

Expediente Nº: E/02297/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidades --**FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.**-- y **JAZZ TELECOM, S.A.** en virtud de denuncia presentada por Doña **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 7 de febrero de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) frente a las Entidades --**FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.**-- y **JAZZ TELECOM, S.A.** en lo sucesivo el/la denunciado/a) en el que denuncia de manera sucinta:

*“que tiene conocimiento de la existencia de una deuda a través del Dpto. de Recobros de **Orange**, que después de varias llamadas solicitando la información me comunicaron que correspondía a dos líneas-- *****TEL.1** y *****TEL.2**--. Tras conocer estos hechos me pongo en contacto con la compañía **Jazztel**, la cual me informa por teléfono que efectivamente tienen dadas de alta las líneas de teléfono arriba indicadas...el alta de las líneas como cualquier otro servicio ha sido contratado de forma fraudulenta ya que han sido contratadas **sin mi consentimiento**...”*

Que ambas compañías le indican la cuenta corriente de abono de los servicios que la denunciante no tiene ninguna vinculación con la misma.

Que remite escritos de reclamación a la compañía ORANGE, mediante fax al nº *****FAX.1**, los días **1 y 5 de febrero de 2013** y a la compañía JAZZTEL, mediante fax al nº *****FAX.2** y al nº *****FAX.3**.

Que la denunciante tuvo contratada la línea nº *****TEL.3** con la compañía ORANGE hasta el día 13 de febrero de 2012 que realizó la portabilidad a Movistar

Añade que las dos compañías no han comprobado la identidad de las personas que han realizado la contratación y también ha interpuesto denuncia ante la Dirección General de la Policía el día 31 de enero de 2013.

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:

ACTUACIONES PREVIAS DE INSPECCIÓN

1 CON RESPECTO DE LA INCLUSIÓN DE LOS DATOS DE LA DENUNCIANTE EN EL FICHERO ASNEF: El NIF de la denunciante *****NIF.1**, con fecha de 28 de mayo de 2013, no se encuentra incluido en el fichero denominado “ASNEF” (Datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias), cuyo responsable es la entidad ASNEF-EQUIFAX, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L., por parte de las entidades ORANGE y JAZZTEL.

Sin embargo, ha sido dada de baja una incidencia asociada a la denunciante de la entidad informante ORANGE, que fue dada de alta el día **15 de marzo** y de baja el

día **11 de abril de 2013**, por importe de 604,29€.

Dicha incidencia fue notificada a la denunciante, con fecha de emisión el 16 de marzo y 4 de abril de 2013, a la dirección **(C/.....1)**, constando devolución a su origen.

- 2 CON RESPECTO DE LA INCLUSIÓN DE LOS DATOS DEL DENUNCIANTE EN EL FICHERO BADEXCUG:** De la documentación remitida por la compañía Experian Bureau de Crédito, S.A. (en adelante EXPERIAN), responsable del fichero sectorial denominado BADEXCUG cuya finalidad es la prestación de servicios sobre solvencia patrimonial y crédito, no consta ni ha constado información asociada al NIF de la denunciante informada por las entidades ORANGE o JAZZTEL.

- 3 CON RESPECTO A LA OPERADORA ORANGE:** La compañía ha comunicado a la Inspección de Datos, con fecha de 8 de agosto de 2013, en relación con la contratación de servicios por parte de la denunciante lo siguiente:

En el Sistema de Información de Clientes de la compañía constan asociadas al nombre, apellidos y NIF de la denunciante las siguientes líneas

*****TEL.1:** fecha de activación el **22 de noviembre** y de cancelación el **27 de diciembre de 2012**, por portabilidad a JAZZTEL.

*****TEL.2:** fecha de activación el **16 de mayo** y de cancelación el **27 de diciembre de 2012**, por portabilidad a JAZZTEL.

*****TEL.4:** fecha de solicitud el **30 de octubre** y desactivación el **17 de diciembre de 2012**, por portabilidad a JAZZTEL.

En todas ellas consta como domicilio en **(C/.....1)**, fecha de nacimiento que no coincide con la que consta en el DNI y cuenta corriente en las líneas móviles *****CCC.1** y en la línea fija *****CCC.2**.

Las facturas de las líneas móviles de diciembre de 2012 y enero y febrero de 2013 fueron devueltas por el cliente y posteriormente anuladas al detectarse un posible alta fraudulenta por reclamación de la denunciante en **febrero de 2013**. Las facturas de telefonía fija de noviembre y diciembre de 2012 y enero de 2013 fueron devueltas y posteriormente anuladas en **abril de 2013**, por reclamación de la denunciante.

Constan diversos contactos e incidencias entre la denunciante y la operadora, entre otras, con fecha de 1 de febrero de 2013 en relación al posible fraude en la contratación de las líneas móviles. Con respecto a la línea fija figuran diversas comunicaciones e incidencias, entre otras, las de fecha 9 de abril de 2013.

Los datos de la denunciante fueron incluidos en el fichero denominado ASNEF por importe de 604,29€ por impago de los servicios de telefonía fija el 14 de marzo de 2013 y se procedió a la exclusión el 11 de abril de 2013

Las tres líneas fueron contratadas por teléfono y adjuntan grabación de las mismas y la empresa verificadora que intervino en la contratación fue Digitel Documentos, S.L.

- 4 CON RESPECTO A LA OPERADORA JAZZTEL:** La compañía ha comunicado a la Inspección de Datos, con fecha de 19 de junio de 2013, en relación con la contratación de servicios por parte de la denunciante lo siguiente:

Con fecha **4 de diciembre de 2012** la denunciante solicitó la portabilidad de las líneas *****TEL.4** y *****TEL.1** y la activación del servicio Pack Ahorro 300 (ADSL+MÓVIL).



Con fecha **17 de diciembre de 2012** la denunciante solicitó un servicio móvil adicional con portabilidad para la numeración *****TEL.2**.

Dichos servicios estuvieron activos hasta el **5 de febrero de 2013**, fecha que corresponde a la baja efectiva de los mismos por el departamento de riesgos de JAZZTEL tras la reclamación recibida de la denunciante el día 1 de febrero de 2013 en la que indicaba que se trataba de altas fraudulentas. Se emitieron facturas en los meses de diciembre y enero de 2012 y que fueron abonadas.

La contratación se realizó por teléfono, se adjunta la grabación de la verificación, 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.

La verificación fue efectuada por la empresa Tría Global Service, S.L. (Qualytel).

La operadora hizo entrega de 2 terminales móviles en la dirección de prestación del servicio ADSL: (C/.....1) (Madrid), por lo que emitió una factura por importe de 816,53€. Los servicios impagados ascienden a 303.85€ iva incluido, a los que habría que añadir 816,53€ de la penalización por incumplimiento del compromiso de permanencia por los terminales adquiridos. En total, 1.120,38€ asumidos por JAZZTEL y no repercutidos ni reclamados a la denunciante ni consta en ficheros de morosidad.

- 5 Se ha verificado por parte de la Inspección de Datos que el soporte CD, aportado por ORANGE, consta la grabación de cuatro conversaciones telefónicas (cuatro ficheros), entre operadora y la denunciante, mediante las que se realiza la contratación de las líneas:

Primero y segundo fichero: figura la contratación y verificación de la línea fija *****TEL.4**, la operadora informa que es día **17 de octubre de 2012**, solicita los siguientes datos personales: nombre, apellidos, domicilio postal y los cuatro últimos dígitos de la cuenta bancaria. La operadora comunica el NIF e informa de las condiciones técnicas y económicas.

Tercero y cuarto fichero: consta la verificación de las líneas móviles *****TEL.2** y *****TEL.1**, la operadora comunica el nombre, apellidos, NIF y domicilio postal de la denunciante así como la migración de ambas líneas. La denunciante responde "SI" a lo manifestado por la operadora y para la segunda línea indica una dirección de correo electrónico "hotmail".

- 6 Se ha verificado por parte de la Inspección de Datos que el soporte CD, aportado por JAZZTEL, consta la grabación de dos conversaciones telefónicas (dos ficheros), entre operador y la denunciante, mediante las que se realiza la contratación de las líneas:

Primer fichero: consta la verificación de la contratación línea fija *****TEL.4** y la móvil *****TEL.1**, el operador informa que es día **4 de diciembre de 2012** y el nombre, apellidos y NIF de la denunciante. La denunciante comunica los números de líneas para realizar la portabilidad así como la dirección postal de instalación y de envío de la tarjeta, y confirma los datos facilitados por el operador.

Segundo fichero: consta la verificación de la contratación de la línea nº *****TEL.2**, el

operador informa que es día **17 de diciembre 2012** comunica el nombre, apellidos y NIF. La denunciante comunica el nº de línea a portar, la dirección postal y responde "SI" a lo comunicado por el operador.

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 expediente se procede a examinar la reclamación de la afectada de fecha **01/02/13** en dónde pone de manifiesto lo siguiente:

*“que tiene conocimiento de la existencia de una deuda a través del Dpto. de Recobros de **Orange**, que después de varias llamadas solicitando la información me comunicaron que correspondía a dos líneas-- *****TEL.1** y *****TEL.2**--. Tras conocer estos hechos me pongo en contacto con la compañía **Jazztel**, la cual me informa por teléfono que efectivamente tienen dadas de alta las líneas de teléfono arriba indicadas...el alta de las líneas como cualquier otro servicio ha sido contratado de forma fraudulenta ya que han sido contratadas **sin mi consentimiento**...”.*

Con fecha **08/08/13** se reciben alegaciones de la Entidad—**France Telecom España S.A**—la cual manifiesta lo siguiente:

*“Que las líneas de móvil *****TEL.1** y *****TEL.2** están asociadas a Doña **A.A.A.** con DNI *****NIF.1**”.*

En apoyo de su pretensión aporta copia CD de la grabación de la contratación asociada a las líneas: *****TEL.1** y *****TEL.2**.

Con fecha **19/06/13** se recibe en esta AEPD escrito de alegaciones de la Entidad —**Jazztel Telecom S.A.U**—poniendo en conocimiento lo siguiente:

Que en sus sistemas consta como cliente Doña **A.A.A.**, la cual con fecha 04/12/12 solicitó la portabilidad de la líneas *****TEL.4** y *****TEL.1** y la activación del Servicio Pack Ahorro 300 (ADSL + MOVIL).

Con fecha 17/12/12 la cliente solicitó un servicio móvil adicional con portabilidad para la numeración *****TEL.2**.

Adjunta copia de la grabación de la verificación de la contratación para las líneas: *****TEL.4**, *****TEL.1** y *****TEL.2**.

*“Estos servicios estuvieron en activo hasta el **05/02/13**, fecha a que corresponde la baja efectiva de los mismos por el Dpto. de Riesgos de Jazztel, tras la reclamación recibida de la afectada el día 01/02/13 en la que indicaba que se trataba de altas fraudulentas”.*

Por tanto, una vez escuchadas las mismas en fase de instrucción se infiere la utilización de los datos de la afectada por un **tercero de mala fe**.

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”.*

Las dos compañías investigadas—**France Telecom** y **Jazztel Telecom**—adoptaron las medidas mínimas exigibles tendentes a verificar la identidad de la titular de los datos, quedando excluido el elemento subjetivo de la culpabilidad debido a la intervención maliciosa de un tercero que induce en “error” o engaño a las mismas.

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).

Por tanto, una vez analizada las grabaciones aportadas en formato CD por las Entidades mencionadas, cabe concluir que las mismas desplegaron la mínima **diligencia exigible** en estos casos para constatar la identidad de la titular de los datos, siendo víctimas de la “presunta” intervención de un tercero de mala fe, motivo por el que procede ordenar el **ARCHIVO** del presente procedimiento al no considerarse afectada la normativa vigente en materia de LOPD.

Cabe indicar que en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a día de la fecha *“no consta información asociada al NIF de la denunciante”*.

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 las Entidades --**FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A--**. y --**JAZZ TELECOM, S.A--**. 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