

Expediente N°: E/02746/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 15 de marzo de 2013 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) escrito de denuncia presentado por D. **A.A.A.**, en el que denuncia que, teniendo contratado el suministro de gas del domicilio sito en C/ **(C/.....1)** de Madrid con la empresa GAS NATURAL-FENOSA, sin embargo ENDESA comenzó a facturarle tal servicio (junto con el mantenimiento de la caldera). Afirma el denunciante que él no ha contratado este suministro con ENDESA (aunque reconoce sí ser cliente de esta compañía en relación al suministro de otra vivienda de su propiedad, sita en C/ **(C/.....2)**, en San Fernando de Henares), y que ni la firma del contrato ni la voz de la grabación le corresponden.

Junto con su denuncia aporta la siguiente documentación (incluida la que, a efectos de ampliación, le es solicitada desde la AEPD con fecha 30/04/2013):

- Fotocopia del DNI
- Copia de factura de 11/10/2011 emitida por GAS NATURAL a su nombre en relación al suministro de gas de **(C/.....1)**, Madrid.
- Copia de factura de 13/06/2012 emitida por ENDESA a su nombre en relación al suministro de gas de **(C/.....1)**, Madrid. Incluye consumos y un servicio de mantenimiento.
- Copia de factura de 10/08/2012 emitida por ENDESA a su nombre en relación al suministro de gas de **(C/.....1)**, Madrid. Incluye consumos y un servicio de mantenimiento.
- Copia de factura de 11/10/2012 emitida por ENDESA a su nombre en relación al suministro de gas de **(C/.....1)**, Madrid. Incluye consumos y un servicio de mantenimiento.
- Copia de factura de 12/12/2012 emitida por ENDESA a su nombre en relación al suministro de gas de **(C/.....1)**, Madrid. Incluye consumos y un servicio de mantenimiento.
- Copia de factura de 10/01/2013 emitida por ENDESA a su nombre en relación al suministro de gas de **(C/.....1)**, Madrid. Incluye consumos y un servicio de mantenimiento.
- Copia de denuncia de 05/10/2012 presentada ante el Juzgado de Guardia de Coslada, exponiendo los hechos.
- Copia de reclamación de 05/10/2012 presentada ante la OMIC de Coslada, exponiendo los hechos.
- Copia de escrito de 21/11/2012 remitido por la Dirección General de Consumo de la Comunidad de Madrid, mediante el que se acusa recibo de una reclamación presentada ante ese organismo y se le solicita que aporte documentación adicional a efectos de subsanación.

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 07/06/2013 se solicita a ENDESA información relativa a **A.A.A.**, NIF *****NIF.1**, en relación a la contratación del suministro de gas. De la respuesta recibida se desprende lo siguiente:

SOBRE LA CONTRATACIÓN:

- ENDESA expone que en sus sistemas constan dos contratos de suministro de gas asociados a la persona del denunciante:
 - o Contrato *****CONTRATO.1.** Relativo al suministro del punto localizado en **(C/.....2)**, en San Fernando de Henares. Este contrato trae causa del proceso de desinversión impuesto por la Comisión Nacional de Competencia a GAS NATURAL como paso previo a su fusión con Gas Natural. Fue dado de alta el 12/01/2012 y se encuentra vigente.
 - o Contrato *****CONTRATO.2.** Relativo al suministro del punto localizado en **(C/.....1)** Madrid.
Éste es el contrato objeto de denuncia por parte del afectado. Por lo tanto, todos los hechos analizados en el presente informe lo serán en relación a este contrato, obviándose la información facilitada por ENDESA en relación al primer contrato, cuya legitimidad no es objeto de discusión ni, por lo tanto, análisis y estudio por parte de esta Agencia.
- Que en los sistemas de la entidad consta que el afectado estuvo dado de alta como cliente del servicio de suministro de gas entre el 11/05/2012 y el 02/01/2013. Se aporta impresión de pantalla al respecto.
- Que el alta se produjo como consecuencia de un contrato suscrito con fecha 19/04/2012, del que se aporta copia.
- Que la contratación fue gestionada de manera presencial a través de los servicios prestados por la entidad SERVICRAE S.A. (en adelante SERVICRAE), con la que ENDESA suscribió un contrato de prestación de servicio el 20/07/2011 (se aporta copia del citado contrato).

En el marco de ese contrato, SERVICRAE captaba nuevos clientes para ENDESA, estando obligada a formalizar, en nombre y representación de ENDESA, los preceptivos contratos, recabando para ello el consentimiento del potencial cliente. En este sentido, la cláusula séptima del contrato suscrito entre ENDESA y SERVICRAE prevé que esta última deberá verificar los siguientes aspectos:

- o Que el potencial cliente es el titular del punto de suministro. A tal efecto se le debe solicitar la exhibición de la última factura de suministro y, si fuera posible, realizar una copia de la misma y adjuntarla a la solicitud de contratación.
- o La identidad del contratante. A tales efectos le solicitará la exhibición de DNI (o pasaporte) y, si fuera posible, realizará una copia del documento y lo adjuntará a la solicitud de contratación.

- ENDESA manifiesta que, ante la imposibilidad en muchos casos de realizar una copia de la factura y del DNI, tienen implementado un procedimiento de control de calidad consistente en realizar una llamada telefónica de verificación a efectos de confirmar el trato dispensado por los comerciales y, especialmente, la conformidad de los clientes con la contratación formalizada.

Se aporta copia del documento que recoge el procedimiento de implantación del control de calidad en origen (v 9, julio 2011).

Respecto a este procedimiento de verificación mediante llamada telefónica, ENDESA manifiesta que el mismo ya ha sido objeto de análisis tanto por la AEPD (cita el E/03556/2011) como por la Audiencia Nacional (cita la SAN de 27/01/2011, en relación al recurso presentado contra la Resolución del PS/00278/2009).

Asimismo, expone que ENDESA ha obtenido de AENOR el certificado de su carta de servicios para el proceso de captación proactiva de clientes de Mercado Residencial y Pequeño Negocio, conforme a la UNE 93200:2008. Se aporta copia del citado certificado.

- ENDESA aporta copia de una grabación telefónica que recoge la verificación de la contratación objeto de investigación, en los términos expuestos en el apartado anterior. En esta llamada la operadora pregunta por *****NOMBRE Y 1º-APELLIDO-AAA**, y el interlocutor se identifica como esa persona. Se le pregunta por su segundo apellido y contesta que es *****2º-APELLIDO-AAA**. Se le pregunta si acaba de contratar con ENDESA y dice que sí (la operadora le informa de las condiciones del contrato). Se le pregunta por la dirección de suministro y manifiesta que es **(C/.....1)** Madrid. Se le solicita que diga cuál es su fecha de nacimiento y dice que es 04/02/1950.

Cabe señalar que en las presentes actuaciones obra una copia del DNI del afectado, donde figura que su fecha de nacimiento es 23/01/1963.

SOBRE LOS CONTACTOS:

- ENDESA manifiesta que en sus sistemas constan dos reclamaciones presentadas por el afectado:
 - o A través de la Dirección General de Consumo de la Comunidad de Madrid (entrada en ENDESA el 27/11/2012). En el marco de esta reclamación se enviaron las siguientes cartas:

De fecha 27/12/2012, junto con la que ENDESA remitía una copia del contrato e informaba de que debía ser el cliente el que solicitara la baja. En tal caso, ENDESA se comprometía a anular el cobro de las facturas por el suministro efectivamente consumido y por los demás costes que se generen durante la vigencia del contrato con ENDESA.

De fecha 05/02/2013, en la que ENDESA expone que el contrato

se encuentra dado de baja desde el 02/01/2013, habiéndose procedido a anular las facturas generadas.

De fecha 31/05/2013, en la que se informa de que se está gestionando la devolución de las facturas abonadas por el afectado, tras la “confirmación de venta incorrecta”.

De fecha 28/06/2013, en la que se informa de que con fecha 03/06/2013 se ha procedido a realizar la transferencia del importe de las facturas abonadas a la cuenta del cliente, dándose por concluida la reclamación.

- o A través de la OMIC de Coslada (entrada en ENDESA el 26/12/2012). En el marco de esta reclamación se enviaron la siguiente carta:

De fecha 05/02/2013, en la que ENDESA expone que el contrato se encuentra dado de baja desde el 02/01/2013, habiéndose procedido a anular las facturas generadas.

Se aportan impresiones de pantalla al respecto y copia de los expedientes.

- Según impresiones de pantalla adjuntas, en los sistemas de ENDESA constan los siguientes contactos con el afectado (al margen de las dos reclamaciones oficiales señaladas):
 - o Con fecha 05/10/2012 el afectado contacta telefónicamente con ENDESA para denunciar la contratación. Se le transfiere al departamento de bajas.
 - o Con fecha 27/12/2012 ENDESA contacta telefónicamente con el afectado, que indica que ha presentado una denuncia ante el Juzgado y la CNE, y solicita copia del contrato. El operador solicita que envía copia del DNI y el cliente se niega.

SOBRE LA FACTURACIÓN:

- ENDESA aporta impresión de pantalla reflejando las facturas emitidas:
 - o De fechas 13/06/2012, 10/08/2012, 11/10/2012, 12/12/2012 y 10/01/2013. Todas las facturas fueron abonadas por el cliente.

Según lo expuesto *ut supra*, ENDESA gestionó la devolución de los importes mediante transferencia bancaria.

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 marzo de 2013 en esta Agencia, en dónde el denunciante manifiesta que, teniendo contratado el suministro de gas del domicilio sito en C/ (C/.....1) de Madrid con la empresa GAS NATURAL-FENOSA, sin embargo ENDESA comenzó a facturarle tal servicio (junto con el mantenimiento de la caldera). Afirma el denunciante que él no ha contratado este suministro con ENDESA (aunque reconoce sí ser cliente de esta compañía en relación al suministro de otra vivienda de su propiedad, sita en C/ (C/.....2), en San Fernando de Henares), y que ni la firma del contrato ni la voz de la grabación le corresponden.

Entre la documentación presentada por la Entidad denunciada- ENDESA ENERGIA, S.A.— se aporta copia del contrato firmado por él y copia de la grabación de verificación. En dicha grabación se confirman su nombre y apellidos, dirección completa, servicios contratados, fecha de nacimiento (que no coincide con la del DNI) y otras circunstancias, como la no contratación del seguro, el trato amable del comercial y la facilitación de una copia de las condiciones de la contratación.

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 de grabación de verificación, 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 --ENDESA ENERGIA, S.A. SDG, S.A-- empleó una razonable diligencia en la contratación ya que el agente comercial externo presentó el contrato firmado, junto con la grabación de la llamada de verificación, 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.

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 **ENDESA ENERGIA, S.A.** 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