

Expediente Nº: E/01320/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **NATURGAS ENERGIA** en virtud de denuncia presentada por Doña **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 17 de diciembre de 2012, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) frente a la Entidad --**NATURGAS ENERGIA**-- en el que manifiesta que, siendo cliente de IBERDROLA, en julio de 2010 **NATURGAS** le dio de baja el suministro de electricidad con la anterior sin su consentimiento y fraudulentamente contrató el alta con dicha entidad.

Con fecha 19/03/2013 adjunta la siguiente documentación:

- Correo electrónico de 25/05/2012 dirigido a la denunciada en el que se recuerda que la entidad reconoció el alta fraudulenta y su compromiso de compensar la facturación.
- Acuse de recibo electrónico de la reclamación presentada ante el Área de Consumo: 18/12/2012
- Carta dirigida a Naturgas Energía solicitando las grabaciones de las conversaciones mantenidas en 2012: 30/10/2012
- Correo electrónico de Naturgas en el que se reconoce la contratación fraudulenta: 19/12/2012

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 26 de agosto de 2013 se solicita a **NATURGAS ENERGÍA, S.A.** la siguiente información relativa a D. **A.A.A.** y de su respuesta se desprende:

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

Contrato de gas: fecha de alta 01/08/2007 y fecha de baja 11/05/2013.

Contrato de luz: fecha de alta **12/07/2010** y fecha de baja 19/07/2012.

Se aporta imagen de sus sistemas donde figura como dirección de suministro:

(C/.....1)Vitoria-Gasteiz

- La entidad manifiesta que la contratación se realizó por vía telefónica.
- No se aporta grabación.
- La denunciada no ha contratado servicios de empresas verificadoras que intervengan en la contratación de servicios suscritos a través del canal telefónico.

Se aporta relación de facturas emitidas y posteriormente anuladas de suministros

de gas, luz y servicio “Funciona” desde 12/07/2010 al 04/04/2012. A este respecto, la entidad manifiesta lo siguiente:

“En la medida en que la contratación del suministro de gas y del servicio “Funciona” es pacífica, tras la anulación de las facturas referidas se proceden a facturar nuevamente el suministro de gas y el servicio “Funciona” para el periodo 12.07.2010 a 04.04.2012; las partidas a favor del cliente resultantes de la anulación del suministro de electricidad se compensaron con las nuevas facturas emitidas del suministro de gas y del servicio “Funciona” resultando de dicha compensación un saldo a favor de EDP de 178,71 Euros.

En paralelo y de manera simultánea en ese momento se le comunica al cliente que para proceder al cambio de comercializadora es él quien tiene que efectuar la nueva contratación ya que EDP no puede contratar nuevos suministros en su nombre. EDP no procede a la baja definitiva del contrato de suministro eléctrico a fin de garantizar la continuidad del suministro eléctrico del cliente: la baja efectiva se debía producir mediante el procedimiento de switching al contratar el cliente con la comercializadora que desee. En este sentido es importante destacar que si EDP hubiera procedido a la baja definitiva del contrato la empresa distribuidora de energía hubiera procedido inmediatamente al corte del suministro eléctrico.

Finalmente, dada la inactividad del cliente a la hora de poner en marcha los mecanismos de switching y la continuidad en el consumo de electricidad sin contratar con otra comercializadora EDP continúa emitiendo facturas por los consumos habidos hasta que finalmente el 19.07.2012 se efectúa el switching terminándose así de manera definitiva el suministro de electricidad por cuenta de EDP.”

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

“La primera llamada del cliente recibida en EDP en relación a su suministro eléctrico tiene lugar 18 meses después de la contratación de dicho suministro y que en atención a su reclamación, y con fines y justificación exclusivamente comerciales, EDP le regaló al cliente el consumo de electricidad de este año y medio durante el cual disfrutó de manera pacífica del suministro de electricidad con toda las garantías y con (a calidad reglamentariamente exigida.”

- La contratación se realizó a través de tercera entidad, denominada **CONTEC**, con domicilio social en **(C/.....2) Vitoria, Álava.**

Se aporta copia del contrato suscrito con fecha 01/01/2010, rescindido desde 08/03/2011 por las irregularidades manifestadas por CONTEC en la prestación de sus servicios.

Se observa que el contrato contiene en un anexo instrucciones relativas al tratamiento de los datos de carácter personal.

- Se aporta procedimiento detallado fijado para la tramitación de altas de clientes.

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 analizar la reclamación de fecha **19/03/13** en esta AEPD en dónde la epigrafiada manifiesta que:

*“...que la Entidad **Naturgas** le ha realizado una contratación fraudulenta en el alta del suministro de luz, dando de baja los servicios que tenían con Iberdrola con la que tenía contratado el suministro eléctrico bajo unas condiciones beneficiosas en calidad de familia numerosa...”.*

A requerimiento de esta AEPD, la Entidad denunciada—**Naturgas**— alega en fecha **17/09/13** que:

“El cliente contrató con EDP el suministro de energía eléctrica mediante el procedimiento de contratación electrónica. Puestos en contactos con el servicio de contratación electrónica éste carece del soporte de dicha contratación.

En relación con el segundo de los puntos no se han recibido reclamaciones escritas efectuadas por el interesado”.

De la documentación aportada se constata que en los sistemas de información de la Entidad denunciada—**Naturgas**—que las emisión de facturas con los datos de carácter personal de la afectada abarca el siguiente periodo: **12/07/2010** (fecha de la contratación telefónica) hasta el **04/04/12** (fecha en la que se atiende a la petición del cliente).

En su escrito de reclamación ante esta AEPD, por parte de la denunciante se manifiesta que “*nosotros no tuvimos conocimiento hasta enero del año **2012***”, mientras que el alta del contrato y la facturación correspondiente al nº de cuenta corriente de la afectada se produce en fecha 12/07/2010.

Por tanto, la primera reclamación frente a la Entidad denunciada—**Naturgas**—no se produce hasta unos 18 meses después del alta del servicio, periodo en el que han estado disfrutando de los servicios prestados (gas, luz, etc) y se han producido los correspondientes cargos en su nº de c/c.

Recordar que constituye doctrina reiterada y consolidada de la Sala de la AN que la LOPD no exige que dicho consentimiento inequívoco se manifieste de forma expresa ni por escrito (SSAN de 1-2-2006 (Rec.250/2004) y de 20-9-2006 (Rec. 626/2004), e igualmente que tal consentimiento se puede producir de forma expresa, oral o escrita, o por actos reiterados del afectado que revelen que, efectivamente, ha dado ese consentimiento con los requisitos expuestos, es decir, por actos presuntos, o por el silencio del afectado, **consentimiento tácito** (o impropriamente llamado silencio positivo), como se dice en la SAN de 14-4-2000 Rec. 103/1999).

Por consiguiente, en el presente caso desde que se produce el alta del servicio en los sistemas de información de la Entidad denunciada—**Naturgas**—(gas, luz y Servicio “**Funciona**”) en fecha **12/07/2010** hasta que se pone en conocimiento de la entidad denunciada su disconformidad en la contratación de lo servicio/s referenciados (enero **2012**): transcurre un periodo de tiempo, en el que se han abonado de forma reiterada facturas por el consumo real y efectivo de los servicios suministrados.

A mayor abundamiento, la Entidad denunciada—**Naturgas**—en base al reconocimiento de una “presunta” contratación fraudulenta o “irregular” procedió a “*regalar al cliente el consumo de electricidad del año y medio, durante el cual disfrutó de manera pacífica del suministro de electricidad con todas las garantías y con la calidad reglamentariamente exigida*”.

Sobre cuestiones similares a las que nos ocupan, se ha manifestado la Audiencia Nacional –**SAN 4062/2012** de fecha 15/10/12 Rec. 765/2010—en dónde se recoge:

“En el presente caso, sin embargo, concurren una serie de circunstancias específicas, esencialmente la existencia de consumo telefónico y la recepción y pago puntual de las facturas durante 16 meses, que llevan a esta Sala al convencimiento de que tal denunciante sí había prestado su consentimiento para la contratación de la línea en cuestión con dicha entidad telefónica recurrente, y en consecuencia, que la imputación de la infracción del art. 6.1 LOPD no puede ser apreciada”.

Por consiguiente, esta Agencia una vez examinada las alegaciones y las pruebas (documentales) presentadas considera que ha existido un **consentimiento tácito** de la afectada, teniendo en cuenta el plazo de 18 meses para proceder a realizar la primera reclamación, máxime cuando se han cargado y abonado en su nº de c/c los servicios prestados de forma efectiva y puntual por parte de la Entidad denunciada.

También, en este sentido, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo AN de 1-2-2006 (Rec. 250/2004), 21-1-2009 (Rec.109/2008), 24-6-2010 (Rec. 619/2009), 11-2-2010 (Rec. 418/09) y 17 de noviembre de 2010 (Rec. 729/09).

El **principio de presunción de inocencia** impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan la imputación o de la intervención en los mismos del presunto infractor. Aplicando el principio "*in dubio pro reo*" en caso de duda respecto de un hecho concreto y determinado, que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

En el presente caso, concurren una serie de circunstancias específicas, esencialmente la existencia de consumo efectivo de los servicios suministrados y la recepción y pago puntual de las facturas durante unos **18 meses**, que lleva a esta Agencia a considerar la existencia de un consentimiento tácito y a una cierta "falta" de diligencia mínima en la comprobación de los cargos en su nº de c/c por la afectada y en consecuencia, que la imputación de la infracción del art. 6.1 LOPD no puede ser apreciada con la rotundidad requerida para proceder a imponer una sanción de carácter económico.

Por todo lo expuesto y en base a los criterios jurisprudenciales, anteriormente expuestos, se acuerda el **Archivo** del presente procedimiento frente a la Entidad denunciada.

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-- **NATURGAS ENERGIA--** y a Doña **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