



Procedimiento **PS/00618/2012**

**RESOLUCIÓN: R/01049/2013**

En el procedimiento sancionador PS/00618/2012, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **Telefónica Móviles España SAU**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en base a los siguientes,

**ANTECEDENTES**

1. Con fecha de 15 de diciembre de 2011, tiene entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito remitido por **A.A.A.**, en el que denuncia a la compañía Telefónica Móviles España, S.A. (en adelante TME) porque el 10 de marzo de 2011 recibió un modem USB, con tarjeta SIM y una copia de un contrato de servicio de internet correspondiente a un servicio no contratado y sin su consentimiento.
2. Con fecha de 07/03/12 se procede por parte del Subdirector General de Inspección de Datos a la apertura de actuaciones previas con referencia E/01578/2012. Por los Servicios de Inspección de esta Agencia se realiza solicitud de Información a TME y concluye la investigación con el informe de la Inspección de Datos.
3. De todo lo actuado en la investigación previa se concluye, salvo prueba en contrario, que **TME** hizo tratamiento de los datos personales de la denunciante sin su consentimiento inequívoco al incorporar los datos personales de esta a su fichero de clientes, emitir facturas siguiendo con la gestión de ese contrato, y sin realizar comprobaciones de la identidad con suficiente diligencia
4. Con fecha 27/11/12 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a Telefónica Móviles España SAU con arreglo a lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por la presunta infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.
5. Notificado el acuerdo de inicio el 28/11/12, TME mediante escrito con entrada de 01/10/12 solicita el archivo del procedimiento por inexistencia de infracción y subsidiariamente, se aplique el 45.4 y 5 de la LOPD. Se basa en:
6. Con fecha 17/12/12 se inició el período de práctica de pruebas, acordándose dar



por reproducidos a efectos probatorios la denuncia interpuesta y su documentación, los documentos obtenidos y generados en las actuaciones previas de Inspección y las alegaciones al acuerdo de inicio de TME.

Notificado dicho acuerdo no se han formulado alegaciones ni propuesto nuevas pruebas.

7. En fecha 27/03/13, fue emitida Propuesta de Resolución en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancionara a TME por infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma con multa de 50.000 € (cincuenta mil euros), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica.

8. La propuesta fue notificada el 01/04/13. TME presentó alegaciones y solicitó el archivo de las actuaciones por inexistencia de infracción alguna y, subsidiariamente, se establezca la cuantía de la sanción aplicando el artículo 45.5 y 4 de la LOPD.

Se basa en:

- 1) *“En primer lugar debemos de ratificarnos en nuestras anteriores manifestaciones que obran en el presente procedimiento sancionador. Tal y como consta en el expediente administrativo, la Sra. A.A.A. figura como titular de las líneas \*\*\*TEL.1 y \*\*\*TEL.2 las cuales fueron dadas de alta el 16-03-2011 y el 14-03-2011 respectivamente, causando ambas baja el 21-03-2011, es decir, apenas siete días después de haberse tramitado el alta.*
- 2) *Asimismo, y como ya expusimos respecto a las líneas \*\*\*TEL.3, \*\*\*TEL.4 y \*\*\*TEL.5, las mismas no han sido contratadas con mi representada.*
- 3) *... ha aportado copia de la grabación de ambas líneas (teléfono e Internet), grabación que ha sido transcrita en el propio Acuerdo de Inicio, así como grabación de la empresa que realiza las funciones de verificación de la portabilidad.*
- 4) *... que el alta de la línea en cuestión provenía de una portabilidad, ... confirmada por el operador donante (en este caso Vodafone). culminándose con éxito la portabilidad al no ser rechazada por Vodafone.*
- 5) *... únicamente han sido tratados los datos asociados a la línea \*\*\*TEL.2 (teléfono, procedente de la portabilidad, y a la \*\*\*TEL.1 (internet, promocionada al contratar el iPhone), no a las tres líneas como afirma esa Agencia.*
- 6) *... se han aportado dos grabaciones, una correspondiente a la contratación del*



*servicio, y una segunda grabación correspondiente a la solicitud de portabilidad. Si bien esta segunda grabación las respuestas de la contratante se escucha bajito, si se sube el nivel de volumen del aparato reproductor o aplicación, esa Agencia puede comprobar que la contratante responde a cada una de las preguntas efectuadas por la empresa verificadora.*

- 7) *... además se han aportado las pantallas que demuestran que la entidad verificadora certifica que la portabilidad fue correcta.*
- 8) *En el caso que nos ocupa, al tratarse de una portabilidad, se informa a la propia contratante en la grabación aportada sobre su derecho de desistimiento o sobre cuando se activaría la línea y el tiempo en que estaría sin servicio. Es decir, que no hace falta realizar una llamada al 1485 puesto que los datos personales fueron confirmados en la contratación j la portabilidad aceptada por el operador donante. Esta información puede comprobarse en la grabación aportada.*
- 9) *... contaba con el consentimiento otorgado para el tratamiento de los datos.*
- 10) *“Las Administraciones Públicas [...] igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima”.*
- 11) *... la valoración que debe realizar la Agencia del presente procedimiento debe de ser en su conjunto, teniendo en cuenta la actuación de Telefónica Móviles, su ausencia de intencionalidad y su no culpabilidad.*
- 12) *... no procede imputar a mi representada una infracción del artículo 6.1 de la LOPD. puesto que en todo caso vulneraría el principio “iuxta alegata et probata”.*
- 13) *... no existe el elemento subjetivo de culpa requerido para la imposición de sanciones administrativas. ... puso los medios necesarios para acreditar la contratación, que hubieran conllevado al archivo del procedimiento, si bien han sido problemas técnicos los que han impedido escuchar con claridad una grabación realizada.*
- 14) *... ha actuado en todo momento de buena fe precisamente por el principio de confianza legítima, y en la plena creencia de estar actuando dentro de la más estricta legalidad, respaldada y amparada su conducta por la legislación vigente, por lo que no puede imputársele actuar ni culposo, ni muchos menos doloso.*
- 15) *... la norma jurídica no puede exigir comportamientos imposibles o de suma dificultad. de manera que la «no exigibilidad de otra conducta» opera como factor de exclusión de la culpabilidad.”*

De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento, han quedado acreditados

los siguientes

#### HECHOS PROBADOS

1. 03/03/11, fecha, anotada en la base de datos de TME, de solicitud de portabilidad del número de teléfono **\*\*\*TEL.2** desde Vodafone a Movistar contrato a nombre de la denunciante **A.A.A.** con DNI **\*\*\*NIF.1**. (folio 82). TME ha aportado dos grabaciones sobres esa solicitud (folios 69 y 83) y cuya transcripción se incluye en el informe de la Inspectora de datos actuante (folios 86-87):

*“Se acompaña con el escrito de MOVISTAR dos archivos, remitidos por correo electrónico, en los que según manifiesta la compañía contiene la grabación telefónica de la contratación por portabilidad, se adjuntan en soporte CD, en los que se reproduce una conversación telefónica mantenida entre dos personas, operador (OPE) y supuestamente la denunciante (DTE) y constando, entre otros, los siguientes aspectos:*

*Primer archivo:*

*OPE: Podría indicarme su nombre y apellidos*

*DTE: A.A.A.*

*OPE: Es usted mayor de edad*

*DTE: Si*

*OPE: Podría indicarme su DNI*

*DTE: \*\*\*NIF.1*

*OPE: Según sus indicaciones Telefónica Móviles España, S.A. procederá a tramitar en su número **\*\*\*TEL.2** la portabilidad (...). Recibirá en su domicilio un paquete con la tarjeta, el terminal iPhone, documentación y carta de bienvenida. Modalidad de contrato “planazo + tiempo libre” (...). De acuerdo*

*DTE: Si*

*Segundo archivo (verificador): La voz de la DTE no es inteligible:*

*Operadores: (...) el número es **\*\*\*TEL.2**, VODAFONE prepago, solo es una línea, la clienta se llama **A.A.A.**, DNI **\*\*\*NIF.1***

*OPE: Buenas tardes*



DTE:

OPE: *Le atiende (...) de la empresa encargada de la verificación del consentimiento verbal para MOVISTAR, de conformidad con la regulación vigente, le informamos que esta conversación está siendo grabada. Está usted de acuerdo*

DTE:

OPE: *Hoy es día 3 de marzo de 2011, son las 15:44 horas*

*Le informamos que el código identificativo de su solicitud de contratación verbal es (...).*

*Le ruego me confirme los siguientes datos: su nombre es **A.A.A.**, es usted la titular de la línea, su DNI es **\*\*\*NIF.1**, su dirección es calle **(C/.....1) en Alicante**, su número de teléfono es **\*\*\*TEL.2**, el operador con el que quiere contratar es MOVISTAR, el operador que quiere que deje de prestarle servicio es VODAFONE, el nº es de prepago, (...)*

DTE:

OPE: *(...) desea causar baja con el operador VODAFONE y conservar su nº de teléfono.*

DTE: “

2. 10/03/11, 12:30 horas, fecha del albarán de entrega de un paquete (no se indica contenido) del remitente “telefónica venta directa” al destinatario “**A.A.A., (C/.....1)**”. Figura como pedido **\*\*\*NÚMERO.1**, reembolso de 29,00 € y bajo el rotulo del recibí figura una rúbrica (distinta a la del DNI y la denuncia) encima del nombre y apellido de la denunciante y DNI **\*\*\*NIF.2**. (folio 76)

3. 10/03/11, recibe la persona denunciante **A.A.A.** en **(C/.....2)** un paquete (con número de pedido **\*\*\*NÚMERO.2**) con un Modem USB, con tarjeta SIM y copia de contrato de servicio de Internet para la línea **\*\*\*TEL.1** (folios 1-2 y 11-15). Presenta en el Puesto de la Guardia Civil en Polanco, denuncia contra TME. (folio 10)

4. 11/03/11, escrito de reclamación de **A.A.A.** -abogada- enviado a TME (folio 3):

“1º) Que en fecha de 10 de marzo de 2011 recibí un Modem USB, con tarjeta SIM y

*copia de contrato de servicio de Internet correspondientes a un servicio no contratado por mí de la compañía denunciada.*

*2º) Que solicité formalmente copia de la grabación telefónica y del expediente de tramitación para proceder a la defensa de mis derechos y dirimir responsabilidades a quien corresponda, compañía telefónica o particular y la misma no me facilitó la grabación de voz real, únicamente remitió un archivo sin contenido, negándose a facilitar más información.*

*3º) Que los hechos los denuncié ante el Puesto de la Guardia Civil de Polanco (Cantabria). No abriéndose procedimiento judicial alguno a la fecha, sino a su archivo.*

*4º) Que la compañía en atención del 1004 me ha facilitado unos datos que les constan en la citada tramitación fraudulenta de alta:*

*Dos números de móvil: \*\*\*TEL.3 / \*\*\*TEL.4*

*Una dirección: (C/.....1) ALICANTE*

*5º) Que una vez atendidas estas peticiones solicité a la compañía la CANCELACION en su base de datos de todos MIS DATOS, amparándome en la Ley de Protección de datos 15/1999 de 13 de diciembre, así como notificación de la Compañía del cumplimiento del trámite solicitado, y se le reiteré mi voluntad de no formalizar con dicha compañía relación comercial alguna, advirtiéndole de la negligencia cometida al permitir un alta sin verificar la identidad del contratante.*

*6º) Que a pesar de lo indicado, la compañía procede al alta de dos líneas más de voz y datos de autónomo con el número \*\*\*TEL.5, procediendo a cargar en mi cuenta personal dos recibos por cuantía de 17,70 € y de 77,51 €, indicando en éste último "Deuda".*

*7º) Que la compañía está facturando en un número de cuenta NO FACILITADO por mí sin haber tramitado el alta y habiendo sido advertida la compañía en el mes de marzo de mi voluntad de cancelar todo dato personal y toda relación comercial".*

*5. 14/03/11, 02:16 horas, fecha de alta de la línea \*\*\*TEL.2 en la base de datos de TME con contrato de planazo + tiempo libre a nombre de la denunciante en (C/.....1) Alicante (domicilio de facturación) y (C/.....2) (domicilio de cuenta), con pago domiciliado en CCC \*\*\*CCC.1. (folios 54-55)*

*6. 14/03/11, TME emitió factura a nombre de la persona denunciante y la remitió a su domicilio de (C/.....2), por importe de 29,00 €, en concepto de "tarjeta portabilidad Movistar activa con iPhone 3G S 8Gb*



operaciones". (folio 20)

7. 16/03/01, fecha de alta de la línea **\*\*\*TEL.1** en la base de datos de TME con contrato de internet cerrado a nombre de la denunciante en **(C/.....2)** (domicilio de cuenta y de facturación), con pago domiciliado en CCC **\*\*\*CCC.1**. (folios 53-54)
8. 17/03/11, TME por correo electrónico remite a la persona denunciante copia de la grabación solicitada de la línea **\*\*\*TEL.2**. (folio 21)
9. 21/03/11, fecha de baja de las líneas **\*\*\*TEL.2** y **\*\*\*TEL.1**, causa de la baja: error administrativo. (folios 53-5 y 58)
10. 22/03/11, la persona denunciante envía por fax a TME (**\*\*\*TEL.7**) escrito reiterando su reclamación anterior y solicitando la cancelación de todos sus datos. (folio 5-7)
11. 01/04/11, TME emitió factura de la línea **\*\*\*TEL.1** a nombre de la persona denunciante, por importe de 00,00 €, en concepto de "diferencia hasta consumo mínimo 0,7143 y promo tarifa diaria consumo mínimo -0,7143" (folios 19 y 59) y de la línea **\*\*\*TEL.2** por importe de 26,26 € (folio 59).
12. 04/04/11, anotado en base de datos de cuestionarios de TME de la línea **\*\*\*TEL.2** "cliente no reconoce la portabilidad de la línea pedido SAP **\*\*\*NÚMERO.1** entregado en una dirección que el cliente no reconoce, tiene bloqueado el IMEI **\*\*\*\*\*1** y las fras anuladas. Línea de baja por errores administrativos". (folio 67)
13. 13/04/11, TME emitió facturas rectificativas de las de 01/04/11. (folio 18 y 59)
14. 01/05/11, TME emitió factura de la línea **\*\*\*TEL.1** a nombre de la persona denunciante por importe de 00,00 €, en concepto de "diferencia hasta consumo mínimo 0,9677 y promo tarifa diaria consumo mínimo -0,9677" (folio 17 y 59) y de la línea **\*\*\*TEL.2** por importe de 2,36 € (folio 59).
15. 04/05/11, la persona denunciante envía por fax a TME (**\*\*\*TEL.7**) escrito reiterando su reclamaciones anteriores y denunciando la remisión de facturas. (folio 8-9)
16. 10/05/11, TME emitió facturas rectificativas de las de 01/05/11. (folio 16 y 59) Deuda pendiente 00,00 € (folio 60)
17. 11/05/11, TME por correo postal remite a la persona denunciante comunicación para hacerle saber que con efectos de 21/03/11 han dado de



baja definitiva las líneas **\*\*\*TEL.1** y **\*\*\*TEL.2**. (folio 22)

18. 04/08/11, TME carga en la cuenta bancaria de la denunciante 17,70 € por el móvil **\*\*\*TEL.6**, que es devuelto con efectos de esa misma fecha. (folios 25-27)

19. 17/08/11, TME carga en la cuenta bancaria de la denunciante 77,51 € por el móvil **\*\*\*TEL.6**, que es devuelto con efectos de esa misma fecha. (folios 25, 26 y 28)

20. 19/08/11, la persona denunciante presenta denuncia contra TME en el Juzgado de Guardia de Torrelavega. (folios 23-28)

21. 22/08/11, la persona denunciante envía por fax a TME (**\*\*\*TEL.8** y **\*\*\*TEL.7**) escrito comunicando la presentación de la denuncia en el Juzgado. (folio 29-31)

22. 20/10/11, auto del Juzgado de 1ª Inst. e Instr. Nº 5 de Torrelavega acordando el sobreseimiento y archivo de las diligencias abiertas por la denuncia de **A.A.A.**. (folios 32-33)

23. 15/12/11, entrada en la AEPD de la denuncia de **A.A.A.** contra TME incluyendo el texto remitido a la operadora el 11/03/11. (folio 1-2)

24. 25/09/12, fecha de la impresión de pantallas de la base de datos de TME incluidas en el informe de esa misma fecha, donde se afirma que la línea **\*\*\*TEL.5** –referencia en los cargos en la cuenta bancaria de la denunciante– y las otras dos (**\*\*\*TEL.3** y **\*\*\*TEL.4**), nunca han estado asignadas por TME. (folios 55-57)

25. 26/09/12, fecha del informe de TME a la AEPD con el que acompaña como anexo III el procedimiento de la entidad para tramitar nuevas altas. (folio 71-72)

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

Es competente para resolver este procedimiento el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

### **II**





Los hechos relacionados han sido acreditados con los documentos aportados al procedimiento que han integrado la prueba documental practicada. De la valoración conjunta de la prueba se llega a la conclusión de que la actuación de la denunciada constituye una infracción del artículo 6.1 de la LOPD y su principio del consentimiento, tipificada en el 44.3.b) de la misma ley.

Los datos personales de la persona denunciante han sido tratados por la entidad denunciada para la tramitación de los contratos de, al menos, tres líneas de telefonía móvil. No ha sido acreditado quien proporcionó los datos a la operadora –o como los obtuvo-, pero sí que los incorporó a sus bases de datos de clientes y en la posterior gestión de los contratos emitió facturas y comunicaciones los utilizó en repetidas ocasiones.

- A. La primera línea -**\*\*\*TEL.2**- procede de una solicitud de portabilidad de tarjeta prepago Vodafone a tarjeta contrato Movistar. Hay grabación de la solicitud, pero la grabación de la empresa verificadora no sirve, pues las respuestas de la supuesta solicitante no se oyen. Sin la verificación en la portabilidad no queda acreditado el consentimiento deducible de la solicitud.

El aparato iPhone del que habla la grabación fue remitido con la tarjeta y los documentos habituales a nombre de la persona denunciante pero a una dirección de Alicante, muy lejos del lugar de residencia de ella: Cantabria.

Una persona no identificada lo recibe, estampa una rúbrica, escribe el nombre y anota un nº de DNI distinto al de la denunciante.

Conforme al apartado 6 del “Procedimiento seguido por la entidad para tramitar nuevas altas” de TME, se debió proceder así: *“6.- El trámite del alta nueva es instantánea, con lo que en cuanto el cliente reciba el terminal e introduzca la tarjeta y realice una llamada al 1485, (desde otro teléfono) y se hayan confirmado los datos que el cliente nos facilita con los que se tienen registrados en base, tiene línea en el acto.”*

Pero TME no procedió así, no ha acreditado que en el 1485 recibiera una llamada desde otro teléfono para activar la tarjeta SIM, y tampoco ha acreditado que confirmara los datos personales del cliente. Sin embargo la línea fue activada. En sus alegaciones a la propuesta dice que en los casos de portabilidad no actúa así, pues ha habido verificación y se envía la tarjeta preactivada. Si eso es así porque remitió a esta Agencia ese documento.

El consentimiento inequívoco de la persona denunciante y titular de los datos personales tratados no ha sido acreditado.

En la base de datos de TME figura como procedencia del alta: “interna” y como



usuario **B.B.B.**. Es usuario del alta o de la baja, o de las dos cosas; o solo de la consulta.(folios 53-55)

La grabación de la contratación que TME, como consecuencia de la reclamación y denuncia telefónica y escrita, remite a la persona denunciante es breve –poco más de dos segundos-, a juicio de ésta y fue creada el 17/03/11, días después de la solicitud y del alta de la línea (folio 5).

Nunca recibió facturas de esta línea a pesar de que fueron emitidas y probablemente enviadas a la dirección de Alicante.

B. La segunda línea -**\*\*\*TEL.1**- nada tiene que ver con la grabación inicial de la otra. TME envía un modem USB con tarjeta SIM sin que acredite que el destinatario lo haya pedido. Este envío es recibido por la denunciante en su domicilio de Polanco (Cantabria), el mismo día que se hace entrega del paquete de la otra línea en Alicante.

Tampoco en esta línea TME procedió conforme al apartado 6 citado y de igual manera la tarjeta SIM fue activada.

Igualmente ha quedado sin acreditar que disponía del consentimiento inequívoco de la persona titular de los datos.

También en la base de datos de TME figura como procedencia del alta: “interna” y como usuario **B.B.B.**. ¿De qué es usuario?.

El mismo día que recibe el pincho (modem USB) efectúa llamada al 1004 para denunciarlo, solicita información y las grabaciones de la solicitud de contratación, y presenta denuncia ante la Guardia Civil de Polanco.

Al día siguiente envía escrito de reclamación a TME, pidiendo explicaciones y solicitando la cancelación de todos sus datos en la base de datos de TME. Seis días más tarde hace entrega del contenido del paquete del pincho.

Tras la recepción de la primera factura reitera la reclamación, y lo mismo ocurre con la segunda.

C. Ambas líneas fueron dadas de baja con efectos de 21/03/11, a los pocos días de recibir las primeras reclamaciones, pero a la persona denunciante no se lo comunicaron hasta que con fecha 11/05/11 emiten escrito haciéndolo constar. Durante ese tiempo cuatro facturas por línea, las últimas rectificativas, y forzaron a la denunciante a realizar múltiples reclamaciones, incluida la del Juzgado. También le cargaron en su cuenta en el mes de agosto dos cantidades por otra línea que tampoco había contratado, que forzó otra reclamación.



- D. La tercera línea -\*\*\*TEL.5- tampoco tiene que ver con la grabación inicial. Aparece como referencia de los cargos en la cuenta de la persona denunciante (folio 2 y 26-28). Nada ha sido acreditado sobre esta línea.
- E. Desde que si inician los hechos con la supuesta solicitud de contratación de una línea el 03/03/11 hasta que presenta la denuncia en la AEPD (15/12/11) han transcurrido más de nueve meses. No hay constancia de que el tratamiento de los datos personales referentes a esta línea hayan cesado y que sus datos hayan sido cancelados o bloqueados para impedir su tratamiento.

### III

La LOPD establece: “Artículo 6. Consentimiento del afectado

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

El principio del consentimiento del afectado para la recogida o tratamiento de los datos personales del mismo es uno de los pilares de la protección de datos en el vigente ordenamiento jurídico español, imprescindible para preservar el derecho fundamental constitucionalmente protegido de la intimidad de las personas.

Se imputa a la denunciada en el presente procedimiento, la comisión de una infracción del artículo 6.1 de la LOPD.

Son 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.

Carece del consentimiento inequívoco de la persona afectada el tratamiento efectuado por TME. Sus empleados hacen tratamiento de los datos personales de la persona denunciante y los trata para la tramitación de contratos de servicios de telefonía móvil y emitir facturas. Dichos datos, han sido tratados sin consentimiento de la persona denunciante como supuesto titular de un servicio que no ha contratado.

La imputada no ha acreditado el motivo, razón o circunstancia que justificara ese tratamiento de datos sin consentimiento de la persona afectada.

Nunca hubo consentimiento para el tratamiento de sus datos. Tampoco concurre ninguno de los supuestos exentos de prestar tal consentimiento, de modo que se considera infringido el citado artículo 6.1 de la LOPD.

### IV.

El artículo 44.3.b) de la LOPD tipifica como infracción grave: “Tratar los 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”.*

TME, a través de sus empleados o agentes, realiza contrato, sin controlar ni realizar un trabajo de supervisión que permita detectar si la persona ha manifestado real e inequívocamente su voluntad de contratar. En definitiva, es necesario que, una vez identificada la persona sin lugar a dudas –y documentada la identificación-, y tras la información pertinente ha prestado su consentimiento al contrato del servicio y, en consecuencia, al tratamiento de sus datos personales.

Han tratado los datos de la persona denunciante sin contar con su consentimiento lo que supone una vulneración de este principio, conducta que encuentra su tipificación en este artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

#### V.

El artículo 45 de la LOPD, establece, en sus apartados 1 a 5, lo siguiente:

- “1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 a 40.000 euros.*
- 2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros.*
- 3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 300.001 a 600.000 euros.*
- 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 imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia 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.»*

El citado apartado 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.

**TME** ha solicitado la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, como consecuencia de circunstancias que permiten la existencia de una disminución de la culpabilidad aplicando una sanción de la escala inferior, correspondiente a las sanciones leves y, adicionalmente, la aplicación del apartado 4 del citado artículo, al concurrir supuestos contemplados en el mismo y que permiten rebajar la cuantía de la sanción.

En el presente caso, de las actuaciones practicadas ha quedado acreditado que **TE** vulneró el artículo 6.1 de la LOPD, sin que haya quedado acreditado en el procedimiento que contara con el consentimiento de la persona denunciante para el tratamiento de sus datos personales, ni que cuente con habilitación legal para ello, al vincularlos con las



líneas de telefonía que no habían sido contratadas por la persona denunciante, emitiéndole facturas por el supuesto servicio.

Cometida la infracción ha de dilucidarse si la actuación posterior de la entidad responsable permite apreciar la existencia de motivos para la aplicación de la facultad contemplada en el artículo 45.5.b) debido a la diligencia desplegada por la entidad para regularizar la situación irregular.

La baja de las dos líneas (**\*\*\*TEL.1** y **\*\*\*TEL.2**) se produjo el 21/03/11, unos días más tarde de la reclamación de la persona denunciante y dentro del mismo mes en que se produjo el alta. Ha de considerarse actuación diligente para la regularización, pero incompleta pues no lo comunicó a la persona denunciante.

El tratamiento de los datos personales de la denunciante, no obstante, continúa emitiendo facturas y efectuando dos cargos (4 y 16 agosto de 2011) en la cuenta bancaria de la denunciante anotando como referencia la línea **\*\*\*TEL.5**. Sin que conste ninguna actuación posterior que acredite su regularización.

Por otra parte, 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 desempeñan se ven obligadas 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 una de las tres grandes operadoras del país por cuota de mercado.

No obstante, debe tenerse en cuenta la concurrencia de una grabación que, si bien resulta deficiente en el caso de la correspondiente al verificador y afectar únicamente a una de las líneas, debe considerarse como causa de disminución de la antijuricidad y culpabilidad a los efectos del artículo 45.5.a). Se detecta asimismo la regularización diligente en dos de las líneas (art. 45.5.b)).

En el presente caso, valorados los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 45.4, 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 impone una multa de 35.000 € por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD de la que TME debe responder.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

**Primero: Imponer** a la entidad **Telefónica Móviles España SAU**, por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma, una multa de 35.000 € (treinta y cinco mil euros), de conformidad con lo establecido en el artículo 45, apartados 2, 5 y 4 de la citada Ley Orgánica.

**Segundo: Notificar** la presente resolución a **Telefónica Móviles España SAU** y a **A.A.A.**



**Tercero:** Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0000 0000 00 0000000000 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si recibe la notificación entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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