

Expediente Nº: E/02435/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **ENERGAS ENERGY CONSULTING S.L. y GALP ENERGIA ESPAÑA, S.A.U.** en virtud de denuncia presentada por **D.D.D.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 9 de enero de 2013, tiene entrada en esta Agencia un escrito de Dña. **D.D.D.** en el que declara que un comercial de GAS NATURAL FENOSA le ofertó descuentos en la factura de electricidad de un local y de su casa particular para lo cual le facilitó las últimas facturas de electricidad y firmó dos contratos. Sin embargo, sus datos fueron utilizados para formalizar dos contratos con GALP ENERGÍA siendo su firma falsificada, habiendo recibido facturas de dicha entidad.

Asimismo, manifiesta que a fecha de hoy GALP ha anulado los contratos y la amenazó de que si no cambiaba le cortaría el suministro de ambos domicilios.

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.

Con fecha de entrada 27 de mayo de 2013, a requerimiento de la Agencia, la entidad GALP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.U. (en adelante GALP) aporta la siguiente documentación:

1. En los ficheros de GALP figura que a nombre de Dña. **D.D.D.** se han contratado los siguientes servicios:
 - a) En el punto de suministro **B.B.B.:**
 - El alta en el servicio de electricidad se realizó el 17/10/2012 y se dio de baja el 26/12/2012 por cambio de comercializadora.
 - El alta en el servicio de ConfortClima se realizó el 16/08/2012 y se dio de baja el 15/11/2012.
 - b) En el Punto de suministro **B.B.B.:**
 - El alta en el servicio de electricidad se realizó el 16/10/2012 y se dio de baja el 02/01/2013 por cambio de comercializadora.
 - El alta en el servicio de ConfortClima se realizó el 16/08/2012 y se dio de baja el 15/11/2012.

Los representantes de la entidad aportan copia de los dos contratos a nombre de la denunciante cumplimentados en fecha 13/08/2012.

La contratación se realizó presencialmente a través de la empresa ENERGAS ENERGY CONSULTING, S.L.

2. En el sistema de facturación de la entidad figura que como consecuencia de los servicios contratados en el punto de suministro c **B.B.B.** se han generado 8 facturas, 3 de ellas compensadas y 5 anuladas.

Asimismo, en el Punto de suministro **B.B.B.** se han generado 8 facturas, 3 de ellas compensadas y 5 anuladas.

No existe deuda pendiente.

3. En el fichero de contactos mantenidos con el cliente figura:

Con fecha 28/08/2012 el hijo de la denunciante llama para reclamar que ellos realizaron el cambio con GAS NATURAL FENOSA tal y como venía en el membrete del contrato, y que nunca contrataron con GALP exigiendo la anulación de los contratos.

Con fecha 18/09/2012 el hijo de la denunciante vuelve a llamar informando que está dispuesto a denunciar

Con fechas 18/09/2012 y 22/09/2012 el hijo de la denunciante vuelve a llamar porque sigue recibiendo facturas por la contratación.

Con fecha 25/10/2012 el hijo de la denunciante envía un e-mail informando de la intención de denunciar a GALP a los organismos correspondientes.

Con fecha de 25/01/2013 reciben denuncia interpuesta ante la D.G.C. de la Comunidad de Madrid y GALP redacta carta informativa de respuesta.

4. En el **Acta de Inspección E/05577/2012-I/1**, realizada a la empresa **ENERGAS ENERGY CONSULTING S.L.** (en adelante **ENERGAS**) han quedado acreditados los siguientes hechos:

- ENERGAS suscribió con GALP con fecha 15 de febrero de 2012 un Acuerdo de prestación de servicios de fuerzas de ventas. El representante de ENERGAS manifiesta que el inicio efectivo de la actividad comercializadora de los productos de GALP se produjo en abril/mayo de 2012. Con fecha 3 de octubre de 2012 se suscribió una adenda al mencionado acuerdo, conforme a la que las partes acuerdan la suspensión de las acciones comerciales.

Actualmente ENERGAS no tiene actividad, encontrándose pendiente de la resolución de un nuevo proceso de contratación de prestación de servicios de task force que actualmente GALP está licitando.

- El único cliente para la comercialización de productos residenciales en la Comunidad de Madrid que ha tenido ENERGAS ha sido GALP.
- La fuerza de ventas de ENERGAS se nutrió de hasta un total de 40 comerciales, la inmensa mayoría de ellos vinculados a las terceras entidades siguientes: JR ENERGY CONSULTORA DE VENTAS S.L., G.A. AVIFER S.L. y FUERZA GRUPO PYMOS.

-

Con cada una de estas entidades se suscribía un contrato de colaboración,

reconocimiento de honorarios profesionales y confidencialidad. Como anexos a estos contratos, entre otros contenidos, figuran un compromiso de confidencialidad y unas penalizaciones por mala praxis.

- A petición de GALP, se remitió a la comercializadora un listado de los agentes de ventas externos o con relación mercantil con ENERGAS para la aprobación de los mismos por parte de GALP. El objetivo de esta comunicación era que se facilitara por parte de GALP a los agentes de ventas una acreditación, que nunca se recibió, según manifestaciones del representante de ENERGAS.
- GALP envió a ENERGAS una serie de criterios de formalización de contratos, que debían recoger:
 - o El nombre y número de teléfono del agente de ventas.
 - o El nombre de la empresa de task force.
 - o En casos en que el contrato no lo firmara el titular, autorización expresa del titular y fotocopia de su DNI.

El representante de ENERGAS manifiesta que la empresa exigía a los comerciales que, además de estos requisitos, se obtuviera también la copia del DNI del firmante así como de una de las facturas de suministro anteriores. Para ello los comerciales llevaban un escáner portátil o una cámara de fotos.

- El representante de ENERGAS manifiesta que una vez que el agente de ventas había recogido un contrato firmado junto con la correspondiente documentación, se procedía a comprobar que el contrato estaba correctamente cumplimentado y había sido firmado, y que se había requerido la documentación necesaria.

Si se aceptaba el documento, se procedía a rellenar una tabla Excel que contiene: NIF del contratante, dirección de suministro, CUPS de gas y de electricidad y los productos contratados. Esta información, junto con el contrato y documentación aparejada, era remitida a la entidad UNÍSONO, designada por GALP para realizar el backoffice de la contratación, quedándose ENERGAS con una copia sellada por UNÍSONO de ese documento.

Además, el representante de ENERGAS manifiesta que se escaneaba en el sistema de información de la entidad tanto el contrato suscrito como la documentación que obligatoriamente tenían que recabar los agentes de ventas.

Los representantes de ENERGAS aportan a petición de la Agencia Española de Protección de Datos copia de dos contratos de suministro eléctrico y servicio de mantenimiento CONFORTCLIMA suscritos a nombre de **D.D.D.** para los domicilios **B.B.B.**.

Junto con ambos contratos se ha recabado copia del DNI de la reclamante y se observa que la firma que figura en los contratos es similar a la del DNI.

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—LO 15/99--, 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 denuncia presentada en fecha 9 de enero de 2013 en esta Agencia, en donde el denunciante manifiesta que un comercial de GAS NATURAL FENOSA le ofertó descuentos en la factura de electricidad de un local y de su casa particular para lo cual le facilitó las últimas facturas de electricidad y firmó dos contratos. Sin embargo, sus datos fueron utilizados para formalizar dos contratos con GALP ENERGÍA siendo su firma falsificada, habiendo recibido facturas de dicha entidad.

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.

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 este caso, la Entidad denunciada aporta una serie de documentos (copia de los contratos, copia de las facturas con su anterior suministradora GAS NATURAL, copia

del DNI del denunciante aportada por la entidad ENERGAS a través de la cual se realizó la contratación), que dotan a la contratación del servicio de una presunción de certeza y veracidad en el alta consentida del servicio objeto de controversia entre las partes.

En cuanto al elemento subjetivo—culpabilidad—, hay que señalar que sólo pueden ser sancionadas, por hechos constitutivos de infracción administrativa, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia—ex art. 130 Ley 30/92, 26 de noviembre—.

Por otra parte, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste, así, en este sentido la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 31 de mayo de 2006 señalaba: *“Por otra parte es el 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”*.

La jurisprudencia ha venido exigiendo a aquellas entidades que asumen 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 la cada vez mayor casuística en cuanto al fraude en la utilización de los datos personales. Así, La Audiencia Nacional señala en su Sentencia de 19 de enero de 2005, *“el debate debe centrarse en el principio de culpabilidad, y más en concreto, en el deber de diligencia exigible a (...) en el cumplimiento de las obligaciones de la LOPD, y no tanto en la existencia misma de una contratación fraudulenta, cuestión ésta que compete resolver, en su caso, a otros órdenes jurisdiccionales”* y añade que el elemento central de debate *“no es la existencia misma de la contratación fraudulenta sino el grado de diligencia desplegado por la recurrente en su obligada comprobación de la exactitud del dato”*.

De acuerdo a estos criterios, se puede entender que –GALP ENERGIA SAU– empleó una razonable diligencia en la contratación ya que el agente comercial externo presentó el contrato firmado, junto con la fotocopia del DNI y de la factura emitida por Gas Natural, entidad suministradora anterior, no pudiendo detectar la contratación fraudulenta que se estaba produciendo.

Esta circunstancia dota a dicha contratación por parte de la entidad denunciada de una apariencia de veracidad que elimina el elemento subjetivo de culpabilidad necesario para ejercer la potestad sancionadora.

Una vez expuestas las consideraciones pertinentes desde la óptica de protección de datos debe significarse que ello no obsta para que el denunciante, si considera que se ha producido un uso fraudulento de su DNI para dar de alta nuevos servicios mediando, en su caso, falsificación de su firma, no recurra - como es el caso- a la activación de la vía penal correspondiente.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

- **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
- **NOTIFICAR** la presente Resolución a **Energas Energy Consulting S.L., GALP ENERGIA ESPAÑA, S.A.U.** y a **D.D.D.**

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