

Expediente N°: E/01957/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **VODAFONE ESPAÑA S.A.U.** en virtud de denuncia presentada por **D. A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 12 de diciembre de 2012, tuvo entrada en esta Agencia escrito de **D. A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que denunciaba a la entidad **VODAFONE ESPAÑA S.A.U.** (en lo sucesivo **VODAFONE**) por tratamiento indebido de datos personales, tras activación de servicios de telefonía, sin consentimiento.

SEGUNDO: 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:

SOBRE LA CONTRATACION

. Respecto de los productos telefónicos que constan de alta a nombre de **D. A.A.A.**, informa **VODAFONE** que el denunciante figura en el Sistema de Información de Clientes, como titular de dos líneas, *****TEL.1** y *****TEL.2**, asociadas al número de cuenta *****CTA.1**, cuyas altas fueron tramitadas el 3 de octubre de 2012, causando baja el 16 de octubre de 2012, por portabilidad a otra operadora. Aporta la entidad, impresiones de pantalla acreditativas.

. La venta se formaliza a través del canal de televenta. **VODAFONE** adjunta copia de la grabación de la conversación telefónica mediante la que se contratan los servicios y que consta en los sistemas de la entidad, con fecha 2 de octubre de 2012.

. Se ha verificado por parte de la Inspección de Datos que en el soporte aportado por **VODAFONE**, figura un archivo, en el que se reproduce una conversación telefónica mantenida entre dos personas, operadora y supuestamente el denunciante y constando, entre otros, los siguientes aspectos:

La operadora informa que van a proceder a la verificación de la contratación; es día 2 de octubre de 2012; pregunta, si es **A.A.A.**; informa de la cuenta corriente, de las

condiciones de contratación de las dos líneas, de la marca y modelo de los terminales y de la dirección del denunciante donde serán enviados.

El denunciante comunica, a solicitud de la operadora, su nombre, apellidos y DNI y responde con “SI” al resto de preguntas de la operadora.

La operadora, tras indicar las condiciones comerciales contratadas, líneas de voz y terminales asociados, explica “...que las líneas vinculadas al presente contrato están sujetos a la firma de un acuerdo ACU-PRO 34 mediante el cual por cada línea de voz que dé de alta en cualquiera de los planes de precios vigentes para empresas podrá acceder a terminales móviles de gama media o baja de uso exclusivo VODAFONE...”

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

. **VODAFONE** anexa copia del expediente en papel que consta en la entidad, y que recoge diversas impresiones de pantalla que reflejan contactos varios. De entre ellos, los más significativos:

. 02/10/2012: registro telefónico con nombre, apellidos, NIF, domicilio postal, teléfono móvil de contacto, “aceptación” de dos líneas nuevas y dos terminales, “comprobación” fichero de fraude y “catalogación” de la operación como “OK”.

. 10/10/2012: registro telefónico con: “pedido entregado a destino”

. 28/12/2012: registro telefónico con interposición de reclamación ante la operadora, por el denunciante el 20/12/2012.

. 02/01/2013: registro telefónico con información de reclamación a la SETSI por el importe adeudado en litigio, 871,54 euros y de las facturas ***FACTURA.1 ***FACTURA.2.

. 03/01/2013: registro telefónico, con la anotación: “Realizadas las verificaciones desde el departamento de fraude se cataloga el caso del cliente como NO fraude. Consta terminal entregado en oficina de correos”

. 17/01/2013: registro telefónico con envío de reclamación por la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) a la operadora. Deuda y facturas, las anteriormente reproducidas.

. 22/01/2013: registro telefónico con el apunte: “...hay caso anterior de fraude que se cataloga como no fraude y hay caso de setsi en la que se desestima reclamación”

. 22/01/2013: registro telefónico que recoge la respuesta que la operadora ofrece a la OCU. Comunica que tras revisar las facturas se considera que los consumos son correctos y que no procede el abono de los mismos, que los terminales fueron entregados el 9 de octubre de 2012 al denunciante, aunque no se acredita dicha entrega.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

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

II

El artículo 6 de la LOPD 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, se debe acreditar 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.

III

En el presente caso se procede a analizar la denuncia presentada en fecha 12 de diciembre de 2012 en esta Agencia, en donde el denunciante manifiesta que **VODAFONE** trató sus datos personales, sin consentimiento, para asociarlos a la activación de servicios de telefonía.

Entre la documentación presentada por la entidad denunciada, se aporta grabación de la contratación en la que el cliente facilita todos los datos concernientes a su identidad, especialmente DNI, nombre y apellidos.

Así, y en relación con el principio de culpabilidad, en virtud del cual sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia—ex art. 130 Ley 30/92, 26 de noviembre-- se puede entender que **VODAFONE** empleó una razonable diligencia en la contratación ya que ha aportado una grabación de la contratación con el cliente que facilita todos sus datos personales.

Llegados a este punto, conviene recordar que desde el punto de vista material, la culpabilidad consiste en la capacidad que tiene el sujeto obligado para obrar de modo

distinto y, por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Por tanto, lo relevante es la diligencia desplegada en la acción por el sujeto, lo que excluye la imposición de una sanción, únicamente en base al mero resultado, es decir al principio de responsabilidad objetiva, y en el presente caso, las circunstancias apuntadas, muestran por parte de la entidad denunciada el empleo de una diligencia adecuada, y dotan a la contratación de una apariencia de veracidad. Todo ello elimina el elemento subjetivo de culpabilidad necesario para ejercer la potestad sancionadora.

En este sentido la Audiencia Nacional señala en su Sentencia de 19 de enero de 2005, *“el debate debe centrarse en el principio de culpabilidad, y más en concreto, en el deber de diligencia exigible a (...) en el cumplimiento de las obligaciones de la LOPD, y no tanto en la existencia misma de una contratación fraudulenta, cuestión ésta que compete resolver, en su caso, a otros órdenes jurisdiccionales”* y añade que el elemento central de debate *“no es la existencia misma de la contratación fraudulenta sino el grado de diligencia desplegado por la recurrente en su obligada comprobación de la exactitud del dato”*.

IV

Finalmente, se debe señalar que esta Agencia no es competente para enjuiciar las posibles actuaciones delictivas que se pueden derivar de los hechos denunciados, y sólo puede evaluar si se han cumplido los requisitos legales y reglamentarios establecidos para el tratamiento de los datos, pero sin realizar indagaciones propias de otras esferas, civiles o penales. Habrá que acudir al Orden Jurisdiccional Penal para dirimir si la presunta usurpación de identidad por parte de un tercero constituye alguna infracción tipificada en el Código Penal. Así lo confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 2010, que indica lo siguiente: *“...La utilización de dicho DNI, al parecer por otra persona distinta de su auténtico titular, es una cuestión objeto de investigación en el ámbito penal...”*

En este sentido la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 31 de mayo de 2006 señalaba: *“Por otra parte es el 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”*.

La Sala de la AN ha mantenido (sentencia de 20 septiembre de 2006 (Rec. 626/2004)) que la concurrencia del consentimiento inequívoco del afectado que exige el artículo 6.1 de la LOPD para el tratamiento de datos de carácter personal por parte de un tercero, se ha de acreditar, en el caso de que dicho interesado alegue que no dio ese consentimiento, por ese sujeto que realiza el tratamiento, y ello a través de los medios previstos legalmente a tal fin; por lo que corresponde a quien realiza el tratamiento estar en condiciones de acreditar que ha obtenido el consentimiento del afectado pues, salvo las excepciones establecidas en la ley, sólo el consentimiento justifica o legitima el tratamiento.

A mayor abundamiento, el TS (Sentencias de 16 y 22 de abril de 1991) considera que del elemento de la culpabilidad se desprende *“que la acción u omisión,*

calificada de infracción sancionable administrativamente, ha de ser en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable”.

En este caso no concurre tampoco el elemento subjetivo de la culpabilidad, al actuar en todo momento la Entidad denunciada bajo la apariencia de contratación legal realizada por un tercero (que actuaba de forma fraudulenta y cuyo conocimiento entra dentro de la esfera de competencias del orden jurisdiccional penal, en su caso).” (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

V

En relación con la cuestión referida a empresa individual, se debe recordar que el artículo 2.1 de la LOPD, dispone que *“La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”,* siendo datos de carácter personal, conforme al artículo 3 a) de la Ley, *“Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.*

Por este motivo, el artículo 2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD), cita en su primer inciso, que *“Este Reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas”.*

Por su parte, el artículo 2.3 del Reglamento establece que *“los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal”.* En relación con este precepto, se debe tener en cuenta que la Agencia Española de Protección de Datos ha interpretado su contenido en numerosos informes, a partir del emitido en fecha 28 de febrero de 2008, en que se concluye lo siguiente:

“- Cabrá considerar que la legislación de protección de datos no es aplicable en los supuestos en los que los datos del comerciante sometidos a tratamiento hacen referencia únicamente al mismo en su condición de comerciante, industrial o naviero; es decir, a su actividad empresarial.

- Al propio tiempo, el uso de los datos deberá quedar limitado a las actividades empresariales; es decir, el sujeto respecto del que pretende llevarse a cabo el tratamiento es la empresa constituida por el comerciante industrial o naviero y no el empresario mismo que la hubiese constituido. Si la utilización de dichos datos se produjera en relación con un ámbito distinto quedaría plenamente sometida a las disposiciones de la Ley Orgánica.

En la misma línea, el informe 0652/2009 del Gabinete Jurídico de esta Agencia, establece que la LOPD no es aplicable a los datos de comerciantes o empresarios en cuanto sus datos se refieran a ellos como tales, y no a su esfera personal y privada. Y del mismo modo, también quedarían fuera de la protección que otorga la LOPD los datos de empresarios individuales (autónomos) que ejercen una actividad comercial diferente de la privada.

En el presente supuesto, el tratamiento de los datos se refiere a *“precios vigentes para empresas”,* constatado por la grabación que se remite a este Ente, en formato CD. De modo que si los datos facilitados estuvieran referidos a empresa o

empresario individual con una actividad empresarial propia, resultaría únicamente relevante la condición de comerciante, por el afectado, y se encontrarían los datos a los que se refiere la denuncia, excluidos del ámbito de la LOPD.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **VODAFONE ESPAÑA S.A.U. y a D. A.A.A..**

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

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.