

Expediente Nº: E/05266/2016

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. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 8 de septiembre de 2016, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) por los siguientes hechos:

Que con fecha aproximada 15/5/2016 VODAFONE ESPAÑA S.A.U. (en lo sucesivo VODAFONE) se pone en contacto con la denunciante para ofrecerle una serie de servicios de telecomunicaciones en unas condiciones determinadas. En dicho momento no procede a la contratación de los servicios.

Que con fecha aproximada 18/5/2016 VODAFONE se pone en contacto telefónico con el cónyuge de la denunciante al objeto de formalizar la contratación pendiente. En dicha llamada no se aceptan las condiciones ofertadas ya que el terminal móvil ofertado conlleva un coste.

Que posteriormente VODAFONE se pone nuevamente en contacto con el cónyuge de la denunciante ofertándole nuevas condiciones anteriormente referenciados, llegando ambas partes a un acuerdo.

Que con fecha aproximada 6/6/2016 recibe factura de VODAFONE en la que no se cumplen las condiciones pactadas (existe un cargo que corresponde al coste de un terminal, otro correspondiente a una suscripción al servicio NETFLIX, y no existe abono de la penalización cargada por el operador anterior).

Que tras ponerse en contacto con VODAFONE al objeto de que le indiquen el porqué de dichos cargos aun cuando no responden a la oferta pactada, se le remite, a 28/6/2016 dos grabaciones, realizadas con fechas 18/5/2016 y 6/6/2016.

Que en dichas grabaciones participa una persona que se hace pasar por la denunciante que facilita "*nombre, apellidos, documento nacional de identidad, direcciones de instalación número de cuenta bancaria, etc...*" de la denunciante y "*algunos de datos personales de mi marido como es el correo electrónico*".

Que con fecha 27/6/2016 solicitó a VODAFONE copia de un contrato realizado telefónicamente con fecha 15/1/2016 en el que sí reconoce su voz.

La denunciante aporta, entre otra, copia de la siguiente documentación:

Correo electrónico de fecha 19/5/2016 remitido por *atencioncomercial-vodafone@vodafone.net* a *****EMAIL.1** (supuestamente la cuenta del cónyuge de la denunciante) que adjunta una oferta de servicios de telecomunicaciones "personalizada" con el identificador *****IDENT.1**. El correo electrónico contiene pie de firma del Servicio de Atención Comercial a Empresas y Autónomos, Vodafone España, S.A.U.

Reclamación enviada por el cónyuge de la denunciante a través de fax a VODAFONE con fecha 21/6/2016 en la que expone los hechos acaecidos y solicita subsanación.

Correo electrónico de fecha 28/6/2016 remitido por vodafone.soporte@vodafone.es a *****EMAIL.1** (supuestamente la cuenta del cónyuge de la denunciante) que adjunta duplicado del contrato solicitado (consistente en un archivo de audio). El correo electrónico contiene pie de firma del Servicio de Atención Comercial al Cliente de Vodafone.

El anexo (archivo de audio) consiste en una grabación, realizada según se indica en la misma a fecha 18/5/2016, del proceso de verificación de la contratación de Vodafone (asociado a las líneas *****TEL.1**, *****TEL.2**, *****TEL.3**), entre una operadora de la entidad verificadora y una interlocutora que afirma ser la denunciante en la que:

- o La operadora manifiesta que el código de la solicitud es *****COD.1**.
- o A petición de la operadora, la interlocutora verbaliza el nombre y apellidos de la denunciante.
- o A petición de la operadora, la interlocutora verbaliza el NIF de la denunciante.
- o La operadora verbaliza un número de cuenta bancaria solicitando a la interlocutora que le confirme si es correcta. La interlocutora asiente.
- o A petición de la operadora, la interlocutora verbaliza como dirección de envío de los equipos contratados **(C/...1) (BADAJOZ)**. Facilita además otra dirección de instalación para los equipos asociados a la línea *****TEL.2**.
- o La operadora verbaliza la dirección de correo electrónico a la que se enviará la información de la contratación (*****EMAIL.1**).
- o La interlocutora acepta las condiciones de contratación relativas a las líneas *****TEL.1**, *****TEL.2**, *****TEL.3** entre las que se nombra el pago a plazos del terminal adquirido como parte de la contratación.

Correo electrónico de fecha 28/6/2016 remitido por vodafone.soporte@vodafone.es a *****EMAIL.1** (supuestamente la cuenta del cónyuge de la denunciante) que adjunta duplicado del contrato solicitado (consistente en un archivo de audio). El correo electrónico contiene pie de firma del Servicio de Atención Comercial al Cliente de Vodafone.

El anexo (archivo de audio) consiste en una grabación, realizada según se indica en la misma a fecha 6/6/2016, del proceso de verificación de la contratación de Vodafone (asociado a las líneas *****TEL.1**, *****TEL.2**, *****TEL.3**), entre el operador de la entidad verificadora y una interlocutora que afirma ser la denunciante en la que:

- o El operador manifiesta que el código de la solicitud es *****COD.2**.
- o A petición del operador, la interlocutora verbaliza el nombre y apellidos de la denunciante.

- o A petición del operador, la interlocutora verbaliza el NIF de la denunciante.
- o El operador verbaliza un número de cuenta bancaria solicitando a la interlocutora que le confirme si es correcta. La interlocutora asiente.
- o A petición del operador, la interlocutora verbaliza como dirección de envío de los equipos contratados **(C/...1) (BADAJOZ)**. Facilita además otra dirección de instalación para los equipos asociados a la línea *****TEL.2**.
- o El operador verbaliza la dirección de correo electrónico a la que se enviará la información de la contratación (*****EMAIL.1**). La interlocutora asiente.
- o La interlocutora acepta las condiciones de contratación relativas a las líneas *****TEL.1**, *****TEL.2**, *****TEL.3** entre las que se nombra el pago a plazos del terminal adquirido como parte de la contratación.

Correos electrónicos intercambiados en julio de 2016 en los que el cónyuge de la denunciante (*****EMAIL.1**) comunica a docupenalizaciones@vodafone.es (pie de firma: Departamento de pagos de penalizaciones de Vodafone) que las condiciones que le están aplicando no son las contratadas y que en la grabación de la contratación que le han remitido no es la voz de “su mujer” la que se escucha sino la de alguien suplantándola.

Factura número *****FACT.1** de fecha de emisión 22/07/2016 dirigida por la entidad denunciada a la denunciante por importe de 75,39 euros en la que figura un cargo en concepto de pago aplazado por la adquisición de dispositivo móvil y otro por suscripción a Netflix.

Correo electrónico de fecha 27/7/2016 remitido por vodafone.sopORTE@vodafone.es a *****EMAIL.1** (supuestamente la cuenta del cónyuge de la denunciante) que adjunta duplicado del contrato solicitado. El correo electrónico contiene pie de firma del Servicio de Atención Comercial al Cliente de Vodafone.

Uno de los anexos es un documento titulado “Oferta Comercial **A.A.A.**”. Dicho documento contiene en sus últimas páginas el Contrato de oferta especial de fidelización para Clientes Empresas particularizado para la denunciante sin que conste firma de ésta.

El otro anexo (archivo de audio) consiste en una grabación, realizada según se indica en la misma a fecha 18/1/2016, del proceso de verificación de la contratación de servicios con Vodafone. Participan en la conversación grabada una operadora de la entidad denunciada y la denunciante. Según señala ésta en la denuncia, adjunta este archivo al objeto de que “el inspector encargado posea una grabación llevada a cabo por mi persona”.

Factura número *****FACT.2** de fecha de emisión 22/08/2016 dirigida por la entidad denunciada a la denunciante por importe de 82,58 euros en la que figura un cargo por suscripción a Netflix.

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 conforme al informe de actuaciones de inspección E/05266/2016 que se transcribe:

“RESULTADO DE LAS ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN

La empresa VODAFONE ESPAÑA SAU en su escrito de fecha de registro 10/2/2017 (número de registro 046242/2017) ha remitido la siguiente información pertinente a los efectos de la investigación:

Respecto a los datos personales de la denunciante que constan en los sistemas de la entidad:

Constan (documento adjunto número 1) nombre, apellidos, NIF y dirección de la denunciante. Figura asimismo un número de cuenta bancaria.

Respecto a los productos que constan a nombre de la denunciante en los sistemas de la entidad, manifiesta hay dos cuentas de cliente asociadas a la misma:

- o “Cuenta de Cliente ***CUENT.1. En esta cuenta están asociados los servicios ***TEL.4 (servicio activado el 4 de abril de 2016 y dado de baja el 17 de julio de 2016), ***TEL.5 (dado de alta el 5 de mayo de 2014), ***TEL.6 (dado de alta el 21 de mayo de 2014), ***TEL.7 (dado de alta el 20 de mayo de 2014) y el ***TEL.8 (dado de alta el 16 de julio de 2016). Todos estos servicios están activos en la actualidad”.*
- o “Cuenta de Cliente ***CUENT.2. En esta cuenta están asociados los servicios ***TEL.1 (servicio activado el 24 de mayo de 2016), ***TEL.2 (dado de alta el 6 de octubre de 2016), ***TEL.3 (dado de alta el 15 de junio de 2016) y dos servicios de datos contratados 15 de junio y el 6 de octubre de 2016, respectivamente. Todos estos servicios están activos en la actualidad”.*

Adjunta (documento adjunto número 2) impresión de pantalla de los sistemas de la entidad que contiene el listado de productos asociados a la denunciante.

Respecto a la contratación de los servicios asociados a la denunciante aporta (documento número 5):

- o Archivo de audio “Track01”: grabación, realizada según se indica en la misma a fecha 18/1/2016, del proceso de verificación de la contratación de servicios con Vodafone.*
- o Archivo de audio “Track02”: grabación, realizada según se indica en la misma a fecha 18/5/2016, del proceso de verificación de la contratación de servicios con Vodafone. El número de solicitud referido en la misma es ***COD.1.*
- o Archivo de audio “Track03”: grabación, realizada según se indica en la misma a fecha 6/6/2016, del proceso de verificación de la contratación de servicios con Vodafone. El número de solicitud referido en la misma es ***COD.2.*

Respecto de las comunicaciones y contactos que han existido entre esa entidad y la denunciante:

Adjunta (documento número 4) impresión de pantalla de los sistemas de registro de los contactos e incidencias de la denunciante con la entidad denunciada. En dicho documento figura con número I66842287 registro con fecha 11/7/2016 de comunicación de la denunciante indicando que “no es su voz la de las grabaciones”. El caso se cierra con fecha 10/8/2016 tras señalar que “el caso no procede, no es fraude”.

Respecto a las facturas emitidas a nombre de la denunciante en relación con las líneas contratadas:

Adjunta (documento número 3) listado de todas las facturas emitidas a nombre de la denunciante.

- o En el listado adjunto correspondiente a la cuenta ***CUENT.1 figuran en situación “pendientes” las facturas emitidas en enero y diciembre de 2016.*
- o En el listado adjunto correspondiente a la cuenta ***CUENT.2 figuran en situación “pendiente” la factura emitida en junio de 2016.”*

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

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 de la denunciante asociados a servicios que presta aquella.

Los sistemas de información de la denunciada 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 VODAFONE 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 sitúa bajo el régimen de responsabilidad de la ley orgánica de tanta cita.

V

En el presente caso la denunciante niega haber contratado con VODAFONE las líneas *****TEL.1, ***TEL.2, ***TEL.3**. En este sentido obra en poder de VODAFONE grabaciones de voz de fechas 18/05/2016 y 06/06/2016 en la que una interlocutora que se identifica facilitando los datos personales de la denunciante (nombre y apellidos, NIF, domicilio y datos bancarios) y que manifiesta su conformidad con la contratación de las referidas 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.

Al margen de lo anterior, no debe obviarse que la denuncia presentada ante esta Agencia, según manifiesta en la misma la denunciante, trae causa de su disconformidad con las condiciones de contratación de los productos de VODAFONE que señala, no fueron las inicialmente pactadas entre ambas partes. En este sentido puntualizar que no es competencia de esta Agencia la resolución de controversias sobre condiciones contractuales o cumplimiento de las condiciones de servicio tales como la penalización por baja en el mismo, cuestiones que, si lo estima oportuno la interesada, deberán ser dirimidas por autoridades competentes en la materia tales como los organismos de consumo, o en última instancia, la jurisdicción civil.

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. **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 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