



Expediente N°: E/00006/2014

## 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 11 de noviembre 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:

*“...denunciar a **Jazztel** sobre irregularidades que creo muy serias....esta empresa abuso de mi, de mi familia durante seis meses, sin reconocer las evidencias de los errores y el castigo que me hicieron de dos cortes de teléfono...Jazztel me llama dos veces para anunciarme el envío de dos teléfonos que yo no había pedido. Negué haberseles pedido nada y añadía que si me los mandaban los devolvería...”*—folio nº 1--.

Junto con el escrito de denuncia se aportan copia de los siguientes documentos:

a) Reclamaciones remitidas por el denunciante a JAZZTEL entre el 7 de marzo y el 30 de abril de 2013.

En los escritos explica que es cliente de JAZZTEL pero no el titular de los móviles cuyas llamadas quieren cobrarle.

b) Reclamación presentada el 7 de mayo de 2013 CONSUMO y escritos intercambiados entre dicha entidad y JAZZTEL

c) Denuncia presentada ante la Policía Nacional el 3 de mayo de 2013.

d) Facturas emitidas por JAZZTEL.

**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 24 de febrero de 2014 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 del producto denominado “ADSL 6 Mb de JAZZTEL” a nombre del denunciante con fecha de alta 9 de agosto de 2012, asociado a la línea **\*\*\*TEL.1**.

El denunciante consta asimismo como titular de las líneas de telefonía móvil **\*\*\*TEL.2** y **\*\*\*TEL.3**, con fecha de alta 14 de enero de 2013. Amabas líneas tenían

asociada la tarifa denominada “Tarifa Plana Llama y navega 1000 1GB y la venta de un terminal ZTE Kis plata.

A JAZZTEL le consta la entrega de dos terminales el 15 de enero de 2013 en la dirección de prestación del servicio, que coincide con la proporcionada por el denunciante a esta Agencia a efectos de notificación. Como acreditación de la entrega aporta impresión de pantalla de los sistemas de información del transportista pero no de los albaranes en papel firmados por el receptor.

**La venta se formalizó a través de teléfono.**

**No aportan copia del contrato suscrito.**

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

En la grabación se puede escuchar a quien se identifica como el denunciante contratando dos nuevas líneas con las tarifas y terminales citados previamente.

Tras la reclamación presentada por el denunciante el 26 de enero de 2013 el alta de las líneas **\*\*\*TEL.2** y **\*\*\*TEL.3** se clasifico como fraudulenta y se dieron de baja ambas líneas el 18 de febrero de 2013.

#### 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, JAZZTEL no aporta ninguna información excepto la existencia de una reclamación interpuesta por el denunciante el 26 de enero de 2013 que fue resuelta mediante la baja de las líneas el 18 de febrero de 2013 y el abono de las facturas, tal y como después se especifica.

- EXPEDIENTE EN PAPEL:

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:

La reclamación presentada ante CONSUMO y citada en los antecedentes es recibida, según JAZZTEL manifiesta, el 24 de junio de 2013.

Constan copia de los escritos remitidos por CONSUMO en nombre del denunciante en los que este pormenoriza las facturas emitidas, las reclamaciones interpuestas y los pagos realizados.

Si bien no consta copia de resolución alguna, sí que figura copia de un fax remitido el 3 de julio de 2013 por JAZZTEL a CONSUMO en el que se indica que tras realizar las oportunas comprobaciones“... se *determinó que eran altas solicitadas fraudulentamente y se aplicó la baja de las mismas, siendo reactivado el servicio*



*Adsl el 25/03/13.”*

#### SOBRE LOS POSIBLES IMPAGOS

- Se han emitido facturas asociadas a las líneas **\*\*\*TEL.2** y **\*\*\*TEL.3** entre el 16 de febrero y el 16 de mayo de 2013. Se aporta copia de las facturas de febrero y marzo en las que se le cobra por los servicios asociados a dichas líneas y de las facturas rectificativas emitidas en abril y mayo.

Actualmente, tras los abonos realizados por JAZZTEL, el denunciante no mantiene ninguna deuda con la entidad.

#### 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 de fecha de entrada en esta AEPD **11/11/13** en dónde el epigrafiado pone de manifiesto los siguientes “hechos” en ordena su adecuación a la LOPD:

*“...denunciar a **Jazztel** sobre irregularidades que creo muy serias....esta empresa abuso de mi, de mi familia durante seis meses, sin reconocer las evidencia de los errores y el castigo que me hicieron de dos cortes de teléfono...Jazztel me llama dos veces para anunciarme el envío de dos teléfonos que yo no había pedido. Negué haberseles pedido nada y añadía que si me los mandaban los devolvería...”—folio nº 1--.*

Los hechos anteriormente descritos podrán ser constitutivos de la infracción del art. 6.1 LOPD por presunto tratamiento de los datos del afectado “*sin su consentimiento*”.

En fecha 06/03/14 se recibe en esta AEPD escrito de alegaciones de la Entidad-**Jazztel**- en dónde alega en Derecho lo siguiente en relación a los “hechos” objeto de denuncia:

*“Que los datos del denunciante se encuentran debidamente bloqueados tras la*



*baja como cliente de la compañía. Con fecha 14 de enero de 2013 el cliente solicitó la contratación de dos servicios móviles para la numeración de las líneas **\*\*\*TEL.2** y **\*\*\*TEL.3** con Tarifa Plana Llama y Navega 1000 1 GB Venta Terminal Jazztel ZTE Kis Plata, en ambas”.*

*“Que no tiene deudas pendientes con **Jazztel**, ni consta en ficheros de morosidad ni se le reclama deuda alguna por la estafa sufrida por Jazztel”.*

En apoyo de su pretensión aporta grabación de la contratación efectuada, en dónde se escucha una voz masculina que está en disposición de los datos del denunciante y efectúa la contratación.

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).

En el caso que nos ocupa los “indicios” aportados apuntan a que nos encontramos ante un fraude, esto es, un tercero de **mala fe** ha utilizado los datos personales del denunciante para la obtención de forma fraudulenta de terminales de telefonía móvil; actuando la Entidad denunciada—**Jazztel**—con la creencia de que contrataba con el verdadero titular de los datos y siendo víctima también de un engaño con los consiguientes daños y perjuicios.

La mera comisión de una infracción administrativa—tipo objetivo—no es suficiente a la hora de proceder a imponer una sanción administrativa.

La **culpabilidad** como reprochabilidad al sujeto activo de la lesión del bien jurídico protegido, resulta evidente cuando el sujeto realiza voluntariamente la conducta típica dirigida intencionalmente a la obtención del resultado antijurídico, que es procurado y querido.

Habrà de concurrir, pues, una conducta dolosa o negligente, ya sea negligencia grave o leve o simple, según en grado de desatención. Y no existe negligencia, ni por tanto infracción culpable y punible, *"cuando se haya puesto la **diligencia necesaria** en el cumplimiento de las obligaciones exigibles en materia de LOPD"*.

En este caso, la Entidad-**Jazztel**—aporta copia de la grabación, así como, copia de los albaranes de entrega de los terminales en la siguiente dirección **(C/.....1)-(Madrid)**, que fueron objeto de receptación y coincidiendo la dirección de entrega con la señalada por el denunciante en su escrito ante esta AEPD.

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 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>>.*

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

Cualquier cuestión relativa a los hechos que se denuncian—**delito de estafa**—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.

Finalmente, en relación con la pretensión de una **indemnización** por daños morales serán en este caso los órganos judiciales (civiles)- ex art. 1902 CC—los que en su caso deberán proceder a analizar la pertinente Demanda presentada en legal forma a los efectos legales oportunos.

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