



Expediente N°: E/04228/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 21 de junio de 2016, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **C.C.C.** (en lo sucesivo el denunciante) **ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (JAZZTEL)** en el que denuncia que dicha entidad le reclama una deuda y ha incluido sus datos en ficheros de solvencia sin que haya tenido ningún servicio contratado con la misma y sin que le hayan requerido el pago de la deuda.

Y, entre otra, anexa la siguiente documentación:

Documento de EQUIFAX de fecha 16 de diciembre de 2015, donde constan los datos del denunciante incluidos en ASNEF, con fecha de alta 26 de junio de 2015, por importe de 456,53€, informados por JAZZTEL y como dirección **E.E.E.**

Copia de la contestación de EQUIFAX, de fecha 21 de diciembre de 2015, a la solicitud de cancelación del denunciante, donde el informan de que la entidad informante (JAZZTEL) ha procedido a confirmar la deuda.

Copia del escrito remitido por el denunciante a JAZZTEL, con fecha 21 de abril de 2016, en el que manifiesta su disconformidad con la deuda que se le reclama y con la inclusión de sus datos en el fichero ASNEF, así mismo manifiesta que la dirección que consta en el citado fichero no coincide con la suya.

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 conforme al informe de actuaciones de inspección E/4228/2016 que se transcribe:

“RESULTADO DE LAS ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN

Con fechas 4 y 27 de enero de 2017, ORANGE ESPAGNE S.A. ha remitido la siguiente información en relación con los hechos denunciados:

Respecto al requerimiento de pago

1. *Aportan copia impresa de la información que consta en sus ficheros relativa al*

denunciante, donde consta como dirección **A.A.A.**.

2. Aportan copia del requerimiento de pago, referenciado y personalizado a nombre del denunciante, de fecha 5 de mayo de 2015, remitida al domicilio de Castellón que consta en los ficheros de la compañía, y en la que se advierte de la inclusión de sus datos en el fichero ASNEF, en caso de impago.
3. Respecto al mismo, aportan CERTIFICADO de la empresa SERVIFORM S.A, (subcontratada por EQUIFAX IBERICA S.A.) en el que se hace constar que con fecha 6 de mayo de 2015, se procesaron 9265 comunicaciones desde la NT****1 hasta la ****2, entre las comunicaciones procesadas, 4363 pertenecían a JAZTELL y la correspondiente al denunciante es la comunicación con referencia NT****3 dirigida a la dirección de Castellón.
4. Así mismo, aportan copia del albarán de entrega en el Servicio de Correos de las citadas notificaciones, con fecha 7 de mayo de 2016, debidamente validado por el Gestor Postal.
5. Respecto a la devolución, aportan certificado de EQUIFAX IBERICA S.L., entidad con la que tienen contratado el envío de los requerimientos de pago y la gestión de las devoluciones, en el que se hace constar que no les consta que la notificación con referencia NT****3, haya sido devuelta.

Respecto a la contratación de los servicios

1. Aportan un CD que contiene la verificación de la contratación a nombre del denunciante de la línea **D.D.D.**, donde se comprueba que la grabación se realizó con fecha 31 de octubre de 2014 y que la persona que contrata confirma los datos del denunciante (nombre y apellidos y D.N.I. y la dirección de Castellón de la Plana) y da su conformidad a la contratación.
2. Según manifiestan la verificación se realizó por la empresa TRIA GLOBAL SERVICE S.L.

Respecto a la deuda:

1. Por los servicios contratados por el denunciante se emitieron un total de seis facturas que constan como impagadas. Aportan copia de las facturas.
2. Según manifiestan, les consta una reclamación del denunciante de fecha 28 de marzo de 2016, en la que no reconoce la contratación de la citada línea, con motivo de la cual, la compañía procedió a excluir sus datos del fichero ASNEF con fecha 1 de abril de 2016, como medida cautelar.
3. Para poder tramitar la denuncia, se solicitó al denunciante que aportara copia de la denuncia policial al respecto para poder catalogar la contratación como irregular. No obstante, no les consta que el denunciante presentara dicha denuncia.
4. A pesar de que la compañía no ha recibido la denuncia policial, la compañía ha procedido a anular la deuda asociada al denunciante."

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora 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).

El artículo 126.1, apartado segundo, del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal establece:

Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.

II

El artículo 6.1 de la LOPD que dispone que “El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.

El apartado 2 del mismo artículo añade que “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 comercial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

El tratamiento de los datos sin consentimiento de los afectados 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) “...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 el 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 (...).

Son pues elementos característicos 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.

III

En el supuesto que nos ocupa, el tratamiento de datos realizado por ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (JAZZTEL, en lo sucesivo ORANGE) fue llevado a cabo empleando una diligencia razonable. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que la entidad ha aportado copia de grabación de voz de la verificación de contratación de la línea **D.D.D.**, donde se comprueba que la grabación se realizó con fecha 31 de octubre de 2014 y que la persona que contrata confirma los datos del denunciante (nombre y apellidos y D.N.I. y la dirección de Castellón de la Plana) y da su conformidad a la contratación.

Por lo tanto, se ha de analizar el grado de culpabilidad existente en el presente caso. La jurisprudencia ha venido exigiendo a aquellas entidades que asuman en su devenir, un constante tratamiento de datos de clientes y terceros, que en la gestión de los mismos, acrediten el cumplimiento de un adecuado nivel de diligencia, debido a las cada vez mayor casuística en cuanto al fraude en la utilización de los datos personales. En este sentido se manifiesta, entre otras, la sentencia de la Audiencia Nacional de 29/04/2010 al establecer que *“La cuestión que se suscita en el presente caso, a la vista del planteamiento de la demanda, no es tanto dilucidar si la recurrente trató los datos de carácter personal de la denunciante sin su consentimiento, como si empleó o no una diligencia razonable a la hora de tratar de identificar a la persona con la que suscribió el contrato de financiación”*.

Por todo lo cual, a la vista de las concretas circunstancias concurrentes, considera la Sala que la recurrente adoptó las medidas adecuadas tendentes a verificar la identificación de la persona con la que contrataba, no apreciando falta de diligencia en su actuación, procediendo en consecuencia dejar sin efecto la sanción impuesta por vulneración del principio del consentimiento consagrado en el artículo 6 LOPD.”

De acuerdo a estos criterios, se puede entender que ORANGE empleó una razonable diligencia, ya que adoptó las medidas necesarias para identificar a la persona que realizaba la contratación mediante una grabación de voz para verificar la identidad del contratante y su voluntad de contratar. Habría que añadir que la posible falsificación de la grabación o la suplantación deben sustanciarse en los ámbitos jurisdiccionales pertinentes de la vía penal

Por todo lo cual, se ha de concluir, que tras el análisis de los hechos denunciados y de las actuaciones de investigación llevadas a cabo por esta Agencia no se han acreditado elementos probatorios que permitan atribuir a ORANGE una vulneración del artículo 6.1 de la LOPD.

IV

El artículo 4.3 de la citada Ley dispone: *“Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado.”*

La obligación establecida en el artículo 4 transcrito impone la necesidad de que los datos personales que se recojan en cualquier fichero sean exactos y respondan, en todo momento, a la situación actual de los afectados, siendo los responsables de los ficheros quienes responden del cumplimiento de esta obligación.

El artículo 29 de la LOPD regula de forma específica los ficheros establecidos para prestar servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, y distingue dentro de ellos dos supuestos, uno de los cuales son los ficheros en los que se tratan datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. Así, dispone en este sentido, en su apartado 2: *“Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley”*. Añadiendo el párrafo 4 del mismo artículo que *“sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos”*.

Asimismo, el Reglamento por el que se desarrolla la LOPD, aprobado mediante Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en vigor desde el 19/04/2008, establece en sus artículos 38, 39 y 43 lo siguiente:

“Artículo 38. Requisitos para la inclusión de los datos.

1. Sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada.

c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.

3. El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés estará obligado a conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección de Datos documentación suficiente que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo y del requerimiento previo al que se refiere el artículo siguiente.

Artículo 39. Información previa a la inclusión.

El acreedor deberá informar al deudor, en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento al que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo anterior, que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos previstos en el citado artículo, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o

incumplimiento de obligaciones dinerarias.

Artículo 43. Responsabilidad.

1. El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés deberá asegurarse que concurren todos los requisitos exigidos en los artículos 38 y 39 en el momento de notificar los datos adversos al responsable del fichero común.

2. El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés será responsable de la inexistencia o inexactitud de los datos que hubiera facilitado para su inclusión en el fichero, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”.

Es, por tanto, el acreedor el responsable de que los datos cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4 de la LOPD, puesto que como acreedor es el único que tiene la posibilidad de incluir los datos en el fichero y de instar la cancelación de los mismos, toda vez que es quien conoce si la deuda anotada realmente existe.

Por tanto, de acuerdo con lo señalado, es requisito indispensable para que los datos del deudor puedan ser incluidos en un fichero de los creados al amparo del artículo 29.2, que quede acreditada la existencia de una deuda cierta vencida y exigible, y que le haya sido notificado el requerimiento de pago previo a la inclusión.

En este caso, ORANGE incorporó a sus sistemas de información los datos del denunciante en relación con una deuda, y posteriormente, procedió a incluirlos en el fichero de morosidad ASNEF en relación con dicha deuda.

En este sentido el denunciante manifestó a esta Agencia Española de Protección de Datos que se había producido la inclusión de sus datos de carácter personal en el fichero de solvencia patrimonial y crédito ASNEF sin requerimiento previo de pago por parte de ORANGE.

Recordemos que en efecto, como se acredita en el expediente, en el fichero de solvencia patrimonial y crédito ASNEF fueron registrados los datos personales del denunciante a instancias de ORANGE por importe de 456,53 € con fecha de alta el 26/06/2015.

Por su parte, ORANGE ha aportado a esta Agencia documentación que acredita que emitió requerimiento de pago al denunciante por la deuda de importe ya detallado con carácter previo a la inclusión de sus datos de carácter personal (en concreto nombre, apellidos, domicilio y núm. de DNI) en el fichero de solvencia patrimonial y crédito ASNEF, según se ha detallado anteriormente. En concreto la entidad ha aportado:

1. Copia del requerimiento de pago, con referencia NT****3 y personalizado a nombre del denunciante, de fecha 5 de mayo de 2015, remitida al domicilio **A.A.A.**, y en la que se advierte de la inclusión de sus datos en el fichero ASNEF, en caso de impago.
2. Certificado de la empresa SERVIFORM S.A, (subcontratada por EQUIFAX IBERICA S.A.) en el que se hace constar que con fecha 6 de mayo de 2015, se procesaron 9265 comunicaciones desde la NT****1 hasta la ****2, entre las comunicaciones procesadas, 4363 pertenecían a JAZTELL (ORANGE) y la correspondiente al denunciante es la comunicación con referencia NT****3 dirigida a **A.A.A.**,

3. Copia del albarán de entrega en el Servicio de Correos de las citadas notificaciones, con fecha 7 de mayo de 2016, debidamente validado por el Gestor Postal.
4. Certificado de EQUIFAX IBERICA S.L., entidad con la que ORANGE tiene contratado el envío de los requerimientos de pago y la gestión de las devoluciones, en el que se hace constar que no les consta que la notificación con referencia NT****3, haya sido devuelta.

En relación a la consideración de documentación suficiente a la hora de acreditar el requerimiento previo de pago, a efectos de lo previsto en el citado artículo 38.3 del RLOPD, se hace obligado acudir a lo que dice la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 2 de junio de 2015 (rec. núm. 206/2014), en un supuesto muy similar al analizado:

“Las actuaciones previas de inspección con el número E/(...) concluyeron con resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de fecha 14 de abril de 2014, que acuerda proceder al archivo de actuaciones, con sustento en la aplicación del principio de presunción de inocencia, al considerar que no existía actividad probatoria de cargo de la comisión de la infracción denunciada y que existía deuda reconocida por la partes, fruto de una relación contractual entre las mismas, que legitimaba el tratamiento de datos del afectado sin su consentimiento, así como que había quedado acreditado el envío de una carta de requerimiento previo de pago por la entidad denunciada al domicilio del denunciante”.

De manera concreta, la sentencia dice que:

“Entre tales documentos destacan los siguientes:

- 1.- Copia del requerimiento de pago remitido por (...) a nombre del denunciante –deudor- y a su domicilio, fechado el 20 de junio de 2012, donde se informa de la existencia de una deuda pendiente, que se reclama, y de la posibilidad de inclusión en ficheros en caso de impago.*
- 2.- Certificado emitido el 10 de julio de 2013 por Experian Bureau de Crédito, S.A., con quien tenía contratada la entidad bancaria la realización de los requerimientos de pago con carácter previo a la inclusión en ficheros, donde se establece que el requerimiento remitido por Banesto, antes indicado, fue enviado el 20 de junio de 2012 al domicilio del deudor, a través de Crea FBC Marketing, S.L. e Impre-Laser, S.L., usando los servicios Unipost. Este certificado manifiesta también que no existe constancia de que la carta de requerimiento de pago hubiera sido devuelta.*
- 3.- Certificado emitido por Impre-Laser, S.L., acreditativo de la impresión de la carta de requerimiento de pago remitida al domicilio del denunciante.*
- 4.- Certificado emitido por Crea FBC Marketing, S.L., acreditativo del envío a través de Unipost de la carta de requerimiento de pago al domicilio del denunciante.*
- 5.- Certificado de Unipost acreditativo del envío el 20 de junio de 2012 de la carta de requerimiento de pago al domicilio del denunciante”.*

Es decir, se cumplen una serie de requisitos, o fases de la trazabilidad del envío en cuestión, que se podrían resumir en: (1) acreditación de la carta referenciada e individualizada a nombre de la persona denunciante con detalle de la deuda y advertencia de que su impago podría ocasionar su inclusión en ficheros de morosidad; (2) certificado de tercera/s entidad/es independiente/s que acredite su generación, impresión y puesta en correos (en el presente caso concreto, llevado a cabo por una

entidad tercera independiente, a saber: SERVIFORM S.A, (3) documento acreditativo del correspondiente gestor postal de su tramitación (en este caso concreto, albarán de entrega del operador postal Correos y Telégrafos y (4) certificado de un control auditable devolución de dicho requerimiento previo de pago, sin que conste como devuelta la carta (en el presente caso concreto, llevado a cabo por una entidad tercera, también independiente a entidad, a saber: EQUIFAX IBERICA S.L

Los hechos anteriormente relatados no son contrarios al principio de calidad del dato consagrado en el artículo 4.3 de la LOPD, en relación con el artículo 29 de la misma norma y en relación también con los artículos 38, 39 y 43 del RLOPD, en especial, el apartado 3 de ese artículo 38 del RLOPD, toda vez que ORANGE incluyó de forma correcta los datos del denunciante en sus propios ficheros en el sentido descrito, o adoptando con diligencia las medidas necesarias para la realización del requerimiento previo de pago, con la debida comunicación al fichero de solvencia ASNEF de forma previa y con advertencia de que dicha inclusión podía llevarse a cabo en caso de persistir en el impago, por lo que dicha inscripción respondía a su situación de entonces (“actual”) cumpliendo con los requisitos establecidos en la normativa precitada sobre protección de datos de carácter personal.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por la Directora 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 D. **C.C.C..**

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 Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora 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.



Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos