

Expediente Nº: E/07231/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas [de oficio] por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **VODAFONE ONO, S.A.U.** en virtud de denuncia presentada por Doña **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha **03/06/2014**, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) frente a la Entidad **VODAFONE ONO, S.A.U.** en lo sucesivo (el/la denunciado/a) en el que denuncia de manera sucinta lo siguiente:

*“Soy cliente de **ONO** en febrero de este año terminó la promoción que tenía suscrito con ellos, llamé al teléfono de atención al cliente 1400 y se hizo una grabación telefónica de cambio de condiciones de mi contrato con ONO...*

Llamé y me dijeron que había un error y que lo arreglarían, en abril siguieron sin arreglarlo y llamé a un operador de ONO que me dijo que lo sentía mucho pero que el precio que tenía en la factura era el correcto (...)

Sin esa grabación no puedo demostrar el error de cobro indebido y tampoco puedo darme de baja, ya que al no poder demostrar un incumplimiento de contrato tendría que pagar más de 200€ de penalización, siendo una total indefensión (...)—folio nº 1--.

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:**

Los inspectores de la Agencia solicitan al representante de **ONO** que les permita el acceso a sus sistemas de información donde se realizan las siguientes consultas:

- a. Se realiza una consulta del cliente con DNI *****DNI.1** comprobándose que consta asociado a dicho DNI D^a **A.A.A.**.

Se recaba como DOC. 1 copia de la comprobación realizada.

- b. Se accede a las interacciones historificadas de la cliente verificándose que no constan interacciones correspondientes a febrero de 2014. Existen interacciones previas de 18/8/2013 y posteriores, de 2/4/2014.

Se recaba como DOC. 2 copia de la comprobación realizada.

- c. Se accede a las interacciones no historificadas de la cliente verificándose que no constan interacciones correspondientes a febrero de 2014. Existen interacciones previas de 5/9/2013 y posteriores, de 4/3/2014.

Se encuentran, entre otras, las siguientes interacciones:

- De fecha 4/3/2014, en la que se realiza la contratación de TIVO (televisión digital).
- De fecha 7/3/2014, según la cual se remite a la cliente un correo electrónico de bienvenida.

- De fecha 2/4/14, en la que el cliente reclama que quiere pagar menos.
- De fecha 2/5/2014, en las que el cliente presenta dudas de la facturación, realizándose un ajuste de 3,83€ a favor del cliente.
- De fecha 2/5/2014, mediante la que pide copia de la grabación de la contratación. Se le informa que no se puede pedir telefónicamente la solicitud, y se le dan indicaciones de la forma de hacer la solicitud.
- De fecha 3/5/2014, en que la cliente solicita mejora de la oferta.
- De fechas 4, 5 y 6/5/2014 en que se intenta contactar infructuosamente con la cliente.
- De fecha 6/5/2014, según la cual la cliente solicita la grabación de fecha 18/2/2014, y se le envía correo electrónico según el cual no se encuentra grabación de esa fecha.
- De fecha 20/5/2014, en que la cliente informa que no ha recibido grabación. Solicita grabaciones de fecha 4/3/2014 y 6/3/2014. Anota el personal de ONO que no se encuentra la grabación.
- De fecha 22/5/2014, donde la cliente se muestra disconforme por no haber recibido las grabaciones solicitadas. El personal de ONO verifica nuevamente que no existe dicha grabación en sus sistemas. Se informa de ello al cliente.
- De fecha 22/5/2014 en la cual se contacta con el cliente, para que indique la fecha, pero no la sabe, por lo que se le envía una respuesta por correo electrónico de documentación incorrecta.
- De fecha 27/5/2014 la cliente solicita la grabación de fecha 4/3/2014, pero falta por adjuntar la dirección y la firma. El personal de ONO no encuentra la grabación.

Se recaba como DOC. 3 copia de la comprobación realizada.

- d. Se realiza un acceso al sistema de interacciones historificadas, en donde se encuentra, entre otras, las siguientes:
- De fecha 2/4/2014, la cliente reclama promoción no aplicada, se le ofreció una cuota distinta de la que se le está cobrando. Se le hace un ajuste de 3,83 €.
 - De fecha 2/5/2014 reclama la cliente que le ofertaron 74,32€ IVA incluido y la cuota que le están cobrando es de 84,58 €.
 - De fecha 3/5/2014 la cliente solicita mejora de oferta.
 - De fecha 16/6/2014 la cliente se vuelve a quejar de la no aplicación de cuota que contrató, y que tiene que pagar 85€ IVA incluido. Solicita que se rescate la locución que se grabó.
 - De fecha 23/6/2014, en que se registra una reclamación cursada por la denunciante a través de la SETSI. Reclama nuevamente que se le ofreció 74,32 € IVA incluido y que se le están cobrando 84,58 € IVA incluido.

- En fecha 16/7/2014 se da contestación por ONO a la reclamación cursada a través de la SETSI, estimando la reclamación de la cliente y pasando a cobrar 73,69 €. La cliente se muestra conforme con la resolución dada por la entidad.

Se recaba como DOC. 4 copia de la comprobación realizada.

- e. Se realiza una consulta sobre las interacciones de llamadas de teléfonos entrantes, comprobándose que, entre otras, figuran las siguientes:
 - De fecha 5/6/2009 alta del servicio.
 - De fecha 4/3/2014, en que solicita la cliente un cambio de velocidad.
 - De fecha 15/7/2014, en que se aplica la campaña comercial como consecuencia de la reclamación recibida a través de la SETSI.

Se recaba como DOC. 5 copia de la comprobación realizada.

- f. Se accede al sistema de facturación, que no hay impagos y se han abonado todas las facturas desde 2009 hasta la fecha actual.

Se recaba como DOC. 6 copia de la comprobación realizada.

- g. Se accede al repositorio de grabaciones, realizándose una consulta a través del identificador del cliente ***NIF.1. Se comprueba que existen seis grabaciones, entre las que figuran dos fechadas el 4/3/2014, siendo la anterior de fecha 18/8/2013 y no constando ninguna de febrero de 2014.

Escuchadas las dos grabaciones de fecha 4/3/2014 se verifica que una persona que se identifica como D. **B.B.B.** realiza el cambio de velocidad del servicio de 12 a 20 Megas y la contratación de los servicio de TIVO (televisión digital). Para la contratación se solicita el nombre completo, DNI y número de teléfono de la titular de los servicios, su propio nombre y DNI y se le solicita si está autorizado para realizar la gestión.

Se recaba como DOC. 7 copia de la comprobación realizada y como DOC. 8 copia de un CD-ROM con las grabaciones mencionadas.

2 Los representantes de **CABLEEUROPA SAU** realizan las siguientes manifestaciones en respuesta a las cuestiones planteadas por los inspectores:

- a. El procedimiento establecido para el acceso a las grabaciones es que el interesado debe remitir a la entidad, una solicitud firmada, junto con la copia de su DNI y detallar la fecha exacta para facilitar la búsqueda en el sistema de almacenamiento de las grabaciones y la correcta contestación a la solicitud.
- b. El motivo por el que no se encontraba la grabación solicitada era porque el denunciante no estaba dando la fecha correcta, solicitaba una grabación de fecha 18/2/2014 y de 6/3/2014 que no existen.
- c. Tras la reclamación a través de la SETSI quedó resuelta la controversia comercial que existía, y en ningún caso se trata de un tratamiento inconsentido, alta fraudulenta o incumplimiento del principio de calidad de datos.

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, 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 examinar la reclamación de fecha de entrada en esta Agencia **03/06/2014** en dónde la epigrafiada pone de manifiesto los siguientes hechos:

*“Soy cliente de **ONO** en febrero de este año terminó la promoción que tenía suscrito con ellos, llamé al teléfono de atención al cliente 1400 y se hizo una grabación telefónica de cambio de condiciones de mi contrato con ONO...Sin esa grabación no puedo demostrar el error de cobro indebido y tampoco puedo de darme de baja, ya que al no poder demostrar un incumplimiento de contrato tendría que pagar más de 200€ de penalización, siendo una total indefensión (...)*—folio nº 1--.

Antes de entrar en el fondo del asunto cabe indicar que la cuestión principal que se plantea en su reclamación “incumplimiento contractual de condiciones” es una cuestión que afecta a los derechos como consumidora (art. 8 RDL 1/2007, 16 de noviembre) de la denunciante, siendo ésta Agencia incompetente para entrar a valorar cuestiones de naturaleza civil o de índole comercial.

No obstante lo anterior, cabe indicar que con motivo de la tramitación del presente procedimiento la Entidad denunciada—**ONO**—ha aportado copia de la grabación de la contratación, lo que legitima el tratamiento de los datos de la afectada como cliente de la Entidad, procediendo a solucionar los problemas que se habían generado con la facturación.

La carga de acreditar la existencia del “consentimiento inequívoco”, a que hace referencia el art. 6.1 de la LOPD , recae sobre la entidad responsable del fichero o encargada del tratamiento de los datos personales, cuando su existencia sea negada por el titular de tales datos (Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 noviembre 2012 -recurso nº. 789/2010 -).

Cabe, igualmente, indicar que el motivo de no proceder a atender a la solicitud de copia de la grabación de la contratación por parte de la Entidad—**ONO**—se debió a un **error**

de la denunciante “en la aportación de las fechas de la contratación” que no eran las exactas.

Con relación al derecho de **acceso** la Audiencia Nacional ha venido declarando reiteradamente (Sts. AN S. 1ª de 9 de Febrero de 2006 (recurso 590/2004) y 15 de Marzo de 2012 (recurso 893/2010), entre otras muchas) que el derecho de acceso constituye *“una de las cargas que en garantía de los derechos del afectado asume el responsable del fichero, como consecuencia de la utilización que el mismo hace, en su beneficio, de los datos personales de aquél. Carga que el responsable del fichero debe asumir con una especial diligencia, dada la sensibilidad de los bienes jurídicos objeto de protección en el tráfico en el que opera”*.

Con motivo de la tramitación del presente procedimiento, por la representación legal de la Entidad—ONO—se envió un mail de fecha **01/10/2014** a la afectada en dónde se le comunica lo siguiente: *“El hecho de que en la grabación existan datos pertenecientes a un tercero distinto de los suyos es la razón por la que no se la ha facilitado dicha grabación, ya que podía estar realizando una cesión de datos sin consentimiento(...) En todo caso queremos reproducirle lo que fue contratado el día 4 de marzo del año 2014 a través de dicha conversación grabada...”*.

Por tanto cabe concluir que no nos encontramos ante una infracción en materia de LOPD, al ser tratados los datos de la afectada con el consentimiento expreso de la misma o al menos acreditando haber adoptado la diligencia mínima exigible en estos casos a la hora de acreditar la modificación contractual, como lo acredita la grabación aportada, siendo un supuesto de aplicación de una tarifa “errónea” al no ser presuntamente la contratada por la afectada.

A tal efecto, hemos de traer a colación, la SAN 29-04-2010 *“La cuestión no es dilucidar si la recurrente trató los datos de carácter personal de la denunciante sin su consentimiento, como si empleo o no una diligencia razonable a la hora de tratar de identificar a la persona con quien suscribió el contrato de financiación”*.

Por último, conviene indicar a efectos informativos que la presunta vulneración de sus derechos como **consumidora** debe ser puesta en conocimiento de los órganos administrativos con competencia en la materia, al carecer esta Agencia de competencia para dirimir cuestiones civiles, tales como las relativas a la validez civil o mercantil del contrato, la exactitud de la cuantía de la deuda, **la correcta prestación de servicios contratados** o la interpretación de cláusulas contractuales, pues su competencia se limita a determinar si se han cumplido los requisitos legales y reglamentarios establecidos para el tratamiento de los datos, pero sin realizar indagaciones propias de la esfera civil.

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 la Entidad **VODAFONE ONO, S.A.U.** y a Doña **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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos