



Expediente N°: E/00640/2015

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas *de oficio* por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad XFERA MÓVILES SA en virtud de denuncia presentada por Dña. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 8 de agosto de 2014, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que solicita una tutela de derechos debido a que YOIGO no ha respondido en plazo a su solicitud de acceso. Aporta copia de la solicitud de acceso y del acuse de recibo de dicha solicitud. Dicho escrito originó la apertura de una Tutela de Derechos de referencia TD/01505/2014.

Dentro de la documentación de dicha tutela consta:

Escrito de fecha 24/6/2014 por el que la entidad responsable del fichero BADEXCUG responde a una solicitud de acceso del denunciante informándole que consta en el fichero una deuda a nombre del denunciante informada por YOIGO por importe de 578,98 €.

Durante la mencionada Tutela de Derechos YOIGO, informa:

<< ... , no existen datos de carácter personal asociados a la reclamante en nuestros ficheros, ya que nunca ha sido cliente de Yoigo, razón por la que pudo tramitarse el expediente de forma incorrecta.>>

Mediante resolución de fecha 9/2/2015 el Director de la Agencia dispone la apertura de las presentes Actuaciones Previas de Investigación.

En fecha 13/4/2015 **A.A.A.** presenta denuncia contra YOIGO debido a que continúa atribuyéndole una deuda que no es cierta, ya que nunca ha contratado con la entidad.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

Con fecha 13/2/2015 se solicita a EXPERIAN BUREAU DE CREDITO, SA información relativa a **A.A.A.** y de la respuesta recibida se desprende lo siguiente:

Respecto del fichero BADEXCUG:

No consta información.

Respecto del fichero de NOTIFICACIONES:

Consta una notificación enviada a **A.A.A.** como consecuencia de la inclusión de sus datos personales en el fichero BADEXCUG por la entidad YOIGO. La notificación fue emitida con fecha 11/9/2012, por deuda de 108,11 €.

Respecto de fichero de ACTUALIZACIONES DE BADEXCUG.

Consta una operación impagada informada por YOIGO con fecha de alta de 9/9/2013 y fecha de baja de 23/11/2014.

Con fecha 13/2/2015 se solicita a YOIGO información relativa a **A.A.A.** y de la respuesta recibida se desprende lo siguiente:

Aporta pantallazo de los sistemas de YOIGO con la información de los datos relativos a la contratación efectuada con el NIF **C.C.C.**, y la línea **B.B.B.**.

Según dichas impresiones de pantalla, la persona que contrató el servicio facilitó un domicilio en Alcanar (Tarragona) distinto del informado por la denunciante.

Aporta la relación de facturas impagadas así como copia de las mismas. Constan cinco facturas impagadas correspondientes a los servicios prestados entre el 1/7/2012 y el 5/11/2012. Consta igualmente una factura, emitida en noviembre de 2012 en que se cargan las cuotas pendientes de pago aplazado, así como el compromiso de permanencia.

Aporta YOIGO un soporte conteniendo la grabación con la contratación. Oída dicha grabación, una persona que se identifica con el mismo nombre y DNI que la denunciante, pero distinto domicilio, realiza la contratación con YOIGO. Igualmente, informa una fecha de nacimiento de 1980, en tanto que la acreditada por la denunciante mediante su DNI es de 1938. Es de señalar que la grabación es sumamente deficiente.

Informa YOIGO de las precauciones tomadas en la contratación:

Una vez realizada la contratación telefónica se contacta con el cliente por teléfono para establecer la cita de entrega del pedido, entregándose en el lugar, fecha y hora indicado por el cliente, siendo sólo entregado al cliente previa exhibición del DNI o documento equivalente.

La grabación de la llamada, junto con la exhibición en la entrega del DNI o documento equivalente al personal de la Entidad Correos y Telégrafos en el momento de la entrega del producto, es el medio del que se vale YOIGO para probar la contratación. Aporta copia del albarán de entrega de Correos

YOIGO manifiesta que dispone, por lo tanto, de un procedimiento meticuloso que incluye todas las precauciones que le pueden ser exigibles, para garantizar los intereses de los clientes.

Respecto de la inclusión de los datos del denunciante en ficheros de solvencia, aporta la entidad las cartas enviadas como requerimiento previo de pago a la inclusión en ASNEF, así como el certificado de la empresa ISGF acreditando su envío y el

albarán de entrega del depósito en correos.

En noviembre de 2014, BADEXCUG excluyó sus datos como consecuencia de la carta enviada por la denunciante a la que se adjuntaba respuesta de YOIGO a su solicitud de acceso. Manifiesta la entidad que dicha respuesta fue errónea como se ha puesto de manifiesto en el expediente TD/1505/2014, mediante escrito de fecha 27/02/2015, en el cual la entidad manifiesta que la denunciante es deudora de la empresa, por lo que no procede la cancelación de sus datos personales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

El artículo 6.1 de la LOPD que dispone que *“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.*

El apartado 2 del mismo artículo añade que *“no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.*

El tratamiento de datos de carácter personal tiene que contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público, que existe una Ley que ampara ese tratamiento o una relación contractual negocial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

El tratamiento de los datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 7 primer párrafo) *“...consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite el individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo*

oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)."

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

III

En el supuesto que nos ocupa, hay que señalar en primer lugar que Dña **A.A.A.** solicitó una tutela de derechos debido a que Yoigo no contestó en plazo a su solicitud de acceso, fue debido a que en un principio Yoigo consideró que no era cliente la denunciante, tal como se ha puesto de manifiesto en el expediente TD/1505/2014, mediante escrito de fecha 27 de febrero de 2015, en el cual la entidad manifiesta que la denunciante es deudora de la empresa, por lo que no procede la cancelación de sus datos personales.

En segundo lugar, el tratamiento de datos realizado por la entidad denunciada fue llevado a cabo empleando una diligencia razonable. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que Yoigo aporta copia de la grabación efectuada con una persona que se identifica como la denunciante, con el mismo nombre y DNI, pero distinto domicilio.

Por otra parte Yoigo señala que una vez realizada la contratación telefónica contacta con el cliente por teléfono para establecer la cita de entrega del pedido, entregándose en el lugar, fecha y hora indicado por el cliente, siendo sólo entregado al cliente previa exhibición del DNI o documento equivalente.

La grabación de la llamada, junto con la exhibición en la entrega del DNI o documento equivalente al personal de la Entidad Correos y Telégrafos en el momento de la entrega del producto, es el medio del que vale Yoigo para probar la contratación. Aporta copia del albarán de entrega de Correos.

Por lo tanto, se ha de analizar el grado de culpabilidad existente en el presente caso. La jurisprudencia ha venido exigiendo a aquellas entidades que asuman en su devenir, un constante tratamiento de datos de clientes y terceros, que en la gestión de los mismos, acrediten el cumplimiento de un adecuado nivel de diligencia, debido a las cada vez mayor casuística en cuanto al fraude en la utilización de los datos personales. En este sentido se manifiesta, entre otras, la sentencia de la Audiencia Nacional de veintinueve de abril de 2010 al establecer que *"La cuestión que se suscita en el presente caso, a la vista del planteamiento de la demanda, no es tanto dilucidar si la recurrente trató los datos de carácter personal de la denunciante sin su consentimiento, como si empleó o no una diligencia razonable a la hora de tratar de identificar a la persona con la que suscribió el contrato de financiación"* o como se recoge en la sentencia de la Audiencia Nacional de diez de marzo de 2015 al señalar que: *"por tanto, ningún reproche cabe hacer a la actuación de Telefónica Móviles España S.A. en este ámbito sancionador, pues como ya se ha expuesto actuó con la*



diligencia exigible, tratando los datos del denunciante a partir de la apariencia de legitimidad de la contratación de la línea en cuestión que le otorgaba la grabación telefónica (...)

En definitiva, no cabe apreciar culpabilidad en la actuación de la entidad recurrente, por lo que no puede imputársele o ser sancionada ex artículo 130 LRJPAC por vulneración del principio de consentimiento ni tampoco, y en correlación, del principio de calidad de datos pues el requerimiento previo de pago se realizó en el domicilio que según la citada grabación telefónica correspondía al titular de la línea"

De acuerdo a estos criterios, se puede entender que Yoigo empleó una razonable diligencia, ya que adoptó las medidas necesarias para identificar a la persona que realizaba la contratación.

IV

De otra parte, XFERA MÓVILES SA hasta la fecha no ha excluido los datos del denunciante del fichero BADEXCUG ya que no tienen ninguna constancia del supuesto fraude. Por tanto, Dña. **A.A.A.** podrá interponer denuncia ante la Policía Nacional, municipal o la Guardia Civil donde se ponga de manifiesto la utilización fraudulenta de sus datos personales para la contratación telefónica y adjuntarla a la reclamación que presente ante XFERA MÓVILES SA. Posteriormente podrá ejercitar su derecho de cancelación ante la entidad utilizando los modelos que figuran en el siguiente enlace: <https://www.agpd.es>.

Por otro lado, el artículo 38 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD), prevé una segunda vía reparadora, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de mayo de 2012. Por la misma, se puede interponer reclamación ante órgano habilitado para dictar resolución vinculante (entre ellos Junta Arbitral, organismo judicial o SETSI) y poner tal hecho en conocimiento del acreedor Yoigo para que proceda a la exclusión cautelar del fichero de solvencia patrimonial y crédito, al no resultar un deuda cierta, según recoge la Audiencia Nacional, desde el momento en que se presente la reclamación. Para comprobar la exclusión, podrá ejercer posteriormente el derecho de acceso, pudiendo poner en conocimiento de la Agencia la permanencia, a pesar de la reclamación y comunicación de la misma al acreedor.

Habría que añadir que la posible falsificación de la grabación o la suplantación deben sustanciarse en los ámbitos jurisdiccionales pertinentes de la vía penal.

V

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

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

- 1. PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
- 2. NOTIFICAR** la presente Resolución a XFERA MÓVILES SA y a Dña. **A.A.A..**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora 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.

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