



Procedimiento nº.: E/05271/2012

**ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00519/2013**

Examinado el recurso de reposición interpuesto por **A.A.A.** contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente de actuaciones previas de inspección E/05271/2012, y en base a los siguientes

**HECHOS**

**PRIMERO:** Con fecha 10 de mayo de 2013, se dictó resolución por el Director de la Agencia en el expediente de actuaciones previas de inspección E/05271/2012, procediéndose al archivo de actuaciones en aplicación del principio de presunción de inocencia.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha **20 de mayo de 2013**, según aviso de recibo que figura en el expediente.

**SEGUNDO:** **A.A.A.** (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado con fecha **20 de junio de 2013**, en el Registro del Ayuntamiento de Gijón, recurso de reposición, siendo registrada su entrada en esta Agencia, el 26 de junio de 2013, fundamentándolo básicamente en que GAS NATURAL SDG no empleó la diligencia debida y no ha acreditado el cumplimiento de las exigencias mínimas requeridas en la contratación para comprobar el consentimiento de la denunciante.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**I**

Es competente para resolver el presente recurso el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto 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 (en lo sucesivo LRJPAC).

**II**

En relación con las manifestaciones efectuadas por la recurrente reiterándose básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

*“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. (...)”*

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, fotocopia del DNI y de la factura con la suministradora anterior (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.*

La Audiencia Nacional viene considerando que no cabe apreciar culpabilidad alguna (ni siquiera a título de culpa o falta de diligencia) cuando se actúa en la creencia de que la persona con la que se contrata es quién dice ser y se identifica como tal, con una documentación en apariencia auténtica y correspondiente a ella (Sentencias de 29/10/2009 y 29/04/2010).

Por tanto, dado que tras el requerimiento de documentación realizado por esta Agencia a GAS NATURAL SERVICIOS, la denunciada ha aportado fotocopia del contrato firmado, del DNI de la cliente y de factura de su suministradora anterior, se considera que hay elementos suficientes para constatar la existencia de diligencia en la comprobación del consentimiento para la contratación.

Respecto a la diligencia debida y a la adopción de las medidas de prevención necesarias, pueden traerse a colación la SAN 1787/2010 (Rec. 700/2009) y la SAN de 8 de junio de 2006 (Rec. 244/04) donde se 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."

Finalmente, en relación con una supuesta falsificación de la firma del contrato, se debe indicar que se trata de una cuestión que excede del ámbito competencial de esta Agencia, que podría ser constitutiva de un delito de usurpación de identidad y de estado civil (artículo 401 de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) y por tanto, deberá instarse ante el órgano judicial competente, al carecer esta Agencia de competencia para resolver sobre la misma.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

**PRIMERO: DESESTIMAR** el recurso de reposición interpuesto por **A.A.A.** contra la resolución de esta Agencia dictada con fecha 10 de mayo de 2013, en el expediente de actuaciones previas de inspección E/05271/2012.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución 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, se podrá interponer 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

José Luis Rodríguez Álvarez  
Director de la Agencia Española de Protección de Datos