



Expediente N°: E/04360/2013

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 5 de octubre de 2012 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **B.B.B.** en el que declara que en fecha 18/09/2012 Endesa le remite una carta comunicándole el cambio de comercializadora que se ha realizado sin su consentimiento.

La inquilina del domicilio le comunica que el contrato lo ha realizado una comercial de la entidad a la cual ha facilitado todos sus datos. El contrato lo firmó la inquilina sin su consentimiento.

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 Endesa aportan copia del contrato de suministro de gas y electricidad realizado a nombre de la afectada.

Esta contratación se realizó por medio de la entidad RA MONGAS S.L. que tiene la obligación de comprobar que el potencial cliente es el titular del punto de suministro, mediante la exhibición de una factura, e identificar al cliente mediante su DNI, recabando copias de ambos documentos.

En caso que no sea posible recabar copias de dichos documentos se realiza una llamada de verificación para garantizar la conformidad del cliente con la contratación.

En este caso se realizó dicha llamada de verificación aportando copia de la misma en la que se verifica que se contacta con quien manifiesta ser **B.B.B.** y acepta la contratación de los servicios de la entidad afirmando haber firmado el contrato con el comercial y haber recibido un trato correcto.

2. En los ficheros de la entidad consta una reclamación presentada ante el Instituto Gallego de Consumo en fecha 04/06/2013 y como consecuencia se anularon los importes pendientes de pago de consumos de gas y electricidad.

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 5 de octubre de 2012 en esta Agencia, en dónde el denunciante declara que en fecha 18/09/2012 Endesa le remite una carta comunicándole el cambio de comercializadora que se ha realizado sin su consentimiento.

La inquilina del domicilio le comunica que el contrato lo ha realizado una comercial de la entidad a la cual ha facilitado todos sus datos. El contrato lo firmó la inquilina sin su consentimiento.

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, al Entidad denunciada a requerimiento de la AEPD aporta como medio de prueba admisible en derecho—ex art. 80 Ley 30/92—copia del contrato firmado el 28/08/2012 en dónde queda plasmado el nombre, apellidos, DNI. En este caso, el DNI coincide con el del denunciante. Se aporta además grabación de verificación de la contratación.

La contratación del servicio fue realizada por la entidad RA MONGAS S.L. 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 completo, el NIF y la dirección completa, que coincide con la del contrato: **A.A.A.**), así como las condiciones de 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 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