

Expediente Nº: E/03235/2013

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, IBERDROLA GENERACION SAU, Iberdrola Generación SAU** en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 1 de abril de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara que habiendo contratado el suministro de electricidad y gas con IBERDROLA, GAS NATURAL FENOSA les remite por correo postal una carta de bienvenida. Se ponen en contacto con Iberdrola para confirmar que no desean cambiar de comercializadora pero reciben una factura de Gas Natural Fenosa. Iberdrola manifiesta que GNF les ha remitido la autorización para efectuar el cambio.

Junto con su escrito aportan correos electrónicos remitidos a Iberdrola y a Gas Natural Fenosa desde el 29/01/2013 para intentar aclarar la situación.

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 26 de junio de 2013 se solicita a **GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A** la siguiente información relativa a Dña. **A.A.A.** y de su respuesta se desprende:

- Respecto de los productos que constan a su nombre:

Se aporta imagen de sus sistemas donde figuran los datos personales y los productos contratados:

Electricidad: alta 28/09/2012 y baja 12/02/2013 por contratación incorrecta

Gas: alta 28/09/2013 y baja 21/11/2012 por GNS comercializadora saliente

Mantenimiento del gas: alta 28/09/2012 y baja 12/02/2013 por contratación incorrecta

Óptima eléctrica: alta 18/01/2013 y en activo (a 11/07/2013)

Se aporta copia del contrato firmado el 24/09/2012 para el suministro de gas, electricidad y el mantenimiento de ambos. Se aporta copia del DNI, de la grabación de confirmación de la contratación y de la factura de las anteriores suministradoras (Galp e Iberdrola).

- Dirección de contacto: **(C/.....1) (Madrid).**
- La contratación se formalizó a través de una tercera entidad: COPRINSA GAS, S.L.

Se aporta el contrato con esta entidad.

Respecto a la contratación, la denunciada señala lo siguiente:

“Las tareas de comercialización y captación de clientes para el mercado liberalizado son tareas que GNS tiene subcontratadas a diferentes empresas especializadas en marketing, prospección de mercados y captación de clientes.

En el presente caso, tras haber realizado las comprobaciones oportunas, podemos confirmar que el contrato fue formalizado con la denunciante a través de la intervención de la empresa contratista Coprinsa Gas, S.L.

Ningún empleado de GNS ni de ninguna empresa del grupo Gas Natural Fenosa realiza actividades de captación de clientes de forma presencial y, en particular, ningún empleado de Gas Natural Fenosa ha tenido contacto con el denunciante en el momento de la firma del contrato.

En cuanto a la operativa de la captación de clientes, consideramos oportuno exponer brevemente su funcionamiento.

En primer lugar, el agente de ventas de la empresa contratista tiene la instrucción de dirigirse presencialmente al cliente y, después de informarle adecuadamente del producto a contratar, si el cliente consiente, recabar la firma del mismo en el contrato, así como una fotocopia del DNI.

Una vez firmado el contrato, la empresa contratista envía el mismo a GNS junto con la copia del DNI.

GNS no admite ningún contrato que no venga acompañado de la fotocopia del DNI del titular, pues considera que la entrega por parte del cliente de una copia de su DNI al agente comercial, es un indicio suficientemente claro de su voluntad de contratar.

En el caso que nos ocupa, Coprinsa Gas, S.L. remitió a GNS, junto con los contratos objeto de las presentes actuaciones, fotocopia del DNI del titular.

Una vez recibida la documentación relativa a la contratación, GNS la traslada a su sistema informático e inicia la facturación del servicio o suministro de que se trate al cliente, en los términos previstos en el contrato formalizado con él a través del agente comercial de la empresa externa de que se trate.”

- Respecto a la grabación de la conversación telefónica en la que se verifica la contratación de los servicios:

Se comprueban el nombre y apellidos, dirección completa, DNI, números de teléfono fijo y móvil, así como los servicios contratados. En la conversación, la cliente reconoce que recibió en su casa la visita de una comercial de GNF llamada (Marcela).

- Las facturas fueron compensadas, por lo que no existe deuda.
- Respecto a las comunicaciones y contactos que han existido con el cliente, la entidad manifiesta lo siguiente:

En fecha 25/01/2013 cliente realiza llamada al servicio de atención al cliente, se genera reclamación R2-*****1 y se envía a cliente por mail la siguiente respuesta *“De acuerdo con la conversación telefónica mantenida, nos ponemos*



*en contacto con usted para informarle que, tras la consulta realizada, hemos pasado nota de su reclamación al departamento correspondiente (código R2-*****1), para que realicen las diferentes acciones solicitadas sobre sus contratos y se pongan en contacto con usted a la mayor brevedad posible. Le pedimos disculpas por las molestias ocasionadas”.*

La respuesta es “documentación y locución correctas, se informa al cliente que para poder cambiar de comercializadora tiene que ser el mismo quien realice ese cambio, baja de los contratos de mantenimiento SVG y SVE”.

Se intenta contactar con cliente pero es ilocalizado. Se adjunta imagen de los sistemas.

- Respecto al expediente en papel que recoge las reclamaciones presentadas por el afectado se aporta lo siguiente:

Fax por el que se dirige reclamación a la D.G. de Consumo el 25/03/2013

Carta de GNS SDG de 19/04/2013 en la que se indica lo siguiente:

El Contrato de suministro Dual y servicios consta firmado por la Sra. A.A.A. en fecha 24 de septiembre de 2012. Posteriormente, se contactó telefónicamente con la denta dando su conformidad con la contratación realizada.

De acuerdo con ello, el contrato de suministro de gas se activó en fecha 1 de octubre de 2012, quedando inactivo el día 21 de noviembre de 2012. Respecto al contrato de suministro eléctrico debemos informar que consta activo desde el 5 de febrero de 2013.

Según lo expuesto, entendemos que la contratación se realizó de forma correcta, señalando que si la Sra. A.A.A. desea contratar este suministro con otra comercializadora, deberá dirigirse a la empresa que considere más conveniente a fin de realizar los trámites correspondientes.

Por otro lado, en fecha 12 de febrero de 2013 se tramitó la baja de los servicios de mantenimiento ServiGas y ServiEléctric, procediendo a la anulación íntegra de la vigencia 2012/2013. Como resultado de la gestión, se generó un abono total de 18,40€, que fue remitido a la cuenta bancaria de la Sra.A.A.A. en fecha 18 de febrero de 2013”

- Carta de respuesta de GNS a la D.G.de la CM en la que se informa que “tras haber recibido el expediente de referencia y de acuerdo con la indicación de la Sra. A.A.A. de estar conforme con la permanencia en nuestra Compañía, hemos procedido a cerrar la reclamación”.

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 el 1 de abril de 2013 por **A.A.A.** en la que declara que habiendo contratado el suministro de electricidad y gas con IBERDROLA, GAS NATURAL FENOSA les remite por correo postal una carta de bienvenida. Se ponen en contacto con Iberdrola para confirmar que no desean cambiar de comercializadora pero reciben una factura de Gas Natural Fenosa. Iberdrola manifiesta que GNF les ha remitido la autorización para efectuar el cambio.

Junto con su escrito aportan correos electrónicos remitidos a Iberdrola y a Gas Natural Fenosa desde el 29/01/2013 para intentar aclarar la situación.

Entre la documentación presentada por la Entidad denunciada- GAS NATURAL SERVICIOS SDG, S.A— se aporta copia del contrato firmado por la denunciante junto con su clausulado, la fotocopia del DNI, copia de facturas de las anteriores suministradoras (Galp e Iberdrola) y la grabación de la verificación de dicha contratación.

En esta grabación se comprueban el nombre y apellidos, dirección completa, DNI, números de teléfono fijo y móvil, así como los servicios contratados. En la conversación, la cliente reconoce que recibió en su casa la visita de una comercial de GNF llamada (Marcela).

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 propias 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, de facturas anteriores y grabación de verificación), 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 y de la facturas emitidas por Iberdrola y Galp, entidades suministradoras anteriores, y grabación en la que se verifican todos los datos del titular y su consentimiento a la contratación, 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.

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, IBERDROLA GENERACION SAU, Iberdrola Generación SAU 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