

Expediente Nº: E/01612/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **JAZZ TELECOM, S.A.U** en virtud de denuncia presentada por Don **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 10 de noviembre de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el/la denunciante) frente a la Entidad **JAZZ TELECOM, S.A.U** en lo sucesivo (el/la denunciado/a) en el que denuncia de manera sucinta lo siguiente:

*“Usurpación de identidad. **Jazztel** me dio de alta dos número sin mi consentimiento. He de aclarar que todos estos números de portabilidad no los he hecho yo y todas estas compañías están informadas...”—folio nº 1--.*

El denunciante aporta copia de la siguiente documentación:

- Denuncia presentada en fecha 8/11/2013 ante la Policía Nacional por los mismos hechos.
- Consulta al área de clientes de JAZZTEL en la que se muestran cuatro líneas telefónicas, entre ellas las dos referidas anteriormente. No consta la fecha en la que se ha realizado la consulta ni el titular de las líneas.
- Factura de fecha 2/11/2013 emitida por JAZZTEL a nombre del denunciante por importe de 425,98 €, en la que se incluye la facturación de las líneas de telefonía móvil *****TEL.1** y *****TEL.2**.
- Reclamación presentada en fecha 10/11/2013 ante el Ministerio de Industria, Energía y Turismo por los mismos hechos aquí denunciados.
- Escrito de fecha 14/11/2013 mediante el que las SETSI informa al denunciante de la recepción de su denuncia.
- Escrito de fecha 22/11/2013 remitido por el denunciante a JAZZTEL a través del cual informa a la entidad haber hecho pago de la parte una factura correspondiente a la línea que reconoce tener contratada con la entidad, informando igualmente que no reconoce haber contratado el resto de servicios facturados.
- Escrito de fecha 30/11/2013 mediante el que JAZZTEL reclama al denunciante el pago de una deuda de 399,27 €. No presenta información que permita relacionar esta deuda con los números de teléfonos antes relacionados.
- Escrito de fecha 1/12/2013 mediante el que JAZZTEL reclama al denunciante el pago de una deuda de 44,65 €. No presenta información que permita relacionar esta deuda con los números de teléfonos antes relacionados.
- Escrito de fecha 27/1/2014 mediante el que JAZZTEL reclama al denunciante el pago de una deuda de 38,38 €. No presenta información que permita relacionar esta deuda con los números de teléfonos antes relacionados.
- Escrito de fecha 11/2/2014 mediante el que JAZZTEL reclama al denunciante el pago de una deuda de 38,38 €. No presenta información que permita relacionar esta

deuda con los números de teléfonos antes relacionados.

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:

Con fecha 15/4/2014 se solicita a **JAZZTEL** información relativa a D. **A.A.A.** y de la respuesta recibida se desprende lo siguiente:

Con fecha 5 de noviembre de 2012 se solicitó la contratación del servicio ADSL Internet Premium 30 + llamadas nacionales gratis + mantenimiento de línea + con numeración Jazztel asociado a la línea *****TEL.3**, a nombre de D. **A.A.A.**. Este servicio continúa activo actualmente.

Con fecha 30 de septiembre de 2013 se solicitó la evolución del servicio al Pack Ahorro Internet 30 (Fijo + ADSL+ Móvil) cursando el alta de móvil sin portabilidad asociado a la numeración *****TEL.1**, con venta de terminal Sony Xperia J Negro.

Asimismo, en esa misma fecha de 30 de septiembre de 2013, se cursa el alta de una segunda línea de móvil sin Portabilidad asociado a la numeración *****TEL.2**, con venta de terminal Sony Xperia J Negro.

El día 11 de octubre de 2013 se procede a la suspensión de las 2 líneas móviles citadas por el Departamento de Riesgos de JAZZTEL, tras detectar un elevado consumo en las mismas.

Aporta la entidad el detalle de las facturas emitidas a nombre de D. **A.A.A.** por los servicios prestados en el que se puede constatar la devolución realizada en la factura del mes de diciembre de 2013, tras determinar las contrataciones de las líneas móviles fueron altas fraudulentas.

Se aprecia en dicho detalle que la facturación del mes de octubre de 2013 sufre un importante incremento, llegándose a multiplicar por 10 respecto de la facturación de meses anteriores.

Aporta igualmente la entidad copia de dos albaranes según los cuales JAZZTEL hizo entrega de dos terminales móviles en la misma dirección de prestación del servicio ADSL: **(C/.....1)** (Madrid), dirección coincidentes con la aportada por el denunciante en su escrito de denuncia.

Manifiesta la entidad que el importe de servicios impagados a JAZZTEL asciende a 399.27€ asumidos íntegramente por JAZZTEL y no repercutidos ni reclamados a D. **A.A.A.**, por lo que no tiene deudas pendientes con JAZZTEL ni consta en ficheros de morosidad ni se le reclama deuda alguna por la estafa sufrida por JAZZTEL.

GRABACIÓN DE LA CONTRATACIÓN



Aporta JAZZTEL un CD-ROM que incluye:

- Copia de la grabación de la verificación de la contratación realizada el día 5 de noviembre de 2012 para la línea *****TEL.3**.
- Copia de la grabación de la verificación de la contratación realizada el día 30 de septiembre de 2013 para las líneas *****TEL.1** y *****TEL.2**.

Escuchadas las grabaciones, se comprueba que una persona que se identifica con el nombre, DNI y dirección postal del denunciante da el consentimiento a la contratación de los servicios de JAZZTEL.

Informa la entidad que la contratación de todos estos servicios se realizó en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Circular 1/2009, de 16 de abril de 2009, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se introduce el consentimiento verbal con verificación por tercero en la contratación de servicios mayoristas regulados de comunicaciones fijas, así como en las solicitudes de conservación de numeración, y en la Circular 1/2008, de 19 de junio de 2008, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre conservación y migración de numeración telefónica.

Por lo tanto, al disponer de todos los datos necesarios para tramitar el alta de los servicios, JAZZTEL tramitó el alta de las líneas móviles a nombre de D. **A.A.A.**, cumpliendo con los requisitos y obligaciones exigidos por la normativa vigente.

La verificación de dichas contrataciones fue efectuada por la empresa Tria Global Service, S.L. (Qualytel) de acuerdo con los procedimientos establecidos en la citada normativa.

RECLAMACIONES POR ESCRITO

Informa JAZZTEL que el día 05/12/2013 recibió reclamación presentada por D. **A.A.A.** ante el organismo de consumo de la Comunidad de Madrid, documento del que aporta copia.

Tras la recepción de dicha reclamación y del análisis de la misma, JAZZTEL determinó que había existido un alta fraudulenta, procediendo a regularizar todos los importes facturados a D. **A.A.A.** por los servicios prestados en las líneas móviles *****TEL.1** y *****TEL.2**.

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 AEPD—**10/11/13**—en dónde el epigrafiado pone de manifiesto lo siguiente:

*“Usurpación de identidad. **Jazztel** me dio de alta dos número sin mi consentimiento. He de aclarar que todos estos números de portabilidad no los he hecho yo y todas estas compañías están informadas...”*—folio nº 1--.

En fecha **30/04/14** se recibe en esta AEPD escrito de alegaciones de la Entidad **Jazztel**—en dónde en relación a los “hechos” objeto de denuncia alega lo siguiente:

*“Con fecha 5 de noviembre del año 2012 el cliente solicitó la contratación del servicio ADSL Internet Premium 30+llamadas nacionales gratis+ mantenimiento de línea+ con numeración Jazztel asociado a la línea *****TEL.3** a nombre de D. **A.A.A.**. Este servicio continua activo actualmente”.*

*“Con fecha 13 de septiembre de 2013 el cliente solicitó la evolución de su servicio al Pack Ahorro Internet (Fijo+ADSL+Móvil) cursando el alta del móvil sin portabilidad asociado a la numeración *****TEL.1**, con venta de terminal Sony XPeria J. Negro.*

*En fecha 30/09/13 se cursa el alta de una segunda línea de móvil sin portabilidad asociado a la numeración *****TEL.2**, con venta de terminal Sony XPeria J. Negro”.*

En apoyo de su argumentación la Entidad denunciada—**Jazztel**—aporta copia de la grabación de la verificación de la contratación realizada el día 5 de noviembre de 2012 para la línea: *****TEL.3**.

Asimismo, aporta copia de la grabación para la verificación de la contratación realizada el día 30 de septiembre de 2013 para las líneas *****TEL.1** y *****TEL.2**.

Escuchadas las grabaciones, se comprueba que una persona que se identifica con el nombre, DNI y **dirección postal del denunciante** da el consentimiento a la contratación de los servicios de JAZZTEL.

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”.*

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).

Analizada las pruebas presentadas cabe concluir que los “indicios” apuntan a la existencia de un presunto fraude cometido por un tercero de **mala fe**, que procedió de forma fraudulenta a dar de alta los dos números reseñados con la finalidad de obtener terminales de telefonía de forma gratuita; actuando en todo momento la Entidad denunciada—**Jazztel**—con la creencia de que contrataba con el verdadero titular de los datos y adoptando en el marco de la LOPD la **diligencia mínima exigible** en estos casos (vgr. como lo acredita la grabación aportada como medio de prueba admisible en Derecho) siendo, igualmente, víctima de un engaño malicioso.

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 sí 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 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 mera comisión de una infracción administrativa—tipo objetivo—no es suficiente a la hora de proceder a imponer una sanción administrativa.

La **culpabilidad** como reprochabilidad al sujeto activo de la lesión del bien jurídico protegido, resulta evidente cuando el sujeto realiza voluntariamente la conducta típica dirigida intencionalmente a la obtención del resultado antijurídico, que es procurado y querido

Habrà de concurrir, pues, una conducta dolosa o negligente, ya sea negligencia grave o leve o simple, según en grado de desatención. Y no existe negligencia, ni por tanto infracción culpable y punible, *“cuando se haya puesto la **diligencia necesaria** en el cumplimiento de las obligaciones exigibles en materia de LOPD”.*

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

Cualquier cuestión relativa a los hechos que se denuncian—**delito de estafa arts. 258 y ss CP**—deberá ser puestos en conocimiento, en su caso, del órgano judicial

competente para entrar a conocer del mismo (a modo de ejemplo el Juez de Instrucción del lugar de comisión del presunto delito) al carecer esta AEPD de competencia material para ello.

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 **JAZZ TELECOM, S.A.U** y a Don **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