

Expediente N°: E/04161/2017

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 21/06/2017, tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) un escrito de D.^a **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que manifiesta que **ENDESA ENERGÍA, S.A.U.**, (en adelante, ENDESA o la denunciada) ha tratado sus datos personales vinculados a un contrato de servicio de mantenimiento de gas "OK GAS" sin su consentimiento, pues niega haber celebrado el citado contrato.

En prueba de lo manifestado aporta copia de un documento -contrato de "Servicio de Mantenimiento OKGAS/OK GAS MINI"- en el que constan sus datos personales. El documento, según dice, se lo facilitó ENDESA con ocasión de la reclamación que interpuso en la oficina de consumidores de **Lugo**. No está firmado por ella y tiene fecha de 24/01/2017.

En su relato de los hechos la denunciante declara que está "*inmersa en una contrariedad relativa a la reclamación del pago de una deuda frente a (...) Endesa, S.A.*" y añade que esa entidad justifica la procedencia de la deuda en la existencia de un contrato de mantenimiento "OK GAS".

Anexa a la denuncia copia de los documentos siguientes:

- El DNI
- Un ejemplar de las "*Condiciones particulares del contrato del SERVICIO DE MANTENIMIENTO OKGAS/OK MINI*" que, como hemos indicado, no está firmado por la denunciante y tiene fecha de 24/01/2017. En el documento consta la siguiente información:
 - a) Número de contrato **B.B.B.**
 - b) En el apartado "*Datos del Cliente*", el nombre, dos apellidos y NIF de la denunciante. El domicilio es calle *****DIRECCIÓN.1.**
 - c) En el apartado "*Datos del punto de suministro*", la misma dirección; el número de CUPS (**C.C.C.**) y como empresa distribuidora Gas Galicia, S.A.
 - d) En el apartado "*Producto contratado*", Servicio OkGas Mini.
 - e) En el apartado "*Datos bancarios*", una cuenta en la entidad 2100 de la que es titular la denunciante.

A requerimiento de la Inspección, la denunciante remite en fecha 15/09/2017 copia de la siguiente documentación adicional:

- Escrito presentado en la OMIC del **Concello de Lugo** con sello de entrada en esa oficina el 21/08/2017.
- Certificado Histórico de empadronamiento en el **Concello de Lugo** que acredita que desde el 03/07/2013 la denunciante está empadronada en su actual domicilio (*****DIRECCIÓN.2**) y no en *****DIRECCIÓN.1**, en el que se empadronó en mayo de 2008 y que es el punto de suministro del contrato origen de la denuncia.
- Copia de veintiuna facturas emitidas por ENDESA, en las que como titular del contrato figura la denunciante siendo la dirección de suministro *****DIRECCIÓN.1, Lugo**, todas ellas vinculadas al contrato con referencia C.C.C..

En todas las facturas la “Fecha emisión factura” es 09/08/2017.

Los conceptos facturados son, en todas las facturas, el término energía gas, el término fijo, el alquiler de equipos gas, el servicio de protección de pagos y el impuesto de hidrocarburos general.

Las veintiuna facturas emitidas por ENDESA corresponden a periodos de facturación bimensuales. La primera se refiere al periodo comprendido entre el 04/10/2013 y el 09/12/2013 y la última al periodo entre el 07/12/2016 y el 23/01/2017.

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:

<<RESULTADO DE LAS ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN

Se ha obtenido la siguiente información y documentación relevante a los efectos de la investigación:

A. ENDESA ENERGÍA, S.A.U., (ENDESA): Se efectuaron dos requerimientos informativos a los que respondió el 10/11/2017 y el 27/03/2018

- ENDESA aporta copia de un contrato que lleva fecha de 18/09/2012 y que está firmado por la denunciante denominado “Contrato de energía y/o servicios adicionales”.

En él, en el apartado “cliente titular del suministro” se incluye el nombre, dos apellidos y NIF de la denunciante.

*Como “datos del punto de suministro” figura la calle *****DIRECCIÓN.1**.*

En el apartado relativo a los “servicios contratados” destacamos:

Está marcada la casilla “sí” para el suministro de electricidad. Figura el número de CUPS.

Está marcada la casilla “sí” para el suministro de gas. Figura el número de CUPS.

Está marcada la casilla “sí” en el “Servicio de Protección de pago de gas”

En el apartado relativo al Servicio de mantenimiento a punto está marcada la casilla “No”

En el apartado “Servicio de Mantenimiento y reparación gas plus” está marcado “Sí”.

- *ENDESA aporta un CD con la grabación de una conversación que tiene lugar el 18/09/2012. La cliente confirma a la operadora que ha recibido la visita de un comercial y que le ha mostrado su consentimiento a la contratación, entre otros, del servicio de mantenimiento gas plus, así como del seguro de protección de pagos. Confirma que la dirección del suministro es la calle *****DIRECCIÓN.1**.*
- *ENDESA manifiesta que la contratación con la denunciante se celebró a través de RA MONGAS, S.L., NIF B5604663*
- *ENDESA reconoce que en el mes de mayo de 2013 la denunciante solicitó la baja tanto del suministro de electricidad como del de gas y añade que mientras la del primero sí pudo llevarse a cabo la segunda no se pudo tramitar porque la denunciante no permitió la retirada del contador, condición necesaria para poder dar de baja ese suministro por exigirlo así el artículo 49.1 del Real Decreto 1434/2002.*
- *Aporta impresiones de pantalla en la que se reflejan “contactos fallidos” por vía telefónica con la denunciante durante mayo y junio de 2013. Explica que la finalidad de las llamadas era retirar el contador de gas. Añade que remitió carta por correo ordinario informándole del rechazo de la baja del suministro de gas por los motivos apuntados*
- *Declara que la baja tuvo lugar el 23/01/2017 con motivo del cambio de comercializadora. Aporta una impresión de pantalla de sus ficheros en tal sentido.*
- *En su respuesta al segundo de los requerimientos que le hizo la Inspección de Datos que tuvo entrada en el registro de la AEPD el 27/03/2018, ENDESA manifiesta:*

*Que en enero de 2017 la distribuidora de gas (Nedgia Galicia, S.A.) le informó del cambio de comercializadora respecto al número de CUPS que corresponde al punto de suministro de la vivienda sita en *****DIRECCIÓN.1**.*

Reitera que el motivo por el que no se procedió a dar de baja el contrato de gas en el año 2013, cuando la denunciante lo solicita, fue que no pudo retirarse el equipo de gas y así dar de baja efectiva el contrato. Requisito impuesto por el artículo 49.1 del R.D. 1434/2002.

Por tal motivo la distribuidora siguió facturando por el peaje de acceso que la comercializadora, ENDESA, repercutió en el cliente. El peaje

de acceso comprende la tarifa de gas que contrata el cliente y consta de un término fijo, a abonar haya o no consumo, y un término variable. Aporta documento relativo a las facturas que la distribuidora emitió a la comercializadora y que ENDESA a su vez repercutió en su cliente.

En relación al contrato de mantenimiento de gas, afirma que también se denomina Servicio OKGAS u OKMINI. Explica que ese servicio fue contratado por la denunciante en fecha 18/09/2012, al tiempo de suscribir los contratos de suministro de gas y electricidad y que la denunciante confirmó la contratación en llamada de control de calidad de la que ENDESA aportó una grabación.

Las Condiciones Generales del contrato de energía y/o servicios adicionales que ENDESA ha remitido a esta Agencia prevé en su estipulación 9, que lleva por rúbrica "Resolución", que "El ejercicio de la facultad de resolución respecto de uno de los Contratos no implica la del resto de suministros y/o Servicios contratados, salvo mención expresa".

ENDESA afirma -en escrito remitido al IGC el 13/09/2017- que según las condiciones generales del contrato la baja del contrato de suministro por cambio de suministrado no implica la baja de los productos contratados ya que son independientes. Dice también que por deferencia comercial, después de comprobar que el cliente no ha hecho uso del servicio, ha anulado el concepto relativo a OK GAS facturado desde la fecha de 11/10/2013 (que es cuando se realizó por la distribuidora la última inspección) hasta la fecha final del contrato.

B. OFICINA MUNICIPAL DE INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR DE LUGO:

En escrito que tuvo entrada en el Registro de la AEPD el 28/03/2018 la OMIC informa del estado de la reclamación presentada por la denunciante contra ENDESA en fecha 04/05/2017 (referencia D.D.D.). Después de dar traslado de la reclamación de la afectada a la entidad reclamada y recibidas las alegaciones, visto que no era posible llegar a un acuerdo, se dio traslado del expediente al INSTITUTO GALEGO DE CONSUMO (IGC) el 19/07/2017, expediente número E.E.E..

C. INSTITUTO GALEGO DE CONSUMO (IGC)

El IGC responde al requerimiento de la Inspección de Datos el 15/03/2018 e informa de que en relación con la reclamación E.E.E. la reclamante (actual denunciante), "no solicitó la sumisión a Arbitraje de Consumo con objeto de solucionar la controversia y el mismo no está pendiente de procedimiento Arbitral". >>

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora 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 126.1, apartado segundo, del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD) establece:

“Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.”

III

El artículo 6 de la LOPD, bajo la rúbrica “*Consentimiento del afectado*”, dispone:

“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 comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; (...).

El artículo 6.1 de la LOPD consagra el “*principio del consentimiento o autodeterminación*”, piedra angular en la construcción del derecho fundamental a la protección de datos conforme al cual el tratamiento de datos sin consentimiento de su titular o sin otra habilitación amparada en la Ley constituye una vulneración de este derecho, pues únicamente el consentimiento, con las excepciones contempladas en la ley, legitima el tratamiento de los datos personales.

El artículo 44.3.b) LOPD tipifica como infracción grave “*Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo*”.

IV

La denuncia que examinamos versa sobre el tratamiento de los datos personales de la denunciante efectuado por ENDESA, presuntamente sin su consentimiento, y concretado en el alta a su nombre de un contrato de mantenimiento de gas, "OK GAS".

Se ha de indicar, no obstante, que si bien la denunciante no menciona explícitamente como objeto de su denuncia otras cuestiones, del tenor de su escrito se desprende, por una parte, que mantiene una controversia con la entidad ENDESA sobre los importes facturados que figuran en las veintiuna facturas que aporta y, por otra, que pretende justificar el total importe facturado por ENDESA en esas veintiuna facturas en el coste del servicio de mantenimiento OK GAS. Sobre este último extremo la denunciante afirma en su denuncia que ENDESA *"justifica la procedencia de la deuda que le reclama"* en la existencia de un contrato de mantenimiento OK GAS.

A. Por lo que atañe a la cuestión principal objeto de la denuncia, procede analizar si ENDESA, responsable del fichero al que se incorporaron los datos personales de la afectada asociados al contrato de mantenimiento OK GAS, recabó y obtuvo su consentimiento inequívoco a la contratación de dicho servicio.

El criterio que de manera uniforme ha mantenido la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, respecto a la carga de la prueba del consentimiento es que, negado por el titular de los datos, recae sobre el responsable del tratamiento la obligación de acreditar que lo recabó y obtuvo. Pueden citarse a estos efectos dos Sentencias especialmente significativas:

SAN de 31/05/2006 (Rec. 539/2004), que en su Fundamento de Derecho Cuarto dice: *"Por otra parte es al 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"* (El subrayado es de la AEPD).

Más antigua es la SAN de 11/05/2001, en la que el Tribunal señaló que *"...quien gestiona la base, debe estar en condiciones de acreditar el consentimiento del afectado, siendo carga de la prueba del mismo su justificación, y la entidad recurrente en ningún momento ha realizado esfuerzo probatorio tendente a la acreditación del consentimiento de las personas en las que se basa la sanción"* (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

La denunciante ha argumentado que el contrato del servicio OK GAS que ENDESA le ha facilitado no está firmado por ella, que tiene fecha de 24/01/2017 y que, además, el punto de suministro al que se vincula corresponde a una vivienda de ***DIRECCIÓN.1, que dejó de ser su domicilio en 2013. Desde ese año su domicilio está en calle ***DIRECCIÓN.2, por lo que no tiene sentido que hubiera suscrito un contrato de mantenimiento para una vivienda en la que no reside ni es de su propiedad.

En prueba de sus afirmaciones la denunciante ha aportado un Certificado del Histórico de empadronamiento del Concello de **Lugo** en el que consta que su actual domicilio, en el que se empadronó el 03/07/2013, es calle *****DIRECCIÓN.2**. Desde esa fecha dejó de estar empadronada en calle *****DIRECCIÓN.2**, domicilio en el que se había empadronado en mayo de 2008 y que corresponde al punto de suministro.

ENDESA, respondiendo al requerimiento informativo de la Inspección de Datos, ha aportado los documentos que evidencian que obró con la diligencia que las circunstancias del caso exigían para dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por la LOPD (ex artículo 6) pues recabó y obtuvo de la afectada (titular de los datos personales que han sido objeto de tratamiento) el consentimiento a la contratación.

En tal sentido, la denunciada nos ha remitido la copia de un contrato que tiene fecha de 18/09/2012 que sí está firmado por la denunciante, denominado *“Contrato de energía y/o servicios adicionales”*. La titular del contrato es la denunciante y los datos del punto de suministro coinciden con la dirección de calle *****DIRECCIÓN.2**, en la que el certificado de empadronamiento del Concello de Lugo confirma que había estado domiciliada desde 2008 y hasta julio de 2013.

Según ese documento contractual los servicios contratados por la denunciante fueron el suministro de electricidad, el suministro de gas, el *“Servicio de Protección de pago de gas”* y el *“Servicio de Mantenimiento y reparación de gas plus”*.

ENDESA ha declarado que la contratación de esos servicios con la denunciante se efectuó a través de la empresa MONGAS, S.L., y, además del documento contractual firmado, ha aportado un CD que contiene la grabación de una llamada de confirmación de la contratación efectuada el 18/09/2012 por la empresa que comercializó los servicios. En ella, la cliente, que se identifica con los datos de la denunciante, confirma que ha recibido la visita de un comercial y que ha prestado su consentimiento a la contratación, entre otros, del denominado *“servicio de mantenimiento de Gas Plus”*.

En el segundo requerimiento que la Inspección de Datos hizo a ENDESA la entidad, en respuesta a una pregunta de la inspectora, confirmó que el contrato de mantenimiento de gas que se celebró en 2012 se denomina también *“Servicio OK Gas u OK Mini”*.

A la luz de la documentación aportada se verifica que ENDESA obró con total diligencia cuando contrató en 2012 a nombre de la denunciante el servicio de mantenimiento de gas (también denominado posteriormente OK Gas u OK Mini), pues adoptó las medidas que eran procedentes para recabar el consentimiento y garantizar la identidad del titular de los datos, y conservó la documentación relativa a esos extremos a disposición de la Administración encargada de velar por el cumplimiento de la normativa de protección de datos de carácter personal.

Llegados a este punto se ha de destacar que las Condiciones Generales del contrato de Energía y/o Servicios Adicionales que la denunciante celebró con ENDESA en 2012 – contrato que tuvo por objeto, entre otros, el servicio de mantenimiento de gas- en su estipulación 9, “Resolución”, último inciso, dice:

“El ejercicio de la facultad de resolución respecto de uno de los Contratos no implica la del resto de suministros y/o Servicios contratados, salvo mención expresa”.

Paralelamente, se ha de tomar en consideración que la denunciante no ha acreditado que hubiera comunicado a ENDESA su decisión de resolver el contrato de mantenimiento de gas que celebró en 2012. . Y es a ella, por cuanto se trataría de invocar la extinción de la obligación (ex artículo 217.3 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil) a quien correspondería la carga de la prueba de haber cumplido el requisito al que se supedita ese efecto: la comunicación de su decisión de finalizar el contrato

ENDESA ha reconocido que la denunciante sí le comunicó en mayo de 2013 la decisión de dar de baja los suministros de gas y electricidad y ha añadido que, de acuerdo con las condiciones generales del contrato celebrado, la baja del contrato de suministro por cambio de suministrador no implicaba la baja de los productos contratados ya que se trataba de contratos independientes.

Así las cosas, tomando en consideración las reflexiones precedentes, en tanto ENDESA ha aportado documentación acreditativa de la contratación a nombre de la denunciante en el año 2012 de un contrato de servicios de mantenimiento de gas así como de haber desplegado en tal ocasión la diligencia que era procedente para garantizar el cumplimiento de la obligación impuesta por la LOPD (ex artículo 6), y en tanto la afectada no ha aportado ningún documento del que resulte acreditado que comunicó a ENDESA su deseo de dar de baja este servicio de mantenimiento de gas, **el tratamiento de los datos personales de la denunciante efectuado por la denunciada asociados al referido contrato de mantenimiento de gas no es contrario a la normativa de protección de datos ni se aprecia en tal conducta indicio de vulneración del principio del consentimiento al tratamiento.**

Indicar también, a propósito de esta cuestión, que ENDESA informó al Instituto Galego de Consumo (IGC), en el curso de la reclamación que la afectada presentó ante ese organismo, que después de comprobar que el cliente no había hecho uso del servicio de mantenimiento de gas, y por deferencia comercial, había anulado el concepto relativo al servicio de OK GAS que había facturado desde el 11/10/2013 (que es la fecha en la que la Distribuidora hizo la última inspección) hasta el final del contrato.

B. Sobre la controversia que subyace en la denuncia, relativa a las facturas cuyo importe ENDESA reclama a la denunciante y que versan sobre el suministro de gas, la denunciada ha declarado que el contrato de suministro de gas no se dio de baja hasta el 23/01/2017, cuando se realizó el cambio de comercializadora, y que, si bien la

denunciante le comunicó en mayo de 2013 la baja tanto del suministro de gas como de electricidad, mientras la de éste último pudo gestionarse sin necesidad de contactar con ella -a través del sistema de tele gestión- la del suministro de gas exigía que la compañía "distribuidora" retirase el contador del gas del domicilio, condición sin la cual no se podía proceder a realizar la baja el (ex artículo 49 del Real Decreto 1434/2002) . La denunciada acredita haber realizado varios intentos fallidos hechos durante los meses de mayo y junio de 2013 para contactar con la titular del contrato con ese propósito.

ENDESA ha explicado que dado que la empresa distribuidora no pudo retirar el contador, siguió facturándole a ella por el peaje de acceso al suministro, facturación que a su vez ENDESA tuvo que repercutir en la titular, actual denunciante. Peaje que incluye la tarifa de gas que el cliente contrata, que consta de un término fijo anual y de un término variable, dependiente del consumo que se realice. Afirma haber solicitado hasta en veinte ocasiones a la distribuidora la baja del contrato por impago sin éxito.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a **ENDESA ENERGÍA, S.A.U., con NIF A81948077** y a D.^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 Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora 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.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos