



Expediente N°: E/01272/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 23 de enero de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **C.C.C.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que manifiesta que GAS NATURAL FENOSA ha dado de alta un contrato de suministro eléctrico y de gas sin su consentimiento y de forma fraudulenta falsificando su firma en el contrato.

Adjunta la siguiente documentación:

- Fotocopia del DNI
- Copia del contrato con Gas Natural Fenosa, de 11/09/2012
- Copia del contrato con GALP Energía, de 09/06/2011
- Copia del contrato con Iberdrola, de 27/02/2012
-

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

Con fecha 13 de marzo de 2013 se solicita a GAS NATURAL SERVICIOS SDG, SA la siguiente información relativa a **C.C.C.** y de su respuesta se desprende:

- Respecto de los productos que constan a su nombre:

Contrato de luz: con fecha de alta 17/09/2012

ServiElectric Express: con fecha de alta 17/09/2012

ServiGas Complet: con fecha de alta 17/09/2012

Dirección de contacto: **A.A.A.**

Aportan copia del contrato firmado, DNI del denunciante y fotocopia de la factura de la entidad anterior (ENDESA).

La contratación se formalizó por escrito a través de la entidad **DYNAMIS TECNOLOGÍA Y COMUNICACION, S.L.**, con domicilio en c/ (C/.....1) de Cantabria.

Se aporta copia del contrato celebrado con esta entidad y carta de rescisión del contrato, de 26 de noviembre de 2012.

En cuanto a la operativa de la captación de clientes, la denunciada considera 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.

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.”

La entidad aporta la grabación de verificación realizada por la empresa DYNAMIS. En ella se verifica el nombre completo del cliente, el número de teléfono y la dirección. Cuando la operadora le dice el código postal y el número del DNI y le pregunta si es correcto, el cliente responde “*creo que sí*”. También responde “*creo que sí*” cuando al final la operadora le pregunta si todos los datos son correctos.

- Respecto a las facturas, aportan duplicados de las mismas y copia de los requerimientos de pagos efectuados con fechas 28/11/2012, 21/12/2012, 09/01/2013, 24/01/2013 y 12/02/2013.
- En relación a los contactos y comunicaciones mantenidos, la entidad manifiesta no haber recibido reclamaciones por escrito.

La entidad menciona la llamada del hijo del denunciante, una vez recibida la documentación de la contratación, quien confirmó a GNS que no se trataba de una contratación fraudulenta.

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 23 de enero de 2012 en esta Agencia, en dónde el denunciante manifiesta que en el que manifiesta que GAS NATURAL FENOSA ha dado de alta un contrato de suministro eléctrico y de gas sin su consentimiento y de forma fraudulenta falsificando su firma en el contrato.

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, fotocopia del DNI y de su anterior suministradora (ENDESA).

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 y de la factura emitida por ENDESA, 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.

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** y a **C.C.C..**

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