



Expediente Nº: E/06740/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas [*de oficio*] por la Agencia Española de Protección de Datos ante la(s) entidad(es) **EQUIFAX IBERICA, S.L., EXPERIAN BUREAU DE CRÉDITO SA, 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 14 de agosto de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) **ORANGE ESPAGNE S.A.U.** en lo sucesivo (el/la denunciado/a) en el que denuncia de manera sucinta los siguientes “hechos”:

“Alta de línea sin el consentimiento del titular de los datos y sin tener conocimiento de la activación de la línea, usando su DNI y nº de cuenta bancaria realizan un fraude suplantado su identidad (...)”—folio nº 1--.

Aporta copia de la siguiente documentación relativa a la denuncia contra **ORANGE**:

- Notificación de fecha 27/05/2013 por el que la entidad bancaria informa al denunciante de un cargo en su cuenta de una factura de ORANGE por importe de **56,30 €**
- Denuncia presentada ante la Policía Nacional en fecha 7 de junio de 2013, por la contratación presuntamente fraudulenta de una línea telefónica a su nombre con la operadora ORANGE.

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 10/2/2014 se solicita a **EQUIFAX IBERICA, SL** información asociada al DNI del denunciante y de la respuesta recibida se desprende lo siguiente:

- Respecto del fichero ASNEF:
No consta información respecto del denunciante.
- Respecto del fichero de NOTIFICACIONES:
No constan notificaciones emitida a nombre del denunciante por deudas informadas por ORANGE.
- Respecto del fichero de BAJAS:
No constan altas ni bajas a nombre del denunciante informadas por ORANGE.

Con fecha 10/2/2014 se solicita a **EXPERIAN BUREAU DE CREDITO, SA** información asociada al DNI del denunciante y de la respuesta recibida se desprende lo siguiente:

Respecto del fichero BADEXCUG:

No consta información.

- Respecto del fichero de NOTIFICACIONES:

No constan notificaciones emitida a nombre del denunciante por deudas informadas por ORANGE.

- Respecto de fichero de ACTUALIZACIONES DE BADEXCUG.

No constan altas ni bajas a nombre del denunciante informadas por ORANGE.

Con fecha 10/2/2014 se solicita a ORANGE información relativa a D. A.A.A. y de la respuesta recibida se desprende lo siguiente:

SOBRE LA CONTRATACION

- Respecto de los productos que constan de alta a su nombre:

Figura el denunciante en los ficheros de la entidad como contratante de la línea de telefonía móvil *****TEL.1** siendo el producto contratado "*amena.com. Internet + voz + sms con Tarifa 25*". La dirección que consta en los ficheros de la entidad es distinta de la informada por el denunciante en su denuncia.

Figura como fecha de activación el 12/04/2013 y como fecha de cancelación el 17/04/2013 por portabilidad.

En los registros de la entidad aparecen dos facturas generadas en virtud de la contratación del servicio de Amena.Com con fecha de emisión 16/04/2013 y 16/05/2013 por importes de 0,00 € y 30,25 € respectivamente, constando la última factura como devuelta.

- Respecto de la Contratación

Informa ORANGE que la contratación se realizó a través de Internet y aporta copia del contrato, realizado electrónicamente, a nombre del denunciante para la activación de la línea de telefonía móvil *****TEL.1**. Facilita igualmente copia de las Condiciones Generales y Particulares aplicables al servicio.

Respecto a la documentación recabada para acreditar la identidad del contratante, informa la operadora que figura especificada en las Condiciones del Portal Web Amena.com, de la que aporta copia. En el momento de la contratación, se requiere la identificación del contratante no sólo con el número de DNI sino, además, con los códigos de validación MRZ dispuestos en tal documento. Igualmente, en el momento de la entrega, es indispensable que el usuario sea quien recepcione el envío, acreditándose mediante la presentación del original de su documento de identidad, y firmando el albarán de entrega del pedido. Aporta copia del albarán de entrega emitido a nombre del denunciante y que aparece firmado, con fecha de entrega 8/4/2013.

SOBRE LAS COMUNICACIONES CON EL AFECTADO Y ACCIONES EMPRENDIDAS POR LA ENTIDAD



Se realiza una llamada saliente en fecha 18/07/2013 desde el departamento de cobros. No se localiza el titular del contrato y se le deja un mensaje para que contacte con el equipo de Atención al Cliente, del Servicio de Cobros.

Se realiza una segunda llamada saliente con fecha 23/07/2013 realizada desde el departamento de cobros, el titular cuelga sin contestar.

Respecto de las reclamaciones realizadas por el afectado o por terceros en su nombre, informa la entidad que no consta ninguna reclamación oficial a nombre del denunciante,

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 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 o comercial 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 del epigrafiado en esta AEPD en dónde pone de manifiesto lo siguiente en orden a determinar su adecuación a la LOPD:

“Alta de línea sin el consentimiento del titular de los datos y sin tener conocimiento de la activación de la línea, usando su DNI y nº de cuenta bancaria realizan un fraude suplantado su identidad (...)”—folio nº 1--.

Los hechos anteriormente descritos podrían tener cabida en el tipo infractor del art. 44.3 b) LOPD al tratar los datos del afectado sin su consentimiento.

La Entidad denunciada—**Orange**— en fecha 02/04/14 alega en Derecho en relación a los hechos objeto de denuncia lo siguiente:

*“Se facilita como Documento nº 2 copia del contrato realizado electrónicamente por el Sr. **A.A.A.** para la activación de la línea de Telefonía Móvil *****TEL.1**”.*

En este caso, la Entidad denunciada despliega diligencia mínima exigible en el

caso de la **contratación electrónica** en dónde al margen de los datos personales del afectado (Nombre, apellidos, dirección, nº de c/c, etc) junto con la numeración personal de su DNI (Documento Nacional de Identidad) se requiere de los documentos de validez de los códigos de validación MRZ.

El artículo 5.3 de la citada Ley 7/1998 establece que *“en los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”*

El desarrollo reglamentario de este artículo a través del mencionado Real Decreto 1906/1999, en el que se ratifica la obligación de confirmación documental de la contratación efectuada por vía telefónica, **electrónica** o telemática, disponiendo en su artículo 5.1 y 2 lo siguiente:

“1. La carga de la prueba sobre la existencia y contenido de la información previa de las cláusulas del contrato; de la entrega de las condiciones generales; de la justificación documental de la contratación una vez efectuada; de la renuncia expresa al derecho de resolución; así como de la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental y al momento de sus respectivos envíos, corresponde al predisponente.

*2. A estos efectos, y sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, cualquier documento que contenga la citada información aún cuando no se haya extendido en soporte papel, como las cintas de grabaciones sonoras, los disquetes y, en particular, los documentos electrónicos y telemáticos, siempre que quede garantizada su autenticidad, **la identificación fiable de los manifestantes**, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión y recepción, será aceptada en su caso, como medio de prueba en los términos resultantes de la legislación aplicable...”*

En este sentido se pronuncia, al hablar de la contratación telefónica, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 31/05/2006, Recurso 539/2004, en su Fundamento de Derecho Cuarto, cuando señala *“Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la Ley”, y continúa, “Resulta, por tanto, que tal empresa demandante no sólo no ha aportado ningún elemento probatorio que acredite la celebración telefónica del contrato, sino que tampoco ha acreditado el cumplimiento de las garantías y cautelas que determinan las normas descritas”*

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 propias 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 la documentación aportada cabe concluir que los indicios apuntan a la existencia de un **fraude** cometido por un tercero de mala fe en disposición de los datos de carácter personal del afectado con la finalidad de obtener terminales de telefonía móvil.

La Entidad denunciada—**Orange**—aporta copia del contrato electrónico con los datos del afectado, así como, copia del Albarán de entrega firmado por un tercero que se hace pasar por el denunciante.

Sobre situaciones similares a las que nos ocupan, presunto fraude de un tercero se ha pronunciado 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.”*

La reciente Sentencia de 24 de enero de 2014 -recurso nº. 540/2012 -, en un supuesto similar al que nos ocupa, y en que igualmente la parte denunciada era la misma: << ... *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>>.

Por tanto, cabe concluir que la Entidad denunciada—**Orange**—ha sido víctima al igual que el denunciante de una presunto fraude con la finalidad de obtener terminales de telefonía de forma fraudulenta, habiendo desplegado esta última la actividad mínima exigible tendente a constatar la identidad del afectado contando en sus sistemas con el contrato electrónico debidamente cumplimentado y actuando en todo momento con la creencia de contratar con el verdadero titular de los datos.

Cabe indicar que los datos del afectado **no han sido incluidos** en los denominados ficheros de solvencia patrimonial y crédito a instancia de ninguna Entidad acreedora, como lo acredita la documentación contenida en el presente procedimiento.

La existencia de denuncia aportada junto a la reclamación ante esta AEPD hace en todo caso que sea el Juez de Instrucción de lugar de comisión del presunto hecho delictivo el que deba continuar con la instrucción de la misma, al carecer esta AEPD de competencia material al respecto.

Por todo ello se ordena el **ARCHIVO** del presente procedimiento al no concurrir el elemento subjetivo—dolo o culpa—necesario para poder proceder a imponer una sanción, dado que la actuación de la denunciada se ve viciada por la actuación de un tercero de mala fe.

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 --**ORANGE ESPAGNE 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