



Expediente Nº: E/05309/2015

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 18 de junio de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **B.B.B.**, en adelante el denunciante, en el que manifiesta que después de llevar unos días con su actual operador de telefonía, XFERA MOVILES SA (YOIGO), su anterior operador VODAFONE ESPAÑA SAU (VODAFONE) tramitó una portabilidad que él no solicitó ni por escrito ni por teléfono.

Junto con el escrito de denuncia se aportan imágenes de un terminal móvil en el que constan mensajes de 5 de mayo en relación a una solicitud de portabilidad de la línea **C.C.C.** a VODAFONE y también de esa misma fecha informando de que la portabilidad ha sido cancelada y sigue siendo de YOIGO. También se aporta un correo electrónico remitido por YOIGO en el que le informan de que les consta una solicitud de portabilidad de VODAFONE de fecha 5 de mayo de 2015.

En respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia se recibe el 14 de septiembre de 2015 un escrito en el que el denunciante aporta:

- a) Imágenes de los mensajes de texto remitidos por VODAFONE y YOIGO.
- b) Justificante de una reclamación presentada ante la dirección General de Consumo de la Comunidad de Madrid el 2 de junio de 2015, sin que se aporte la propia reclamación.
- c) Código de la llamada en la cual se niega a la portabilidad: N*****.

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. Consultada VODAFONE en relación con los hechos denunciados respecto de la línea **C.C.C.**, su representante manifiesta que:
 - 1.1. El denunciante fue cliente de VODAFONE entre el 23 de enero de 2009 y el 5 de agosto de 2010, fecha en que portó a otro operador.
 - 1.2. El denunciante volvió a VODAFONE mediante una portabilidad desde otro operador el 22 de julio de 2014 y volvió a darse de baja portando la línea a YOIGO el 29 de abril de 2015.
 - 1.3. Consta una solicitud de portabilidad solicitada por el denunciante durante el mes de mayo de 2015 que no se ejecutó por petición del propio denunciante.

Dado que se canceló inmediatamente la portabilidad, la línea no llegó a ser

portada, no llegó a estar activa y no se emitió ninguna factura relacionada con ella.

2. VODAFONE aporta copia del contrato de 17 de julio de 2014 que dio lugar al periodo como cliente descrito en el punto 1.2.
3. VODAFONE aporta copia de la reclamación descrita en el punto b) del hecho primero la que puede leerse:
 - 3.1. "A mediados del mes de abril del presente año quise realizar una portabilidad de Vodafone a otra compañía. Me hicieron una contraoferta lo suficientemente buena como para que me quedara."
 - 3.2. "Al final decidí irme a otra compañía de teléfono (Yoigo) y para mi sorpresa, llevando ya una semana aproximadamente recibo un mensaje de texto por parte de Vodafone informándome de que mi portabilidad estaba en proceso."
 - 3.3. "Al llamar a Vodafone, me dicen que yo he solicitado una portabilidad de nuevo a ellos. Les afirmo que yo no he hecho tal cosa...."

En los sistemas informáticos de VODAFONE, de los que aporta impresión de pantalla, consta la baja de la línea del denunciante por portabilidad el 29 de abril de 2015.

4. VODAFONE aporta impresiones de pantalla de los sistemas que registran los contactos con los clientes y en los que constan los mantenidos entre el 21 de abril y el 7 de mayo con el denunciante.

Constan registros de los días 21 y 23 de abril en los que se anotan la oferta de retención hecha y aceptada por el denunciante.

Consta asimismo un apunte del día 4 de mayo a las 20:52 horas que parece corresponder a una solicitud de portabilidad con el texto "B.O. Se valida caso cliente sin deuda sin duplicidad se tramita la siguiente solicitud: ***TEL.1 YOIGO..."

Constan registros del 5 de mayo de 2015 en los que el denunciante solicita la cancelación de la portabilidad porque no tiene constancia de haberla solicitado.

5. VODAFONE manifiesta que *"...no hay ninguna petición de portabilidad nueva, sino un interés por seguir siendo cliente de Vodafone que al final no surgió por la propia petición del Sr. B.B.B.. De ahí que Vodafone llevó a cabo dos acciones, por un lado, dar de baja el servicio para que éste se fuera a YOIGO tal y como ocurrió el 29 de abril de 2015, y finalizó el proceso de retención el 5 de mayo...."*

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 y 2 de la LOD dispone que:

"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 tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.

El tratamiento de 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, Fundamento Jurídico 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 (...)”.

El artículo 6 de la LOPD consagra el principio del consentimiento o autodeterminación, piedra angular en la construcción del derecho fundamental a la protección de datos que alude a la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para que puedan tratarse sus datos personales. Conforme al citado precepto el tratamiento de datos sin consentimiento de su titular o sin otra habilitación amparada en la Ley constituye una vulneración de este derecho, pues sólo el consentimiento, con las excepciones contempladas en la ley, legitima el tratamiento de los datos personales.

Por tanto, 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.

III

Por otro lado, el artículo 4 de la LOPD referente a la “calidad de los datos”, dispone:

“1. Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.

2. Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.

3. Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado.

4. Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados, sin perjuicio de las facultades que a los afectados reconoce el artículo 16. (...). (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

Por su parte, el artículo 8.5 del Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, señala lo siguiente:

“5. Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado. Si los datos fueran recogidos directamente del afectado, se considerarán exactos los facilitados por éste.”

IV

En el caso que nos ocupa, el denunciante manifiesta que después de llevar unos días con su actual operador (YOIGO) su anterior operador (VODAFONE) tramitó una portabilidad no solicitada.

De las actuaciones previas de inspección practicadas por la Agencia se ha podido comprobar que la portabilidad a Vodafone no se hizo efectiva. Así, si bien es cierto que existen mensajes de fecha 5 de mayo de 2015 aportados por el denunciante en relación a una solicitud de portabilidad de la línea **C.C.C.**, esta solicitud fue cancelada ese mismo día, anulándose el proceso de la nueva portabilidad, por lo que nunca se llegó a realizar.

En este sentido cabe hacer mención al principio de culpabilidad previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, que dispone que solo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aun a título de simple inobservancia. Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, que está proscrita.

Como señala la STS de 18 de marzo de 2005, recurso 7707/2000, es evidente *“que no podía estimarse cometida una infracción administrativa si no se concurría el elemento subjetivo de la culpabilidad o lo que es igual, si la conducta típicamente constitutiva de la infracción administrativa no fuera imputable a título de dolo o culpa”*.

En suma, el principio de culpabilidad, en palabras del Tribunal Constitucional (STC 246/1991, de 19 de diciembre) “*constituye un principio estructural básico del derecho administrativo sancionador*”.

Junto a ello, cabe reseñar que no se emitieron facturas, por lo que no supuso perjuicio económico al denunciante, así como que en cuanto la entidad denunciada supo de la reclamación interpuesta por el denunciante procedió a anular el proceso de la nueva portabilidad.

Por ello, dada la ausencia de elementos de cargo que permitan imputar a la entidad denunciada una posible vulneración de la normativa en materia de protección de datos procede acordar el archivo de las actuaciones practicadas.

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 **VODAFONE ESPAÑA SAU** y a **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 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

