

Expediente Nº: E/06746/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 17 de agosto de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) frente a la Entidad **JAZZ TELECOM, S.A.U** en lo sucesivo el/la denunciado/a) en el que denuncia de manera sucinta lo siguiente:

1. El 16 de julio de 2013 recibió dos correos electrónicos en los que se le informaba de la contratación de dos líneas de telefonía móvil con JAZZ TELECOM, S.A.U, en adelante JAZZTEL, que él no había solicitado.
2. El 17 de julio de 2013 se puso en contacto con JAZZTEL a través del número 1565 para informar de los hechos pero le indicaron que no figuraba ninguna solicitud a su nombre por lo que le recomendaron ignorar los mensajes.
3. El 18 de julio de 2013 recibe en su domicilio dos cartas de JAZZTEL con una tarjeta SIM y los contratos correspondientes a las líneas ***TEL.1 y ***TEL.2.
4. El 19 de julio de 2013 vuelve a llamar a JAZZTEL para interponer la reclamación con identificador ***NIF.1 y es en ese momento cuando se le informa de que tiene contratadas cuatro líneas móviles y dos terminales SONY que han sido asociados al contrato de línea fija y ADSL que si tenía contratados con anterioridad con JAZZTEL.
Al informársele de que todos los pedidos son grabados el manifiesta a la operadora que le atiende que ni él ni nadie de su hogar ha realizado ese pedido por lo que no pueden existir esas grabaciones y si existen no son de su voz.
5. El 21 de julio de 2013 remite un fax a la línea ***FAX.1 describiendo los hechos y solicitando, entre otras cosas, que le proporcionen copia de las grabaciones de las solicitudes.
6. El 1 de agosto de 2013 recibe una llamada de JAZZTEL en la que se le informa de que han revisado las llamadas y comprobado que efectivamente la voz de quien realiza las solicitudes no es la del denunciante por lo que le indican que debe interponer una denuncia por usurpación de personalidad y remitirla por fax al ***FAX.2 para que en el plazo de 7 días se le conteste.
7. El día 2 de agosto de 2013 interpone la denuncia que remite por fax el día 3.
8. Ante la ausencia de noticias de JAZZTEL el día 9 de agosto trata de ponerse en contacto telefónica con la entidad pero se le indica que el departamento que está tramitando su caso no es accesible telefónicamente.
9. El 14 de agosto de 2013 se realiza un cargo en su cuenta bancaria por la línea fija, el ADSL y las cuatro líneas móviles por lo que el 16 de agosto informa a la entidad de que va a devolver el recibo y que solicita que le generen un nuevo recibo correcto.

La denuncia adjunta la siguiente documentación:

- Copia de los correos electrónicos citados en el punto 1.
- Copia de los contratos citados en el punto 3.
- Copia de la denuncia y el fax citados en el punto 7.
- Copia de la factura citada en el punto 9.

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 18 de diciembre de 2013 se solicita a **JAZZTEL** información sobre los hechos denunciados y de su respuesta se desprende lo siguiente:

SOBRE LA CONTRATACION

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

Consta el alta por portabilidad de la línea *****TEL.3** y la activación del servicio de ADSL hasta 6 Megas a nombre del denunciante con fecha de alta 15 de septiembre de 2009 y fecha de baja, a petición de éste, el 14 de octubre de 2013.

El 16 de julio de 2013 el denunciante solicitó dos servicios móviles con portabilidad para las líneas *****TEL.4**, *****TEL.5**, *****TEL.1** y *****TEL.2**. Estos servicios estuvieron activos hasta que el departamento de cobros de la entidad procedió a su baja definitiva por impago el 22 de mayo de 2013.

La contratación se formalizó en ambos casos a través de teléfono.

Aportan copia del contrato suscrito pero no está firmado.

Se aporta copia de la grabación de la conversación telefónica mediante la que se contratan los servicios.

La grabación del servicio de línea fija reconocido por el denunciante tiene buena calidad y los datos de contratación los proporciona el propio denunciante.

La grabación de los servicios de telefonía móvil tiene mucha peor calidad y la voz del contratante parece artificialmente alterada. En esta grabación después de que el contratante se identifique con el nombre y apellidos del denunciante ya no proporciona ningún otro dato sino que se limita a confirmar los datos que le va proporcionando la operadora que le atiende y a consultar si con la contratación de las cuatro líneas le pueden corresponder 4 terminales en lugar de 2.

Como prueba de la contratación, además de la grabación aportan dos albaranes de entrega de los terminales a nombre del denunciante.

En el primero se indica que el paquete será recogido en la central de Vallecas y en el espacio destinado a identificar al receptor, junto a una firma que no coincide con la del DNI del denunciante se puede leer "PASAPORTE DE GINEA".

En el segundo albarán, se indica que el receptor es "j. romero" y la firma tampoco coincide con la del DNI del denunciante.

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

- CONTACTOS REGISTRADOS EN EL SISTEMA DE INFORMACION DE LA ENTIDAD:

Respecto de las comunicaciones y contactos que han existido entre esa entidad y el cliente, aportan la siguiente información:

El 19 de julio el denunciante presentó una reclamación en la que manifestaba no haber solicitado el alta de las líneas.

El 1 de agosto se le solicita que interponga una denuncia por usurpación de personalidad y ese mismo día se recibe una reclamación interpuesta por el denunciante ante la SETSI.

El 9 de septiembre la entidad resuelve que la contratación ha sido fraudulenta y se procedió a la baja de los servicios móviles sin que se facturasen las cuotas pendientes por el pago aplazado de los terminales y anulando las cuotas ya facturadas.

- EXPEDIENTE EN PAPEL:

Los representantes de la entidad indican que no les consta existencia de expediente en papel de sobre reclamaciones efectuadas por el afectado / Aportan copia del expediente en papel que consta en la entidad y que recoge las reclamaciones efectuadas por el afectado y se observa lo siguiente:

Copia de la reclamación recibida desde la SETSI y de la respuesta remitida a dicha entidad el 10 de septiembre de 2013 en la que se acepta como fraudulenta la contratación y se anulan todas las facturas asociadas a los servicios de móvil pero que queda pendiente el pago de 89,39 euros

SOBRE LOS POSIBLES IMPAGOS

- Se han emitido facturas desde el 1 de mayo de 2013 hasta el 1 de julio de 2013 y facturas rectificativas desde el 1 de agosto hasta el 1 de octubre de 2013.

No aportan copia de las que se encuentran pendientes de pago ya que actualmente, la deuda contraída se encuentra/no se encuentra condonada.

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 caso, se procede a examinar la reclamación de fecha **17/08/13** en dónde el epigrafiado pone de manifiesto los siguientes hechos en orden a determinar su adecuación a la LOPD.

*“En fecha 16/07/13 recibí dos mails de la Entidad **Jazztel** sin yo haber realizado ningún tipo de solicitud. Yo no he realizado ningún tipo de contratación con la misma...”—folio nº 1--.*

Los hechos anteriormente descritos podrían suponer una vulneración del contenido del art. 6.1 LOPD, al producirse una presunta contratación sin el consentimiento del afectado.

La Entidad denunciada—**Jazztel**—en fecha **14/01/14** realiza alegaciones en Derecho en dónde pone de manifiesto lo siguiente en relación a la reclamación del afectado:

*“Con fecha 15/09/2009 el denunciante solicitó la portabilidad de la línea *****TEL.6** y la activación de los servicios asociados a la misma de ADSL hasta 6 Megas + llamadas con mantenimiento de línea. Este servicio de ADSL estuvo en activo hasta el 14 de octubre del año 2013, fecha en la que se procedió a la baja por solicitud del cliente”.*

En apoyo de sus argumentaciones la Entidad denunciada—**Jazztel**—aporta copia de la grabación de la verificación de la contratación realizada el día 15/09/2009 para la línea *****TEL.6**, así como, copia de la grabación de la verificación de la contratación realizada en fecha 16/07/13 para las líneas *****TEL.4**, *****TEL.5**, *****TEL.1** y *****TEL.2**.

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”.

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.”

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).

En el caso que nos ocupa queda acreditada la intervención de un **tercero de mala fe** que dispone de los datos del denunciante, que induce a “error” en la contratación de los servicios, actuando en todo momento la Entidad denunciada—**Jazztel**—con la creencia de que se trataba del verdadero titular de los datos y desplegando la diligencia mínima exigible en estos casos.

No cabe apreciar el elemento subjetivo de la culpabilidad (dolo o culpa) en la actuación de la Entidad denunciada—Jazztel— *“que actuó en la creencia de que la persona con la que contrataba era quien decía ser y se identificaba como tal con una documentación en apariencia auténtica y a ella correspondiente”* siendo víctima de una estafa para la obtención de terminales de telefonía móvil.

A mayor abundamiento, tras recibir reclamación de fecha 01/08/13 de la SETSI en la que se adjunta denuncia policial por usurpación de datos se resolvió por la Entidad denunciada—**Jazztel**— dar de baja los servicios en fecha 09/09/13 **“por fraude”** anulando las cuotas ya facturadas por dichos servicios al denunciante.

De acuerdo con lo argumentado, cabe concluir que no se aprecia vulneración alguna de la normativa vigente en materia de LOPD, motivo por el que procede ordenar el **ARCHIVO** del presente procedimiento.

Cabe indicar que esta AEPD no es competente a la hora de enjuiciar tipos penales (**delito de estafa**—ex art. 248 y ss CP) siendo el Juez de Instrucción del lugar de comisión del presunto hecho delictivo el competente para entrar a conocer del fondo del asunto previa Denuncia de los hechos en cuestión.

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 **JAZZ TELECOM, 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