



Expediente Nº: E/01975/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 7 de diciembre de 2012 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **D.D.D.** en el que declara lo siguiente:

Que se ha contratado de forma fraudulenta la línea **E.E.E.** con VODAFONE a su nombre.

Que ha tenido conocimiento de lo anterior al presentar VODAFONE un escrito certificando dicha contratación en Juzgado nº 7 de Violencia sobre la mujer.

D.D.D. señala que la dirección, cuenta bancaria asociada a dicha línea no son suyas añadiendo que el contrato aportado por VODAFONE carece de firma.

Aporta:

Escrito de denuncia ante la Comunidad de Madrid presentado en fecha de 5/12/2012.

Copia del contrato con VODAFONE para la línea **E.E.E.** El contrato no lleva firma del cliente.

Factura de fecha noviembre/2012 de la línea **E.E.E.**

Copia de la contestación remitida por VODAFONE en respuesta al requerimiento de fecha 19/6/2012 del Juzgado nº 7 de violencia sobre la mujer en el que solicita información sobre el titular de la línea **E.E.E.** así como el listado de llamadas y mensajes efectuados desde dicha línea.

Requerimiento de comparecencia emitido en fecha de 9/10/2012 por el Juzgado nº 7 de violencia sobre la mujer a nombre de **D.D.D.**

Copia de la denuncia interpuesta por **D.D.D.** en fecha de 5/11/2012 ante la Policía Nacional por la contratación fraudulenta de la línea **E.E.E.** a su nombre.

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:

1. En fecha de 14/5/2013 se solicita información a VODAFONE quien remite respuestas recibidas en fechas de 30/5/2013 y 3/6/2013 de las que se desprende lo siguiente:

- 1.1. A nombre de **D.D.D.** figura una línea telefónica con número **E.E.E.** que fue dada de alta en fecha de 24/2/2012 y de baja el 20/9/2012.
- 1.2. Añade VODAFONE que la baja se produjo por falta de pago, ya que no fue abonada ninguna factura, siendo calificada posteriormente la línea como alta fraudulenta cancelándose la deuda asociada.
- 1.3. El alta de la línea se produjo por el canal de tele venta recogándose dos grabaciones: una primera relativa a la portabilidad y una segunda para el cambio de la modalidad de prepago a contrato:
 - 1.3.1. Primera grabación (6/2/2012, 17:28): tras el saludo de la tele operadora al proceso de contratación una voz masculina que dice llamarse **D.D.D.** con DNI **F.F.F.E** y domicilio en la calle **A.A.A.**. La tele operadora le informa de las características del servicio asociado a la línea contratada **E.E.E.**
 - 1.3.2. Segunda grabación (16/2/2012, 10:05): tras el saludo de la tele operadora al proceso de portabilidad desde ORANGE a VODAFONE para la línea **E.E.E.** una voz masculina que dice llamarse **D.D.D.** con DNI **F.F.F.** y domicilio en la calle **A.A.A.**. La tele operadora le informa de las características del proceso de portabilidad.
 - 1.3.3. Las grabaciones anteriores fueron realizadas por la empresa DIGITEL DOCUMENTOS, S.L. encargada del canal de tele venta. (Adjuntan copia del contrato con dicha empresa)

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—LO 15/99--, 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 comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

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

El tratamiento de datos sin consentimiento 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) señala 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. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional 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. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele”.

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

III

En el presente caso se procede a analizar la denuncia presentada en fecha 7 de diciembre de 2012 en esta Agencia, en dónde el denunciante manifiesta que se ha contratado de forma fraudulenta la línea **E.E.E.** con VODAFONE a su nombre y señala que la dirección y cuenta bancaria asociada a dicha línea no son suyas añadiendo que el contrato aportado por VODAFONE carece de firma.

Entre la documentación presentada por la Entidad denunciada- VODAFONE se aportan dos grabaciones. En la primera de ellas, de 03/02/2012, se comprueba el nombre, apellidos y DNI del contratante, así como el número de línea (**E.E.E.**) y modelo

de terminal (Blackberry rojo), la tarifa contratada y el periodo de permanencia y penalización, en su caso). Así mismo se solicita una dirección de correo en la que confirmar la contratación (paso de tarjeta a contrato) y el cliente facilita una: **B.B.B.**

En la siguiente grabación, de 16/02/2012, se verifican el nombre, apellidos, DNI y de nuevo la dirección de correo electrónica a la que remitir las condiciones de contratación, de la portabilidad de la entidad Orange a Vofadone.

El principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan la imputación o de la intervención en los mismos del presunto infractor. Aplicando el principio “in dubio pro reo” en caso de duda respecto de un hecho concreto y determinado, que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

La presunción de inocencia debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 76/1990, de 26/04, considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta: *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.”*

La presunción de inocencia rige sin excepciones en el Ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualquier sanción, ya sea penal o administrativa (TCo 13/1981), pues el ejercicio del derecho sancionador en cualquiera de sus manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propia posiciones.

Conforme a este principio, no puede imponerse sanción alguna en razón de la culpabilidad del imputado si no existe una actividad probatoria de cargo, que en la apreciación de las autoridades u órganos llamados a resolver, destruya esta presunción (TCo Auto 3-12-81).

En este caso, la Entidad denunciada aporta grabación que dota a la contratación del servicio de una presunción de certeza y veracidad en el alta consentida del servicio objeto de controversia entre las partes.

En cuanto al elemento subjetivo—culpabilidad--, hay que señalar que 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--.

Por otra parte, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste, así, 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 jurisprudencia ha venido exigiendo a aquellas entidades que asumen 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 la cada vez mayor casuística en cuanto al fraude en la utilización de los datos personales. Así, 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”*.

De acuerdo a estos criterios, se puede entender que VODAFONE ESPAÑA S.A. 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, incluso número de cuenta bancaria y códigos que se encuentran en las facturas en posesión del cliente.

Esta circunstancia dota a dicha contratación por parte de la entidad denunciada de una apariencia de veracidad que elimina el elemento subjetivo de culpabilidad necesario para ejercer la potestad sancionadora.

Una vez expuestas las consideraciones pertinentes desde la óptica de protección de datos debe significarse que ello no obsta para que el denunciante, si considera que se ha producido un uso fraudulento de sus datos personales para dar de alta nuevos servicios mediando, en su caso, usurpación de su identidad, no recurra a la activación de la vía penal correspondiente.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

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

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