



Procedimiento nº.: PS/00157/2016

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00701/2016

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **ORANGE ESPAGNE SAU (antes JAZZ TELECOM SAU)** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00157/2016, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 13 de septiembre de 2016, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00157/2016, en virtud de la cual se imponía a la entidad ORANGE ESPAGNE SAU (antes JAZZ TELECOM SAU), una sanción de **30.000€** (treinta mil euros), por la vulneración de lo dispuesto en el artículo **6.1** de la LOPD, infracción tipificada como **grave** en el artículo **44.3 b)** de dicha norma y de conformidad con lo establecido en el artículo **45** de esa misma Ley Orgánica, y otra sanción de **30.000€** (treinta mil euros), por la vulneración de lo dispuesto en el artículo **4.3** de la LOPD, en relación con el artículo 29.4 de la misma norma y en relación también con los artículos 38, 39 y 43 del RLOPD, infracción tipificada como **grave** en el artículo **44.3 c)** de la LOPD y de conformidad con lo establecido en el artículo **45** de esa misma Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha **20/10/2016**, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00157/2016, quedó constancia de los siguientes:

***“PRIMERO:** Con fecha de 14 de abril de 2015, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de Don **A.A.A.** en el que denuncia que Jazztel (actualmente Orange) ha incluido sus datos en los ficheros Asnef y Badexcug asociados a su número de DNI y a un nombre parecido al suyo pero con otro domicilio, relacionados con una deuda de 63,74€ y 2045,05€, respectivamente, que no le pertenecen (folios 1-5)*

SEGUNDO:** El denunciante, Don **A.A.A.**, es titular del DNI **DNI.1** en el que figura su domicilio en (C/...1) (Asturias) (folio 51)*

TERCERO:** Consta en el expediente denuncia 674/51 de 12/01/2015 efectuada por el denunciante ante la Comisaría de Gijón por usurpación de identidad para contratar con Vodafone las líneas **TEL.1**, *****TEL.2** y la adquisición de dos terminales de alta gama (folios 10-11)*

***CUARTO:** En los Sistemas de Información de Jazztel se encuentra registrado, con el NIF del denunciante y bajo el nombre y apellidos **A.A.A.** (es decir el nombre del denunciante y apellidos en orden inverso), con domicilio en (C/...2) de Valencia, y datos*

de cuenta bancaria en La Caixa (folio 62).

QUINTO: Los productos contratados son los siguientes:

- 11/01/2013. Alta ADSL 20 Megas numeración Jazztel *****TEL.3**
 - 14/01/2013. Alta Móvil con Portabilidad *****TEL.1, ***TEL.2, ***TEL.4**
 - 12.02/2013. Baja Móvil con Portabilidad *****TEL.2, ***TEL.4**
 - 15/03/2013. Suspensión Impago ADSL 20 Megas numeración Jazztel *****TEL.3**
 - 15/03/2013. Suspensión Impago Móvil con Portabilidad *****TEL.1**
 - 02/07/2013. Baja Impago Móvil con Portabilidad *****TEL.1**
 - 02/07/2013. Baja Impago ADSL 20 Megas numeración Jazztel *****TEL.3**
- (folio 63).

SEXTO: Todas las facturas emitidas a Don **A.A.A.** resultaron impagadas generándose una deuda de 1778,94€ (folio 63). En las primeras facturas se incluye cuota por dos terminales (folios 66, 71 y 73).

SÉPTIMO: La contratación de las líneas *****TEL.3** y *****TEL.1, ***TEL.2, ***TEL.4** se efectuó por teléfono. Orange adjunta grabaciones en las que los datos de nombre y apellidos las dice el telefonista, mientras que el número de NIF, la dirección servicio y de correo electrónico los facilita el contratante (que parece tener acento latino) (folios 102 y 120)

OCTAVO: Equifax Ibérica ha informado que, con fecha 23/01/2015, envió un escrito de reclamación de deuda a "**A.A.A., asociado al NIF del denunciante, al domicilio en (C/...2)de Valencia**", respecto de un saldo deudor de 1.778,94€ informado por Jazztel (folios 37, 42).

Con fecha 20/01/2015, los datos asociados al DNI del denunciante fueron incluidos en los ficheros Asnef, informados por Jazztel, por un saldo deudor de 1.778,94€ (folio 58).

Asnef –Equifax procedió a la baja de la deuda reclamada el 20/03/2015 por incongruente (folio 46).

NOVENO: Por su parte, Experian informó los datos del denunciante asociados a su DNI al fichero Badexcug por un saldo deudor de 2042,05€ informado por Jazztel, con fecha **de alta el 30/11/2014 y que, con fecha 08/03/2015 continuaba activa** (folios 21-22)

DÉCIMO: Con fecha 20 de marzo de 2015, Equifax informó a Jazztel de la baja cautelar del dato a consecuencia error en la identificación del titular de los datos (folios 50-57 y 59).

A pesar de ello, a fecha 01/03/2016 no había procedido a depurar los datos en sus ficheros."



TERCERO: **ORANGE ESPAGNE SAU (antes JAZZ TELECOM SAU)** ha presentado en fecha 17 de octubre de 2016, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en la amplia y reiterada doctrina de esta Agencia en relación con la validez de los consentimientos verbales otorgados por los usuarios con verificación por tercero para las contrataciones de comunicaciones electrónicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por **ORANGE ESPAGNE SAU (antes JAZZ TELECOM SAU)**, reiterándose básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho del II al VIII ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<< II

Se imputa a ORANGE el tratamiento sin consentimiento de los datos personales del denunciante. 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.

3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos.

4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una Ley no disponga lo



contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”.

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), “...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 (...)”.

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.

Se puede afirmar, tal y como tiene sentado consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo - por todas las Sentencias de 8 de febrero de 1.964, 26 de mayo de 1.986 y 11 de junio de 1.991 - en interpretación del artículo 1.253 del Código Civil, que existen tres modos o formas básicas del consentimiento: expreso, manifestado mediante un acto positivo y declarativo de la voluntad; tácito, cuando pudiendo manifestar un acto de voluntad contrario, éste no se lleva a cabo, es decir, cuando el silencio se presume o se presupone como un acto de aquiescencia o aceptación; y presunto, que no se deduce ni de una declaración ni de un acto de silencio positivo, sino de un comportamiento o conducta que implica aceptación de un determinado compromiso u obligación. A efectos de la Ley Orgánica 15/1999 y con carácter general, son admisibles las dos primeras formas de prestar el consentimiento.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2007 (Rec 356/2006) en su Fundamento de Derecho Quinto señala que “ por lo demás, en cuanto a los requisitos del consentimiento, debemos señalar que estos se agotan en la necesidad de que este sea “inequívoco”, es decir, que no exista duda alguna sobre la prestación de dicho consentimiento, de manera que en esta materia el legislador, mediante el artículo 6.1 de la LO de tanta cita, acude a un criterio sustantivo, esto es, nos indica que cualquiera que sea ,la forma que revista el consentimiento éste ha de aparecer como evidente, inequívoco – que no admite duda o equivocación- , pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar al consentimiento. Por tanto, el establecimiento de presunciones o la alusión a la publicidad de sus datos en otro lugar resulta irrelevante, pues dar carta de naturaleza a este tipo de interpretaciones pulverizaría esta exigencia esencial del consentimiento, porque dejaría de ser inequívoco para ser “equivoco”, es decir, su interpretación admitiría varios sentidos y, por esta vía, se desvirtuaría la naturaleza y significado que desempeña como garantía en la protección de los datos, e incumpliría la finalidad que está llamado a verificar, esto es, que el poder de disposición de los datos corresponde únicamente a su titular”



III

De conformidad con lo expuesto ut supra, la jurisprudencia y el propio artículo 6 de la LOPD, exige que el responsable del tratamiento de los datos cuente con el consentimiento para el tratamiento de dichos datos personales, entendido estos de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo 3 de la LOPD como:

Responsable del fichero o tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.”

Consentimiento del interesado como “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

Tratamiento de datos: Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (art. 43), concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d). Este precepto, innovando respecto de la Ley Orgánica 5/1992, incluye en el concepto de responsable tanto al que lo es del fichero como al del tratamiento de datos personales.

Es preciso, por tanto, determinar si en el presente caso la actividad desarrollada por ORANGE puede subsumirse o no en tales definiciones legales, es decir, si es responsable del fichero y/o tratamiento, y en caso afirmativo si está o no legitimada para el tratamiento de datos del denunciante, y por ende verificar la prestación del consentimiento de éste o la ausencia del mismo.

IV

*Consta en los sistemas de información de Orange (antes Jazztel) los datos personales del denunciante, asociados a los servicios que presta aquella, en concreto un servicio de ADSL 20 Megas numeración Jazztel ***TEL.3 con fecha de alta 11/01/2013 y baja por impago en fecha 02/07/2013 y los servicios de líneas móviles ***TEL.1, ***TEL.2, ***TEL.4 con fecha de alta 14/01/2013 y baja por impago en fecha 02/07/2013*

Los sistemas de información de la denunciada han de conjugarse con la definición de fichero, que de conformidad con el artículo 3.b) como “todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuera la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso. Se puede afirmar por tanto, que Orange tiene en sus ficheros, los datos personales del denunciante.

Todo esto sitúa a Orange como responsable del fichero y se evidencia un tratamiento de datos, de conformidad con las definiciones legales señaladas en el fundamento jurídico anterior.

V



*En el presente caso la denunciante niega haber contratado los servicios de ORANGE en concreto las líneas ***TEL.3 y ***TEL.1, ***TEL.2, ***TEL.4. Se requirió a ORANGE que aportara documentación que permitiera acreditar el consentimiento prestado en la contratación, así como la validación realizada sobre la identidad del contratante resultando que la operadora aportó copia de la grabación telefónica por la que se contrataba las citadas líneas en el que figura que ha sido aceptado por el cliente electrónica o telefónicamente. Asimismo se le solicitó información sobre el procedimiento implantado para validar la identidad del contratante, respondiendo que la contratación mediante procedimiento verbal con verificación de un tercero se realizó de acuerdo con los procedimientos establecidos en la normativa. Tampoco ha aportado al expediente acreditación de las marcas realizadas por el contratante para otorgar su consentimiento vía telefónica, limitándose a aportar impresión de pantalla de los datos facilitados por el cliente de los que pretende se infiera la acreditación de la citada contratación, y consentimiento para el tratamiento de datos personales. Tampoco se ha aportado los albaranes de entrega de los terminales firmados habida cuenta que en las primeras facturas se incluye cuota por dos terminales adquiridos a plazos (folios 66, 71 y 73).*

Llegados a este punto debemos subrayar, una vez más, que es a la denunciada a quien incumbe la carga de probar que recabó y obtuvo el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos. La LOPD exige que sea el titular de los datos quien preste su consentimiento inequívoco, pues a él, y no a un tercero, le corresponde el poder de disposición sobre ellos. Con toda claridad el artículo 3.h) de la LOPD, al definir el consentimiento, se refiere a la manifestación de voluntad que el interesado hace respecto a los “datos que le conciernan”.

La doctrina emanada de la Audiencia Nacional en relación a la carga de la prueba ha seguido de manera uniforme esa orientación. Ya en su Sentencia de 21 de diciembre de 2001 el Tribunal expuso que “ de acuerdo con el principio que rige en materia probatoria (art. 1214 del Código Civil) la Agencia de Protección de Datos probó el hecho constitutivo que era el tratamiento automatizado de los datos personales de D.... (nombre, apellidos y domicilio), y a la recurrente incumbía el hecho impeditivo o extintivo, cuál era el consentimiento del mismo.

Es decir,debía acreditar el consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de datos personales, o justificar que el supuesto examinado concurre alguna de las excepciones al principio general del consentimiento consagrado en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 5/1992. Y nada de esto ha sucedido”.

Cabe citar la STAN de 31 de mayo de 2006, Recurso 539/2004 que indica en su Fundamento de Derecho Cuarto: “Por otra parte es al 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” (El subrayado es de la AEPD).

Más recientemente la STAN de 27 de enero de 2011, (Rec 349/2009), ratifica el



criterio precedente y en su Fundamento de Derecho Tercero expone: “...constituye doctrina reiteradísima y consolidada de la Sala, derivada del calificativo de inequívoco que acompaña en el artículo 6 LOPD a la prestación del consentimiento por el titular de los datos, que la negativa del afectado, en el sentido de no haber cumplimentado ningún contrato con la entidad que trata dichos datos personales, traslada a este último la carga de la prueba”. (El subrayado es de la AEPD).

*En definitiva la prueba aportado por ORANGE para acreditar que recabó y obtuvo del denunciante el consentimiento para el tratamiento de sus datos vinculados al alta de las líneas ***TEL.3 y ***TEL.1, ***TEL.2, ***TEL.4 se reduce a una copia de la grabación telefónica, en la que le contratante (que parece tener acento latino) responde a los datos que le proporciona el telefonista y la impresión de pantalla de los datos del denunciante (algunos que no le corresponden como es el caso del nombre del denunciante con los apellidos en orden inverso y del domicilio) facilitados vía telefónica pero que no se acredita que dicho contrato fue aceptado por el denunciante como asegura la operadora, pues ninguna prueba de tal aceptación se ha aportado, ni que se efectuara identificación alguna del titular de los datos, ni que se le hiciera entrega de los terminales pues no se ha aportado albarán alguno, lo que no permite concluir que el consentimiento inequívoco del titular de los datos tratados que exige la LOPD, artículo 6.1, hubiera existido, ni que la operadora hubiera adoptado, con ocasión de la contratación, las medidas que la diligencia aconseja a fin de salvaguardar el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal.*

Para calibrar si la conducta de ORANGE se ajustó, en relación con el sector en el que opera, al deber de diligencia que debe desplegar en la actividad que desarrolla, debemos examinar las disposiciones del R.D. 1906/1999 vigente en el momento de producirse la controvertida contratación. Esta norma regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, precepto que establece: “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 subrayado es de la AEPD).

El R.D. 1906/1999 reitera la obligación de confirmar documentalmente la contratación efectuada por vía telefónica, electrónica o telemática y dispone 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 el 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.

Parar ello, en los casos de contratación electrónica, deberá utilizarse un firma electrónica avanzada que atribuya a los datos consignados en forma electrónica el mismo valor jurídico que la firma manuscrita, conforme al Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. En estos casos, al documento electrónico se acompañará una consignación de fecha y hora de emisión y recepción en su caso". (El subrayado es de la AEPD).

En cuanto al proceso de contratación por internet/vía telefónica descrito por ORANGE esta señala que a través de la web tiendamovil.orange.es un cliente puede realizar un pedido de una alta nueva, migración o portabilidad. El cliente debe seleccionar el tipo de terminal, tipo de alta y tarifa, y aceptar las condiciones generales y de contratación para que su pedido se haga en firme. La entrega del pedido sólo se realizará al titular del pedido o persona autorizada, previa presentación de documento original de identidad. El cliente deberá firmar el albarán de entrega de/pedido en el momento de la entrega. Tras la activación, se enviará al cliente un correo electrónico informándole de la activación y facilitándole copia del contrato (documento PDF) y la factura de compra de su pedido. Finalmente ORANGE incorpora la copia del contrato asociado al cliente en un sistema de Gestión Documental, junto con el albarán de entrega del bien adquirido.

Pues bien, en el presente caso a pesar de que en el contrato figura que fue aceptado electrónica o telefónicamente por el denunciante, ORANGE no ha apretado prueba de que tal contratación se realizase por ésta, esto es acreditación de las marcas realizadas por el contratante (log de la contratación), ni ha aportado albarán alguno de entrega del pedido, ni el envío de correo electrónico informándole de la activación del servicio y facilitándole copia del contrato.

En atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, tomando en consideración que la denunciada no ha presentado ninguna prueba del consentimiento inequívoco del denunciante a la contratación de las líneas ***TEL.3 y ***TEL.1, ***TEL.2, ***TEL.4 que consta en sus registros vinculada a sus datos personales; ni ha aportado tampoco prueba alguna que demuestre que articuló los mecanismos encaminados a dejar constancia de la identidad de la persona que presta el consentimiento a la contratación electrónica - medidas que son exigibles tanto al amparo del R.D. 1906/1999 como a tenor de las obligaciones impuestas por la LOPD a fin de salvaguardar el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal-, se concluye que la conducta de ORANGE anteriormente descrita vulnera el principio del consentimiento que proclama el artículo 6.1 de la LOPD, infracción tipificada en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica que dispone: "Son infracciones graves, (..): b) Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo".

VI

El artículo 44.3.b) de la LOPD en su redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (Disposición final quincuagésimo sexta), tipifica como



infracción grave: “Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”.

*ORANGE trató los datos personales del denunciante sin su consentimiento al dar de alta de las líneas ***TEL.3 y ***TEL.1, ***TEL.2, ***TEL.4y girarle facturas, por lo que ha vulnerado el principio del consentimiento previsto en el artículo 6 de la LOPD. La conculcación de este principio supone la comisión de la infracción grave prevista en el transcrito artículo 44.3.b).*

VII

El artículo 4 de la LOPD señala en su apartado 3: “Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado” y en su apartado 4 prescribe: “Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificadas o completados, sin perjuicio de las facultades que a los afectados reconoce el artículo 16”.

La obligación establecida en el artículo 4 transcrito impone la necesidad de que los datos personales que se recojan en cualquier fichero sean exactos y respondan en todo momento a la situación actual de los afectados, siendo los responsables de los ficheros quienes responden del cumplimiento de esta obligación.

El artículo 29 de la LOPD regula de forma específica los ficheros establecidos para prestar servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, y distingue dentro de ellos dos supuestos, uno de los cuales son los ficheros en los que se tratan 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. Así, dispone en este sentido, en su apartado 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”. Añadiendo el párrafo 4 del mismo artículo que “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 aquellos.”

VIII

Consta acreditado en esta Agencia que las entidades asociadas los ficheros Asnef y Badexcug suministran periódicamente las relaciones de las altas, bajas y modificaciones de los datos de sus clientes a través de cinta magnética para que tales actualizaciones queden registradas en el fichero siendo las entidades informantes quienes deciden sobre el alta o la cancelación de los datos de sus clientes del fichero de morosidad.



Los datos personales del denunciante son datos que figuran en sus propios ficheros automatizados. Adicionalmente son comunicados al responsable del fichero de solvencia a través de cintas magnéticas que implican un tratamiento automatizado de los datos tratados, cedidos, e incorporados al fichero común de información sobre solvencia patrimonial.

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (art. 43), concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3. d).

Este precepto, innovando respecto de la Ley Orgánica 5/1992, incluye en el concepto de responsable tanto al que lo es del fichero como al del tratamiento de datos personales.

Conforme al artículo 3.d) de la LOPD, el responsable del fichero o del tratamiento es “la persona física o jurídica (...) que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”.

El propio artículo 3 en su apartado c), delimita en qué consiste el tratamiento de datos incluyendo en tal concepto “las operaciones o procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.

Es preciso, por tanto, determinar si en el presente caso la actividad desarrollada por el imputado puede subsumirse o no en tales definiciones legales.

En el presente caso, ORANGE trató automatizadamente (artículo 6.1) los datos relativos al denunciante en sus propios ficheros, de los que es responsable conforme al artículo 3.c) citado. Adicionalmente decidió sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento y resolvió autónomamente sobre su incorporación (artículo 4.3 en relación al 29.2) a ficheros comunes de solvencia patrimonial y crédito.

Dicha comunicación se realizó, a mayor abundamiento, mediante un procedimiento que implica un tratamiento automatizado de datos como es su incorporación a una cinta magnética cuyo destino es, también, ser tratada automatizadamente por el responsable del fichero de solvencia, siendo datos de alta, al culminar el proceso descrito, en los ficheros Asnef y Badexcug en fecha 20/03/2013 y 30/11/2014, respectivamente.>>

III

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, **ORANGE ESPAGNE SAU (antes JAZZ TELECOM SAU)** no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**



PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **ORANGE ESPAGNE SAU (antes JAZZ TELECOM SAU)** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 13 de septiembre de 2016, en el procedimiento sancionador PS/00157/2016.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **ORANGE ESPAGNE SAU (antes JAZZ TELECOM SAU)**.

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, se podrá interponer 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos