

Expediente Nº: E/04772/2017

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. (JAZZTEL)** en virtud de denuncia presentada por D^a. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 03/08/2017, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de D^a. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que denuncia que **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** (en lo sucesivo entidad denunciada o indistintamente **JAZZTEL** u **ORANGE**) ha incluido sus datos en ficheros de solvencia patrimonial y de crédito por una deuda generada por servicios no contratados por ella.

Añadía que sus datos personales han sido inscritos en concreto en **ASNEF** y **BADEXCUG** por la entidad **JAZZTEL** sin tener ni haber tenido relación contractual con dicha empresa. En una conversación con personal de dicha empresa le han dicho que no consta como cliente, ni siquiera en el pasado; teniendo conocimiento de la situación al disponerse a contratar un producto con su entidad bancaria, situación que le ha supuesto unos sobrecostes en intereses en la mencionada contratación. Por ello, manifestaba que había dirigido un escrito de reclamación a la empresa denunciada, pero no ha obtenido respuesta.

La denunciante aporta, entre otra, copia de la siguiente documentación:

Correo electrónico remitido con fecha 06/05/2016 por una empleada de **BANKINTER** incluyendo una impresión de pantalla de una consulta al fichero de solvencia **ASNEF** por el identificador de la denunciante, *****DNI.1** y nombre **A.A.A.**. Datos de la deuda inscrita:

- o Fecha de alta: 28/12/2015
- o Fecha de última actualización: 05/05/2016
- o Importe total impagado: 853,96 euros
- o La entidad informante no se visualiza, ni tampoco la entidad que ha realizado la última consulta.

Con fecha 18/05/2016, contestación de **EQUIFAX IBERICA, S.L.** en respuesta a la solicitud de la denunciante recibida con fecha 10/05/2016, en la que comunican que:

- o Han subsanado el error en el identificador *****DNI.1** a nombre de **A.A.A.**.

- o No existen datos en ASNEF asociados a su identificador a fecha 17/05/2016. Aportan impresión de consulta.
- o La entidad que aportó sus datos al fichero fue JAZZTEL

Con fecha 03/06/2016, contestación de EXPERIAN BUREAU DE CRÉDITO S.A. en respuesta al ejercicio del derecho de acceso de la denunciante recibido ese mismo día indicando no existen operaciones impagadas en BADEXCUG asociadas al identificador *****DNI.1.**

Escrito con fecha 29/09/2016 dirigido a la empresa denunciada ORANGE ESPAGNE S.A.U. redactado y firmado por los abogados **B.B.B.** y **C.C.C.** en representación de la denunciante, que:

- o Denuncia la inscripción en los ficheros ASNEF y BADEXCUG por una deuda de 853,96 euros sin haber sido cliente
- o No solo la deuda no es cierta, sino que además no ha recibido ninguna factura ni requerimiento de pago previo a la inclusión
- o Ha ejercitado su derecho de acceso ante los responsables de los ficheros de solvencia, que han procedido a subsanar el error existente
- o Solicitan una indemnización por el daño causado, por importe 6.000 euros.

Acuse de recibo con fecha 03/10/2016 de carta certificada enviada en 30/09/2016 por el servicio de envíos postales Correos a ORANGE ESPAGNE S.A.U., con estado "Entregado".

Escrito remitido por la denunciante registrado de entrada en la AEPD con fecha 05/09/2017, en el que dice que a fecha del escrito (30/08/2017) no ha recibido respuesta al referido escrito de reclamación, y que no puede aportar la documentación requerida por la AEPD por ese mismo motivo.

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 previas que se transcribe a continuación:

La empresa ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (JAZZTEL) ha remitido la siguiente información pertinente a los efectos de la investigación:

En sus sistemas de información a fecha del escrito (10/11/2017) no se encuentra ningún cliente con nombre **A.A.A.** y DNI *****DNI.1.**

Según investigaciones que han efectuado, el DNI de la denunciante se encontraba asociado en el fichero de solvencia ASNEF al nombre de otro cliente de la empresa denunciada, el cual sí que se encontraba en situación de impago.

Aportan grabación de la parte final de la contratación de servicios de Internet y llamadas para otro cliente en las líneas *****TELF.1** y *****TELF.2** en las que se escucha al operador de la empresa que presta a ORANGE ESPAGNE S.A.U. el

servicio de verificación de las contrataciones pedir confirmación de los datos personales al interlocutor. Es el operador el que verbaliza el nombre **D.D.D.**, el DNI *****DNI.1** y la dirección de instalación y entrega de tarjeta SIM y terminal móvil (**C/...1**), limitándose el interlocutor a asentir. En un momento de la grabación se menciona que se trata de una portabilidad.

La empresa afirma que la verificación de la contratación fue realizada por la empresa TRIA GLOBAL SERVICE S.L. (QUALYTEL), con CIF *****CIF.1** y cumpliendo los requisitos establecidos en las circulares 1/2012 y 1/2008 de la CMT. No aportan el contrato de prestación de servicios con dicha empresa por haberlo proporcionado en expedientes anteriores, pero queda a disposición de la AEPD si este organismo lo necesita.

La empresa denunciada defiende que ha adoptado las medidas necesarias para identificar a la persona que realizaba la contratación.

El error en dicho fichero de solvencia ha sido subsanado y a día de redacción del escrito no existen operaciones impagadas en ASNEF informado por la empresa denunciada, habiendo excluido los datos de la denunciante con fecha 17/05/2016. Aportan certificado de EQUIFAX IBÉRICA S.L. con fecha 31/10/2017 acreditando la ausencia de inscripciones asociadas a la denunciante.

Han catalogado como irregular en sus sistemas la activación de las líneas vinculadas al DNI de la denunciante, procediendo a la desvinculación de su DNI del contrato al que originalmente se encontraba vinculado.

Aportan información relativa al requerimiento de pago remitido a dicho cliente previo a su inclusión. Se omite el detalle de dichos documentos, por no constituir el objeto de la presente denuncia, aunque se verifica que el requerimiento iba dirigido a **D.D.D.** al domicilio indicado en la grabación.

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).

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.

En el presente caso concreto, el tratamiento de datos realizado por la entidad denunciada fue llevado a cabo empleando una diligencia razonable, en base a dicho apartado 2 del citado artículo 6 de la LOPD. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el proceso de contratación se realizó por internet, con verificación vía telefónica, en concreto, en la grabación aportada se escucha al operador de la empresa que presta a ORANGE ESPAGNE S.A.U. ese servicio de verificación pedir confirmación de los datos personales al interlocutor. Es el operador el que verbaliza el nombre del otro cliente, y el DNI *****DNI.1**, con la dirección de instalación y entrega de tarjeta SIM y terminal móvil, por una portabilidad. Dicha entidad de verificación es TRIA GLOBAL SERVICE S.L. (QUALYTEL), con CIF *****CIF.1**.

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 veintinueve de abril de 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 (...)”.

O como se recoge en la sentencia de la Audiencia Nacional de diez de marzo de 2015 al señalar que: *“por tanto, ningún reproche cabe hacer a la actuación de (...) en este ámbito sancionador, pues como ya se ha expuesto actuó con la diligencia exigible, tratando los datos del denunciante a partir de la apariencia de legitimidad de la contratación de (...) en cuestión que le otorgaba la grabación telefónica (...). En definitiva, no cabe apreciar culpabilidad en la actuación de la entidad recurrente, por lo que no puede imputársele o ser sancionada ex artículo 130 LRJPAC por vulneración del principio de consentimiento ni tampoco, y en correlación, del principio de calidad de datos pues el requerimiento previo de pago se realizó en el domicilio que según la citada grabación telefónica correspondía al titular de la línea”* (el subrayado es de esta Agencia).

De acuerdo a estos criterios, se puede entender que ORANGE (JAZZTEL) empleó una razonable diligencia, ya que adoptó las medidas necesarias para identificar a la persona que realizaba la contratación.

A lo expuesto hay que añadir que la posible falsificación de la grabación o la suplantación debe sustanciarse en los ámbitos jurisdiccionales pertinentes de la vía penal.

III

Por otra parte, en relación con la inclusión de datos personales en ficheros comunes de solvencia patrimonial y crédito hay que tener en cuenta lo que establece el artículo 29 de la LOPD, en relación al tratamiento de los datos por parte de los responsables de este tipo de ficheros:

“1. Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento.

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.

3. En los supuestos a que se refieren los dos apartados anteriores, cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos,

4. 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 aquéllos”.

A la vista de este precepto, en especial su apartado 2, la LOPD habilita a que, sin consentimiento del deudor, el acreedor pueda facilitar los datos a ficheros comunes de solvencia patrimonial y crédito, siempre y cuando reúna los requisitos establecidos en el artículo 38 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 (en adelante RLOPD), que establece:

“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 concurran los siguientes requisitos:

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

b) Que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquélla fuera de vencimiento periódico.

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”.

En consecuencia, es obligado aplicar al presente caso concreto el principio de presunción de inocencia, pues se ha de tener en cuenta que al Derecho Administrativo Sancionador, por su especialidad, le son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad de este principio de presunción de inocencia.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990, 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”.*

De acuerdo con este planteamiento, hay que tener en cuenta que sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.

Asimismo, se debe tener en cuenta, en relación con ese principio de presunción de inocencia, que artículo 53.2.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, recoge este principio, al decir que los interesados en un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora

tienen derecho a: *“A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”.*

En definitiva, la aplicación del principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y comprobado la existencia de una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación.

Por último, en relación también con diligencia desplegada por la entidad y respecto a las reclamaciones presentadas por la denunciante, la entidad denunciada procedió a subsanar el error en cuanto tuvo conocimiento del hecho y catalogar como irregular en sus sistemas la activación de las líneas vinculadas al DNI de la denunciante, procediendo a la desvinculación de su DNI del contrato al que originalmente se encontraba vinculado. En este sentido hay que recordar que la denunciante comunicó a ORANGE (JAZZTEL) que tuvo conocimiento de las inclusiones indebidas *“a través de su banco en mayo de 2016”*.

En este sentido, el fichero ASNEF-EQUIFAX informó en fecha 18/05/2016 a la denunciante, en respuesta a su ejercicio del derecho de acceso el 10/05/2016, que esa subsanación en el error en identificador *****DNI.1** había sido realizada, tras las comprobaciones pertinentes.

Y el fichero EXPERIAN-BADEXCUG por su parte en fecha 03/06/2016.; informándola a su vez que ese identificador en los últimos seis meses había sido consultado por la entidad BANKINTER.

El artículo 126.1, apartado segundo, del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD) 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.”

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. (JAZZTEL)** y a D^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 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