



Expediente Nº: E/00076/2014

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 22 de octubre de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) frente a la Entidad **Vodafone España SAU** en lo sucesivo el/la denunciado/a) en el que denuncia de manera sucinta los siguientes hechos:

Que actualmente es la titular de la línea de teléfono *****TEL.1** con la compañía VODAFONE.

Que el día 15/10/2013 recibió dos mensajes en los cuales se le confirmaba que había realizado un pedido, pedido que afirma no haber realizado.

Que este pedido con número *****PEDIDO.1** correspondía a un terminal de teléfono SAMSUNG GALAXY NOTE 3 con valor de 659€ desde la página de *mi vodafone*.

Que al llamar al teléfono de atención al cliente de VODAFONE, 123, le dijeron que el pedido se había hecho a través de su cuenta.

Que solicitó que anularan dicho pedido ya que no lo había hecho.

Que en ningún momento ha facilitado sus claves de acceso a la página *mi vodafone* a ninguna persona ajena.

Que los cambios que han realizado sobre sus datos personales en la página *mi Vodafone* se han realizado por terceros sin su consentimiento.

Junto a su denuncia aporta los siguientes documentos:

Copia de su DNI

Copia de la denuncia de fecha 17/10/2013 ante los Mossos d'Esquadra.

Reclamación al departamento de fraudes de VODAFONE.

Capturas de pantalla de su cuenta en *mi vodafone* donde aparece el número de prepagado y datos modificados.

Capturas de pantalla de su teléfono móvil que recogen los mensajes enviados por VODAFONE confirmando los pedidos que han realizado en 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. Con fecha de 18/2/2014 se solicita información a **VODAFONE**, quien remite escrito de respuesta recibido en fecha de 4/3/2014 del que se desprende lo siguiente:
 - 1.1. Respecto de la línea *****TEL.2** VODAFONE señala que consta en sus sistemas fue contratada a nombre de **A.A.A.** con NIF *****NIF.1** en la modalidad de prepago y que fue dada de alta en fecha 12/2/2009. Dicha línea afirma VODAFONE, actualmente se encuentra desactivada y de baja como consecuencia de falta de uso, no existiendo actualmente deuda pendiente asociada a dicha línea.
 - 1.2. VODAFONE señala que no dispone de contrato asociado a la mencionada línea afirmando que al tratarse de un servicio de prepago la ley no lo exige, sino que basta que la información figure en los sistemas mientras el servicio esté activo. Añade que la contratación se realizó de forma presencial a través del distribuidor TELENET CENTRL LOGISTICA, SA con CIF ***** y en concreto en la tienda sita en la calle (**C/.....1**) (**Alicante**). Adjunta copia del contrato y de las instrucciones facilitadas a dicho distribuidor.
 - 1.3. Consta también en los sistemas de VODAFONE que **A.A.A.** con NIF *****NIF.1** es titular también de la línea *****TEL.1** que fue dada alta en fecha de 20/8/2010, línea reconocida por la denunciante.

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 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

La Ley 25/2007, de 18 de octubre, de **Conservación de Datos** relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, establece en su Disposición Adicional única, bajo la rúbrica “*Servicios de telefonía mediante tarjetas de prepago*”:

“1. Los operadores de servicios de telefonía móvil que comercialicen servicios con sistema de activación mediante la modalidad de tarjetas de prepago, deberán llevar un libro-registro en el que conste la identidad de los clientes que adquieran una tarjeta inteligente con dicha modalidad de pago.

(...)

La identificación se efectuará mediante documento acreditativo de la personalidad, haciéndose constar en el libro-registro el nombre, apellidos y nacionalidad del comprador, así como, el número correspondiente al documento identificativo utilizado y la naturaleza o denominación de dicho documento...” (El subrayado es de la Agencia)

Hasta la entrada en vigor de la Ley 25/2007 la adquisición de una línea de telefonía móvil en la modalidad de prepago suponía el anonimato de la persona –física o jurídica- que contrataba la prestación de ese servicio con la operadora, pues ninguna norma jurídica obligaba a la identificación del adquirente del servicio.

A raíz de la Ley 25/2007 se impone a las operadoras de telefonía la obligación de identificar a quienes contratan con ellas la prestación de un servicio prepago debiendo -a tal fin- recoger el nombre, apellidos, nacionalidad y número del documento utilizado para acreditar la identidad del contratante e incorporar estos datos a un libro-registro a cuya llevanza vienen igualmente obligadas.

En la actualidad la adquisición de una tarjeta prepago lleva implícita un tratamiento de los datos de carácter personal del adquirente por la empresa de telefonía, conforme a las definiciones que los artículos 3.a y 3.c. de la LOPD ofrecen de “*datos de carácter personal*” y de “*tratamiento de datos*”.

Cuestión lógica, por otra parte, si tenemos en cuenta que el objetivo que se persigue a través de la Disposición Adicional única de la Ley 25/2007 no es otro que



identificar plenamente al adquirente de una línea de esas características. El logro de este objetivo se articula, por una parte, mediante la recogida de los datos de carácter personal de quien adquiere la tarjeta y su incorporación a un libro-registro que debe llevar la operadora y, por otra, mediante la entrega al adquirente de una tarjeta SIM que tiene asignado un número de identificación secreto que será preciso introducir en el terminal móvil para poder hacer uso del servicio.

IV

En el presente caso se procede a examinar la reclamación de fecha de entrada en esta AEPD—**22/10/13**—en dónde la epigrafiada pone de manifiesto los siguientes “hechos” en orden a su adecuación al marco de la LOPD:

“Que de todos estas altas y bajas yo no he realizado ninguna, ni he facilitado mis claves de acceso a la página de Vodafone, ni a nadie. Que después de hacer la correspondiente denuncia en la Policía, esta denuncia la envié al Departamento de fraudes de Vodafone. Que el día 22/10/13 nuevamente recibí otro mensaje conforme de que había realizado otro pedido de un teléfono...”—folio nº 1--.

La Entidad denunciada—**Vodafone**—alega en Derecho en relación a los “hechos” objeto de denuncia lo siguiente:

*“Adjuntamos como Documento nº 1 unas imágenes extraídas de los sistemas de Vodafone donde se puede comprobar que el servicio *****TEL.2** es un servicio prepago que consta asociado a la Sra. **A.A.A.** como último titular del servicio el cual ahora mismo está desactivado e historificado en los sistemas de Vodafone”.*

*“Indicar que al tratarse de un servicio prepago los motivos de la baja es simplemente el no uso del servicio, **no existiendo deuda alguna**”.*

Item, alega en Derecho lo siguiente *“indicar que es un servicio prepago y por tanto para cumplir con los requisitos legales la contratación se efectuó de manera **presencial**”.* (*la negrita pertenece a la AEPD).

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).

Los hechos que son objeto de denuncia ante esta AEPD determinan que nos encontramos ante un presunto **fraude** (delito de estafa arts. 248 y ss CP) por parte de un tercero de **mala fe**, que utiliza los datos de carácter personal de la afectada para obtener de forma ilícita terminales de telefonía móvil.

A mayor abundamiento, la Audiencia Nacional—SAN 06/07/12—ha manifestado que: *“Si bien la presunta suplantación de identidad no ha podido ser esclarecida, de lo que no cabe duda a juicio de la Sala, es de que Canal Satélite Digital obró con una diligencia normalmente exigible en una operación de servicios como los contratados. Y además el correspondiente contrato tuvo que ser firmado por alguien que, si no era tal denunciante, al menos si conocía su nombre y apellidos, su domicilio, su teléfono móvil y su número de DNI. Abonándose además, puntualmente y durante ocho meses, tales consumos televisivos.”*

O en la en la reciente Sentencia de 24 de enero de 2014 -recurso nº. 540/2012 -, en un supuesto similar al que nos ocupa: << ... ningún reproche puede hacerse a la actuación de France Telecom en este ámbito sancionador al haber adoptado las cautelas precisas para asegurarse de la identidad de la persona de quien recababa los datos personales en relación con la contratación de las citadas líneas telefónicas, sin que existan elementos suficientes en el presente procedimiento para poder determinar si se trata de un supuesto en que un mismo número de DNI ha podido ser asignado erróneamente a dos personas distintas, o de un posible supuesto de **fraude**.

En cualquiera de los casos, bien por falta de tipicidad o de culpabilidad, no puede tenerse por acreditada o imputarse a France Telecom la vulneración del principio del consentimiento ni tampoco, y en correlación, la del principio de calidad de datos>>.

La exhibición ante la operadora de un documento de identidad de la denunciante por quienes presuntamente suplantaron su identidad es relevante para considerar que **VODAFONE** actuó en este supuesto con diligencia, sin que sea obstáculo en tal sentido el hecho de que el documento fuera falso. Es constante la doctrina de la Audiencia Nacional que, en relación con la diligencia que es exigible advierte que no pueden pedirse comportamientos imposibles, como lo sería en el presente caso que el



Distribuidor de VODAFONE hubiera detectado que el documento aportado no era auténtico.

Puede traerse a colación la SAN de 26 de abril de 2002 (Rec 895/20009 en la que expone: *“En efecto, no cabe afirmar la existencia de culpabilidad desde el resultado y esto es lo que hace la Agencia al sostener que al no haber impedido las medidas de seguridad el resultado existe culpa. Lejos de ello lo que debe hacerse y se echa de menos en la Resolución es analizar la suficiencia de las medidas desde los parámetros de diligencia media exigible en el mercado de tráfico de datos. Pues si se obra con plena diligencia, cumpliendo escrupulosamente los deberes derivados de una actuar diligente, no cabe afirmar ni presumir la existencia de culpa alguna.”* (El subrayado es de la Agencia).

Asimismo, en 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 tanto en el caso de los servicios **prepago**, los datos de la afectada fueron incorporados en cumplimiento de la LOPD y demás normativa de desarrollo de la misma al correspondiente fichero de titularidad y responsabilidad de la denunciada, en dónde consta el siguiente DNI *****NIF.1** que se corresponde en su numeración con el aportado por la denunciante ante esta AEPD; por lo que cabe concluir que nos encontramos ante una supuesta suplantación de la identidad de la misma por parte de un tercero de **mala fe** en disposición de los datos de carácter personal de la afectada como lo acredita el hecho de conocer la numeración asociada a su Documento Nacional de Identidad y aportar otros datos personales como una dirección mail: **...@....**

En consideración a las reflexiones precedentes, y toda vez que en el supuesto que nos ocupa falta el elemento subjetivo de la infracción -pues la operadora denunciada obró con la diligencia que era procedente según la normativa vigente o al menos no ha quedado acreditado que no lo hiciera-, hemos de concluir que la conducta de la compañía denunciada—**Vodafone España S.A.U--**-, no es subsumible en el tipo sancionador del artículo 44.3.b) de la LOPD, por lo que ninguna responsabilidad sancionadora es exigible a la entidad señalada.

Por todo ello no se aprecia vulneración alguna de la normativa vigente en materia de protección de Datos al haber desplegado la Entidad—**Vodafone**—la diligencia mínima exigible en estos casos.

Por tanto, la afectada puede de estimarlo oportuno poner los hechos en conocimiento del Juez de Instrucción del lugar dónde se hayan cometido los hechos objeto de denuncia, al carecer esta AEPD de competencia material para entrar sobre el fondo del asunto—**ilícito penal**-, así como, comunicar los hechos al Servicio de Atención al Cliente de Vodafone como consecuencia del presunto fraude cometido.

Cabe, igualmente, la posibilidad de estimarlo oportuno de plantear reclamación ante la **SETSI**—Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información— (Ministerio Industria, Energía y Turismo) al considerar que la facturación asociada a sus datos de carácter personal se ha producido como consecuencia de una contratación **fraudulenta** a los efectos legales oportunos.

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 ESPAÑA SAU** 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