

Expediente N°: E/06950/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 23 y 24 de octubre de 2013 tienen entrada en esta Agencia a través de su sede electrónica dos denuncias, una de **A.A.A.**, en adelante la denunciante, y otra de D. **B.B.B.** en representación de la denunciante. En ambas denuncias se incluyen las mismas manifestaciones y documentos que se detallan a continuación:

1. Se ha producido una contratación fraudulenta e suministro eléctrico que a su entender vulnera los artículos 5.1, 5.2, 6.1 y 4.3 de la LOPD.
2. El comercial que llevó a cabo la contratación afirmó en dos ocasiones que trabajaba para ENDESA, compañía con la que tenía contratado el suministro eléctrico, y no para IBERDROLA GENERACIÓN SAU, en adelante IBERDROLA.
3. No fue informada de que se iba a realizar un cambio del suministro eléctrico que tenía contratado con ENDESA a IBERDROLA.
4. En los impresos que según IBERDROLA firmó pero que no recuerda haber firmado no figura la cláusula con la información que exige el artículo 5 de la LOPD.
5. El comercial se limitó a hacerle una fotografía con su teléfono móvil a la última factura de ENDESA y a su DNI.

Cuando le solicitó los datos de su cuenta bancaria se negó aduciendo que si el comercial pertenecía a ENDESA ya disponía de acceso a ellos.

Junto con la denuncia se aportan, entre otros, los siguientes documentos:

- a) Reclamación ante IBERDROLA presentada el 2 de octubre de 2013 en la oficina de IBERGIA.
- b) Reclamación presentada el 15 de octubre de 2013 ante la Dirección General de consumo de la Junta de Andalucía.
- c) Escrito recibido el 21 de octubre de 2013 remitido por la Dirección de Atención al Cliente de IBERDROLA.
- d) Copia de los impresos de solicitud de contratación firmada que le remitió IBERDROLA que tiene fecha de 9 de septiembre de 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, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

Con fecha 5 de diciembre de 2013 se solicita a **IBERDROLA** información sobre los

hechos denunciados y de su respuesta se desprende lo siguiente:

SOBRE LA CONTRATACION

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

Consta el alta del servicio de suministro de electricidad y gas a nombre de la denunciante con fecha de alta 9 de septiembre de 2013 y fecha de baja el 8 diciembre de 2013 por cambio de empresa comercializadora.

La venta se formalizó a través presencialmente.

Respecto de la documentación acreditativa del contrato:

Aportan copia del contrato suscrito la carta a remitir al distribuidor de electricidad y la hoja de condiciones económicas, que están firmados por la contratante, del DNI de la misma y de una factura emitida por ENDESA a nombre de la denunciante el 13 de agosto de 2013. El contrato, la carta y la hoja de condiciones económicas contratadas tienen el logo y los datos identificativos y de contacto de IBERDROLA.

La contratación se realizó a través del distribuidor IBERGIA ENERGY SL. Aportan copia del contrato suscrito con el distribuidor firmado el 1 de enero de 2013.

Entre los anexos al contrato firmado se encuentra uno que cubre lo relativo al cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos y otro es el código ético de conducta en la venta. En este último documento se establecen, entre otras normas, que el comercial no se deberá aprovechar de la edad de los clientes, que está prohibido cualquier práctica, testimonio o promesa dirigida a engañar a éste y que se debe de garantizar que el cliente entiende y ha recibido copia de las condiciones generales de contratación.

El contrato firmado entre IBERDROLA e IBERGIA ENERGY SL establece en el apartado 6.1 del anexo 1 que únicamente se considerarán válidos los contrato los que tengan como forma de pago la domiciliación bancaria y el contrato presentado no contiene ninguna información sobre la forma de pago. Dicho anexo también prevé la posibilidad de realizar llamadas de verificación por parte de IBERDROLA pero no se dispone de información respecto al uso de dicho medio de control en este caso concreto.

SOBRE LAS COMUNICACIONES CON EL AFECTADO Y ACCIONES EMPRENDIDAS POR LA ENTIDAD

Aportan copia del expediente en papel que consta en la entidad y que recoge las reclamaciones efectuadas por el afectado y se observa lo siguiente:

El 2 de octubre de 2013 se recibe una reclamación de la denunciante solicitaba copia del contrato firmado y los datos del agente comercial que llevó a cabo la contratación ya que manifestaba no tener conocimiento de haber solicitado un cambio de compañía comercializadora.

El 14 de octubre de 2013 IBERDROLA remite un escrito en el que se responde que, una vez analizada la documentación, se considera ésta como válida y le adjunta copia de la documentación y el detalle de la oferta contratada.

El 17 de diciembre de 2013 se recibe una reclamación presentada por la denunciante ante el Servicio de Consumo en septiembre de 2013 en la que

denunciaba que el agente comercial que realizó la contratación no se había identificado como agente de IBERDROLA y que no fue consciente de estar solicitando un cambio de comercializadora.

El 27 de diciembre de 2013 se remitió un escrito de respuesta a la reclamación indicando que consideraban que la contratación se había realizado de manera correcta y que la denunciante había causado baja el 8 de diciembre de 2013 al cambiar de empresa comercializadora.

SOBRE LOS POSIBLES IMPAGOS

Se han emitido dos facturas los días 15 de octubre y 8 de diciembre de 2013. No aportan copia de éstas.

La denunciante nunca facilitó su número de cuenta corriente por lo que nunca se le llegó a pasar al cobro ninguno de los recibos.

Actualmente las facturas constan como pagadas.

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 comercial, 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 comercial 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 examinar la reclamación de fecha **23/10/13** en dónde la epigrafiada pone de manifiesto lo siguiente en orden a su adecuación a la LOPD:

*“contratación **fraudulenta** de suministro eléctrico que vulnera a mi entender los arts. 5 y 6 LOPD, no he sido informada de que se iba a realizar un cambio con el contrato de suministro eléctrico (...)”—folio nº 1--.*

Con fecha **21/02/14** se recibe en esta AEPD escrito de alegaciones de la entidad—Iberdrola—en relación a los hechos objeto de denuncia en dónde pone de manifiesto lo

siguiente:

*“El contrato se realizó de forma presencial mediante visita al domicilio del cliente de un agente comercial externo de Ibergen y se contrató el suministro eléctrico para el domicilio ubicado en la (C/.....1) (**LOCALIDAD.1 Sevilla).*

En apoyo de su pretensión aporta copia del contrato de fecha 09/09/13 debidamente cumplimentado con firma, así como fotocopia (anverso y reverso) legible y actualizada del DNI de la afectada con numeración: *****DNI.1.**

A tal efecto, hemos de traer a colación, la SAN 29-04-2010 *“La cuestión no es dilucidar si la recurrente trató los datos de carácter personal de la denunciante sin su consentimiento, como si empleo o no una diligencia razonable a la hora de tratar de identificar a la persona con quien suscribió el contrato de financiación”.*

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).

Por otro lado, la **carga** de acreditar la existencia del "consentimiento inequívoco", a que hace referencia el artículo 6.1 LOPD, recae sobre la entidad responsable del fichero o encargada del tratamiento de los datos personales, cuando su existencia sea negada por el titular de tales datos (SAN de 8 noviembre 2012, Rec 789/2010).

Cabe traer a colación el siguiente pronunciamiento de la Audiencia Nacional—SAN 07/03714. Rec. nº 120/2013—en dónde se dictamina lo siguiente:

*“Según la resolución sancionadora en el contrato firmado por el cliente aparece el reverso de su documento de identidad que coincide con el número del denunciante, a lo que hay que añadir que el nombre y el primer apellido son los mismos, siendo diferentes los restantes datos. Según lo expuesto, la parte actora, ha tratado en sus ficheros los datos personales de don ***NOMBRE.1 con DNI NUM000 para darle de alta en la líneas telefónica contratada y al objeto de asegurarse de la identidad de la persona con la que contrataba y de quien recababa sus datos personales, le exigió **copia de su DNI**, que es*

el que registró en sus ficheros, trató en las facturas y comunicó al fichero Experian. Número de DNI que, como ya se ha dicho, coincide con el del denunciante, así como el nombre y el primer apellido, que nada tenía que ver con la citada línea telefónica.

Pues bien, como dijimos en la reciente Sentencia de 24 de enero de 2014 -recurso nº. 540/2012 -, en un supuesto similar al que nos ocupa, y en que igualmente la parte recurrente era la misma: << ... ningún reproche puede hacerse a la actuación de France Telecom en este ámbito sancionador al haber adoptado las cautelas precisas para asegurarse de la identidad de la persona de quien recababa los datos personales en relación con la contratación de las citadas líneas telefónicas, sin que existan elementos suficientes en el presente procedimiento para poder determinar si se trata de un supuesto en que un mismo número de DNI ha podido ser asignado erróneamente a dos personas distintas, o de un posible supuesto de fraude. En cualquiera de los casos, bien por falta de tipicidad o de culpabilidad, no puede tenerse por acreditada o imputarse a France Telecom la vulneración del principio del consentimiento ni tampoco, y en correlación, la del principio de calidad de datos>>.

En el presente caso, la propia afectada reconoce en su escrito ante esta AEPD que “que no recuerda haber firmado el contrato”, “el comercial se limitó a hacer una fotografía con su teléfono móvil de mi DNI” “pase a darle toda la documentación que me solicitó”; de lo que se infiere que la propia afectada le hizo entrega de forma voluntaria de su Documento Nacional de Identidad con motivo de la visita comercial del mismo.

Las manifestaciones de la afectada que van encaminadas en el sentido de ser víctima de un “**engaño**”, resultan de difícil probatoria, desde el mismo momento en que de **forma voluntaria** se le hace entrega a un comercial de un documento personal bajo su guarda y custodia, como es su Documento Nacional de Identidad (DNI), así como, copia de facturas asociadas a la misma, aspecto éste reconocido por la misma; e inclusive no tiene la certeza de “no haber firmado documento alguno”.

Por tanto, examinada la documentación aportada a esta AEPD nos encontramos con un contrato debidamente cumplimentado, así como, la fotocopia del DNI de la afectada en legal forma, que acreditan que la Entidad denunciada—**Ibergen**—adoptó la **diligencia mínima exigible** en estos casos en orden a darle de alta en los servicios de su compañía, sin que la falta de diligencia de la propia afectada pueda hacerse recaer sobre la denunciada en orden a imponer una sanción administrativa.

De acuerdo a lo expuesto no se considera que se haya producido vulneración alguna en materia de LOPD.

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 **IBERDROLA Generación SAU**, 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