



Procedimiento PS/00295/2009

**ASUNTO: Recurso de Reposición RR/00725/2009**

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad Endesa Energía SAU contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00295/2009, y en base a los siguientes,

**HECHOS**

**PRIMERO:** Con fecha 17 de noviembre de 2009, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00295/2009, en virtud de la cual se acordó ***“Imponer a la entidad Endesa Energía SAU, por una infracción del artículo 16 de la LOPD, tipificada como leve en el artículo 44.2.a) de dicha norma, una multa de 6.000 € (seis mil euros) de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1 y 4 de la citada Ley Orgánica”.***

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha **23/11/09**, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

**SEGUNDO:** Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00295/2009, quedó constancia de los siguientes:

**“1** El Sr. A.A.A. tenía contratado el suministro de gas natural con Gas Natural hasta que en 27/06/05 aceptó una oferta de un agente comercial en nombre de Endesa Energía SA. La oferta era mas ventajosa esencialmente por el ahorro que suponía la exención del “canon IRC” de Endesa.

Esa ventaja de la exención la pudo comprobar en la primera factura emitida -15/12/05- y en las siguientes, hasta que en la de 02/04/08 por el concepto de “repercusión canon IRC distribuidora” se le carga el importe de 108,91 €. Da orden de que sea devuelta impagada. En las siguientes facturas también se le carga por el mismo concepto.

Formula la correspondiente reclamación por teléfono y por escrito ante la compañía y la respuesta que recibe de ésta el 12/05/08 no es satisfactoria. Repite reclamación enviándola por fax el 13/05/08 y por correo certificado con acuse de recibo el 02/06/08. Por toda respuesta recibe el 06/06/08 escrito de Endesa que, sin hacer mención a la reclamación le comunica que ha causado baja en el contrato del gas.

**2** El Sr. A.A.A. remitió un escrito a Endesa Energía SA, el 22 de julio de 2008, en el que, literalmente solicita “que sea atendido su ejercicio al derecho de oposición y no consiente la cesión de los mismos a entidad, asociación, empresa o persona alguna” y “que se proceda a acordar la cancelación de los datos personales obrantes en los archivos automatizados o no, de esa empresa o de cualquier otra vinculada a la misma”.

**3** El Sr. A.A.A. recibió escrito de Endesa Energía SA, fechado el 30 de julio de 2008, en el que se le comunica: “En cumplimiento de los derechos que la Ley

Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, confiere a los ciudadanos y como respuestas a sus solicitudes de oposición a la cesión y tratamiento de sus datos por otras empresas, y cancelación de sus datos personales, me complace comunicarle que ambas solicitudes han sido atendidas de acuerdo con sus indicaciones. La cancelación dará lugar a la supresión o, en su caso, al bloqueo de los datos, conservándose únicamente aquellos que por obligación legal deban mantenerse a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas”.

4 El Sr. A.A.A. recibió comunicación del Registro Sectorial de Morosidad (RSM) de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), fechado el 4 de febrero de 2009, en el que se le informa de que en esa misma fecha “ha sido incluido, a instancias de la compañía comercializadora Endesa Energía, SAU, en el Registro de Morosidad en el Sector de la Comercialización de electricidad y de gas (RSM)”, detallándose que los datos de impago se refieren a una deuda de gas por importe de 141,17 €, con fecha de vencimiento de 2 de junio de 2008.

5 El Sr. A.A.A. envió escrito al RSM el 13 de febrero de 2009, en el que, literalmente solicita “que sea atendido su ejercicio al derecho de oposición y no consiente la cesión de los mismos a entidad, asociación, empresa o persona alguna” y “que se proceda a acordar la cancelación de los datos personales obrantes en los archivos automatizados o no, de esa empresa o de cualquier otra vinculada a la misma”.

6 El Sr. A.A.A. recibió la comunicación del Registro Sectorial de Morosidad (RSM) de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), fechada el 25 de febrero de 2009, en la que se le expone: “Por la presente le comunicamos que, en contestación a su carta recibida el 19 de febrero de 2009, se ha verificado que la información disponible a fecha de la presente comunicación en la base de datos del Registro de Morosidad de la Comercialización de electricidad y de gas (RSM) facilitada por la comercializadora Endesa Energía, SAU, es la siguiente”. A continuación, se detallan en un cuadro, los mismos datos que en la comunicación del 4 de febrero, relativos a la deuda de 141,17 €.

7 Endesa Energía SA, es responsable del fichero denominado “BASE DATOS CLIENTES”, inscrito Endesa Energía SA en el Registro General de Protección de Datos con código ###COD.2 y cuya finalidad se describe así: “gestión de potenciales clientes y gestión del ciclo comercial: contratación; lectura; facturación; cobro; órdenes de servicio y atención al cliente”.

8 La Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) es responsable del fichero denominado “Registro Sectorial de Morosidad (RSM)”, inscrito en el Registro General de Protección de Datos con código ###COD1 y cuya finalidad, tipificada como “prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito”, se describe así: “La puesta a disposición de los adheridos al Registro Sectorial de Morosos de información objetiva sobre la morosidad de sus clientes”.

**TERCERO:** Endesa Energía SAU ha presentado el día 18/12/09 recurso de reposición solicitando la anulación de la resolución impugnada. Se basa en los siguientes fundamentos de derecho:

**“SEGUNDO.- Inadecuación del procedimiento. Ausencia de motivación. Vulneración de la doctrina de los actos propios.**

En primer lugar, hemos de hacer referencia al procedimiento seguido por la Agencia para la tutela del derecho de oposición y cancelación del interesado.

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de



carácter personal (en adelante, Real Decreto 1720/2007) establece en sus artículos 117 y siguientes un procedimiento específico para la atención de los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos por parte de los interesados.

...

Así pues, la Administración ha prescindido del trámite procedimental previsto en los artículos 117 y siguientes del Real Decreto 1720/2007 para la tutela de los derechos ejercitados por el Sr. A.A.A. por lo que la resolución ahora impugnada adolece de falta de motivación y supone, además, una vulneración del principio de actos propios de las Administraciones Públicas.

...

Por último, manifestar que esta actuación de la Administración supone una vulneración de la doctrina de los actos propios que constituye un límite del ejercicio de un derecho subjetivo, de una facultad, o de una potestad, como consecuencia del principio de buena fe v. particularmente, de la exigencia de observar, dentro del tráfico jurídico, un comportamiento consecuente a efectos de garantizar los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

Así, ante otras denuncias por supuestas vulneraciones de derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación, la Agencia ha acordado el inicio de un procedimiento de tutela de derechos según lo previsto en los artículos 117 y siguientes del Real Decreto 1720/2007, como debiera de haber efectuado ante la denuncia del Sr. A.A.A.. Por todos, podemos citar los procedimientos de tutela de derechos tramitados por la Agencia con número de expediente TD/00134/2008 y TD/01596/2008.

**TERCERO.- Vulneración del principio de antijuricidad y tipicidad.**

Tal y como dispone la jurisprudencia y la doctrina en la materia, la infracción administrativa se define como una acción (u omisión) típica, antijurídica, culpable y punible. Conforme lo anterior, toda calificación que pretenda ajustarse a derecho ha de observar estos principios constitutivos de la infracción administrativa, que resultan, por tanto, ineludibles para apreciar la existencia de una infracción administrativa.

En el presente caso no concurren los principios de antijuricidad y tipicidad como seguidamente se detallará.

El principio de antijuricidad consiste en la contrariedad a Derecho de la acción, es decir, que la acción (entendiendo está como acción u omisión) constituya una vulneración de la legalidad vigente.

Como ha quedado acreditado en el presente expediente sancionador, mediante escrito de fecha 22 de julio de 2008, recepcionado en fecha 24 de julio, el Sr. A.A.A. remitió solicitud de ejercicio del derecho de oposición y cancelación de sus datos personales.

Con fecha 30 de julio de 2008, esto es, dentro del plazo de diez días previsto en el artículo 16 de la LOPD, ENDESA ENERGÍA remitió escrito al Sr. A.A.A. respondiendo en sentido favorable a la solicitud realizada, puesto que los contratos de suministro de gas natural y de energía eléctrica se encontraban en estado de baja desde el 15 de junio de 2008 y desde el 4 de julio de 2008.

No obstante, como el Sr. A.A.A. devolvió el recibo bancario correspondiente a la factura de fecha 2 de abril de 2008 no resultaba procedente la cancelación de sus datos personales al tener obligaciones de pago pendientes, derivadas de la relación contractual entre las partes.

**CUARTO.- Vulneración de los principios de culpabilidad y proporcionalidad.**

En el caso de que la Agencia considerase que en el presente supuesto se cumplen los requisitos de antijuricidad y tipicidad, es evidente que en la conducta de mi mandante no es posible apreciar dolo o culpa alguna.

En efecto, en ningún caso podría imputarse la concurrencia de culpabilidad

*alguna en la conducta de mi representada por cuanto mi mandante procedió a contestar al reclamante en el plazo legalmente previsto aunque. al venir devuelta la factura del banco. no fuese procedente la cancelación de los datos.*

...  
*Es evidente que, en todo caso, lo que se ha producido en el presente expediente es un error en el contenido de la contestación al Sr. A.A.A., puesto que no era procedente cancelar sus datos, tal y como reconoce la Agencia en su Resolución.*

...  
**QUINTA.- Falta de motivación en la graduación de la sanción aplicable**  
*Sin perjuicio de que entendemos que, en modo alguno, ENDESA ENERGÍA ha cometido la infracción que se le imputa, hemos de manifestar que la sanción que se le ha impuesto vulnera los principios de motivación y de proporcionalidad que rigen en nuestro derecho sancionador.*

...  
*En el supuesto de que la Agencia sancione a ENDESA ENERGÍA por la comisión de una infracción leve, debería imponer una sanción de 601.01 € en atención a las siguientes circunstancias:*

*En primer lugar, en cuanto a los derechos personales afectados. debemos manifestar que la propia Agencia ha entendido que no procedía la cancelación de los datos v. por otro lado, se ha atendido el derecho de oposición del denunciante, conforme se reconoce en la Resolución recurrida.*

*En segundo lugar y en cuanto al volumen de los tratamientos efectuados, estamos ante la denuncia de un único interesado que no reclama por un tratamiento de datos sin su consentimiento, ya que reconoce haber contratado con ENDESA ENERGÍA en 2005, pero que no está conforme con que ENDESA ENERGÍA no haya cancelado sus datos.*

*Por otro lado, en cuanto a los beneficios obtenidos, interesa destacar que el único beneficiado ha sido el denunciante que no ha abonado las facturas de suministro, siendo ENDESA ENERGÍA la única perjudicada al haber prestado un servicio de suministro que no le ha sido abonado.*

*En cuarto lugar, es evidente la ausencia de grado de intencionalidad de ENDESA ENERGÍA que procedió a atender la petición del denunciante en cuanto al derecho de oposición y que, por error, manifestó que procedía a cancelar sus datos aún cuando el contrato se dio de baja por el impago de las facturas por parte del denunciante. Asimismo, mi mandante contestó al denunciante en el plazo legalmente establecido.*

...  
*Consecuentemente, en el hipotético caso de que la Agencia considere que realmente la conducta de ENDESA ENERGÍA es merecedora de reproche jurídico y se deba imponer una sanción administrativa, deberá acordar la imposición de una multa de 600 €, puesto que en caso contrario la Agencia estaría claramente vulnerando los principios de motivación y proporcionalidad.*

...”

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

Es competente para resolver el presente recurso el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto 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 (en lo sucesivo LRJPAC).



## II

En relación con las manifestaciones efectuadas por Endesa Energía SAU, reiterándose básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas –excepto la expuesta en el fundamento transcrito segundo y quinto– ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho II y III de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

*“II. La LOPD establece en su artículo 16: “1. El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días. 2. Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos. 3. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión. 4. Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación. 5. Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado”*

*E igualmente establece en: “Artículo 17. Procedimiento de oposición, acceso, rectificación o cancelación 1. Los procedimientos para ejercitar el derecho de oposición, acceso, así como los de rectificación y cancelación serán establecidos reglamentariamente. 2. No se exigirá contraprestación alguna por el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación”*

*El Título III del “Reglamento de protección de datos de carácter personal” (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal) regula lo referente a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. En el artículo 33.1 se establece la denegación de ese derecho de rectificación y cancelación cuando los datos personales deban conservarse en base a las relaciones contractuales de las partes.*

*El denunciante recibió respuesta favorable del responsable del fichero a su solicitud de oposición, cesión y cancelación de sus datos personales. Siendo consecuente con esa respuesta el responsable del fichero debió excluir de tratamiento esos datos personales y, si había algún motivo por el que la solicitud debió ser denegada total o parcialmente, procedía decirlo en la respuesta dada de forma motivada, para permitir al afectado emprender las acciones legales que a su derecho conviniera. Al no hacerlo así contraviene las normas de protección de datos indicadas.*

*III. El artículo 44.2.a) de la LOPD, establece que “No atender, por motivos formales, la solicitud del interesado de rectificación o cancelación de los datos personales objeto de tratamiento cuando legalmente proceda” es una infracción leve. La relación contractual entre las partes, suministro de gas natural, exigía el uso de los datos personales del denunciante hasta que la relación hubiera concluido. Debido a discrepancias en los conceptos facturables se había producido el impago de una de las facturas correspondientes al suministro de gas. Sin entrar en el fondo de la procedencia*

*o no del concepto objeto de discrepancia, esa no es nuestra misión, de si la totalidad de la deuda es correcta o no, es correcto considerar que la relación contractual no había concluido totalmente. En consecuencia, el uso de los datos personales del denunciante era necesario y la cancelación de los mismos no era procedente mientras esa relación no hubiera concluido.*

*La respuesta a la solicitud de cancelación debió dejar bien claro que por ese motivo la cancelación debía ser denegada. Al no hacerlo así estamos ante un supuesto de no atención –por motivos formales- de una solicitud de cancelación en los términos establecidos en el precepto citado”.*

Ha de rechazarse el motivo segundo alegado. El procedimiento sancionador acordado es el adecuado a los hechos denunciados, pues el derecho de cancelación había sido ejercitado por el afectado y admitido expresamente por la denunciada hoy recurrente. Los hechos denunciados estaban tipificados como infracción y no cabía iniciar un procedimiento de tutela de un derecho ya ejercitado y admitido por la contraparte.

El motivo quinto de su escrito de recurso también ha de ser rechazado en cuanto a su petición de reducción del importe de la sanción a la cuantía mínima de las leves. Puede estimarse escasa o de referencia genérica pero no ausente o falta. En los hechos descritos esta la motivación concreta. Cuando se comunica la estimación de la cancelación al afectado sin anotación o exclusión se le esta comunicando una realidad falsa respecto a él, que no ha sido subsanada por comunicación posterior. La anotación en el fichero de morosos de la deuda del afectado agrava el daño causado a sus derechos personales. El grado de intencionalidad no es cero, el no es producto de un error, sino de una negligencia de comprobación previa a la comunicación inicial y mantenida en el tiempo. El reflejo de estos motivos en la cuantificación del importe de la sanción queda a criterio del Director de la Agencia, que en el caso que nos ocupa es acertado en cuanto a su proporcionalidad.

### III

Por todo ello, en el presente recurso de reposición, Endesa Energía SAU no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

**PRIMERO: DESESTIMAR** el recurso de reposición interpuesto por **Endesa Energía SAU** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 17 de noviembre de 2009, en el procedimiento sancionador PS/00295/2009.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución a la entidad **Endesa Energía SAU**.



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, se podrá interponer 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

Madrid, 25 de enero de 2010

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA  
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte