

Expediente Nº: E/02632/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **ENDESA ENERGIA, S.A.U.**, en virtud de denuncia presentada por doña **A.A.A.** y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 5 de marzo de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de doña **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que expone que **ENDESA ENERGÍA S.A.U.** (en adelante ENDESA o la denunciada) ha dado de alta con sus datos personales y sin su consentimiento un contrato de suministro de energía eléctrica para un establecimiento mercantil -un bar- ubicado en la calle (**C/.....1**) de la localidad de **XXXXXXX de Murcia**.

Manifiesta que ni es titular del citado negocio, ni suscribió contrato alguno con ENDESA, ni es responsable del consumo efectuado. Por este motivo solicitó a la denunciada por correo certificado que rectificara sus archivos y anulara la factura emitida a su nombre de fecha 11 de octubre de 2012.

Precisa que en la carta que envió a ENDESA –que la entidad recibió el 14 de diciembre de 2012, como consta en el acuse de recibo del Servicio de Correos aportado con la denuncia- justificaba cumplidamente sus alegaciones, pues le hizo llegar copia del documento de resolución del contrato de arrendamiento del local (el bar) del que ella fue arrendataria, fechado el 1 de noviembre de 2009, de su baja en el Régimen de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social y de su baja censal en la Agencia Tributaria.

Advierte que transcurridos más de dos meses desde que ENDESA recibió su reclamación no ha obtenido respuesta de la entidad que, sin embargo, ha emitido una nueva factura –de 13 de diciembre de 2013- con sus datos personales.

Por estos hechos el 8 de diciembre de 2012 interpuso denuncia en la Guardia Civil en la que declaró que tres años antes fue arrendataria del bar, que nunca contrató el suministro eléctrico con ENDESA y que las facturas emitidas a su nombre corresponden a un periodo de tiempo (de agosto 2012 a octubre 2012) durante el cual el local estuvo alquilado por el señor **C.L.**

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a efectuar actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos que incorporados al Informe de Actuaciones Previas de Inspección que se reproduce:

<< ANTECEDENTES

*Con fecha de 5 de marzo de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en*

el que declara:

*<<A través de aviso de suspensión, con reclamación de deuda, el denunciante quien suscribe tuvo conocimiento de que constaba a su nombre contrato Eléctrico con Endesa. Núm. su ref. *****REF.1**, para suministro en bar sito en cl. (C/.....1) 23-23-1 de XXXXXXX de Murcia.*

Mediante carta certificada con acuse de recibo, me puse en contacto con Endesa y puse en su conocimiento que dejé de estar vinculada a dicho establecimiento en fecha 1 de noviembre del año 2009, previamente en fecha 30 de septiembre causé baja como autónomo y en la actividad y suscribí los documentos de IBERDROLA, quitar la titularidad del contrato a mi nombre.

*A través de la dueña del local (B.B.B.) obtuve el dato de que el siguiente inquilino llamado C.C.C., con DNI *****DNI.1**, utilizó de forma fraudulenta mis datos personales para contratar con ENDESA.*

Al no haber suscrito contrato alguno con Endesa, no ser titular del negocio ni responsable del consumo efectuado en el mismo, insté de forma fehaciente a ENDESA mediante correo certificado con acuse de recibo recibido por la empresa eléctrica en fecha once de diciembre de 2012, a que rectificasen sus archivos, anulando la deuda que girada indebidamente a mi cargo instándoles igualmente a que se abstuviesen de una inclusión indebida en fichero de impagados alguno por una deuda de la cual no soy responsable.

A dicha carta acompañaba copia de la resolución de mi contrato de arrendamiento, mis bajas en hacienda y seguridad social, fotocopia del DNI del sr. que hizo el contrato de forma indebida y la denuncia que interpose por tal circunstancia ante la Guardia Civil de XXXXXXX de Murcia.

*A día de hoy transcurridos más de dos meses desde que Endesa recibiera mi reclamación y la documentación remitida, no he recibido respuesta alguna, ni copia del fichero de grabación del contrato *****CONTRATO.1** (escrita o en fichero de sonido), lejos de ello, he recibido una segunda factura con cargo al mismo contrato.*

Se acompaña como acreditación de lo expuesto, copia completa de reclamación efectuada con sus justificantes de envío y recepción y las dos facturas que Endesa Energía gira a mi nombre con base en un contrato no efectuado.>>

Aporta el denunciante copia de la siguiente documentación:

- Documento de fecha 30/9/2009 de resolución sobre reconocimiento de baja en el R.E. de Trabajadores Autónomos emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social.
- Documento de fecha 30/9/2009 de solicitud de baja en el censo de empresarios profesionales y retenedores realizado por la denunciante a la Agencia Estatal de Administración Tributaria por cese de la actividad empresarial.
- Escrito fechado el 1/11/2009 mediante el que se resuelve el contrato de arrendamiento del local sito en cl. (C/.....1) 23-23-1 de XXXXXXX de Murcia.
- Facturas emitidas por ENDESA a nombre de la denunciante en fechas 11/11/2012 y 13/12/2011.



- Carta fechada el 4/12/2012 mediante la cual la denunciante acusa recibo del aviso de suspensión remitido por ENDESA e informa a la entidad no estar vinculada al establecimiento desde el 1/11/2009 y la suscripción de contratos con IBERDROLA para el cambio de titularidad. Solicita por ello la rectificación de los datos obrantes en la entidad, así como copia del contrato número *****CONTRATO.1**. Aporta copia del acuse de recibo de fecha 11/12/2012.
- Atestado de fecha 8/12/2012 por una denuncia presentada por la denunciante ante el puesto de la Guardia Civil de Alamo de Murcia en el que la denunciante manifiesta:

<<Que le ha llegado una carta de ENDESA al bar que tuvo alquilado hace más de tres años, sito en el lugar de los hechos, a su nombre. Que en dicha le reclaman un impago de 1.476'08, facturación desde agosto de 2012, a octubre 2011. Que en ese tiempo tenía alquilado el local D. **C.C.C.**.

Que la dicente nunca había tenido contratado el suministro de luz con esta compañía, por lo que le extrañó que viniese esa factura.

Que una vez puestos en contacto con ellos, le dijeron que se contrató a su nombre, en el 2010.

Que ésto fue durante el tiempo que lo tuvo alquilado D. **C.C.C.**.

Que la dicente jamás ha dado su consentimiento para que se realizara este contrato.>>

ACTUACIONES PREVIAS

1. De la información y documentación aportada por ENDESA se desprende:

- a. Manifiesta la entidad respecto de la contratación:

<<Dicha contratación fue realizada de manera presencial, por la entidad Ecoluz y Gas, S.L. (en adelante, Ecoluz y Gas) mediante lo que comúnmente se conoce como contratación "a puerta fría", esto es, que los comerciales recorren bloques de viviendas, ofreciendo los productos y servicios de mi representada. Como en la mayoría de los casos los consumidores no disponen en su vivienda de una copia de su DNI ni de una máquina que permita extraer una copia de dicho documento, mi mandante tiene implementado un procedimiento de control de calidad consistente en la realización de una llamada de verificación a efectos de confirmar el trato dispensado por los comerciales y, especialmente, la conformidad del cliente con la contratación formalizada.

En el presente caso, se procedió a la realización del control de calidad implementado consistente en la realización de una llamada telefónica por el contrato formalizado por los comerciales de Ecoluz y Gas, según la cual la interesada vino a confirmar la contratación efectuada.>>

- b. Aporta la entidad copia de la grabación referida, en la que se comprueba que una persona que se identifica como la denunciante reconoce haber contratado el servicio de suministro eléctrico del local sito en cl. **(C/.....1) 23-1** de XXXXXX

de Murcia.

c. Respecto de las reclamaciones por escrito efectuadas por la afectada o por terceros en su nombre, conclusiones y resoluciones que se hayan adoptado, informa la entidad:

- Aporta la entidad copia de la reclamación interpuesta por la denunciante ante la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Región de Murcia, así como respuesta dada por la entidad.
- En fecha 25/6/2013, ENDESA da respuesta a la reclamación, informando que tras el estudio de la misma ha procedido a anular cuatro facturas, correspondientes al suministro entre el 8/8/2012 y el 4/3/2013.
- En la citada contestación, ENDESA informó que el contrato de suministro eléctrico se encontraba dado de baja desde el 4 de marzo de 2013 y que se había procedido a anular las facturas pendientes de pago emitidas a nombre de la denunciante por los consumos efectuados durante el periodo de alta con la entidad, del 14 de julio de 2010 hasta el 4 de marzo de 2013.

d. Manifiesta la entidad:

<<Por lo tanto, a pesar de disponer de copia del contrato, y de la grabación telefónica, ante la reclamación de la interesada, mi mandante procedió a renunciar al cobro de las facturas pendientes de pago, imputándolas con cargo a una cuenta titularidad de Endesa.

Es preciso destacar que mi mandante renunció al cobro de las mismas sin que se generase expediente de recobro ni se encuentre incluido el denunciante en el fichero de morosidad (Asnef).>>

- e. Aporta ENDESA impresiones de pantalla en las que se comprueba que consta la denunciante como contratante, con dirección en CALLE (C/.....1) XXXXXXXX de Murcia, con alta en fecha del 14 de julio de 2010 y baja por impago en fecha 4 de marzo de 2013.
- f. Aporta ENDESA impresión de pantalla en la que se recogen las facturas emitidas a nombre de la denunciante, de las que informa que han sido todas ellas abonadas excepto las facturas últimas cuatro, a cuyo cobro renunció la entidad ante la reclamación de la denunciante. >>

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

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) consagra el principio del consentimiento en el tratamiento de los datos de carácter personal y dispone en su artículo 6, bajo la rúbrica *“Consentimiento del afectado”*:

“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 funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento;...”

Precepto que debe integrarse con la definición legal de *“datos de carácter personal”*, *“tratamiento de datos”* y *“consentimiento del interesado”*, que ofrecen, respectivamente, los artículos 3 a), 3 c), y 3 h) de la Ley Orgánica 15/1999: *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*; *“operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”*; *“toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”*.

De acuerdo con las disposiciones transcritas el tratamiento de los datos personales de un tercero exige contar con el consentimiento inequívoco de su titular del que se dispensa al responsable del fichero - entre otros supuestos previstos en la LOPD- cuando el tratamiento se refiera a las partes de un contrato o precontrato y sea necesario para su mantenimiento o cumplimiento, (artículo 6.2 de la citada Ley Orgánica).

Esto, porque el consentimiento al tratamiento de los datos está implícito en el consentimiento otorgado a la contratación pero únicamente en la medida en que el referido tratamiento sea preciso para la ejecución del contrato y siempre que quien facilita los datos personales con ocasión de la contratación sea efectivamente su titular.

La LOPD califica como infracción grave, tipificada en el artículo 44.3.b), la vulneración del principio del consentimiento (artículo 6) y sujeta a su régimen sancionador tanto a los responsables de los ficheros como a los encargados de tratamiento (artículo 43 LOPD).

Ahora bien, la exigencia de responsabilidad sancionadora presupone la concurrencia de una conducta antijurídica descrita en el tipo sancionador y del elemento subjetivo de la infracción, pues rige en nuestro Derecho el principio de culpabilidad que impide imponer sanciones basadas en la responsabilidad objetiva del presunto infractor.

La presencia del elemento subjetivo o elemento culpabilístico como condición

para que nazca la responsabilidad sancionadora ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, entre otras, en STC 76/1999 en la que afirma que las sanciones administrativas participan de la misma naturaleza que las penales, al ser una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, y que, como exigencia derivada de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal consagrados en los artículos 9.3 y 25.1 de la CE, es imprescindible su presencia para imponerlas.

A su vez, la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) proclama en el artículo 130.1 el principio de culpabilidad en el marco del procedimiento administrativo sancionador y dispone: *“Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”*. (El subrayado es de la Agencia)

Por tanto, a la luz de este precepto la responsabilidad sancionadora puede exigirse tanto a título de dolo como de culpa, siendo suficiente en este último caso la mera inobservancia del deber de cuidado. Así, en la Sentencia de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006) la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo) expone que *“...el ilícito administrativo previsto en el artículo 44.3.d) de la LOPD se consuma, como suele ser la norma general en las infracciones administrativas, por la concurrencia de culpa leve. En efecto, el principio de culpabilidad previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 dispone que solo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracciones administrativas los responsables de los mismos, aun a título de simple inobservancia. Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en Derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva”* (El subrayado es de la Agencia)

III

La denuncia que nos ocupa versa sobre el tratamiento inconsentido de los datos personales de la denunciante que ENDESA ha realizado. Tratamiento materializado en el alta a su nombre de un contrato de suministro de energía eléctrica para un local de negocio –un bar- ubicado en **XXXXXXX de Murcia**.

A tenor de la documentación recabada durante las actuaciones de investigación previa **debe acordarse el archivo de la presente denuncia por no concurrir en la actuación de ENDESA el elemento subjetivo de la infracción** necesario para que nazca la responsabilidad sancionadora.

Los documentos aportados a la Agencia por esa entidad son, por una parte, la *“Solicitud de suministro de electricidad”*, que incorpora los datos personales de la denunciante –nombre y apellidos y NIF-, la fecha de celebración del contrato, *“10/6/10”*, y la firma. No obstante la firma es a simple vista diferente de la que consta en el escrito de denuncia presentado en la Agencia.

Otro de los documentos remitidos por ENDESA es una grabación de la llamada telefónica efectuada por un empleado de la compañía a la contratante. En ella una persona confirma como suyos los datos personales de la denunciante, la dirección en la que está ubicado el punto de suministro para el que se contrata el servicio y reconoce haber prestado el consentimiento a la contratación del suministro eléctrico con esta entidad.

ENDESA ha explicado que la contratación de la que trae causa la denuncia se

hizo de manera presencial, a través de lo que comúnmente se conoce como “contratación a puerta fría”, por la empresa Ecoluz y Gas, S.L., y que tiene implementado un procedimiento de control de calidad consistente en la realización de una llamada de verificación para confirmar que efectivamente quien consiente la contratación presencial es también el titular de los datos tratados.

La grabación remitida por ENDESA demuestra que siguió un protocolo correcto dirigido a acreditar la identidad de la persona que otorgó presencialmente el consentimiento a la contratación. Esta circunstancia dota a dicha contratación de una apariencia de veracidad que elimina el elemento subjetivo de culpabilidad cuya concurrencia es necesaria para exigir responsabilidad sancionadora. No cabe por ello apreciar culpabilidad alguna en la actuación de la denunciada, que trató los datos personales de la denunciante con la creencia de que la persona con la que contrataba era quien decía ser y se identificaba como tal.

En este sentido puede traerse a colación la SAN de 26 de abril de 2002 (Rec 895/20009 en la que la Audiencia expone: *“En efecto, no cabe afirmar la existencia de culpabilidad desde el resultado y esto es lo que hace la Agencia al sostener que al no haber impedido las medidas de seguridad el resultado existe culpa. Lejos de ello lo que debe hacerse y se echa de menos en la Resolución es analizar la suficiencia de las medidas desde los parámetros de diligencia media exigible en el mercado de tráfico de datos. Pues si se obra con plena diligencia, cumpliendo escrupulosamente los deberes derivados de una actuar diligente, no cabe afirmar ni presumir la existencia de culpa alguna.”* (El subrayado es de la Agencia)

Este criterio ha sido confirmado por la Audiencia Nacional en Sentencia de 27 de enero de 2011 (Rec. 782/2009), que en un supuesto análogo al que nos ocupa estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por ENDESA anulando la resolución sancionadora dictada por la Agencia por infracción del principio del consentimiento.

A tenor de las reflexiones precedentes, y toda vez que en el presente caso está acreditado que ENDESA **actuó con la diligencia que era procedente** -la diligencia que las circunstancias del caso y el desarrollo de su actividad profesional aconsejan- que excluye la presencia del elemento subjetivo de la infracción, se concluye que la actuación examinada no es subsumible en el tipo sancionador del artículo 44.3.b) de la LOPD y que ninguna responsabilidad sancionadora es exigible, **debiendo proceder al archivo de las presentes actuaciones.**

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 **ENDESA ENERGIA, S.A.U.** 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