

Expediente N°: E/03721/2013

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 30 de abril de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **B.B.B.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que denunciaba a la entidad **ENDESA ENERGIA, S.A.** (en lo sucesivo la denunciada) por tratamiento indebido de datos, sin consentimiento, para la activación de suministro de electricidad por contrato.

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, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. Los representantes de la entidad aportan como documentos nº 1, 2 y 3 copia de tres contratos de energía para el suministro de energía eléctrica suscritos a nombre de Dña. **B.B.B.** de fechas 21/11/2012. En las condiciones particulares figuran el suministro de electricidad y servicio de mantenimiento a punto, y el suministro de gas y servicio de mantenimiento y reparación gas plus.
2. Una vez examinados tales documentos por la Inspección se observa que en los datos del titular del suministro figuran los datos de Dña. **B.B.B.** su NIF, teléfonos de contacto y cuenta corriente. Sin embargo, firma el contrato D. **A.A.A.** (aparece como "firma cónyuge") y su NIF.

ENDESA ENERGÍA, S.A. no ha aportado copia del DNI, ni documento acreditativo de la identidad de la denunciante, ni de D. **A.A.A.** y tampoco de la autorización para que este rubrique, los contratos, a su nombre.

3. Los representantes de la entidad declaran que dichas contrataciones fueron

realizadas de manera presencial, por la entidad Rasuvalcan, S.L. (en adelante, Rasuvalcan) 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*”.

4. En el presente caso se procedió a la realización del control de calidad implementado consistente en la realización de una llamada telefónica por cada uno de los contratos formalizados por los comerciales de Rasuvalcan, según la cual el **cónyuge** de la interesada vino a confirmar las contrataciones efectuadas. Se acompaña como documento nº 4, copia de dicha grabación telefónica.

5. En la grabación telefónica (presentada como documento nº 4) de la conversación mantenida entre la operadora y una señora que contesta, se constata lo siguiente:
 - “¿Podría hablar con Dña. **B.B.B.**?: *sí, es mi mujer*
 - ¿Es usted el cónyuge D. **A.A.A.**?: *correcto*
 - ¿Es usted el cónyuge D. **A.A.A.**: *su cónyuge*
 - ¿Me podría indicar el segundo apellido del titular? **B.B.B.**
 - Si es Dña. **B.B.B.** el titular de los tres contratos: *sí*
 - ¿Firmó usted o su cónyuge, el día 21 de noviembre, los contratos en las tres direcciones: *sí*
 - ¿Se trata de domicilios o de n G.G.G.?: **n G.G.G., E.E.E.**
 - ¿Le facilitaron un documento de la oferta contratada?: *sí*”
 - Le informan del contenido de lo contratado
 - Le solicitan las tres direcciones completas donde tienen que activar los servicios
 - Finalmente, le dan la bienvenida a **ENDESA ENERGÍA, S.A.**

6. Los representantes de la entidad acompañan como documentos nº 5 y 6, respectivamente, la primera reclamación interpuesta por la denunciante ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Burgos así como la contestación facilitada por **ENDESA ENERGÍA, S.A.** En dicho escrito de respuesta, la denunciada manifestó la improcedencia de la reclamación planteada a la vista de los contratos debidamente cumplimentados y firmados, y de la grabación telefónica en la que se confirmó la contratación con “*mi representada*”.

No obstante lo anterior, en respuesta a la segunda reclamación interpuesta por la denunciante ante el mismo Organismo cuya copia se acompaña como documento nº 7, y realizadas de nuevo las comprobaciones oportunas, **ENDESA ENERGÍA, S.A.**

informó de la procedencia de la misma, procediendo a renunciar al cobro de las facturas generadas por el consumo efectuado y disfrutado por la denunciante, durante el periodo de alta (del 6 de enero de 2013 hasta el 28 de enero de 2013), imputándolas a cargo de una cuenta de la que es titular ENDESA ENERGÍA, S.A., así como a cancelar el expediente de recobro generado.

A estos efectos, se aporta como documento nº 8, copia de la respuesta enviada por la denunciada a esta segunda reclamación.

Asimismo, es preciso destacar que la denunciante no se encuentra incluida en el fichero de solvencia patrimonial y crédito, Asnef-Equifax.

Por último, como documento nº 9, se acompaña escrito remitido por la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Burgos, en el que se informa del archivo de la reclamación con ocasión del acuerdo alcanzado en tres las partes.

7. Los representantes de la entidad presentan como documento nº 10 impresiones de pantalla con los datos de Dña. **B.B.B.**
8. Se acompaña como documento nº 11 impresiones de pantalla en las que consta la fecha de alta y de baja de cada contrato (6 de enero de 2013 y 28 de enero de 2013, respectivamente). Los tres contratos se dieron de baja por cambio de comercializadora.
9. Con motivo de las citadas contrataciones se emitieron las facturas que los representantes de **ENDESA ENERGÍA, S.A.** acompañan al presente escrito como documento nº 12, sin que ninguna de ellas fuera abonada por el cliente.

Ante la reclamación de la denunciante, la denunciada procedió a renunciar al cobro de las facturas generadas y pendientes de pago, imputándolas a cargo de una cuenta de la que ella es titular.
10. Dichas contrataciones fueron realizadas de manera presencial, por la entidad Rasuvalcan, S.L. y aportan como documento nº 14 "contrato de prestación de servicios" entre ENDESA ENERGÍA y Rasuvalcan, S.L. de fecha 20 de julio de 2011.
11. Los representantes de ENDESA manifiestan que las instrucciones facilitadas al distribuidor son las que constan en el propio contrato, en especial, en la cláusula séptima del mismo.

Asimismo, acompañan como documento nº 15 el procedimiento de control de calidad vigente en el momento de los hechos denunciados.

En dicho procedimiento se detalla la operativa del denominado "Control de calidad en origen", que se diferencia en "Control de calidad en origen con documentación" y "Control de calidad en origen con escucha". Conforme se establece en el contrato de prestación de servicios suscrito con Rasuvalcan, esta solicitará al potencial cliente la exhibición del DNI (o en su defecto, pasaporte). Si el potencial cliente dispusiese de

copia de dicho DNI, Rasuvalcan deberá adjuntar la copia del DNI a la solicitud de contratación. Esto es lo que se denomina “Control de calidad en origen con documentación”. No obstante, como el consumidor no siempre dispone de una copia de su documentación identificativa (o de la de su cónyuge), se establece el “Control de calidad en origen con escucha” para aquellos supuestos en los que no sea posible disponer de la citada copia. Este tipo de control 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 y no dispongan de una copia de su DNI y factura. Dicha llamada ha de ajustarse a los argumentarios comerciales elaborados en cada momento por **ENDESA ENERGÍA, S.A.** 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 la denunciada.

12. En cuanto a la documentación que debe recabar Rasuvalcan, S.L. para acreditar la identidad del cliente antes de proceder a contratar, los representantes de **ENDESA ENERGÍA, S.A.**, manifiestan 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, al no acompañarse al contrato, copia del DNI, se procedió a realizar la llamada de control de calidad según la cual el cónyuge de la interesada vino a confirmar la contratación efectuada.

Habría que señalar que en este caso no se han aportado ni DNI de la denunciante, ni de su cónyuge, ni facturas de suministro reciente. Asimismo, en la grabación, quien confirma los datos es el “cónyuge” de la denunciante y no el titular del servicio.

Asimismo, señalan los representantes de **ENDESA ENERGÍA, S.A.**, que con carácter adicional a las medidas señaladas y, en concreto, la auditoría que realiza el responsable de calidad de la denunciada, de la documentación que le entrega el distribuidor, su representada ha procedido a implementar otras medidas de control a los distribuidores, entre las que podemos señalar la realización de acompañamientos por parte de la entidad 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, S.A.**, 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. En el transcurso de dicha llamada, se pregunta al cliente por la acreditación y presentación del comercial, la calidad de la información facilitada, si le hicieron entrega de copia de los contratos, así como la actitud del comercial y satisfacción del cliente, y otros aspectos que éste considere susceptible de mejora.

Se acompaña como documento nº 18 el citado cuestionario. Sin embargo, habría que destacar que no los representantes de la entidad denunciada no han presentado dicho cuestionario firmado por la denunciante.

Se acompaña a estos efectos, como documento nº 19, informe sobre “Calidad de Ventas en Task Forces” en relación a Rasuvalcan elaborado en el primer trimestre de 2013.

13. Por último, los representantes de **ENDESA ENERGÍA, S.A.**, destacan que esta 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 como documento nº 20.

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

En relación con esta cuestión, se debe recordar que el artículo 2.1 de la LOPD, dispone que *“La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”*, siendo datos de carácter personal, conforme al artículo 3 a) de la Ley, *“Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*.

Por este motivo, el artículo 2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD), cita en su primer inciso, que *“Este Reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas”*.

Por su parte, cuando el titular del local en cuestión fuera un empresario individual, el artículo 2.3 del Reglamento establece que *“los datos relativos a*

empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal". En relación con este precepto, se debe tener en cuenta que la Agencia Española de Protección de Datos ha interpretado su contenido en numerosos informes, a partir del emitido en fecha 28 de febrero de 2008, en que se concluye lo siguiente:

"- Cabrá considerar que la legislación de protección de datos no es aplicable en los supuestos en los que los datos del comerciante sometidos a tratamiento hacen referencia únicamente al mismo en su condición de comerciante, industrial o naviero; es decir, a su actividad empresarial.

- Al propio tiempo, el uso de los datos deberá quedar limitado a las actividades empresariales; es decir, el sujeto respecto del que pretende llevarse a cabo el tratamiento es la empresa constituida por el comerciante industrial o naviero y no el empresario mismo que la hubiese constituido. Si la utilización de dichos datos se produjera en relación con un ámbito distinto quedaría plenamente sometida a las disposiciones de la Ley Orgánica.

En el presente supuesto, el tratamiento de los datos se refiere a los "...de negocio, bar y almacenes", según consta en el HECHO II.5, de esta Resolución, derivado de las actuaciones previas de investigación, constatado por la grabación que se remite a este Ente, en formato CD. De modo que los datos facilitados irían siempre referidos al concreto local comercial al que se refiere la actividad empresarial de la titular quien desarrollaría la venta de bebidas y cierto tipo de alimentos, resultando únicamente relevante la condición de comerciante, la afectada, y encontrándose los datos a los que se refiere la denuncia, excluidos del ámbito de la LOPD.

A tal efecto, se debe recordar que en el informe, redactado por esta Agencia, de fecha 27 de junio de 2001, se resumía la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al reconocer la naturaleza dual de las oficinas de farmacia, y citar explícitamente a los F.F.F..

*"Así, en primer lugar, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1979, señala en su considerando segundo que "las farmacias son **F.F.F.**, como así lo tiene declarado la Jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 24 enero 1953, 31 enero 1962 y 25 marzo 1964, al afirmar que en ellas se realiza, con establecimiento abierto, **C.C.C.**...función esta propia del Código de Comercio en cuanto va incluida en el concepto de actos mercantiles que define el art. 325 del mismo... considerando que la oficina de farmacia comprende "no sólo el local y elementos accesorios del mismo, sino, como la sentencia recurrida expresa al aceptar el considerando de la de primer grado que así lo dice, el negocio o empresa comprensivo de las existencias, clientela, derecho de traspaso y demás que del mismo deriven, siendo dicho local y elementos accesorios el soporte físico de esa actividad negocial"*

Con mayor concreción, si cabe, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1998 (Art.9143), señala en su Fundamento de Derecho segundo, de forma terminante que "en cuanto titular de una oficina de farmacia, el farmacéutico actúa como profesional de la sanidad, pero también asume la condición de titular de C.C.C.", ahondando en este criterio por el hecho de que "el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 septiembre, por el que se aprueban las tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas y la instrucción para su aplicación, contiene en su sección primera «Actividades empresariales: industriales, comerciales, de servicios y mineras», dentro del Grupo 652, el Epígrafe 652.1

«Farmacias: Comercio al por menor de medicamentos, productos sanitarios y de higiene personal». En el caso que nos ocupa, Grupo 673 “Servicios en Cafés y Bares, con y sin comida”

III

Consecuencia de las pruebas aportadas al expediente, en especial la grabación aportada en formato CD y por copia de los contratos objeto del litigio, se comprueba que los datos tratados se refieren a locales comerciales, por lo que se debe reiterar la opinión de esta Agencia, ya manifestada a lo largo de su devenir en la protección de datos personales, en el sentido de considerar que el tratamiento de los datos referidos a un establecimiento mercantil no se encuentra sometido a las disposiciones de la LOPD y su reglamento de desarrollo, RLOPD, y que no es posible incardinar los hechos valorados en algún supuesto previsto en el Título VII de la citada LOPD, que recoge las infracciones y sanciones aplicables al tratamiento de datos de carácter personal.

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.** 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 RLOPD.

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.