



Expediente Nº: E/05487/2017

• **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 11/08/2017, tuvo entrada en esta Agencia escrito, a través del Instituto Vasco de Consumo, de D^a. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** (en adelante **JAZZTEL** o entidad denunciada) en el que denuncia una contratación a su nombre sin su consentimiento de una línea telefónica móvil con terminal asociado y una tarifa de Internet asociada a una tableta, con dicha operadora de telecomunicaciones **JAZZTEL**. Manifiesta que conoce a la persona que ha realizado la contratación, ya que es su hija: **B.B.B.**, con DNI *****DNI.1**; teniendo conocimiento de la situación con fecha 13/07/2017. Por ello, solicita la cancelación de los servicios contratados, así como la anulación de los cargos y penalizaciones asociadas a los mismos.

La denunciante para acreditar estos hechos aporta copia de la siguiente documentación:

Denuncia ante la Policía Autonómica (Ertzaintza) con fecha 14/07/2017. Información relevante contenida en el texto de la misma:

- o La contratación fraudulenta tuvo lugar a finales de Noviembre 2016 aproximadamente, sin conocimiento de la denunciante.
- o La línea de teléfono móvil contratada sin su consentimiento tiene número *****TLF.1**.
- o El terminal móvil, adquirido por pago aplazado, tiene un valor de compra superior a 900 euros.
- o Las contrataciones las hizo **B.B.B.** sin comunicar a la denunciante y cargó las facturas de pago en su cuenta corriente.
- o En el texto de la denuncia se lee lo siguiente:

“La denunciante paga mensualmente la factura de JAZZTEL, pero desde Enero 2017 la factura ha subido de forma desorbitada (...). Así mismo, en los últimos meses ha subido la factura del teléfono fijo del domicilio de la denunciante, puesto que su hija solía llamar habitualmente desde el mismo a números de teléfono de tarificación especial.”

“Desea dar de baja cuanto antes estas líneas porque no quiere seguir pagando las facturas que le genera su hija”.

- o La denunciante ha solicitado a JAZZTEL la baja del número móvil y la tarifa de Internet contratada fraudulentamente, pero la empresa le exige el pago íntegro del importe de los terminales asociados a los mismos (el móvil y la tableta).

Formulario de reclamación ante el Instituto Vasco de Consumo, registrado de entrada con fecha 19/07/2017, con la exposición de su situación y su petición.

Contestación de JAZZTEL dirigida al Instituto Vasco de Consumo con fecha 02/08/2017 en el marco de la reclamación interpuesta por la denunciante.

Información relevante contenida en el texto:

- o La denunciante contrató los servicios de Internet Fibra Pack Ahorro asociados a las líneas *****TLF.3**, *****TLF.1** y *****TLF.2** con fecha 23/11/2016.
- o No son competentes para valorar el posible delito de suplantación de identidad, que corresponde a la Jurisdicción Ordinaria.
- o La contratación se formalizó de conformidad con la Circular 1/2009 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Anexan grabación con el consentimiento del abonado realizada por entidad independiente.
- o Desestiman la reclamación del cliente y se confirma la contratación de las referidas líneas.
- o A fecha del escrito la denunciante se encuentra al corriente de pago con la compañía.

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:

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

Información en sus sistemas:



- o Nombre y apellidos, DNI y domicilio: los aportados por la denunciante a la AEPD.
- o Teléfono de contacto: *****TLF.1** (línea objeto de la denuncia)
- o Cuenta bancaria: a nombre de la denunciante

Productos y servicios contratados:

- o Línea fija con Internet y Fibra, núm. *****TLF.3**. Alta: 22/11/2016. Esta fecha de alta no encaja con lo que relata la denunciante en la denuncia policial (i.e. que ella tenía contratada ya una línea fija con la compañía denunciada, junto con una línea móvil)
- o Línea móvil núm. *****TLF.2**. Alta 23/11/2016. Baja: 25/10/2017. Según menciona la denunciante, es la línea contratada fraudulentamente.
- o Línea móvil núm. *****TLF.1**. Alta 23/11/2016. Baja: 25/10/2017.

Grabaciones

- o La grabación de la contratación tuvo lugar el 12/11/2016, la cual aportan en un CD.
- o ORANGE alega que la empresa verificadora es TRIA GLOBAL SERVICE S.L. (QUALYTEL), CIF *****CIF.1**. No aportan el contrato.

Facturas generadas

- o Número de facturas: 12 (la primera es de importe 0 y cubre 5 días de servicio)
- o Las 12 facturas suman un total de 1414,17 euros.
- o Las fechas de emisión de las 12 facturas regulares van de 23/11/2016 a 23/10/2017, inclusive.
- o Aportan copia de las facturas en un CD aparte.

Gestión del caso:

- o Aunque con fecha 27/07/2017 se recibió reclamación de la denunciante procedente del servicio de consumo del Gobierno Vasco, no se procedió a la baja de las líneas, al constar las "VPTS" (se debe referir a la llamada de verificación) de las contrataciones y confirmar que la contratación se había llevado a cabo conforme a lo establecido en la Circular 1/2009 de la CMT.
- o Afirman que se informó a la denunciante de que para poder revisar el caso y atribuir falsedad al alta de una línea en la que se han cumplido los requisitos normativos de la contratación, es necesario contar con la

preceptiva denuncia policial; con la siguiente advertencia dirigida al Instituto Vasco de Consumo al respecto:

“En relación a la reclamación del cliente, en la que en resumen manifiesta (...), les informamos de que, tras haber puesto en conocimiento de estos Hechos por parte del abonado ante las Fuerzas de Seguridad del Estado, considerando que podría tratarse de un presunto delito de suplantación y utilización indebida de los datos, cualquier información que en este sentido nos sea requerida para el esclarecimiento y colaboración con los Juzgados y Agentes Facultados será remitida de conformidad con la Ley de conservación de datos. JAZZTEL no es competente para valorar si el abonado ha sido objeto de una suplantación o robo de datos, este pronunciamiento le corresponde a la Jurisdicción Ordinaria con la colaboración de los agentes facultados para ello”.

- o Admiten que solo después de recibir el requerimiento de información de la AEPD y la documentación adjunta (lo cual tuvo lugar con fecha 23/10/2017) han procedido a realizar un estudio del caso, dando como resultado la ordenación de ajustes en las mencionadas facturas equivalentes a los cargos cuyos conceptos afectan a las líneas móviles objeto de la denuncia y los terminales asociados. Enumeran los ajustes realizados en cada una de las 11 facturas con importe positivo, resultando un total de 539,17 euros.
- o Al tratarse de un cliente con productos activos, relatan que la cantidad se irá deduciendo en la facturación futura de manera progresiva. Se justifican en el hecho de que las facturas se emiten los días 23 de cada mes, con el que no constan las facturas rectificativas con los ajustes a los que se han comprometido.
- o Adicionalmente, la contratación de las líneas ha sido catalogada como fraudulenta y resultando en la tramitación de la baja de las líneas *****TLF.2** y *****TLF.1** desde el día 25/10/2017.

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 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 negocial 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 de la línea se realizó por vía telefónica, en concreto, el 12/11/2016, y para acreditarlo ha aportado ORANGE esta Agencia en la fase de actuaciones previas de investigación un CD con dicha grabación. La entidad encargada del proceso de verificación fue la entidad TRIA GLOBAL SERVICE S.L. (QUALYTEL), 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).

En este último sentido, para el presente caso concreto hay que indicar que el domicilio contractual facilitado, distinto al del denunciante.

Y como el propio denunciante manifestó a esta Agencia al facilitar la oportuna denuncia policial en fecha 18/07/2017: *“le fue tremendamente complicado conseguir contactar con un operador ya que no figuraba ni siquiera como cliente de la entidad”*.

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 deben sustanciarse en los ámbitos jurisdiccionales pertinentes de la vía penal.

En todo caso, es obligado reseñar en relación con el principio de presunción de inocencia 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 esa diligencia desplegada por la entidad ya citada y respecto a las reclamaciones presentadas por la persona denunciante, ORANGE, después de recibir el requerimiento de información de esta Agencia y la documentación adjunta en fecha 23/10/2017, procedió a realizar un estudio del caso, dando como resultado el ajuste en las oportunas facturas equivalentes, con la deducción de la facturación correspondiente de los productos activos. Por otra parte, la contratación de la línea en cuestión ha sido catalogada como fraudulenta y se ha procedido a la tramitación de la baja desde el día 25/10/2017.

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 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