



Expediente N°: E/04291/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades **EQUIFAX IBERICA, S.L. e IBERDROLA GENERACIÓN SAU** en virtud de denuncia presentada por **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 15 de abril de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara que IBERDROLA ha dado de alta el suministro de gas sin su consentimiento, haciendo un uso fraudulento de sus datos personales y ante la imposibilidad de cobro de los recibos, ha incluido sus datos en el fichero Asnef.

Junto a su escrito de denuncia aporta la siguiente documentación:

- Factura y carta de Iberdrola de fecha 17 de diciembre de 2010
- Carta de reclamación del pago de fecha 28 de diciembre de 2010
- Contrato de Iberdrola de 23/08/2010 (cuya firma ha sido falsificada)
- Copia del DNI
- Factura de Gas Natural (anterior suministradora)
- Facturas de Iberdrola Noviembre 2012 - Diciembre 2012
- Carta de reclamación remitida a Iberdrola: 07/03/2013
- Carta de inclusión en Asnef por importe de 1401,14 € por Iberdrola con fecha 06/03/2013

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 28 de agosto de 2013 se solicita a **IBERDROLA GENERACION SAU** la siguiente información relativa a D. **A.A.A.** y de su respuesta se desprende lo siguiente:

- Respecto a los productos contratados, la entidad aporta la siguiente documentación:
 - Copia del contrato de suministro de gas suscrito a nombre de D. **A.A.A.**, con fecha de 23-08-2010, formalizado por un agente comercial fuera del establecimiento mercantil y supuestamente firmado por el cliente.
 - Factura de suministro de la anterior empresa comercializadora, emitida por GAS NATURAL FENOSA y supuestamente aportada al agente comercial por el propio cliente para facilitar los datos técnicos del suministro. Se pone de manifiesto que los datos bancarios en esta factura no están completos, por lo que necesariamente el agente comercial debe recabarlos directamente del propio cliente en el momento de la contratación e incluirlos en el formulario

de contratación.

- Carta a la empresa distribuidora de gas, solicitando el cambio de comercializador a favor de IBERDROLA, así mismo supuestamente firmada por el cliente.
- Condiciones Particulares de aplicación al contrato suscrito.
- Hoja de precios aplicables al contrato.

Se aporta imagen de sus sistemas donde consta como dirección de suministro y de correspondencia: **(C/.....1), Barcelona.**

El suministro de gas fue dado de alta el 11/10/2012 y fue desactivado el 11/02/2013, por cambio de comercializadora. Se aportan imágenes de los sistemas.

A este respecto, la entidad manifiesta que *“en el documento autocopiativo de contratación se indicó que la dirección del suministro era la calle Sardeña (que en realidad constaba como dirección de correspondencia en la factura de la anterior comercializadora) y no la calle (C/.....1) (que era la dirección correcta del suministro de gas). Este error produjo que en la primera reclamación del usuario no se entendiese la contratación como fraudulenta sino como un error en la dirección del suministro de gas contratado”*.

- La contratación se realizó de forma presencial a través del distribuidor: GRUPO MERCADOS TELEMATICOS, S.A. (GMT) con C.I.F. ***** y domicilio social en la (C/.....2), MADRID.

A este respecto la entidad manifiesta que ha procedido a aplicar las sanciones económicas previstas en el contrato para el caso de su incumplimiento y adicionalmente ha rescindido definitivamente el contrato de colaboración comercial para la promoción y formalización de contratos de suministro de gas y gas en Cataluña con fecha 1 de marzo de 2.011. Se aporta burofax de rescisión de contrato.

- IBERDROLA aporta copia de la grabación de la llamada de verificación. En ella:

Se verifican el nombre y apellidos, teléfono de contacto, fecha de nacimiento y la contratación de gas y mantenimiento. Posteriormente, se comprueba el CUPS, la anterior suministradora, el DNI y la dirección **((C/.....3))**.

- Respecto a la facturación, Iberdrola manifiesta que actualmente no existe deuda dado que ella ha asumido el coste del consumo de gas durante el tiempo de vigencia del contrato.

Finalmente, la denunciada destaca los siguientes aspectos de su actuación:

- Aporta el contrato suscrito con el distribuidor. El Anexo II versa sobre el tratamiento de datos de carácter personal a efectos de cumplir la LOPD y el Anexo V es el Código Ético de Conducta entre el distribuidor y los clientes.
- Se adjunta la Guía del Club del Colaborador donde se detalla el

procedimiento para la tramitación de altas y el código de conducta en la venta.

- Además, IBERDROLA tiene implementados los siguientes controles de calidad:

“• Realización de llamadas de comprobación de la venta presencial: en dichas llamadas de verificación se confirma la visita del agente comercial al domicilio del cliente y que éste ha sido informado de las condiciones, precios y descuentos aplicables al suministro que ha contratado y, por lo tanto, su conformidad a dicha contratación antes de su activación definitiva o su rechazo en aquellas ventas que no son claramente aceptadas por el cliente.

• Recogida del D.N.I. del titular del contrato: Actualmente en todas las ventas realizadas mediante visita de agente comercial al domicilio del cliente se recaba copia del D.N.I. o documento de identidad acreditativo correspondiente al titular del contrato que debe ser, además, el firmante del mismo y que queda adjuntado a la documentación contractual.

Adicionalmente, IBERGEN realiza auditorías internas y contrata puntualmente auditores externos de reconocido prestigio con objeto de asegurar el cumplimiento por parte de las empresas colaboradoras de IBERGEN de los requisitos exigidos para que una contratación se considere válida a todos los efectos. En caso de detectarse incumplimientos IBERGEN aplica al establecimiento colaborador las penalizaciones pactadas previamente en el contrato de prestación de servicios.

*Por otra parte, el proceso de contratación y atención a clientes de IBERGEN está certificado por la entidad AENOR en la norma UNE-EN-1509001:2008 con el número ***NÚMERO.1.”*

- Respecto a su actuación posterior a la contratación, la entidad señala que:

“Cuando tuvo conocimiento de la reclamación del denunciante y, por tanto, de la posible actuación fraudulenta, IBERDROLA inició un procedimiento de investigación interna analizando la venta y en especial, los documentos que constaban firmados por el cliente, el dato de la cuenta bancaria completa y la copia de la factura de gas, ya que estos dos últimos requisitos deben ser necesariamente aportados por el propio cliente.

IBERDROLA envió al denunciante todas las pruebas documentales que obraban en su poder para que pudieran verificar su autenticidad.

Una vez aclarada la irregularidad en la contratación, IBERDROLA anuló todas las facturas que habían sido emitidas asumiendo IBERDROLA el importe íntegro de la facturación por el consumo de gas realizado en el domicilio durante el tiempo en el que el contrato permaneció comercializado por IBERDROLA.”

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 15 de abril de 2013 en esta Agencia, en dónde el denunciante manifiesta que IBERDROLA ha dado de alta el suministro de gas sin su consentimiento, haciendo un uso fraudulento de sus datos personales y ante la imposibilidad de cobro de los recibos, ha incluido sus datos en el fichero Asnef.

Entre la documentación presentada por la Entidad denunciada- IBERDROLA GENERACION, S.A— se aporta copia del contrato firmado, factura de suministro de la anterior empresa y grabación de verificación de la contratación en la que el cliente facilita todos sus datos.

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 grabación que dota 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 IBERDROLA empleó una razonable diligencia en la contratación ya que ha aportado copia del contrato, facturas de la anterior suministradora y una grabación de verificación de la contratación con el cliente que facilita todos sus datos personales.

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.

Por otra parte, respecto a la diligencia posterior, tal y como ha manifestado la denunciada, cuando tuvo conocimiento de la reclamación del denunciante y, por tanto, de la posible actuación fraudulenta, IBERDROLA inició un procedimiento de investigación interna analizando la venta y en especial, los documentos que constaban firmados por el cliente, el dato de la cuenta bancaria completa y la copia de la factura de gas, ya que estos dos últimos requisitos deben ser necesariamente aportados por el propio cliente.

IBERDROLA envió al denunciante todas las pruebas documentales que obraban en su poder para que pudieran verificar su autenticidad.

Una vez aclarada la irregularidad en la contratación, IBERDROLA anuló todas las facturas que habían sido emitidas asumiendo IBERDROLA el importe íntegro de la facturación por el consumo de gas realizado en el domicilio durante el tiempo en el que el contrato permaneció comercializado por IBERDROLA.

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:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **EQUIFAX IBERICA, S.L., 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