



Expediente Nº: E/02564/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 05/02/14 tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) frente a la Entidad **ORANGE ESPAGNE S.A.U.** en lo sucesivo (el/la denunciado/a) en el que denuncia de manera sucinta lo siguiente:

*“Hace un par de años perdí la cartera ...denuncie los hechos pero cual es mi sorpresa que a los pocos meses comienzan a llegarme facturas de **Orange** de una línea telefónica que no conozco. Después de varias averiguaciones descubro que la persona que encontró mi cartera llamó a esta compañía y mediante un contrato de voz sacó una nueva línea a mi nombre. He tenido diversas llamadas con dicha compañía y no me daban ninguna solución. El hecho que denuncio es cómo la compañía no se aseguró de que era yo, mi persona la que realizaba el contrato...”-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:

En los Sistemas de Información de esta mercantil (**ORANGE**) se encuentran registrados los siguientes datos relativos a la línea al denunciante respecto a la línea *****TEL.1**.

Nombre y apellidos: **A.A.A..**

D.N.I.: **2***DNI.1.**

Domicilio y direcciones de contacto: **(C/.....1)(Málaga)**

C.P.: *CP.1.**

Número de cuenta bancaria facilitado: *****CCC.1.**

La línea de Telefonía Móvil *****TEL.1**, figura activada dentro del contrato *****CONTRATO.1**, a nombre de D. **A.A.A.** con fecha de activación 01/10/2012 y fecha de baja 12/02/2014 por motivo “fraude”.

Todas las facturas que han sido generadas en virtud de la contratación del servicio de la línea *****TEL.1** han sido pagadas por el reclamante. La relación es la siguiente:

***FACTURA.1	***TEL.2	08/07/2014	28,7700 EUR
***FACTURA.2	***TEL.3	08/06/2014	34,8600 EUR
***FACTURA.3	***TEL.4	08/05/2014	29,6200 EUR

***FACTURA.4	***TEL.5	08/04/2014	28,5900 EUR
***FACTURA.5	***TEL.6	08/03/2014	28,8300 EUR
***FACTURA.6	***TEL.7	08/02/2014	55,5800 EUR
***FACTURA.7	***TEL.8	08/01/2014	63,1900 EUR
***FACTURA.8	***TEL.9	08/12/2013	58,5000 EUR
***FACTURA.9	***TEL.10	08/11/2013	28,3600 EUR
***FACTURA.10	***TEL.11	08/10/2013	34,1900 EUR
***FACTURA.11	***TEL.12	08/09/2013	31,3400 EUR
***FACTURA.12	***TEL.13	08/08/2013	34,4100 EUR
***FACTURA.13	***TEL.14	08/07/2013	32,9400 EUR
***FACTURA.14	***TEL.15	08/06/2013	36,9600 EUR
***FACTURA.15	***TEL.16	08/05/2013	61,0700 EUR
***FACTURA.16	***TEL.17	08/04/2013	62,1900 EUR
***FACTURA.17	***TEL.18	08/03/2013	62,6400 EUR
***FACTURA.18	***TEL.19	08/02/2013	63,1700 EUR
***FACTURA.19	***TEL.20	08/01/2013	61,3200 EUR
***FACTURA.20	***TEL.21	08/12/2012	64,5900 EUR
***FACTURA.21	***TEL.22	08/11/2012	65,7900 EUR
***FACTURA.22	***TEL.23	08/10/2012	0,8200 EUR

En el sistema de cobros de Orange Espagne figura que el cliente se encuentra al corriente de pago.

En la relación de contactos mantenidos con la entidad se aprecia que:

Con fecha 10/02/2014, consta una incidencia por fraude abierta por el Grupo de Gestión de Análisis y Riesgo.

En las gestiones realizadas figura que a pesar de existir contrato y que el titular ha pagado las facturas en su totalidad, se determina la baja por fraude por la inexistencia de consumo vinculante.

La contratación de la línea *****TEL.1**, se formalizó telefónicamente. Los representantes de la entidad aportan copia de la grabación de dicho contrato en la que se aprecia que un interlocutor acepta la contratación de la citada línea a nombre del denunciante. El telefonista facilita todos los datos al interlocutor que acepta la grabación limitándose a decir “**Sí**” en respuesta a las preguntas formuladas.

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 presenta caso, se procede a examinar la reclamación de fecha **05/02/14** en dónde el epigrafiado pone de manifiesto los siguientes “hechos” en orden a su adecuación a la LOPD:

*“...a los pocos meses comienzan a llegarme facturas de **Orange** de una línea telefónica que no conozco. Después de varias averiguaciones descubro que la persona que encontró mi cartera llamó a esta compañía y mediante un contrato de voz sacó una nueva línea a mi nombre”-folio nº 1--.*

Por parte de la Entidad denunciada—**Orange**—se hacen las alegaciones en Derecho correspondientes en relación a los “hechos” anteriormente expuestos, manifestando lo siguiente:

*“En los sistemas de información de esta mercantil se encuentran registrados los siguientes datos relativos a la línea del denunciante respecto a la línea *****TEL.1**”.*

A mayor abundamiento aporta copia de la grabación efectuada telefónicamente por la Entidad denunciada—**Orange**—que acredita que desplegó una actividad diligente tendente a comprobar la identidad del “cliente”.

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).

De acuerdo con lo expuesto, cabe concluir que la Entidad denunciada—**Orange**—desplegó la **diligencia mínima exigible** tendente a comprobar la identidad del afectado, actuando en todo momento con la creencia que de que contrataba con el verdadero titular de los datos, como lo acredita la confirmación de los datos personales (vgr. Nombre, apellidos, DNI, etc) en la grabación aportada, siendo en todo caso, víctima de un engaño por un tercero de **mala fe**.

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 imposición de una sanción en el marco del Derecho administrativo sancionador requiere la existencia del elemento subjetivo de la culpabilidad—dolo o culpa—en la actuación de la Entidad denunciada, cuestión que no se produce en el caso que nos ocupa, pues la actuación de la misma puede considerarse como diligente y marcada por el engaño/error de un tercero de mala fe en disposición de los datos personales del denunciante.

«Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas (...) en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado» (STC 246/1991, de 19 de diciembre, o

STC 76/1990, de 26 de abril).

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

Cualquier cuestión relativa a los hechos que se denuncian que cabría considerar como presunto—**delito de estafa** art. 248 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:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a **ORANGE ESPAGNE S.A.U.** y a **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