

Expediente Nº: E/02906/2013

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 **B.B.B.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 3 de diciembre de 2012 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **B.B.B.** en el que declara que su inquilino (**C.C.C.**) ha utilizado sus datos sin su consentimiento para contratar el suministro de luz y gas con ENDESA, que antes eran suministrados por Unión Fenosa y Gas Natural.

Adjunta la siguiente documentación:

- Copia del DNI
- Autorización a su esposa para presentar reclamación ante la AEPD
- Fotocopia de un presupuesto para instalación de gas: 07/11/2012
- Facturas de electricidad de Endesa: 16/07/2012 – 14/09/2012 y 14/09/2012 a 15/11/2012
- Escrito firmado en el que el inquilino reconoce que debe 3.640 € de alquiler: 03/10/2012
- Escrito firmado por el que se rescinde el contrato y en el que el inquilino se compromete a abandonar la vivienda el 12/10/2012
- Escrito sin firmar en el que el inquilino reconoce que no ha abonado los recibos del gas (lo que ha provocado su baja) y se compromete a su pago.

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 2 de agosto de 2013 se solicita a **ENDESA ENERGIA, S.A.** la siguiente información relativa a D. **B.B.B.** y de su respuesta se desprende lo siguiente:

- La entidad aporta contrato de suministro eléctrico firmado a fecha 12/07/2012.

Dicha contratación fue realizada de manera presencial, por la entidad Estructura de Venta Directa, S.L. (en adelante, EVD) mediante lo que comúnmente se conoce como contratación “a puerta fría”.

Se aporta copia de la grabación de verificación de la contratación. En ella se comprueban los apellidos, la titularidad de los contratos (gas, luz y mantenimiento), y la dirección completa.

- Se adjunta la reclamación interpuesta por el afectado ante la D.G. de Consumo de la CM el 03/12/2012 y la contestación de la entidad. En ella se informa de cómo realizar el cambio de suministradora y se comunica lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo anterior, quiere señalarse que Endesa Energía ha prestado el servicio teniendo en cuenta un contrato suscrito y cuya firma ni identidad ha sido puesta en discusión por lo que les comunicamos que no procede la reclamación interpuesta.

*De acuerdo con lo anterior, les informamos, una vez consultados nuestros sistemas, así como al Departamento correspondiente, de que fue solicitada a distribuidora la baja del contrato de suministro de gas n° ***CONTRATO.1, por impago de la factura n° ***FACTURA.1 (de fecha 28/04/2011), el 28/07/2011, tras cumplirse el correspondiente plazo del circuito de impagos.”*

- Se aporta imagen de sus sistemas que refleja los siguientes datos personales:
 - **B.B.B.**
 - **NIF: ***NIF.1**
 - **(C/.....1) Madrid**
- Se aporta imagen de sus sistemas que refleja la contratación del suministro eléctrico con fecha de alta 20/09/2010 y de baja 26/11/2012. También se aporta imagen de las facturas. La entidad manifiesta que hay dos pendientes de pago, que ha pasado a “fallido contable”.
- En relación con el distribuidor, se acompaña copia del contrato celebrado, si bien no se ha podido localizar la copia firmada del mismo.
- Las instrucciones constan en la cláusula 22 de las Condiciones Generales.
- ENDESA tiene implementado un procedimiento de control de calidad, que se acompaña. En él se establece lo siguiente:

“En dicho procedimiento se detalla la operativa del denominado “Control de calidad en origen y Auditoría de calidad”, que se diferencia en “Control de calidad en origen” y “Auditoría de calidad”. La denominada “Auditoría de calidad” tiene por objeto conocer la percepción de la imagen de Endesa por los clientes antes y después de la visita comercial. Ahora bien, el “Control de calidad en origen” consiste, especialmente, en la realización de una llamada telefónica que se efectúa a la totalidad de clientes que han contratado uno o varios productos energéticos. Dicha llamada ha de ajustarse a los argumentarios comerciales elaborados en cada momento por Endesa Energía y realizarse por los teleoperadores del proveedor al que se le exige que habilite unas instalaciones para que los agentes no entren en contacto con los comerciales y designe un Responsable/s del Control de Calidad en Origen que velarán por el cumplimiento de la tabla de criterios de control de audiciones y deberán auditar todas las escuchas de las conversaciones mantenidas por los teleoperadores, con el fin de controlar que la emisión se presta con la calidad acordada y que se realiza la llamada de control de calidad sobre la totalidad de contrataciones.

Posteriormente, el proveedor debe de remitir en los correspondientes CDs, tanto las grabaciones que hayan superado el control de calidad como las que no lo hayan superado, a la persona responsable del Control de Calidad de Endesa para que ésta y su equipo procedan a auditar dichas grabaciones. El control de calidad se realiza por el departamento de Operaciones de Endesa que reporta las incidencias detectadas a los responsables de Ventas de Endesa.”

Este procedimiento idóneo por la Audiencia Nacional (stc. de 27/01/2011) para

acreditar el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos.

- En relación con la documentación que debe recabar el distribuidor para acreditar la identidad del cliente, la entidad ha manifestado que *“el comercial debe de solicitar la exhibición del DNI o pasaporte y de una factura de suministro reciente para verificar quién es el titular del punto de suministro al que pertenece la vivienda y poder obtener los datos técnicos (como el CUPS que en la mayoría de casos el consumidor no conoce de memoria). En el caso de que se disponga de copia de estos documentos, el comercial los adjunta al contrato de suministro formalizado.”*

En el presente caso, si bien no se acompañó al contrato copia del DNI, se procedió a realizar la llamada de control de calidad según la cual la interesada vino a confirmar la contratación efectuada.

- Respecto a otras medidas de control a los distribuidores, cabe señalar la realización de acompañamientos por parte de Endesa a los equipos comerciales a efectos de confirmar la manera en que realizan la venta y la elaboración de informes que se facilitan al proveedor para que corrija las deficiencias detectadas, en su caso.

A mayor abundamiento, Endesa Energía efectúa estudios de calidad entre sus clientes mediante la realización de llamadas telefónicas en las que se procede a realizar un cuestionario a efectos de evaluar la calidad de la atención de los comerciales. Se aporta copia de dicho cuestionario.

Con el resultado de estas entrevistas se elaboran una serie de informes que permiten detectar prácticas no deseables, aspectos a mejorar, rendimiento de los proveedores, etc. En el caso de que los distribuidores reciban una puntuación inferior a cinco en respuesta a las cuestiones planteadas, se activan una serie de alarmas que se reportan a los responsables de Ventas de Endesa a efectos de que adopten las medidas que se consideren oportunas.

Se acompaña a estos efectos, informe sobre “Calidad de Ventas en Task Forces” en relación a EVD con fecha julio de 2010.

Por último, destacar que Endesa Energía es la primera empresa del sector eléctrico en obtener de AENOR (Asociación Española de Normalización y Certificación) el certificado de su carta de servicios para el proceso de captación proactiva de clientes de Mercado Residencial y Pequeño Negocio, conforme la UNE 93200:2008. Se acompaña copia de dicho certificado.

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 3 de diciembre de 2012 en esta Agencia, en dónde el denunciante manifiesta que su inquilino (C.C.C.) ha utilizado sus datos sin su consentimiento para contratar el suministro de luz y gas con ENDESA, que antes eran suministrados por Unión Fenosa y Gas Natural.

En el presente supuesto de hecho se examina en primer término la presunta conculcación por parte de la entidad denunciada del *principio del consentimiento*.

A este respecto, se ha de partir del hecho de que en el ámbito administrativo sancionador son de aplicación, con algunas matizaciones los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad del principio de **presunción de inocencia**. Conforme señala el TS (STS 26/10/98) el derecho a la presunción de inocencia *“no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados—no puede tratarse de meras sospechas—y tiene que explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora, pues de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo”*.

En este caso, la Entidad denunciada a requerimiento de la AEPD aporta como medio de prueba admisible en derecho—ex art. 80 Ley 30/92—copia del contrato de suministro de gas natural, en dónde queda plasmado el nombre, apellidos, DNI y firma del denunciante. En este caso, el DNI coincide con el del denunciante. Se aporta además grabación de verificación de la contratación.

Dicha contratación fue realizada de manera presencial, por la entidad Estructura de Venta Directa, S.L. (EVD) la cual mantiene relación contractual con la Entidad denunciada y es la que procedió a recabar los datos y a formalizar el correspondiente contrato.

La Entidad denunciada-- **ENDESA ENERGIA, S.A.** — procedió en virtud de procedimiento interno a realizar una llamada de verificación al cliente, como consecuencia de la misma, éste confirma los datos de carácter personal (Nombre, apellidos, dirección completa, etc) y la contratación del servicio.

A tal efecto, aporta copia de la grabación, en dónde se constatan los extremos anteriormente expuestos.

Por tanto, la Entidad denunciada actúa bajo la apariencia del consentimiento otorgado por el denunciante—ex art. 3h) LOPD--.

Por tanto, la Entidad denunciada ha aportado pruebas que acreditan que contaba

con la apariencia del consentimiento del titular de los datos y ha procedido a aportar documentos y grabación que constatan tales extremos.

La Sala de la AN ha mantenido (*sentencia de 20 septiembre de 2006 (Rec. 626/2004)*) que la concurrencia del consentimiento inequívoco del afectado que exige el artículo 6.1 de la LOPD para el tratamiento de datos de carácter personal por parte de un tercero, se ha de acreditar, en el caso de que dicho interesado alegue que no dio ese consentimiento, por ese sujeto que realiza el tratamiento, y ello a través de los medios previstos legalmente a tal fin; por lo que corresponde a quien realiza el tratamiento estar en condiciones de acreditar que ha obtenido el consentimiento del afectado pues, salvo las excepciones establecidas en la ley, sólo el consentimiento justifica o legitima el tratamiento.

A mayor abundamiento, el TS (Sentencias de 16 y 22 de abril de 1991) considera que del elemento de la culpabilidad se desprende *“que la acción u omisión, calificada de infracción sancionable administrativamente, ha de ser en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable”*.

En este caso no concurre tampoco el elemento subjetivo de la culpabilidad, al actuar en todo momento la Entidad denunciada bajo la apariencia de contratación legal realizada por un tercero (que actuaba de forma fraudulenta haciendo uso de sus datos personales y cuyo conocimiento entra dentro de la esfera de competencias del **orden jurisdiccional penal**, en su caso).

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 **B.B.B.**

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