ha ofrecido información alguna y de las líneas números **\*\*\*TEL.11** y **\*\*\*TEL.12** sobre las que TELEFONICA informa el 29/07/2016 y de las que no se tenía constancia alguna de su contratación hasta el escrito remitido a la Agencia como consecuencia del requerimiento de información de fechas 02/03/2016 y 02/06/2016 (folios 30 y ss).

A mayor abundamiento, el número de cuenta domiciliataria que figura asociado al denunciante en relación con dicha línea no era titularidad del denunciante puesto que el número identificativo de la misma es inexistente, ni los domicilios atribuidos al mismo le corresponden.

Por otra parte, en relación con la línea **\*\*\*TEL.1** TELEFONICA ante la reclamación presentada por el denunciante ante la OMIC del Ayuntamiento de Murcia el 21/11/2014 le respondía que habían procedido a estimar la reclamación reconociendo su responsabilidad y que "Hemos procedido a anular las facturas pendientes relacionadas con la línea **\*\*\*TEL.1** y que generaban una deuda de 50,35 €". También le informaban que habían desvinculado su nombre y apellidos y DNI... de la línea y su deuda asociada y, por último, que habían notificado a los ficheros de morosidad la exclusión de sus datos personales.

Todo este tratamiento de datos vulnera el principio de consentimiento, recogido en el artículo 6.1 de la LOPD, por cuanto el mismo ni se realizó con el consentimiento de la denunciante, ni concurre en el supuesto examinado ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD que permitirían a TELEFONICA tratar los datos de la denunciante sin su consentimiento.

### III

En cuanto al tratamiento de datos omitiendo el consentimiento del denunciante, la A.N. en sentencia de 05/03/2014 ha señalado que "Por otro lado, la carga de acreditar la existencia del "consentimiento inequívoco" a que hace referencia el artículo 6.1 LOPD recae sobre la entidad responsable del fichero o encargada del tratamiento de los datos personales, cuando su existencia sea negada por el titular de tales datos".

Sentado lo anterior, resulta acreditado el tratamiento por parte de TELEFONICA de datos personales de la denunciante sin su consentimiento, incurriendo, por ello, en la infracción tipificada en el artículo 44.3.b) LOPD, materializándose tal tratamiento en la incorporación de sus datos de carácter personal a los ficheros de la compañía, manteniéndolos en tales ficheros, asociados a varias líneas de telefonía móvil sin su consentimiento, así como el intento de cobro de una deuda, sin su consentimiento.

La Audiencia Nacional ha señalado con reiteración en numerosas sentencias que la negativa del denunciante, en el sentido de no haber suscrito contrato con la entidad denunciada, traslada a ésta última la carga de probar la indicada contratación, y por ende el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de diciembre de 2001, que señala: "...de acuerdo con el principio que rige en materia probatoria (art. 1214 del Código Civil) la Agencia de Protección de Datos probó el hecho constitutivo que era el tratamiento automatizado de los datos personales de D... (nombre, apellidos y domicilio), y a la recurrente incumbía el hecho impeditivo o extintivo, cuál era el consentimiento del mismo.



*Es decir,... debía acreditar el consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de datos personales, o justificar que el supuesto examinado concurre alguna de las excepciones al principio general del consentimiento consagrado en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 5/1992. Y nada de esto ha sucedido”.*

*Asimismo, la Audiencia Nacional en Sentencia de 01/02/2006, señaló, en cuanto a la prueba de la existencia de un consentimiento inequívoco, lo siguiente: “Es necesario tomar en consideración que lo que la Ley Orgánica 15/99 exige es que el consentimiento para el tratamiento de datos sea prestado de modo inequívoco, adjetivo que debe predicarse tanto de la forma de prestarse (que se preste de forma inequívoca y que no existan dudas sobre que el titular de los datos ha consentido en el tratamiento de los mismos) como de la acreditación de que se ha prestado (que no existan dudas de que el interesado ha consentido en la prestación de su consentimiento)”.*

*Por tanto, correspondía a TELEFONICA, estar en condiciones de acreditar que había obtenido el consentimiento del denunciante, pues, salvo aquellas excepciones establecidas en el artículo 6.2 de la LOPD, solamente el consentimiento justifica y legitima dicho tratamiento; en definitiva, le corresponde aportar la prueba de que dicho consentimiento ha sido prestado.*

#### IV

*De acuerdo con las previsiones de la LOPD, según redacción dada por la Ley 21/2011, el artículo 44.3.b) tipifica como infracción grave “Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”. A tenor del artículo 45.2 las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros.*

*En el presente caso TELEFONICA ha incurrido en la infracción descrita ya que ha vulnerado dicho principio, consagrado en el artículo 6.1 de la LOPD, al tratar los datos personales de la denunciante sin su consentimiento, vinculándolos a numerosas líneas de telefonía móvil asociadas a los números: **\*\*\*TEL.8**, **\*\*\*TEL.2**, **\*\*\*TEL.4** y **\*\*\*TEL.5** (prepago), así como de las líneas asociadas a los números **\*\*\*TEL.3**, **\*\*\*TEL.6**, **\*\*\*TEL.7**, y **\*\*\*TEL.9** de las que no ha ofrecido información alguna y de las líneas números **\*\*\*TEL.11** y **\*\*\*TEL.12** sobre las que TELEFONICA informa mediante escrito de fecha 29/07/2016 y de las que no se tenía constancia alguna de su contratación, habiendo quedado acreditado que las mismas no habían sido contratadas por el denunciante y que encuentran su tipificación en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.*

#### V

*El artículo 45.2, 4 y 5 de la LOPD establece que:*

*“2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 € a 300.000 €*

*(...)*

*4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:*

- a) El carácter continuado de la infracción.*
- b) El volumen de los tratamientos efectuados.*
- c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.*
- d) El volumen de negocio o actividad del infractor.*
- e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
- f) El grado de intencionalidad.*
- g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.*



h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.

i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.

j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

5. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente”.

TELEFONICA ha solicitado la aplicación subsidiaria del artículo 45.5.d) de la LOOPD, al reconocer su responsabilidad en los presente hechos y como consecuencia de las circunstancias concurrentes en el presente caso (ausencia de beneficio, ausencia de intencionalidad, volumen de tratamiento, etc), que disminuyen de forma cualificada la antijuridicidad y la culpabilidad de la entidad denunciada. También solicitaba la aplicación del artículo 45.5.b) al haber actuado con diligencia.

Hay que indicar que el artículo 45.5 de la LOPD deriva del principio de proporcionalidad de la sanción y permite establecer "la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate", pero para ello es necesario la concurrencia de, o bien una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado, o bien de la antijuridicidad del hecho, o bien de alguna otra de las circunstancias que el mismo precepto cita.

En el presente caso, ha quedado acreditado que TELEFONICA ha vulnerado el artículo 6.1 de la LOPD, al tratar los datos del denunciante del denunciante sin su consentimiento materializado en la vinculación de aquellos a las líneas de telefonía móvil números: **\*\*\*TEL.8, \*\*\*TEL.2, \*\*\*TEL.4 y \*\*\*TEL.5** (prepago), así como de las líneas asociadas a los números **\*\*\*TEL.3, \*\*\*TEL.6, \*\*\*TEL.7, y \*\*\*TEL.9** de las que no ha ofrecido información alguna y de las líneas números **\*\*\*TEL.11 y \*\*\*TEL.12** sobre las que TELEFONICA informa el 29/07/2016 y de las que no se tenía constancia alguna de su contratación hasta el escrito de la citada fecha.



A mayor abundamiento, TELEFONICA en escrito de 15/01/2015 informó al denunciante en respuesta al derecho de acceso ejercitado por aquel que como domicilio del mismo le constaba **(C/...3)** \*\*\*CP.1-Murcia, domicilio que no le correspondía como tampoco la cuenta domiciliataria a efectos de cobro nº \*\*\***CCC.1**, cuenta que no era de su titularidad y sobre la que el BBVA manifiesta que “es inexistente, el número 68 no responde a ninguna contrapartida de producto conocida” (folio 85).

Además, como se desprende del hecho probado décimo TELEFONICA a aporta copia del contrato de Servicio Telefónica Movistar de línea de telefonía móvil número \*\*\***TEL.10**, en el que figuran los datos personales del denunciante; sin embargo, adjunta como documentos acreditativos de la personalidad del contratante dos DNIs de terceras personas: **B.B.B.** y **C.C.C.**, que nada tienen que ver con el denunciante. La dirección que figura en el citado contrato, **(C/...3)**, que coincide con la que figura en el DNI del anteriormente en primer lugar y en las facturas de la citada línea.

Por último, en relación con la línea \*\*\***TEL.1** TELEFONICA ante la reclamación presentada por el denunciante ante la OMIC del Ayuntamiento de Murcia el 21/11/2014 le respondía que habían procedido a estimar la reclamación reconociendo su responsabilidad y que “Hemos procedido a anular las facturas pendientes relacionadas con la línea \*\*\***TEL.1** y que generaban una deuda de 50,35 €”. También le informaban que habían desvinculado su nombre y apellidos y DNI... de la línea y su deuda asociada” y, por último, que habían notificado a los ficheros de morosidad la exclusión de sus datos personales, es decir, otra supuesta infracción de la LOPD. Tampoco la dirección de facturación de las facturas relativas a la línea, **(C/...3)**-Huesca, correspondía al denunciante (folios 41 a 46).

Por tanto, las citadas circunstancias no se dan en el presente caso, lo que impide apreciar la existencia de motivos para la aplicación de la facultad contemplada en el artículo 45.5, debido, por un lado, no obra en el expediente ningún elemento que lleve a apreciar la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en los apartados b, c), d) y e) del referido artículo y, por otro, a la especial diligencia y conocimiento de la normativa de protección de datos que se ha de exigir a las entidades profesionales cuando, como ocurre con la entidad imputada, el tratamiento de datos personales constituye parte habitual y esencial de su actividad. Las empresas que por su actividad están habituadas al tratamiento de datos personales deben ser especialmente diligentes y cuidadosas al realizar operaciones con ellos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos (como de forma reiterada sostiene la Audiencia Nacional, entre otras en Sentencia de 26 de noviembre de 2008).



*Es cierto que TELEFONICA ha reconocido mediante escrito de 27/09/2016 que "Mi representada reconoce que no ha sido posible recuperar la grabación en relación con la línea \*\*\*TEL.1 habiendo sido utilizados los datos de la denunciante por un tercero de mala fe, en orden a efectuar la contratación de la misma" y que el asunto quedó resuelto tras tener conocimiento de la reclamación formal presentada y antes del requerimiento de información realizada por la Agencia. No obstante, la responsabilidad reconocida se circunscribe solamente a la citada línea obviando el resto de lo ocurrido, ya que no se trata de un mera utilización puntual y ocasional de los datos del denunciante en una contratación fraudulenta, sino que tal y como se desprende de los hechos denunciados y avalados por la documentación aportada al expediente, ha quedado acreditada la materialización de actos sistemáticos y continuados que agravan la culpabilidad de la entidad, al quedar constatada la contratación de numerosas líneas de telefonía móvil sin el consentimiento ni la autorización del denunciante, no ajustando su comportamiento a la diligencia que era procedente y atendiendo a las obligaciones que el desarrollo de su actividad le imponen, por lo que se entiende que no concurre tal circunstancia como atenuante de su conducta.*

*Tampoco es posible la aplicación de la atenuante prevista en el artículo 45.5.b) "Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente", a la luz del comportamiento de la entidad como se desprende de los hechos probados y de la documentación obrante en el expediente.*

*También la representación de la entidad considera la concurrencia de criterios previstos en el artículo 45.4 de la LOPD a efectos de la graduación de la sanción a aplicar.*

*En cuanto a la circunstancia prevista en el apartado h) del artículo 45.4, naturaleza de los perjuicios causados, amén de hacer mención a las veces que el denunciante tuvo que acudir a la Comisaría de policía para denunciar los hechos ocurridos, la Audiencia Nacional en varias sentencias, entre otras la de fecha 11/03/2010, rec. 429/2009, señala que "Por otra parte, esta Sala también ha declarado con reiteración que son irrelevantes los perjuicios económicos toda vez que, el interés jurídico protegido por la LOPD es la privacidad, sin que sea necesaria lesión o daño patrimonial sino que basta que el comportamiento enjuiciado incida en la esfera privada de los afectados por los datos tratados".*

*En cuanto a la circunstancia prevista en el apartado f) del artículo 45.4, relativa al grado de intencionalidad expresión que debe entenderse en el sentido del grado de "culpabilidad", esta interpretación ha sido corroborada por la Audiencia Nacional en su sentencia de 12/11/2007 (Rec. 351/2006), señalando "Comienza el recurrente invocando la no intencionalidad de su conducta. (...) Cuando concurre una falta de diligencia, como aquí acontece, existe culpabilidad y la conducta merece sin duda un reproche sancionador sin que el hecho de que no exista actuación dolosa deba conllevar necesariamente una disminución aún mayor de la sanción cuando ésta ha sido impuesta en su grado mínimo". Por tal razón, si bien es cierto que no es posible sostener en el presente asunto que la entidad hubiera actuado intencionadamente o con dolo, hay que señalar que el tipo apreciado no requiere dolo para su perfección, pudiendo ser cometido a título de simple negligencia.*



*En cuanto a la ausencia de beneficios, circunstancia prevista en el apartado e) del artículo 45.4, tampoco puede aceptarse a la vista de los hechos acaecidos; es cierto que no ha existido beneficio, pero la pretensión de cobrar una deuda, incluso a través del procedimiento de empresas de recobro, y la propia posibilidad de inclusión en fichero de morosos de los datos del denunciante no hace sino revelar la verdadera intención de la entidad que no era sino sacar un beneficio económico de una situación con respecto a una persona que no tenía relación contractual con TELEFONICA en relación con las citadas líneas.*

*No obstante, se advierten otras circunstancias que operan como agravantes de la conducta de la entidad que ahora se enjuicia. Así, concurren las agravantes previstas en los apartados c), del artículo 45.4, “la vinculación de su actividad con la realización de tratamientos de datos de carácter personal” pues es evidente que en el desarrollo de la actividad empresarial que desempeña se ve obligada a un continuo tratamiento de datos personales tanto de los clientes como de terceros; el apartado d) del artículo 45.4, “volumen de negocio” toda vez que se trata de la mayor operadora de telefonía del país por cuota de mercado.*

*En el presente caso, valorados los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 45.4, tanto favorables como adversos, en particular la vinculación de la actividad de la entidad denunciada con la realización de tratamientos de datos de carácter personal (apartado b), el volumen de negocio del infractor (apartado d), se propone una sanción de 50.000 € por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD de la que TELEFONICA debe responder.*

### III

El recurrente, en su escrito de recurso, ha alegado la falta de aplicación del artículo 8 del R.D. 1398/1993, de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, en relación con el artículo 45.5 d) de la LOPD, así como la aplicación de la aplicación de la atenuante privilegiada del artículo 45.5.b) derivada de su actitud diligente y, por tanto, la nulidad de pleno derecho de la resolución dictada.

El artículo 8.1 del REPEPOS establece que: *“1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento, con la imposición de la sanción que proceda”.*

Hay que señalar que la anterior es una norma procedimental y atendiendo al literal de la misma la resolución del procedimiento no es una obligación sino una potestad, pero, además, supeditada en todo caso a que se haya reconocido la responsabilidad en los hechos ocurridos y, en el procedimiento que trae causa la resolución recurrida, tal circunstancia brilla por su ausencia.

En primer lugar, porque como ya se establece en la resolución la responsabilidad reconocida lo era en relación con la línea **\*\*\*TEL.1** y sobre la que el recurrente ante la reclamación presentada por el denunciante ante la OMIC del Ayuntamiento de Murcia en escrito de 04/12/2014 contestaba al citado organismo señalando:

*“Me dirijo a Ustedes en respuesta a la reclamación presentada por el denunciante.*

*Una vez analizado el expediente del denunciante, comprobamos que por incidencias en el alta de la línea **\*\*\*TEL.1** contratada a su nombre con fecha 10/03/2014, procedemos a estimar la reclamación como alta no reconocida.*



Hemos procedido a anular las facturas pendientes relacionadas con la línea **\*\*\*TEL.1** y que generan una deuda de 50,63 euros.

Asimismo hemos desvinculado el nombre y apellidos y DNI ... de la línea **\*\*\*TEL.1** y deuda asociada.

Se ha pasado de manera urgente una notificación a los ficheros de solvencia patrimonial par que excluyan de los mismos a D. A.A.A.”.

Sin embargo, ejercitado el derecho de acceso por el denunciante ante el recurrente, le respondía el 14/01/2015, señalando:

*”En relación a su atento escrito y conforme a sus deseos le facilito a continuación el acceso a sus datos personales de los que dispone TELEFONICA como consecuencia de la relación contractual existente y que nos han sido facilitados por Vd. durante la vigencia del contrato:*

- Titular: el denunciante
- DNI: ....
- Teléfonos: **\*\*\*TEL.1** (baja), **\*\*\*TEL.2**, (baja), **\*\*\*TEL.3** (baja), **\*\*\*TEL.4** (baja), **\*\*\*TEL.5** (baja), **\*\*\*TEL.6** (baja), **\*\*\*TEL.7** (baja), **\*\*\*TEL.8** (baja) y **\*\*\*TEL.9** (baja).
- Domicilio: **(C/...2)** Murcia (**\*\*\*CP.1**) (que no es del denunciante)
- Datos de Cobro: **\*\*\*CCC.1”** (cuenta que según el denunciante no es de su titularidad)

Como bien señala el inspector actuante en su informe de actuaciones, el recurrente en escrito de 29/07/2016 no ofrece información alguna en relación con las líneas **\*\*\*TEL.3**, **\*\*\*TEL.6**, **\*\*\*TEL.7** y **\*\*\*TEL.9**; pero, además, informa de líneas que no corresponden con la denuncia tramitada: **\*\*\*TEL.10**, **\*\*\*TEL.11** y **\*\*\*TEL.12**.

Es sobre los nuevos “hechos denunciados ahora” por el denunciante, “consistentes en la supuesta contratación de 8 líneas más” y la controvertida y raquítica información aportada por el recurrente sobre la que se basa el procedimiento sancionador y no sobre la contratación de la línea **\*\*\*TEL.1** que “resultado investigada en el seno del expediente E/00746/2015” y que “Con fecha 14/09/2015 se dictó resolución, procediéndose al archivo de actuaciones”, tal y como se recoge en los hechos primero y segundo del acuerdo de inicio.

Y sobre estos nuevos hechos acaecidos el recurrente no ha reconocido nada, omitiendo cualquier referencia a los mismos en las alegaciones al acuerdo de inicio. Así en escrito de fecha 27/09/2016, señalaba que “Mi representada reconoce que no ha sido posible recuperar la grabación en relación con la línea **\*\*\*TEL.1** habiendo sido utilizados los datos de la denunciante por un tercero de mala fe, en orden a efectuar la contratación de la misma.

No obstante el asunto quedó totalmente resuelto tras tener conocimiento de la reclamación formal presentada y un año y medio antes de entrar la Solicitud de Información E/00224/2016 quedando dicha situación regularizada”.

Es en el escrito de 14/12/2016 cuando el recurrente, en alegaciones a la Propuesta de Resolución, señala que “no obstante se entiende claramente que el reconocimiento de responsabilidad va dirigido al expediente en su totalidad”.

Sin embargo, el reconocimiento de la responsabilidad a efectos del artículo 45.5 d) ha de ser espontáneo, como bien se encarga de señalar la Audiencia Nacional en su

SAN de 10/05/2016 (Rec. 913/2015): *“Por último, aunque deba valorarse positivamente que la compañía demandante haya reconocido en vía administrativa su culpabilidad por los hechos denunciados, constitutivos de la infracción por cuya autoría ha sido sancionada, debemos precisar que el hecho de que este reconocimiento de responsabilidad tuviera lugar en el escrito de alegaciones presentado ante la propuesta de resolución del instructor, como admiten las partes, y no con anterioridad impide su calificación como la circunstancia prevista en el artículo 45.5.d), pues carece de la espontaneidad necesaria para ello.”*

La “espontaneidad” que ha de caracterizar al reconocimiento de la culpabilidad que integra el artículo 45.5.d) LOPD está vinculada con el momento en el que el infractor hace esa declaración de voluntad, de forma que el reconocimiento se produzca nada más tener noticia de los hechos presuntamente infractores.

- Paralelamente, los precedentes del asunto que analizamos impedirían que pudiera estimarse segunda atenuante cualificada que se invoca por el recurrente. Hay que recordar que también invocó el artículo 45.5.b) LOPD que ahora reitera.

Respecto a la circunstancia contemplada en el citado artículo, no existen tampoco elementos de juicio que evidencien la pretendida reacción diligente. Más al contrario, la actuación del recurrente en relación a los hechos analizados es un ejemplo de absoluta falta de diligencia, pues como podría calificarse el tratamiento de los datos de carácter personal del denunciante vinculándolos: a la contratación de las líneas de telefonía móvil asociadas a los números **\*\*\*TEL.8**, **\*\*\*TEL.2**, **\*\*\*TEL.4** y **\*\*\*TEL.5** (prepago), así como de las líneas asociadas a los números **\*\*\*TEL.3**, **\*\*\*TEL.6**, **\*\*\*TEL.7** y **\*\*\*TEL.9** de las que no ha ofrecido información alguna y de las líneas números **\*\*\*TEL.11** y **\*\*\*TEL.12** sobre las que TELEFONICA informa en escrito de 29/07/2016 y de las que no se tenía constancia alguna de su contratación; a un domicilio que no le correspondía (**C/...3**) **\*\*\*CP.1**-Murcia; a una cuenta domiciliataria a efectos de cobro nº **\*\*\*CCC.1**, cuenta que no era de su titularidad y sobre la que el BBVA manifiesta que “es *inexistente, el número 68 no responde a ninguna contrapartida de producto conocida*”; a la contratación del móvil número **\*\*\*TEL.10**, en el que figuran los datos personales del denunciante y al que adjunta como documentos acreditativos de la personalidad del contratante dos DNIs de terceras personas: **B.B.B.** y **C.C.C.**, que nada tienen que ver con el denunciante, siendo la dirección que figura en el citado contrato, (**C/...3**), coincidente con la que figura en el DNI del citado B.B.B. y en las facturas emitidas de la citada línea, etc, etc.

Como ya se hacía constar en la resolución recurrida, no se trata de un mera utilización puntual y ocasional de los datos del denunciante en una contratación fraudulenta, sino que tal y como se desprende de los hechos denunciados y avalados por la documentación aportada al expediente, ha quedado acreditada la materialización de actos sistemáticos y continuados que agravan la culpabilidad de la entidad, al quedar constatada la contratación de numerosas líneas de telefonía móvil sin el consentimiento ni la autorización del denunciante, no ajustando su comportamiento a la diligencia que era procedente y atendiendo a las obligaciones que el desarrollo de su actividad le imponen, por lo que no concurre tal circunstancia como atenuante privilegiada de su conducta.



#### IV

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, el recurrente no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

La Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

**PRIMERO: DESESTIMAR** el recurso de reposición interpuesto por **TELEFÓNICA MOVILES DE ESPAÑA, S.A.U.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 22 de diciembre de 2016, en el procedimiento sancionador PS/00388/2016.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución a la entidad **TELEFÓNICA MOVILES DE ESPAÑA, S.A.U.**

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 reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

Mar España Martí  
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos