



Expediente N°: E/02924/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la(s) entidad(es) **GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A.** en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 20 de marzo de 2013 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) escrito de denuncia presentada por D^a. **A.A.A.** en la que expone que GNS dio de alta a su nombre sin su conocimiento ni consentimiento el servicio de mantenimiento "Servi Gas Electric". Dice que la firma que figura en el contrato no es la suya. Reconoce que en numerosas ocasiones se han presentado en su casa comerciales ofreciéndole diversos productos, pero que nunca ha contratado nada. Ha solicitado la baja en el servicio.

En el expediente y, tras haber respondido a un requerimiento de información formulado desde la AEPD a efectos de ampliación/subsanación, obra la siguiente documentación de relevancia:

- Copia de denuncia presentada ante la Policía Nacional el 14/03/2013, exponiendo los hechos.
- Copia de contrato de la empresa GAS NATURAL-FENOSA fechado a 04/06/2012, cumplimentado con los datos de la denunciante y firmado, relativo al alta del servicio de mantenimiento "Servielectric Complet". Adjunto a este contrato figura copia del DNI y del contrato de suministro de gas natural, firmado a 26/10/2010 y que sí reconoce.
- Copia de facturas de 26/09/2012, 28/11/2012 y 29/01/2013 emitidas por GAS NATURAL a su nombre, que recoge consumos por suministro y dos servicios de mantenimiento (Servigas Complet y Servielectric Complet).

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 03/07/2013 se solicita a GNS información relativa a **A.A.A.**, NIF *****NIF.1**, en relación a la contratación de productos de electricidad y gas. De la respuesta recibida se desprende lo siguiente:

SOBRE LA CONTRATACIÓN:

- GNS manifiesta la denunciante es cliente de la compañía, constando en los sistemas los siguientes datos:
 - o **A.A.A.**, NIF *****NIF.1**, (C/.....1) Madrid.
 - o Esta persona es cliente del servicio de suministro de gas, y figura que en el pasado estuvieron dados de alta a su nombre, además, dos contratos

de mantenimiento: uno vinculado al suministro de gas (ServiGas Complet) y otro vinculado al suministro eléctrico (ServiElectric Complet).

Se aportan impresiones de pantalla al respecto

- Por lo que al objeto de esta investigación se refiere (el contrato de mantenimiento del servicio ServiElectric Complet), de la información suministrada por GNS se desprende que el contrato fue dado de alta con fecha 20/08/2012 y de baja con fecha 13/02/2013. Se aporta impresión de pantalla al respecto.
- GNS manifiesta que el contrato por el que se dio de alta el servicio de mantenimiento ServiElectric Complet a nombre de la afectada se realizó presencialmente a través de un comercial. En este sentido, GNS expone que las tareas de comercialización y captación de clientes para el mercado liberalizado las tiene subcontratadas con diferentes empresas especializadas.

La operativa seguida para estos procesos se basa en que la empresa contratista tiene que enviar a GNS copia firmada del contrato junto con una fotocopia del DNI del titular de la instalación, de tal modo que GNS no admite ningún contrato que no venga acompañado de dicha copia.

Al respecto, se aporta copia del contrato (cumplimentado con los datos de la denunciante y firmado a 04/06/2012) y del DNI de la persona que figura como titular del mismo.

- GNS expone que, en el presente caso, la contratación se realizó a través de la empresa WARIS ENERGÍA S.L, con la que GNS tenía suscrito un contrato de prestación de servicios comerciales de fecha 16/03/2011 (se aporta copia del citado contrato). Además, informa de que el código del agente que realizó la contratación pertenece a **B.B.B.**, con DNI *****NIF.2**.

SOBRE LOS CONTACTOS MANTENIDOS CON LA DENUNCIANTE:

- GNS reconoce tener constancia de una reclamación presentada por la denunciante ante la Dirección General de Consumo de la Comunidad de Madrid, y que tuvo entrada en la entidad con fecha 06/06/2013. Aporta copia de la documentación relacionada con tal reclamación así como de la respuesta que con fecha 20/06/2013 se envió a la Comunidad de Madrid, explicando que *“con fecha 13 de febrero de 2013 se tramitó la baja del servicio de mantenimiento ServiElectric procediendo a la anulación íntegra de la primera vigencia. Como resultado de la gestión se generó un abono de 37,75 € que fue remitido, mediante transferencia, a la cuenta bancaria de la reclamante en fecha 15 de febrero de 2013”*.
- Como consecuencia de la reclamación citada, GNS contacta telefónicamente con la afectada, constatándose que no quiere darse de baja en el servicio de suministro de gas, sino que reitera que el alta en el mantenimiento ServiElectric se realizó fraudulentamente, falsificándose su firma. Se le informa que ya se tramitó la baja de ese servicio y la afectada reconoce que le fueron devueltas las

cuotas. Se aportan impresiones de pantalla al respecto.

SOBRE LA FACTURACIÓN:

- En relación a las facturas emitidas, GNS aporta una impresión de pantalla donde aparecen reflejadas todas las facturas emitidas. Entre ellas figura una factura de anulación relativa al servicio ServiElectric Complet, de 13/02/2013.
- GNS manifiesta que no existe deuda pendiente.

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 20 de marzo de 2013 en la que expone que GNS dio de alta a su nombre sin su conocimiento ni consentimiento el servicio de mantenimiento “Servi Gas Electric”. Reconoce que en numerosas ocasiones se han presentado en su casa comerciales ofreciéndole diversos productos, pero que nunca ha contratado nada, que la firma que figura en el contrato no es la suya y que ha solicitado la baja en el servicio.

Entre la documentación presentada por la Entidad denunciada- GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A— se aporta copia del contrato firmado por el denunciante junto con su clausulado y la fotocopia del DNI.

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 del contrato, copia del DNI del denunciante, etc), 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 --GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A-- empleó una razonable diligencia en la contratación ya que el agente comercial externo presentó el contrato firmado, junto con la fotocopia del DNI, 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.

Respecto a la diligencia debida y a la adopción de las medidas de prevención necesarias, puede traerse a colación la SAN 1787/2010, Rec. 700/2009 que, un supuesto análogo al que nos ocupa, afirma que *"si bien ni la normativa civil o mercantil, ni la específica aplicable a los consumidores y usuarios, establece que sea condición necesaria la solicitud de una copia del DNI o pasaporte a todos aquellos consumidores o usuarios que quieran contratar un determinado servicio con un empresario o profesional, ello no puede interpretarse, en el sentido de que le excuse de exigir medidas de prevención."*

En dicha sentencia se dice que *"no es obligatoria la copia del DNI o pasaporte para contratar un servicio, pero a efectos del ámbito de la protección de datos en que nos hallamos, deben adoptarse las medidas de prevención adecuadas para verificar la identidad de una persona cuyos datos personales van a ser objeto de tratamiento, medidas que pueden plasmarse, a título de ejemplo, en la repetida copia del DNI..."*.

Se trata en definitiva de que "se verifique la identidad del solicitante de los servicios mediante la exigencia de fotocopia del documento que acredite dicha identidad, a fin de contratar y facilitar el servicio a la persona que efectivamente lo reclama".

En conclusión, se ha solicitado para la concesión del crédito para identificar a la persona con la que se contrataba copia del DNI, lo que evidencia que de acuerdo con el criterio seguido por esta Sala, se adoptaron las medidas necesarias para la comprobación de la identidad de la contratante y los datos que figuran en dicho DNI se corresponden con la titular del contrato. La utilización de dicho DNI, al parecer por una persona distinta de su auténtica titular, es una cuestión objeto de investigación en el ámbito penal (...)

Además, a raíz de contactar con la citada Sra. y a la vista de lo por ella manifestado, la recurrente dio de baja de forma inmediata sus datos y cesó de reclamarle cantidad alguna."

Por todo lo cual, a la vista de las concretas circunstancias concurrentes, la Sala consideró que la recurrente había adoptado las medidas adecuadas tendentes a verificar la identificación de la persona con la que contrataba y no apreciando falta de diligencia en su actuación, procedió en consecuencia dejar sin efecto la sanción impuesta por vulneración del principio del consentimiento consagrado en el artículo 6 LOPD.

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 **GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A.** y 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 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