



Procedimiento Nº PS/00238/2015

RESOLUCIÓN: R/01877/2015

En el procedimiento sancionador PS/00238/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 26 de mayo de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.**, en adelante el denunciante, en el que manifiesta lo siguiente:

- 1 Se ha suplantado su identidad, mediante el uso fraudulento de su DNI, para la contratación de dos líneas telefónicas (*****TEL.1 y ***TEL.2**) con TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U., en adelante MOVISTAR.
- 2 La presente denuncia se realiza tras solicitar a MOVISTAR que investigue los hechos ya que nunca ha dado de alta dichas líneas ni las ha utilizado. La reclamación tiene como código identificativo el 11432932.
- 3 Solicita que anulen los pagos pendientes.

El escrito de denuncia viene acompañado de una denuncia presentada el 26 de mayo de 2014 ante la policía nacional por los hechos descritos y de dos requerimientos de pago emitidos el 17 de mayo de 2014 en relación con deudas generadas por las líneas citadas en el punto 1.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se solicita información a la entidad **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U.**, teniendo conocimiento de que:

Con fecha 12 de septiembre de 2014 se solicita a MOVISTAR información sobre los hechos denunciados y de su respuesta se desprende lo siguiente:

SOBRE LA CONTRATACION

- Respecto de los productos que constan de alta a su nombre:

En los sistemas de información de la entidad constan el nombre, los apellidos y el NIF del denunciante asociados a las líneas *****TEL.1 y ***TEL.2** con fecha de alta 31 de marzo de 2014 y fecha de baja 26 de mayo de 2014. La baja consta como producida a petición del cliente.

La dirección que consta asociada al denunciante en los sistemas de información no corresponde con la facilitada como dirección de notificación a esta Agencia.

En los sistemas las líneas figuran asociadas al contrato "Movistar veinte" y la procedencia del alta es interna.



La venta se formalizó a través de teléfono.

No aportan copia del contrato suscrito.

Se aporta copia de una grabación de la conversación telefónica mediante la que se contrata "el alta del número", en singular, si bien constan dos números a nombre del denunciante.

En la grabación el contratante proporciona su nombre, apellidos y NIF, pero no su domicilio (que difiere del proporcionado por el denunciante a esta Agencia) o la cuenta sobre la que se emitirán los cargos, a pesar de que se le solicita su autorización para emitir dichos cargos.

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

- CONTACTOS REGISTRADOS EN EL SISTEMA DE INFORMACION DE LA ENTIDAD:

Respecto de las comunicaciones y contactos que han existido entre esa entidad y el cliente, realizan las siguientes manifestaciones:

El 24 de mayo de 2014 el denunciante llamó para dar de baja dos líneas que indica que no son suyas. La reclamación se resuelve el día 26 de mayo tramitando la baja de las dos líneas.

El 21 y el 30 de julio de 2014 el denunciante contacta porque tiene una deuda de 76,50 euros procedente de las líneas que se dieron de baja el día 26 de mayo y dado que se suplantó su identidad desea que se anule. Se resuelve la reclamación el 2 de septiembre de 2014 anulando la deuda y las acciones asociadas.

- EXPEDIENTE EN PAPEL:

Los representantes de la entidad indican que no les consta existencia de expediente en papel de sobre reclamaciones efectuadas por el afectado.

SOBRE LOS POSIBLES IMPAGOS

- Se han emitido para cada línea 3 facturas entre el 1 de mayo y el 1 de julio de 2014. Las dos primeras facturan (1 de mayo y 1 de junio) constan como anuladas por facturas de anulación emitidas el 13 de septiembre de 2014. Las dos facturas emitidas el 1 de julio de 2014 (una para cada línea) por importe de 6,25 euros, figuran como abonadas. No aportan copia de las que se encuentran pendientes de pago.

Actualmente, la deuda contraída se encuentra condonada.

TERCERO: : Con fecha **12 de mayo de 2015** el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.**, por presunta infracción del artículo **6.1** de la **Ley Orgánica 15/1999**, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), tipificada como infracción grave en el artículos 44.3.b) de dicha norma, pudiendo ser sancionada con multa de 40.001€ a 300.000 €, según lo prevenido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.



CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio TME, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro de la AEPD el **3 de junio de 2015**, formuló alegaciones en las que solicitó el archivo del presente expediente sancionador. En apoyo de su pretensión invoca los siguientes argumentos:

- Concurso ideal de infracciones
- Inaplicabilidad del artículo 6.1 de la LOPD: Se constata que probablemente los datos personales del denunciante fueron facilitados por un tercero de mala fe y ello, presumiblemente, para la obtención de terminales, dado que consta albarán de entrega de un equipo en una dirección que no le corresponde a la parte denunciante.
- No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que mi representada puso los medios necesarios para realizar la grabación de forma correcta, la cual consta en el expediente administrativo, entendiéndose que la contratación de las líneas goza de la veracidad suficiente y una apariencia de total legitimidad.
- Inaplicabilidad del artículo 4.3 de la LOPD.
- Presunción de inocencia

QUINTO: Con fecha **5 de junio de 2015** se inició el período de práctica de pruebas en el que:

1. Se dan por reproducidos a efectos probatorios la denuncia interpuesta por **A.A.A.** y su documentación, los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección ante **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U.**, y el Informe de actuaciones previas de Inspección que forman parte del expediente E/04816/2014.
2. Asimismo, se da por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio PS/00238/2015 presentadas por **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U.**, y la documentación que a ellas acompaña.

SEXTO: Con fecha **22 de junio de 2015** se formuló propuesta de resolución, proponiendo que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A., con multa de **50.000 € (cincuenta mil un euros)** por la infracción de los artículos 6.1 de la LOPD, tipificada como infracción grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma.

SEPTIMO: En fecha **8 de julio de 2015** tuvieron entrada en el Registro de la AEPD las alegaciones de TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A a la Propuesta de Resolución en las que reitera los argumentos expuestos en el curso del expediente.



OCTAVO: De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento, han quedado acreditados los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: El denunciante D **A.A.A.** con DNI *****DNI.1**, manifiesta que TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A. ha dado de alta dos líneas utilizando sin su consentimiento sus datos personales, ya que considera que han usurpado su identidad. (folio 1 al 10)

SEGUNDO: Consta denuncia en la Comisaria del distrito de Retiro en Madrid el 26 de mayo de 2014, sobre el asunto controvertido, puesta por el denunciante. (folio 7 y 8)

TERCERO: En los ficheros de TME consta asociado el nombre, apellidos y DNI del denunciante a las líneas *****TEL.1 y ***TEL.2** que fueron dadas de **alta 31 de marzo de 2014 y fecha de baja 26 de mayo de 2014** (folios 18 y 19)

CUARTO: TME manifiesta que emitió facturas (folio 20)

QUINTO: Consta CD en el que se aporta copia de una grabación de la conversación telefónica en la que supuestamente se contrata a nombre del denunciante y con su DNI “**el alta del número**”, en singular. (folios 23 y 26)

SEXTO: El denunciante aporta requerimiento de pago por parte de TME (Movistar) de fecha 17 de mayo de 2014 a nombre del denunciante. (folios 3 a 5)

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

En primer lugar hay que señalar a la entidad denunciada que la infracción que se le imputa es la del artículo 6.1 de la LOPD y no la del 4.3 de la LOPD, aunque la entidad denunciada hace alegaciones respecto a éste último artículo tanto al acuerdo de inicio como a la propuesta de resolución.

III

El artículo 6, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica 15/1999, relativo al “*consentimiento del afectado*”, dispone:



“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 artículo 6 de la LOPD consagra el principio del consentimiento o autodeterminación, piedra angular en la construcción del derecho fundamental a la protección de datos que alude a la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para que puedan tratarse sus datos personales. Conforme al citado precepto, el tratamiento de datos sin consentimiento del titular, o sin otra habilitación amparada en la Ley, constituye una vulneración de este derecho, pues sólo el consentimiento, con las excepciones contempladas en la ley, legitima el tratamiento de los datos personales.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (Fundamento Jurídico 7), se refiere al contenido esencial de este derecho fundamental y expone que *“consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)”*

Son pues elementos característicos del derecho a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos y a saber de los mismos.

IV

Pasamos a examinar la **infracción del artículo 6.1 de la LOPD** que se imputa a TME.

La entidad denunciada manifiesta que no hay infracción del artículo 6.1 de la LOPD ya que la contratación de las líneas goza de la veracidad suficiente y una apariencia de total legitimidad, *“debe tenerse en cuenta que mi representada puso los medios necesarios para realizar la grabación de forma correcta, la cual consta en el expediente administrativo”*.



La entidad declara así mismo, en las alegaciones al acuerdo de inicio que *“probablemente los datos personales del denunciante fueron facilitados por un tercero de mala fe y ello, presumiblemente, para la obtención de terminales, dado que consta albarán de entrega de un equipo en una dirección que no le corresponde a la parte denunciante”*.

De acuerdo con las disposiciones transcritas en el Fundamento de Derecho precedente, el tratamiento de los datos personales de un tercero exige contar con el **consentimiento previo e inequívoco de su titular**, exigencia de la que se dispensa al responsable del tratamiento, - entre otros supuestos previstos en la Ley Orgánica 15/1999-, cuando el tratamiento en cuestión se refiera a un contrato suscrito entre las partes y sea necesario para su mantenimiento o cumplimiento, (artículo 6.2 de la citada Ley Orgánica).

En el asunto que nos ocupa los hechos probados acreditan que los datos personales del denunciante, nombre, dos apellidos y DNI, se incorporaron a los ficheros de TME asociados a las líneas de teléfono *****TEL.1 y ***TEL.2** (hecho probado tercero).

También TME manifestó que giró facturas vinculadas a las citadas líneas (hecho probado cuarto).

En los ficheros de TME consta que las líneas *****TEL.1 y ***TEL.2** figuran dadas de **alta el 31 de marzo de 2014** y fueron dadas de **baja 26 de mayo de 2014** (hecho probado tercero)

En la fase de actuaciones previas de inspección TME envió CD donde, según la entidad denunciada, consta la contratación de las líneas objeto de controversia.

Dado que la *contratación* de las líneas, según manifiesta la entidad denunciada, se realizó telefónicamente, resulta necesario examinar si la conducta de TME se ajustó, en relación con el sector en el que opera, al deber de diligencia que la actividad que desarrolla le exige, lo que obliga, a su vez, a hacer una referencia al R.D. 1906/1999.

El sistema de contratación telefónica es un método válido y admitido en derecho del que se ocupa el Real Decreto 1906/1999, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. El artículo 5.3 de la citada Ley 7/1998 establece que *“en los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”* (el subrayado es de la AEPD).

El R.D. 1906/1999 que se ocupa del desarrollo reglamentario del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, reitera la obligación de confirmar documentalmente la contratación efectuada por vía telefónica, electrónica o telemática y dispone en su artículo 5.1 y 2 lo siguiente:

“1. La carga de la prueba sobre la existencia y contenido de la información previa de las cláusulas del contrato; de la entrega de las condiciones generales; de la



justificación documental de la contratación una vez efectuada; de la renuncia expresa al derecho de resolución; así como de la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental y el momento de sus respectivos envíos, corresponde al predisponente.

2. A estos efectos, y sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, cualquier documento que contenga la citada información aún cuando no se haya extendido en soporte papel, como las cintas de grabaciones sonoras, los disquetes y, en particular, los documentos electrónicos y telemáticos, siempre que quede garantizada su autenticidad, la identificación fiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión y recepción, será aceptada en su caso, como medio de prueba en los términos resultantes de la legislación aplicable...” (El subrayado es de la AEPD).

La STAN de 31 de mayo de 2006, Recurso 539/2004, en su Fundamento de Derecho Cuarto, indica a propósito de la contratación telefónica:

“Por otra parte es al responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la Ley” (El subrayado es de la AEPD).

A la vista de la documentación que obra en el expediente no ha quedado acreditado el consentimiento inequívoco del denunciante, ya que si bien consta un CD no existe el consentimiento inequívoco sobre las dos líneas que manifiesta la entidad denunciada que contrató el denunciante, ya que si bien es cierto que consta una grabación, esta se refiere a la contratación de una sola línea, en concreto se dice en la conversación “el alta del número” sin embargo la entidad denunciada le dio de alta en dos líneas sin ninguna justificación documental al respecto.

Por otro lado la grabación de la supuesta contratación tampoco contiene la fecha en que la supuesta grabación se realizó.

Por tanto no ha quedado acreditado el consentimiento inequívoco del denunciante a la hora de contratar las dos líneas que constan en los registros de TME. Tampoco se acredita la fecha en que tiene lugar la conversación de la supuesta contratación.

Por otro lado la entidad denunciada alegó que respecto a la imputación de una infracción por el artículo 6.1, ella se consideraba igualmente perjudicada por la presunta actuación ilegal de un tercero, sin embargo la denunciada conoce bien las obligaciones que le impone la LOPD así como la aplicación que de sus preceptos se hace a través de la doctrina emanada de la Audiencia Nacional, (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera). La Audiencia Nacional ha manifestado que corresponde al responsable del tratamiento la obligación de asegurarse de que aquél a quien se solicita el consentimiento lo da efectivamente, que esa persona es la titular de los datos, así como de conservar a disposición de la Administración, a quien compete velar por el derecho fundamental a la protección de datos personales, la prueba de que ha cumplido esas exigencias.

TME no ha aportado prueba de que obtuvo del afectado, su consentimiento para la contratación de las dos líneas a las que se vinculan sus datos personales. Si bien es cierto, como se dijo con anterioridad, que consta una grabación, esta se refiere a: “el alta del número”, sin embargo la entidad denunciada le dio de alta en dos líneas sin ninguna justificación.

Tampoco ha probado que hubiera adoptado las medidas a las que le obliga la diligencia mínima que debe observar en el tratamiento de los datos de las personas en relación con los productos de telecomunicaciones que comercializa, sin que conste fecha de la grabación. Es esta falta de diligencia es lo que hace recaer sobre la denunciada la responsabilidad por los hechos enjuiciados.

En consecuencia, **dado que la denunciada no ha aportado prueba de la que pueda desprenderse el consentimiento del denunciante en aras la contratación de las dos líneas controvertidas** y, consiguientemente, para el tratamiento de sus datos personales en relación a esas dos líneas, la conducta de TME anteriormente descrita constituye una vulneración del principio del consentimiento que consagra el **artículo 6.1 de la LOPD** y se encuadra en el tipo sancionador previsto en el artículo **44.3.b)** de la citada Ley Orgánica.

V

Procede a continuación abordar si la conducta observada por TME, a cuyo examen se dedican los Fundamentos Jurídicos precedentes y que estimamos vulnera el artículo 6.1 de la LOPD, puede subsumirse en el tipo sancionador contemplado en el artículo 44.3.b y si, en tal caso, la infracción es imputable a la operadora mencionada.

A) Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, constatado que la entidad realizó la acción típica – infracción de los principios del consentimiento y de calidad del dato–, debemos analizar si concurre el elemento subjetivo de la culpabilidad cuya presencia es esencial para exigir en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador responsabilidad por el ilícito cometido, pues no cabe en este marco imponer sanciones basadas en la responsabilidad objetiva del presunto infractor.

En STC 76/1999 el Alto Tribunal afirma que las sanciones administrativas participan de la misma naturaleza que las penales, al ser una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado y que, como exigencia derivada de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal consagrados en los artículos 9.3 y 25.1 de la CE, es imprescindible la presencia de este elemento para imponerlas.

El artículo 130.1 de la LRJPAC recoge el principio de culpabilidad en el marco del procedimiento administrativo sancionador y dispone: *“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.* Del tenor del artículo 130.1 de la LRJPAC se concluye que bastará la *“simple inobservancia”* para apreciar la presencia de culpabilidad a título de negligencia, expresión que alude a la omisión del deber de cuidado que exige el respeto a la norma.



Conviene traer a colación en este caso la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006), en la que el Tribunal expone que *“...el ilícito administrativo previsto en el artículo 44.3.d) de la LOPD se consuma, como suele ser la norma general en las infracciones administrativas, por la concurrencia de culpa leve. En efecto, el principio de culpabilidad previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 dispone que solo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracciones administrativas los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en Derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva ...”*

La jurisprudencia exige a aquellas entidades en las que el desarrollo de su actividad conlleva un continuo tratamiento de datos de clientes y terceros que observen un adecuado nivel de diligencia. En la STAN anteriormente citada la Audiencia Nacional precisó que *“...el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el infractor no se comporta con la diligencia exigible. Y en la valoración del grado de diligencia ha de ponderarse especialmente la profesionalidad o no del sujeto, y no cabe duda de que, en el caso ahora examinado, cuando la actividad de la recurrente es de constante y abundante manejo de datos de carácter personal ha de insistirse en el rigor y el exquisito cuidado por ajustarse a las prevenciones legales al respecto”*.

En el supuesto que nos ocupa el elemento subjetivo de la culpabilidad se concreta en la falta de diligencia observada por TME al tiempo de realizar la contratación -toda vez que como se ha indicado no adoptó las medidas, a las que viene obligada tanto por la normativa de protección de datos como por el R.D. 1906/1999 que desarrolla la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (artículo 5.3)-, ya que si bien existe un CD no existe expresión del consentimiento inequívoco del denunciante.

TME no ha aportado prueba de que obtuvo del afectado, su consentimiento “inequívoco” para la contratación de las dos líneas a las que se vinculan sus datos personales y no consta fecha de la grabación.

B) Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, la Ley Orgánica 15/1999 en su artículo 43.1 indica que *“los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley”*. Por su parte, el artículo 3 d) del citado texto legal considera “responsable del fichero o tratamiento” a la *“persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”*.

VI

Invoca TME la vulneración del principio de presunción de inocencia que garantiza el artículo 24.2 de la C.E. La STC de 20 de febrero de 1989, de la que transcribimos el siguiente párrafo señala:

“...En definitiva la aplicación del principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y comprobado la existencia de una prueba de cargo clara acreditativa de los hechos que motivan esa



imputación", (el subrayado es de la AEPD).

Por el contrario, en el caso que nos ocupa la existencia de una prueba de cargo clara y acreditativa de los hechos que motivan la imputación contra TME está fuera de toda duda, por lo que debe rechazarse el alegato sobre la vulneración del principio mencionado.

VII

El artículo 45 de la LOPD, apartados 1 a 5, según redacción introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dispone:

- 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 apartado 45.5 de la LOPD deriva del principio de proporcionalidad de la sanción y permite fijar *"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.

Las circunstancias mencionadas 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, a que no obra en el expediente ningún elemento que lleve a estimar la concurrencia de las circunstancias previstas en los apartados 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.

Tampoco se desprende la conveniencia de apreciar, en el asunto que nos ocupa, la circunstancia prevista en el apartado b) del artículo 45.5 de la LOPD: *"Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente."*

Respecto a la aplicación del artículo 45.5 b) de la LOPD debemos señalar que la entidad denunciada dio de baja las dos líneas el 26 de mayo de 2014 a petición del denunciante, sin embargo, según las reclamaciones que constan en el expediente no le anulaban la deuda y demás acciones asociadas hasta el mes de septiembre de 2014 lo que implica una falta de diligencia en la corrección de la infracción, ya que pasaron al menos tres meses desde que la entidad denunciada tuvo conocimiento de la infracción a través de las reclamaciones del denunciante. (folio 20)

Todo ello lleva a concluir que se estuvieron tratando datos del denunciante por un amplio periodo de tiempo incluso después de la baja de las dos líneas controvertidas, de donde se deduce una falta de diligencia notoria por parte de la entidad denunciada.

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.

En cuanto a los criterios de graduación de las sanciones contemplados en el artículo 45.4 de la LOPD, consideramos que concurren diversas **circunstancias que operan como agravantes de la conducta que ahora se enjuicia**. Entre ellas cabe citar, el importante *volumen de negocio* de TME (apartado d, del artículo 45.4), dado que estamos ante el primer operador del país por cuota de mercado, hecho notorio sobre el que no es necesaria prueba. Están presentes también las circunstancias recogidas en los apartados siguientes del artículo 45.4 ya citado: apartado c), que versa sobre la *vinculación de la actividad de TME con la realización de tratamientos de datos de*



carácter personal, pues el desarrollo de su actividad empresarial exige un constante tratamiento de datos personales tanto de clientes como de terceros.

En el presente caso, valorados los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4, cuya presencia ha quedado acreditada, y habida cuenta de que no concurre ninguna de las circunstancias que se mencionan en el artículo 45.5 de esta norma, se sanciona a Telefónica Móviles España, S.A. con una multa de 50.000 € (cincuenta mil euros) por la infracción de la que esta entidad es responsable.

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 TELEFONICA MOVILES ESPAÑA S.A.U por la infracción de los artículos 6.1 de la LOPD, tipificada como infracción grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma, multa de **50.000 € (cincuenta mil euros)** de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U.** 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 ES00-0000-0000-00-0000000000 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