

Expediente Nº: E/04192/2016

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 Dña. **B.B.B.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 20 de junio de 2016, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **B.B.B.** (en lo sucesivo la denunciante) en lo sucesivo el/la denunciado/a) en el que denuncia que VODAFONE ESPAÑA S.A.U. (en lo sucesivo VODAFONE) ha realizado sin su consentimiento la portabilidad de tres de sus líneas de telefonía móvil: **A.A.A.** y **A.A.A.**.

La denunciante manifiesta que aunque mantuvo una conversación telefónica con un comercial de la empresa, no autorizó la portabilidad, no obstante ésta fue realizada lo que le obligó a adquirir las tarjetas correspondientes a las tres, para no ver interrumpida su vida personal y laboral.

Según manifiesta recibió en su domicilio varios teléfonos pero no aceptó los paquetes, procediendo a su devolución.

Ha efectuado varias reclamaciones telefónicas a VODAFONE y le han remitido una grabación con la solicitud de portabilidad de las líneas, no obstante la denunciante manifiesta que no es su voz.

Así mismo, según manifiesta también han contratado de manera fraudulenta la línea **C.C.C.**.

La denunciante ha devuelto los cargos bancarios realizado por VODAFONE por importe de 121,97 € y 195,39 €.

Y, entre otra, anexa la siguiente documentación:

Copia de la denuncia interpuesta ante la policía con fecha 12 de abril de 2016, por los hechos denunciados.

Copia de la reclamación presentada por la denunciante a la Secretaria de Estado para las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información (SETSI), con fecha 10 de junio de 2016, por los mismos hechos.

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:

“RESULTADO DE LAS ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN

Con fecha 29 de diciembre de 2016, VODAFONE ESPAÑA S.A. ha remitido a esta Agencia la siguiente información en relación con los hechos denunciados:

1. *Aportan copia impresa de la información que figura en sus ficheros relativos a la denunciante como titular de cuatro líneas: **A.A.A.** y **C.C.C.**, todas ellas con fecha de alta 24 de febrero de 2016. Las tres primeras están de baja de con fecha 21 de marzo de 2016 y la línea **C.C.C.** está activa. Las cuatro líneas se contrataron por el canal de tele-venta.*
2. *Aunque no han localizado la copia de la grabación de la contratación, aportan copia de la documentación que remitieron al domicilio de la denunciante como consecuencia de las contrataciones.*
3. *Aportan copia de resolución de la SETSI, en relación con la reclamación de la denunciante correspondiente a las líneas **A.A.A.**, según la cual, se desestima la reclamación en cuanto a la portabilidad de las líneas.*
4. *Según consta en las notas relativas a la citada resolución, se efectúa la devolución de las cantidades cargadas por baja anticipada y queda una deuda pendiente de 86,42 €.*
5. *Aportan copia de la información que figura en sus ficheros relativa a los contactos mantenidos con la denunciante, donde figuran entre otros:*

Con fecha 6 de marzo de 2016, la denunciante reclama la portabilidad que se ha efectuado, ya que manifiesta que cortó la llamada sin completar la verificación al no estar conforme con las condiciones de la contratación.

VODAFONE pone de manifiesto que según se desprende de los contactos, la denunciante solicitó la portabilidad de las líneas, y que se trata de un caso de discrepancias entre la empresa y la cliente respecto a las condiciones de la oferta, por lo que entienden que estas cuestiones se tienen que resolver ante organismos de consumo o judiciales.”

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).

El artículo 126.1, apartado segundo, 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 establece:

Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.

II

Se imputa a VODAFONE el tratamiento sin consentimiento de los datos personales de la denunciante. 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.

3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos.

4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una Ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”.

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), *“...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 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.

Se puede afirmar, tal y como tiene sentado consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo - por todas las Sentencias de 8 de febrero de 1.964, 26 de mayo de 1.986 y 11 de junio de 1.991 - en interpretación del artículo 1.253 del Código Civil, que existen tres modos o formas básicas del consentimiento: expreso, manifestado mediante un acto positivo y declarativo de la voluntad; tácito, cuando pudiendo manifestar un acto de voluntad contrario, éste no se lleva a cabo, es decir, cuando el silencio se presume o se presupone como un acto de aquiescencia o aceptación; y presunto, que no se deduce ni de una declaración ni de un acto de silencio positivo, sino de un comportamiento o conducta que implica aceptación de un determinado compromiso u obligación. A efectos de la Ley Orgánica 15/1999 y con carácter general, son admisibles

las dos primeras formas de prestar el consentimiento.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2007 (Rec 356/2006) en su Fundamento de Derecho Quinto señala que “ *por lo demás, en cuanto a los requisitos del consentimiento, debemos señalar que estos se agotan en la necesidad de que este sea “inequívoco”, es decir, que no exista duda alguna sobre la prestación de dicho consentimiento, de manera que en esta materia el legislador, mediante el artículo 6.1 de la LO de tanta cita, acude a un criterio sustantivo, esto es, nos indica que cualquiera que sea ,la forma que revista el consentimiento éste ha de aparecer como evidente, inequívoco – que no admite duda o equivocación- , pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar al consentimiento. Por tanto, el establecimiento de presunciones o la alusión a la publicidad de sus datos en otro lugar resulta irrelevante, pues dar carta de naturaleza a este tipo de interpretaciones pulverizaría esta exigencia esencial del consentimiento, porque dejaría de ser inequívoco para ser “equivoco”, es decir, su interpretación admitiría varios sentidos y, por esta vía, se desvirtuaría la naturaleza y significado que desempeña como garantía en la protección de los datos, e incumpliría la finalidad que está llamado a verificar, esto es, que el poder de disposición de los datos corresponde únicamente a su titular”*

III

De conformidad con lo expuesto *ut supra*, la jurisprudencia y el propio artículo 6 de la LOPD, exige que el responsable del tratamiento de los datos cuente con el consentimiento para el tratamiento de dichos datos personales, entendido estos de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo 3 de la LOPD como:

Responsable del fichero o tratamiento: *Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.”*

Consentimiento del interesado como “*toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.*

Tratamiento de datos: *Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.”*

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (art. 43), concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d). Este precepto, innovando respecto de la Ley Orgánica 5/1992, incluye en el concepto de responsable tanto al que lo es del fichero como al del tratamiento de datos personales.

Es preciso, por tanto, determinar si en el presente caso la actividad desarrollada por VODAFONE puede subsumirse o no en tales definiciones legales, es decir, si es responsable del fichero y/o tratamiento, y en caso afirmativo si está o no legitimada para el tratamiento de datos del denunciante, y por ende verificar la prestación del consentimiento de ésta o la ausencia del mismo.

IV

Consta en los sistemas de información de VODAFONE los datos personales del denunciante asociados a servicios que presta aquella.

Los sistemas de información de las denunciadas han de conjugarse con la definición de fichero, que de conformidad con el artículo 3.b) como *“todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuera la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso. Se puede afirmar por tanto, que TME tiene en sus ficheros, los datos personales del denunciante.*

Todo esto sitúa a VODAFONE como responsable del fichero y se evidencia un tratamiento de datos, de conformidad con las definiciones legales señaladas en el fundamento jurídico anterior.

Por lo que de conformidad con el artículo 43 de la LOPD, VODAFONE se sitúan bajo el régimen de responsabilidad de la ley orgánica de tanta cita.

V

En el presente caso la denunciante niega haber tramitado la portabilidad a VODAFONE de sus líneas **A.A.A.** y **A.A.A.**. En este sentido obra en poder de VODAFONE grabación de voz de la portabilidad, que la denunciante manifiesta efectuó otra persona. Sin embargo la SETSI desestimó la reclamación formulada por la denunciante por la portabilidad sin su consentimiento de las citadas líneas. Por tanto VODAFONE aporta prueba indiciaria acreditativa de la relación contractual que evidencia la existencia de indicios de consentimiento en la contratación y que le eximiría del consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos.

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. 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 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 empleó una razonable diligencia, ya que adoptó las medidas necesarias para identificar a la persona que realizaba la contratación por cuanto obra en su poder grabación de voz de la portabilidad de las líneas controvertidas, lo cual ha sido corroborado por la SETSI que desestimó la reclamación de la denunciante contra la portabilidad de las líneas objeto de denuncia.

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 VODAFONE una vulneración de la normativa en materia de protección de datos, en concreto del principio del consentimiento establecido en el artículo 6 de la LOPD.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a **VODAFONE ESPAÑA S.A.U.** y Dña.
B.B.B..

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 Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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