

- **Procedimiento N°: PS/00037/2020**

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Del procedimiento instruido por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Ante esta Agencia se han venido presentando diversas reclamaciones contra la entidad EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. en las que sustancialmente se denuncia el tratamiento de datos personales sin consentimiento del interesado. Dichos tratamientos se producen en el marco de la contratación de servicios de gas efectuadas supuestamente por un representante del cliente, sin que dicha entidad pueda acreditar la existencia de tal representación. Tales reclamaciones han dado lugar a la incoación de diversos procedimientos sancionadores por parte de esta Agencia, entre los que cabe mencionar el PS/0025/2019, que ha concluido declarando la existencia de una infracción de lo previsto en la normativa de protección de datos.

SEGUNDO: A la vista de los antecedentes mencionados en el número anterior, el día 3 de junio de 2019 la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos instó a la Subdirección General de Inspección de Datos el inicio de actuaciones previas de investigación a fin de acreditar, en su caso, la existencia de una conducta regular y continuada de posible vulneración de la normativa de protección de datos por parte de EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U.

TERCERO: El día 17 de diciembre de 2019, la Subdirección General de Inspección formula requerimiento a EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U para que facilite la siguiente información:

1. Especificación de los canales de contratación (telefonía, internet, distribuidores propios o subcontratas, fuerza de ventas con visitas a domicilio propia o subcontratada, etc....) de los servicios comercializados por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. a personas físicas.

2. Descripción del procedimiento de contratación seguido a través de cada uno de los canales anteriores cuando la contratación es realizada por un tercero en representación de la persona física titular del contrato. Al respecto se solicita aportar, además de toda la información que considere oportuna a los efectos de documentar el procedimiento, los siguientes:

2.1. Copia de los documentos (modelos de formularios, contratos, argumentarios telefónicos, etc.) usados para recopilar los datos personales del titular y del tercero que actúa representándolo, con indicación del canal o canales para los que se utiliza cada uno.

2.2. Descripción de los procedimientos habilitados a través de cada uno de los canales de contratación para que un tercero pueda acreditar la representación de un titular al suscribir un contrato con EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U.

2.3. Especificación del procedimiento seguido por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. para almacenar las evidencias que acreditan la capacidad de representación del tercero en los procedimientos en que se efectúa este tipo de contratación, con indicación del canal o canales para los que se usa cada uno.

2.4. Adjuntar modelos y/o ejemplos de evidencias tipo recopiladas en virtud del procedimiento seguido en el apartado 2.3.

3. Información del número de contratos suscritos en 2018 y 2019 por terceros en representación de los titulares de los servicios (personas físicas) con distinción de:

3.1. En virtud de qué se apoya dicha representación (poder, grado de parentesco, etc.)

3.2. Procedimiento o fórmula de acreditación de la representación seguido.

3.3. Canal de contratación telefonía, internet, distribuidores propios o subcontratas, fuerza de ventas con visitas a domicilio propia o subcontratada, etc....)

CUARTO: Con fecha 13 de enero de 2020, se registra la entrada en la AEPD del escrito de contestación de EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. al requerimiento de información anterior. En dicho documento se manifiesta lo siguiente:

“PRIMERO- Especificación de los canales de contratación (telefonía, internet, distribuidores propios o subcontratas, fuerza de ventas con visitas a domicilio propia o subcontratada, etc....) de los servicios comercializados por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. a personas físicas.

EDP dispone de diferentes canales para formalizar la contratación, distinguiendo los siguientes:

A. Canal Telefónico, con cierre parcial o definitivo del proceso de contratación mediante una llamada de teléfono. Incluye los siguientes subcanales:

- CAC Inbound: Recepción de llamadas, desde los clientes hacia EDP. En general son ya clientes de EDP que se identifican desde el inicio de la llamada a través de un protocolo de seguridad, aunque también pueden recibirse llamadas de clientes potenciales.

- Telemarketing: Emisión de llamadas, desde EDP hacia bases de datos propias de ya clientes para upselling o recuperación de abandonos. Se utiliza para la realización de la llamada el número de teléfono que consta en la ficha del cliente, y que ha sido aportado por dicha persona con anterioridad.

- LEADS: Emisión o recepción de llamadas, sobre usuarios que han manifestado un interés en alguna plataforma o página web (sorteos, promociones, comparadores de ofertas, blogs, agencias de publicidad, etc.) dejando sus datos básicos para ser contactados o contactando ellos mismos en el número de teléfono que se les muestra. Normalmente dichos usuarios aún no tienen contratos activos con EDP.

B. Canal Web, con cierre mediante un formulario digital. El usuario accede a través de una web e inicia un proceso de contratación totalmente online, sin interacción con agentes.

C. Distribuidores, con cierre presencial o digital del proceso de contratación, incluyendo:

- Oficinas Comerciales propias de EDP. Normalmente ya clientes de EDP que acuden proactivamente a la oficina, aunque puede tratarse también de clientes potenciales.
- Tiendas ajenas (ej. *****TIENDA.1**). En general nuevos clientes que acuden a realizar sus compras y se interesan por la oferta de EDP.

D. Fuerzas de Venta Externas, con cierre presencial del proceso de contratación, incluyendo:

- Stands en Ferias, Centros Comerciales, etc. En general nuevos clientes que acuden a dichos eventos o lugares y se interesan por la oferta de EDP.
- Visitas a domicilio con solicitud previa. Clientes o potenciales clientes que han facilitado sus datos y consentimiento para recibir propuestas de un agente de EDP a domicilio.

SEGUNDO.- Descripción del procedimiento de contratación seguido a través de cada uno de los canales anteriores cuando la contratación es realizada por un tercero en representación de la persona física titular del contrato.

A. Canal Telefónico:

A continuación, pasan a describirse los procedimientos implantados en EDP en aquellos casos en los que la contratación es realizada por un tercero en representación de una persona física vía telefónica:

A.1 – CAC INBOUND 1) Cuando el usuario indica que desea realizar una contratación como representante se le pregunta por su relación con el titular y si cuenta con autorización de dicha persona. 2) Una vez confirmado el punto anterior, se solicitan datos identificativos del representante, y todos los datos del titular necesarios para formalizar la contratación. 3) Finalmente se lee y registra en audio el Consentimiento Expreso de representante. 4) Al titular del contrato, a efectos informativos, se le remite por duplicado, con sobre franqueado, la documentación contractual en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de protección de consumidores y usuarios.

A.2 – TELEMARKETING 1) Cuando el usuario indica que desea realizar una contratación como representante se le pregunta por su relación con el titular. 2) Una vez confirmado el punto anterior, se solicitan datos identificativos del representante, y todos los datos del titular necesarios para formalizar la contratación. 3) A continuación, se lee y registra en audio el Consentimiento Expreso de representante. 4) Finalmente se envía soporte duradero al teléfono/sms facilitado por el representante, y se espera a su confirmación. 5) Al titular del contrato, a efectos informativos, se le remite por

duplicado, con sobre franqueado, la documentación contractual en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de protección de consumidores y usuarios.

A.3 – LEADS 1) Cuando el usuario indica que desea realizar una contratación como representante se le pregunta por su relación con el titular. 2) Una vez confirmado el punto anterior, se solicitan datos identificativos del representante, y todos los datos del titular necesarios para formalizar la contratación. 3) A continuación, se lee y registra en audio el Consentimiento Expreso de representante. 4) Seguidamente se envía soporte duradero al teléfono/sms facilitado por el representante, y se espera a su confirmación. 5) Al titular del contrato, a efectos informativos, se le remite por duplicado, con sobre franqueado, la documentación contractual en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de protección de consumidores y usuarios. 6) En este canal, por el modo de contratación y las características de los clientes que lo utilizan, se tiene en marcha, como prueba piloto, la comunicación vía SMS o e-mail al representado (en casos de no parentesco con el representante para estudiar su eficacia y receptividad.)

B. Web: No se ofrece la opción de contratación con representante.

C. Distribuidores:

En el caso de contrataciones realizadas en Oficinas Comerciales propias de EDP (en las tiendas ajenas no existe la posibilidad de contratar en nombre y representación de un tercero) el procedimiento es el siguiente:

1) En aquellos casos en los que el usuario indica que desea realizar una contratación como representante de un tercero, se le pregunta por su relación con el titular. 2) Una vez obtenida la información, se solicitan los datos identificativos del representante, y todos los datos del titular necesarios para formalizar la contratación. Igualmente, se requiere una fotocopia del NIF, tanto del representante como del representado. 3) También se requiere de la presentación de un documento de autorización cumplimentado y firmado por ambas partes interesadas (representante y titular).

D. Fuerzas de Venta Externas:

En caso de contrataciones realizadas por fuerzas de venta externas (stands de ferias, centros comerciales y visitas a domicilio, siempre que exista solicitud previa por parte del interesado), en el contrato se recabarán los datos identificativos del representante, solicitando igualmente, los datos del titular necesarios para formalizar la contratación. En el contrato, se especifica de forma expresa que el representante declara disponer de facultades suficientes para suscribir el contrato en nombre del cliente a quien se responsabiliza de informar de todas las condiciones del mismo. Se requiere, por otra parte, de una fotocopia del NIF del representante.

A continuación, se registra en audio una verificación de la contratación donde se le indica en dos ocasiones al representante, el hecho de que actúa en representación del titular del suministro y se confirma la relación-parentesco que les vincula.

Por tanto, para acreditar la representación, se formaliza el talonario de contratación donde el representante declara disponer de facultades suficientes para suscribir el

contrato en nombre del cliente a quien se responsabiliza de informar de todas las condiciones de este. Igualmente, se aporta copia del NIF del representante.

Al respecto se solicita aportar, además de toda la información que considere oportuna a los efectos de documentar el procedimiento, los siguientes:

2.1. Copia de los documentos (modelos de formularios, contratos, argumentarios telefónicos, etc.) usados para recopilar los datos personales del titular y del tercero que actúa representándolo, con indicación del canal o canales para los que se utiliza cada uno.

A. Canal Telefónico:

A.1 – CAC INBOUND

La recopilación de datos se realiza en el sistema de cada uno de los proveedores, siguiendo el orden que corresponda según la tipología de cliente, producto contratado o campaña.

Documentos:

- 1) Plantilla datos ventas (Evidencia 1)
- 2) Consentimiento Expreso Ventas representante CAC (Evidencia 2)

En la evidencia 2 consta lo siguiente:

"[XXXXXX] vamos a grabar su conformidad. ¿de acuerdo?

Son las [hh:mm] del día [dd] de [mm] de [20XX], y D./Dña.[nombre y apellidos] con DNI [nº DNI], como [marido/mujer/hijo/apoderado/representante] y en representación del titular [nombre y apellidos / razón social] con DNI/CIF [nº DNI/CIF] teléfono [teléfono] y correo electrónico [email] ha llamado y acepta la oferta de EDP para la dirección [dirección de suministro] que consiste en [condiciones del plan -dto. en la luz-] para [CUPS LUZ: ES...] sobre el precio EDP vigente de electricidad [precio de potencia (€/kW mes) y precio término energía (€/kWh)] y/o [condiciones del plan -dto. en gas] para [CUPS GAS: ES...] y precio EDP vigente de gas [precio término disponibilidad (€/mes) y precio término energía (€/kWh)]; y/o Funciona [precio anual del servicio, condiciones del plan promoción funciona].

[Si no se elige la fecha de cobro] La forma de pago escogida es [domiciliación bancaria en su cuenta actual/en la cuenta...] y se pasará al cobro en la fecha indicada en la factura.

[Si se elige la fecha de cobro] La forma de pago escogida es [domiciliación bancaria en su cuenta actual/en la cuenta...] y se pasará al cobro en una fecha concreta, los días [DD] del mes. En ese caso el periodo de pago podrá ser inferior o superior a los 20 días establecidos en la normativa".

"En nombre de su representado, y tras superar un análisis del riesgo de la operación, haremos las gestiones necesarias para activar los contratos de acceso, momento a partir del cual entrará en vigor el nuevo contrato quedando resuelto el anterior.

El/los contrato/s tendrá/s una duración de 1 año, prorrogable por igual periodo salvo denuncia con antelación de 15 días. ¿Está conforme con la anterior información y condiciones del /los contrato/s? [Si / Vale].

En unos días recibirá el contrato incluyendo documento de desistimiento por duplicado, de los que sólo tendrá que devolvernos firmada una de las copias en el sobre autofranqueo, no necesita sello, que le adjuntaremos.

Dispone de 14 días naturales para ejercer su derecho de desistimiento. No obstante, si usted nos lo solicita, podemos iniciar ahora los trámites. En ese caso, si posteriormente desistiera del contrato, deberá abonar el importe correspondiente al periodo de suministro prestado. ¿Desea que su contratación se tramite de forma inmediata? [SI/NO].

Aún recibirá alguna factura de su compañía actual por un periodo probablemente inferior al normal. A partir de ahí, desde la entrada en vigor del contrato recibirá la factura de EDP con todas nuestras ventajas.

Sus datos personales y los de su representado serán tratados por EDP Comercializadora SAU y EDP Energía SAU para la gestión de sus contratos, prevención de fraude, realización de perfiles basados en información del cliente y de EDP, así como la realización de comunicaciones personalizadas sobre productos o servicios directamente relacionados con sus contratos, pudiendo en cualquier momento oponerse a las mismas".

"Adicionalmente, para que desde EDP podamos asesorarle con las mejores propuestas:

¿Nos permite presentar a su representado ofertas relacionadas con la energía adaptadas a su perfil tras la finalización del contrato, o remitirle en cualquier momento información de productos y servicios no energéticos, de Empresas Colaboradoras o de EDP? [SI/NO]

¿Nos permite completar el perfil comercial de su representado con información de bases de datos de terceros, con la finalidad de enviarle propuestas personalizadas y la posibilidad de contratar o no determinados servicios? [SI/NO]

Su solicitud ha sido registrada con el código que le voy a indicar. Si lo desea, puede tomar nota [COD. CIG]".

A.2 – TELEMARKETING

La recopilación de datos se realiza en el sistema de cada uno de los proveedores, siguiendo el orden que corresponda según la tipología de cliente, producto contratado o campaña.

Documentos:

- 1) Plantilla datos ventas (Evidencia 1)
- 2) Consentimiento Expreso Ventas representante TLMK (Evidencia 3)

El texto de la evidencia 3 es el siguiente:

"[Sr./Sra. XXXXXX] para contratarlo necesito grabar su conformidad ¿de acuerdo?. [Si].

Bien, pues son las [hh:mm] del día [dd] de [mm] de [20XX]

[D./Dña] [nombre y apellidos] con DNI [nº DNI] como [marido/mujer/hijo/apoderado/representante] y en representación del titular [nombre y apellidos / razón social] con DNI/CIF [nº DNI/CIF], teléfono [teléfono] y correo electrónico [email] acepta la oferta de EDP para la dirección [dirección de suministro] que consiste en para [CUPS LUZ: ES.....] sobre el precio EDP vigente de electricidad [precio de potencia (€/kW mes) y precio término energía (€/kWh)] y/o [condiciones del plan - dto. en gas] para [CUPS GAS: ES.....] y precio EDP vigente de gas [precio término disponibilidad (€/mes) y precio término energía (€/kWh)]; y/o Funciona [precio anual del servicio, condiciones del plan promoción funciona]. La forma de pago escogida es [domiciliación bancaria en su cuenta actual/en la cuenta.....] y se pasará al cobro [en la fecha indicada en la factura / en UNA FECHA CONCRETA, LOS DÍAS (DD) DEL MES. EN ESE CASO EL PERIODO DE PAGO PODRÁ SER INFERIOR O SUPERIOR A LOS 20 DÍAS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA]. En nombre de su representado, y tras superar un análisis del riesgo de la operación, haremos las gestiones necesarias para activar los contratos de acceso, momento a partir del cual entrará en vigor el nuevo contrato, quedando resuelto el anterior.

El/los contrato/s tendrá/s una duración de 1 año, prorrogable por igual periodo salvo denuncia con antelación de 15 días.

¿Está conforme con la anterior información y condiciones del /los contrato/s?" [Si / Vale]. "Muchas gracias."

En unos días recibirá el contrato (incluyendo documento de desistimiento) por duplicado, de la que sólo tendrá que devolvernos firmada una de las copias en el sobre autofranqueo, no necesita sello, que le adjuntaremos.

Dispone de 14 días naturales para ejercer su derecho de desistimiento en la forma que considere oportuna. No obstante, Podemos iniciar los trámites durante ese plazo si usted nos lo solicita, en cuyo caso si desistiera del contrato deberá abonar el importe proporcional a la parte prestada del suministro. ¿Desea que su contratación se tramite de forma inmediata? [SI/NO]

Aún recibirá alguna factura de su compañía actual por un periodo probablemente inferior al normal. Con la entrada en vigor del contrato recibirá la factura de EDP con todas nuestras ventajas.

Sus datos personales y los de su representado serán tratados por EDP Comercializadora SAU y EDP Energía SAU para la gestión de sus contratos, prevención de fraude, realización de perfiles basados en información del cliente y de EDP, así como la realización de comunicaciones personalizadas sobre productos o servicios directamente relacionados con sus contratos, pudiendo en cualquier momento oponerse a las mismas.

Adicionalmente, para que desde EDP podamos asesorarles con las mejores propuestas:

¿Nos permite presentar a su representado ofertas relacionadas con la energía tras la finalización del contrato, o remitirle en cualquier momento información de productos y servicios del sector financiero, asegurador y de automoción, de Empresas Colaboradoras o de EDP?

[SI/NO]

¿Nos permite completar el perfil comercial de su representado con información de bases de datos de terceros, con la finalidad de enviarle propuestas personalizadas y la posibilidad de contratar o no determinados servicios?

[SI/NO]

Les recordamos que podrán ejercitar en cualquier momento sus derechos de acceso, rectificación, oposición, supresión, limitación y portabilidad, a través de cualquiera de las vías indicadas en las Condiciones Generales que pueden consultar en nuestra web www.edpenergia.es.

[Sólo en caso de contratación de gas] “Por su seguridad le recordamos la obligación legal de colaborar con su Compañía Distribuidora facilitando el acceso a sus instalaciones.”

Para poder tramitar su petición necesitamos que confirme la aceptación de esta oferta que tiene el Código, por favor tome nota: “COD CIG”.

A.3 – LEADS

La recopilación de datos se realiza en el sistema de cada uno de los proveedores, siguiendo el orden que corresponda según la tipología de cliente, producto contratado o campaña.

Documentos:

- 1) Plantilla datos ventas (Evidencia 1)
- 2) Consentimiento Expreso Ventas representante LEADS (Evidencia 4)

El contenido de la evidencia 4 es el siguiente:

“[Sr./Sra. XXXXXX] para contratarlo necesito grabar su conformidad ¿de acuerdo?. [Si].

Bien, pues son las [hh:mm] del día [dd] de [mm] de [20XX] y [D./Dña] [nombre y apellidos] con DNI [nº DNI] ha solicitado la llamada de EDP y como [marido/mujer/hijo/apoderado/representante] y en representación del titular [nombre y apellidos / razón social] con DNI/CIF [nº DNI/CIF], teléfono [teléfono] y correo electrónico [email] acepta la oferta de EDP para la dirección [dirección de suministro] que consiste en [condiciones del plan -dto. en la luz para [CUPS LUZ: ES.....] sobre el precio EDP vigente de electricidad [precio de potencia (€/kW mes) y precio término energía (€/kWh)] y/o [condiciones del plan -dto. en gas] para [CUPS GAS: ES.....] y precio EDP vigente de gas [precio término disponibilidad (€/mes) y precio término energía (€/kWh)]; y/o Funciona [precio anual del servicio, condiciones del plan promoción funciona]. La forma de pago escogida es [domiciliación bancaria en su cuenta actual/en la cuenta.....] y se pasará al cobro [en la fecha indicada en la factura / en una fecha concreta, los días (dd) del mes. en ese caso el periodo de pago podrá ser inferior o superior a los 20 días establecidos en la normativa]. En nombre de su representado, y tras superar un análisis del riesgo de la operación, haremos las gestiones necesarias para activar los contratos de acceso, momento a partir del cual entrará en vigor el nuevo contrato, quedando resuelto el anterior.

El/los contrato/s tendrá/s una duración de 1 año, prorrogable por igual periodo salvo denuncia con antelación de 15 días.

¿Está conforme con la anterior información y condiciones del /los contrato/s?" [Si / Vale]. "Muchas gracias."

En unos días recibirá el contrato (incluyendo documento de desistimiento) por duplicado, de la que sólo tendrá que devolvernos firmada una de las copias en el sobre autofranqueo, no necesita sello, que le adjuntaremos.

Dispone de 14 días naturales para ejercer su derecho de desistimiento en la forma que considere oportuna. No obstante, Podemos iniciar los trámites durante ese plazo si usted nos lo solicita, en cuyo caso si desistiera del contrato deberá abonar el importe proporcional a la parte prestada del suministro. ¿Desea que su contratación se tramite de forma inmediata? [SI/NO]

Aún recibirá alguna factura de su compañía actual por un periodo probablemente inferior al normal. Con la entrada en vigor del contrato recibirá la factura de EDP con todas nuestras ventajas.

Sus datos personales y los de su representado serán tratados por EDP Comercializadora SAU y EDP Energía SAU para la gestión de sus contratos, prevención de fraude, realización de perfiles basados en información del cliente y de EDP, así como la realización de comunicaciones personalizadas sobre productos o servicios directamente relacionados con sus contratos, pudiendo en cualquier momento oponerse a las mismas.

Adicionalmente, para que desde EDP podamos asesorarles con las mejores propuestas:

¿Nos permite presentarle ofertas relacionadas con la energía adaptadas a su perfil tras la finalización del contrato, o remitirle en cualquier momento información de productos y servicios no energéticos, de Empresas Colaboradoras o de EDP?

[SI/NO]

¿Nos permite completar el perfil comercial de su representado con información de bases de datos de terceros, con la finalidad de enviarle propuestas personalizadas y la posibilidad de contratar o no determinados servicios?

[SI/NO]

Les recordamos que podrán ejercitar en cualquier momento sus derechos de acceso, rectificación, oposición, supresión, limitación y portabilidad, a través de cualquiera de las vías indicadas en las Condiciones Generales que pueden consultar en nuestra web www.edpenergia.es.

B. Web: No se ofrece la opción de contratación con representante.

C. Distribuidores:

En el caso de oficinas comerciales propias de EDP, la recopilación de datos se realiza en el sistema de cada uno de los proveedores, siguiendo el orden que corresponda según la tipología de cliente, producto contratado o campaña.

Documentos aportados:

- 1) Plantilla datos ventas (Evidencia 1)
- 2) Plantilla autorización gestiones representante (Evidencia 5)

En lo que respecta al contenido de la evidencia 5, el documento contiene tres recuadros diferenciados, En el primero se indica que "el TITULAR (D.,..., DNI o CIF) en nombre propio o representación de la empresa." En el segundo recuadro se indica que "AUTORIZA a (D.,..., DNI... o CIF) para realizar la gestión de (señala 4 posibilidades: alta/baja, cambio de titularidad, cambio de domiciliación bancaria, y/o otras gestiones) debiendo marcarse el recuadro contiguo a cada una de ellas. En el tercer recuadro se recoge "FIRMA" y se deja los espacios correspondientes al lugar, fecha (día, mes y año) y espacio para la firma del autorizante y autorizado.

A continuación, se resalta con fondo rojo la siguiente leyenda:

"NOTA: PARA TENER VALIDEZ, ESTA AUTORIZACIÓN DEBE PRESENTARSE ACOMPAÑADA DE FOTOCOPIA DEL DNI DEL TITULAR Y DEL AUTORIZADO. CUANDO SE TRATE DE AUTORIZACIÓN CONCEDIDA POR UN REPRESENTANTE DEL TIPO S.A., S.L., A.I.E, U.T.E, CB, COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, FUNDACIONES, COLEGIOS, ..., ADEMÁS SE REQUERIRÁ FOTOCOPIA DE LA ESCRITURA DE PODER OPORTUNA".

Seguidamente figura el siguiente texto;

"Los interesados quedan informados que los datos de carácter personal facilitados en este formulario serán tratados como responsable del tratamiento por EDP ENERGÍA, S.A.U. y EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. con el fin de que puedan ser utilizados para la tramitación de la gestión autorizada.

Los datos personales que usted nos facilita serán utilizados, en la forma y con las limitaciones y derechos que reconoce el Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679.

Los interesados cuyos datos sean objeto de tratamiento podrán ejercitar los derechos de acceso, rectificación, supresión, portabilidad, limitación y oposición al tratamiento de estos datos, acreditando su identidad, mediante email dirigido a cclopd@edpenergia.es o mediante escrito dirigido al responsable del tratamiento a la dirección Plaza del Fresno, 2 – 33007 Oviedo (Asturias). Igualmente, podrá ponerse en contacto con el Delegado de Protección de Datos de EDP, en la misma dirección postal o en el correo electrónico dpd.es@edpenergia.es, en el caso de que entienda vulnerado alguno de sus derechos relacionados con la protección de datos, o en su caso, interponer una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos "

D. Fuerzas de Venta Externas:

En el caso de las fuerzas de venta externas (stands de ferias, centros comerciales y visitas a domicilio, siempre que exista solicitud previa por parte del interesado), la

recopilación de datos se realiza en un talonario en papel. Estos datos se digitalizan en la Herramienta de Gestión de Canales (HGC).

Para la verificación, la recopilación de datos se realiza en el sistema del proveedor de verificación.

Documentos:

- 1) Talonario de ventas (Evidencia 6)
- 2) Plantilla datos ventas (Evidencia 1)
- 3) Script verificación (Evidencia 7)

En lo que respecta a la evidencia 6, a la que el reclamado denomina Talonario de ventas, el documento, bajo el título “contrato de suministro de energía y/o servicios”, contiene en su primera página tres recuadros.

En el primero figuran espacios para cumplimentar los datos relativos al punto de suministro (dirección, cup electricidad, cup gas) y separadamente casillas para marcar la contratación de contrato luz+gas o individualmente alguno de los dos servicios. Se contienen también espacios para cumplimentar los datos del titular del contrato (nombre, apellidos, teléfono y correo electrónico) y datos del representante (nombre, NIF y domicilio y se incluyen varias casillas para marcar que el representante lo es en calidad de cónyuge/pareja registrada, ascendiente/ descendiente o apoderado) debajo de tales casillas un texto señala que “declara disponer de facultades suficientes para suscribir el presente contrato en nombre del cliente a quien se responsabiliza de informar de todas las condiciones del mismo.”

Debajo de este recuadro se contiene la siguiente leyenda; “El cliente contrata, para el suministro que se indica, el suministro de gas con EDP Comercializadora, S.A.U. y el suministro de electricidad y/o los servicios complementarios con EDP Energía, S.A.U., (en adelante conjunta y/o individualmente, según proceda, referidas como “EDP”) con arreglo a las Condiciones Específicas que se recogen a continuación y a las Condiciones Generales en anexo.

El cliente solicita que la prestación del suministro / los suministros y/o servicios se inicie durante el plazo de desistimiento contemplado en las condiciones generales.”

En el segundo recuadro titulado condiciones específicas del contrato y en el que separadamente según se trate de gas o luz se contienen ciertas informaciones sobre tarifas y en el que existen espacios para ser cumplimentados y casillas para marcar relativas a los servicios que se contratan, figura tanto en la parte de gas como en la de luz una casilla que debe marcarse para indicar que se cambia de titular. También se incluye un espacio para cumplimentar los datos relativos a la cuenta corriente para domiciliar los cobros (este espacio es común a todos los servicios contratados)

Debajo de este recuadro figura el siguiente texto: “EDP se reserva el derecho a renunciar al presente contrato si los datos efectivos del suministro no se ajustan a los declarados por el cliente a la hora de contratar.” Seguidamente figura una casilla para marcar que “El cliente expresamente declara conocer y aceptar las anteriores Condiciones Específicas.” Y otra para marcar que “El cliente declara haber sido informado y recibido el anexo con las Condiciones Generales, que acepta.” Se añade a continuación que “El cliente, si tuviera la condición de consumidor, tiene DERECHO A DESISTIR de este contrato si hubiera sido formalizado a distancia o fuera de los establecimientos de la comercializadora según se indica en las condiciones generales y reconoce que le ha sido entregado el correspondiente documento de desistimiento al

efecto.” Figura a continuación una casilla para marcar que “El cliente declara haber recibido el documento de desistimiento y haber sido informado del mismo.”

En el tercer recuadro, bajo el título CLIENTE/REPRESENTANTE tras advertir que la información relativa a protección de datos puede leerse en el reverso, permite marcar los siguientes consentimientos:

☐ Consiento el tratamiento de mis datos personales una vez finalizada la relación contractual, para la realización de comunicaciones comerciales adaptadas a mi perfil de productos y servicios relativos al suministro y consumo de energía. Asimismo, consiento los mencionados tratamientos durante la vigencia y tras la finalización del contrato, sobre productos y servicios no energéticos, tanto de las empresas del Grupo EDP como de terceros.

☐ Consiento el tratamiento de mis datos personales para la elaboración de mi perfil comercial con información proveniente de bases de datos de terceros, para la adopción, por parte de EDP, de decisiones automatizadas con la finalidad de enviar propuestas comerciales personalizadas, así como para permitir, o no, la contratación de determinados servicios.

En el reverso de la primera página aparece un apartado, titulado “Información básica sobre Protección de Datos”: en el que figura lo siguiente:

“Los datos personales serán tratados por parte de EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. y EDP ENERGÍA, S.A.U. (en adelante, conjuntamente, EDP) en calidad de Responsables del Tratamiento, para el mantenimiento, desarrollo, cumplimiento y gestión de la relación contractual, prevención del fraude, realización de perfiles basados en información facilitada por el Cliente y/o derivada de la prestación del servicio por parte de EDP, así como envío de comunicaciones comerciales, relativas a productos y servicios relacionados con el suministro y consumo de energía, mantenimiento de instalaciones y equipamiento, y que podrán ser personalizadas en base a su perfil de Cliente, según se informa en las Condiciones Generales, pudiendo oponerse en cualquier momento al envío de comunicaciones comerciales. Adicionalmente, el Cliente presta su consentimiento explícito para los tratamientos de datos personales recogidos en el anverso. Sin perjuicio de los consentimientos prestados, el cliente podrá ejercitar, en todo momento, sus derechos de acceso, rectificación, oposición, supresión, limitación y portabilidad, a través de cualquiera de las vías indicadas en las Condiciones Generales.”

En la parte de condiciones generales figura la siguiente información relativa a protección de datos personales:

“LOPD Finalidades del tratamiento de los datos personales. De acuerdo con lo dispuesto en la normativa vigente el cliente queda informado de que todos los datos facilitados en el presente contrato son necesarios a los efectos de su formalización. Dichos datos, además de los obtenidos como consecuencia de la ejecución del contrato, serán tratados por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U, con domicilio en c/General Concha, 20, 48001, Bilbao y por EDP ENERGÍA, S.A.U con domicilio en Plaza del Fresno, 2 -33007, Oviedo en su calidad de Responsables del tratamiento, con la finalidad de gestionar, mantener, desarrollar, cumplimentar y controlar la contratación de suministro de electricidad y/o gas y/o servicios complementarios de y/o

gas y/o servicios complementarios de revisión y/o asistencia técnica y/o programa de puntos, y/o mejora del servicio, para la realización de acciones de prevención del fraude, así como realización de perfiles, comunicaciones comerciales personalizadas basadas en información facilitada por el Cliente y/o derivada de la prestación del servicio por parte de EDP y relativas a productos y servicios relacionados con el suministro y consumo de energía, mantenimiento de instalaciones y equipamientos. Dichos tratamientos serán realizados dando estricto cumplimiento a la legislación vigente y en la medida que sean necesarios para la ejecución del contrato y/o la satisfacción de los intereses legítimos de EDP, siempre que sobre estos últimos no prevalezcan otros derechos del cliente.

Siempre que el cliente lo haya aceptado explícitamente, sus datos personales serán tratados, incluso una vez finalizada la relación contractual y siempre que no se produzca la oposición a dicho tratamiento, para:

(I) La promoción de servicios financieros, servicios de protección de pagos, automoción o afines y electrónica, propios o de terceros, ofrecidos por EDP y/o la participación en concursos promocionales, así como para la presentación de propuestas comerciales vinculadas al sector energético tras la finalización del contrato, (II) La elaboración de perfiles comerciales del Cliente mediante la agregación de las bases de datos de terceros, con el fin de ofrecer al Cliente productos y servicios personalizados, mejorando así la experiencia del cliente, (III) La adopción de decisiones automatizadas, tales como permitir la contratación, o no, de determinados productos y/o servicios basadas en el perfil del Cliente y particularmente, en datos tales como, el histórico de impagos, el histórico de contrataciones, permanencia, ubicaciones, datos de consumo, tipos de dispositivos conectados a la red energética, y datos semejantes que permitan conocer con mayor detalle los riesgos asociados a la contratación. (IV) Tomando como base los resultados obtenidos de la agregación de los datos indicados, EDP podrá realizar ofertas personalizadas, y concretamente orientadas a lograr la contratación de determinados productos y/o servicios de EDP o de terceras entidades en función de si el cliente así lo ha consentido o no, siendo en todo caso tratados datos cuya antigüedad no superará un año. En caso de que dicho proceso se llevara a cabo de forma automatizada, el cliente siempre tendrá derecho a obtener intervención humana por parte de EDP, admitiéndose la impugnación y en su caso valoración de la decisión resultante.

Categorías de datos tratados

En virtud de la relación contractual, EDP podrá tratar los siguientes tipos de datos personales: (I) Datos identificativos (nombre, apellidos, DNI, dirección postal, dirección de correo electrónico, punto de suministro, etc.), (II) Códigos o claves de identificación de usuario y/o Cliente, (III) Datos de características personales (fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad, etc.), (IV) Datos de circunstancias sociales (aficiones, estilo de vida, estado civil, etc.), (V) Datos de consumo energético y hábitos de vida derivados de éstos, (VI) Datos económicos, financieros, de solvencia y/o de seguros.

Los datos personales serán conservados durante la vigencia de la relación contractual y como máximo, durante el plazo de prescripción de las acciones legales correspondiente, salvo que el Cliente autorice su tratamiento por un plazo superior, aplicándose desde el comienzo del tratamiento medidas organizativas y de seguridad para garantizar la integridad, confidencialidad, disponibilidad y resiliencia de los datos personales

Comunicaciones y destinatarios de los datos personales.

Todos los datos personales derivados de la prestación del servicio y los obtenidos en virtud del presente contrato podrán ser comunicados a las siguientes entidades:

- i) La empresa distribuidora correspondiente, produciéndose con la misma un intercambio de información permanente para la adecuada prestación del servicio, entre ellos la solicitud de acceso a su red, las lecturas (que en el caso de contador telegestionado serán horaria) y/o estimación de consumo, control de calidad del suministro, solicitud de cortes de suministro, modificaciones en la potencia, etc.
- ii) Los Organismos y Administraciones Públicas que por Ley corresponda.
- iii) Los Bancos y entidades financieras para el cobro de los servicios prestados.
- iv) Otras empresas del grupo empresarial, únicamente para fines administrativos internos y la gestión de los productos y servicios contratados.
- v) Servicios de solvencia patrimonial y crédito de ámbito nacional (Asnef-Equifax, ...) a los que en caso de impago, sin causa justificada por parte del Cliente, se podrá comunicar la deuda, así como servicios de prevención contra el fraude, con el único fin de identificar información errónea o fraudulenta facilitada durante el proceso de contratación.
- vi) Proveedores de EDP necesarios para el adecuado cumplimiento de las obligaciones contractuales, incluso aquellos que pueden estar ubicados fuera del Espacio Económico Europeo encontrándose en tal caso debidamente adecuada la transferencia internacional de datos.

Derechos del titular de los datos

El cliente contará en todo momento con la posibilidad de ejercitar de forma libre y completamente gratuita los siguientes derechos:

- i) Acceder a sus datos personales que sean tratados por parte de EDP.
- ii) Rectificar sus datos personales que son tratados por parte de EDP que resulten inexactos o incompletos.
- iii) Suprimir sus datos personales que son tratados por EDP
- iv) Limitar el tratamiento por parte de EDP de todos o parte de sus datos personales.
- v) Oponerse a determinados tratamientos y adopción de decisiones automatizadas de sus datos personales, requiriendo la intervención humana en el proceso, así como a impugnar las decisiones que sean finalmente adoptadas en virtud del tratamiento de sus datos.
- vi) Portar sus datos personales en un formato interoperable y auto-suficiente.

vii) Retirar en cualquier momento, los consentimientos otorgados previamente.

De conformidad con la normativa vigente, el usuario puede ejercer sus derechos solicitándolo por escrito, y junto a una copia de documento fehaciente de acreditación de la identidad, en la siguiente dirección postal: Plaza del Fresno, 2, 33007 Oviedo o en el correo electrónico cclopd@edpenergía.es

Igualmente, podrá ponerse en contacto con el delegado de protección de datos de EDP en la siguiente dirección postal Plaza del Fresno, 2, 33007 Oviedo o en el correo electrónico dpd,es@edpenergía.es, en el caso de que entienda vulnerado alguno de sus derechos relacionados con la protección de datos, o en su caso, interponer una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos, en la dirección Calle de Jorge Juan, 6, 28001. Madrid “

La evidencia 7 hace referencia a un proceso de venta con verificación exprés online.

SCRIP VERIFICADOR-AGENTE

Parte 1 (Llamada del agente al número *****TELÉFONO.1 o ***TELÉFONO.2**)

VERIF-Verificaciones EDP, buenos días. ¿Me indicas tu número de teléfono para realizar la verificación?

AGE- Buenos días, mi teléfono es XXXXX.

VERIF-Procedo a emitir la llamada saliente.

Parte 2 (Llamada saliente del verificador al teléfono del agente)

VERIF: Buenos días, ¿me indicas DNI?. XXXXX ¿Me indicas tu nombre y apellidos y empresa colaboradora? Si la herramienta nos devuelve los datos del colaborador (y el mismo está activo) comprobaremos si coinciden, en caso afirmativo continuamos, en caso de que no coincidan le volvemos a solicitar el dato/s que no coincida para reconfirmar la discrepancia, si continua le indicaremos: «No podemos realizar la verificación, los datos que nos facilitas son incongruentes»). En caso de que la herramienta no nos devuelva nada, le solicitaremos nuevamente el DNI y si continua sin aparecer le indicamos: «No podemos realizar la verificación, tu empresa no te ha acreditado».

VERIF- ¿Me indicas nombre, apellidos y DNI del firmante? XXXXX ¿Cuántos contratos ha firmado? XXXX (máximo 6 contratos por llamada) realizados en el Stand de EDP en el CC XX/en la tienda del colaborador XX

VERIF-¿El firmante es el titular del/los contratos?. En caso de ser titular solicitar teléfono de contacto y provincia. Si firma como representante, solicitar nombre, apellidos y DNI de/los titulares (máximo 3) y teléfono de contacto y provincia principal de cada titular.

VERIF-¿Me puedes indicar el teléfono del firmante para realizar la verificación? XXXXX

VERIF-Procedo a emitir la llamada para iniciar la verificación.

Parte 3 (Llamada saliente del verificador al teléfono de verificación)

VERIF al CLIENTE- Buenos días, soy XXXX de la empresa *****EMPRESA.1** colaboradora de EDP. Por motivos de seguridad le comunico que esta llamada está siendo grabada ¿me confirma que es NOMBRE FIRMANTE con DNI XXXX y que acaba de firmar XX contratos en el stand de EDP/tienda del colaborador (en caso de

firmar como representante indicar “en representación de nombre-apellidos TITULAR con DNI) Si/No. ¿Qué relación-parentesco tiene con el titular? (está pregunta no se realiza cuando el titular es una empresa).

-Inquilino, tengo la casa alquilada. Solicitar que le pase al agente e indicarle que no es posible que un inquilino firme como representante. Verificación KO.

-Familiar o apoderado: continuar la verificación.

Perfecto, pásame por favor con el agente para tomar unos datos y realizar la verificación, gracias.

2.2. Descripción de los procedimientos habilitados a través de cada uno de los canales de contratación para que un tercero pueda acreditar la representación de un titular al suscribir un contrato con EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U.

A. Canal Telefónico:

A.1 – CAC INBOUND

Grabación del texto legal donde el representante confirma los datos aportados del representado.

A.2 – TELEMARKETING

Grabación del texto legal donde el representante confirma los datos aportados del representado y soporte duradero vía sms/email donde el representante confirma de nuevo dichos datos.

A.3 – LEADS

Grabación del texto legal donde el representante confirma los datos aportados del representado y soporte duradero vía sms/email donde el representante confirma de nuevo dichos datos.

Adicionalmente, en la prueba piloto de este canal, se envía al representado otro sms/email informando de la acción del representante.

B. Web: No se ofrece la opción de contratación con representante.

C. Distribuidores:

En el caso de oficinas comerciales propias de EDP, se solicita cumplimentado y firmado por ambas partes interesadas (representante y titular) un documento de autorización expresa en el que figuran los datos de ambas personas y copias de sus NIF.

D. Fuerzas de Venta Externas:

En el caso de las fuerzas de venta externas (stands de ferias, centros comerciales y visitas a domicilio, siempre que exista solicitud previa por parte del interesado), la recopilación, se conserva el talonario de contratación donde el representante declara disponer de facultades suficientes para suscribir el contrato en nombre del cliente a quien se responsabiliza de informar de todas las condiciones de este.

Igualmente, se dispone y conserva la grabación de verificación donde se confirman con el representante los datos del representado, así como la relación/ parentesco que les une.

2.3. Especificación del procedimiento seguido por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. para almacenar las evidencias que acreditan la capacidad de representación del tercero en los procedimientos en que se efectúa este tipo de contratación, con indicación del canal o canales para los que se usa cada uno.

A. Canal Telefónico:

A.1 – CAC INBOUND

La grabación se encuentra almacenada vinculada al sistema de gestión comercial de Contactos donde se registra la solicitud.

A.2 – TELEMARKETING

La grabación y el soporte duradero se encuentran almacenados en el sistema de gestión comercial de Canales.

A.3 – LEADS

La grabación y el soporte duradero se encuentran almacenados en el sistema de gestión comercial de Canales.

B. Web: No se ofrece la opción de contratación con representante.

C. Distribuidores

En el caso de las Oficinas Comerciales propias de EDP, el documento de autorización se encuentra almacenado vinculada al sistema de gestión comercial de Contactos donde se registra la solicitud.

D. Fuerzas de Venta Externas:

El talonario de contratación y la grabación de la llamada de verificación se encuentran almacenado de forma digital en el sistema de gestión comercial de Canales.

Por su parte, la copia en papel se remite al proveedor encargado por EDP de la custodia de dichos documentos.

2.4. Adjuntar modelos y/o ejemplos de evidencias tipo recopiladas en virtud del procedimiento seguido en el apartado 2.3.

A. Canal Telefónico:

A.1 – CAC INBOUND

Se aporta ejemplo con las grabaciones (Evidencia 8) Se trata de un audio con la grabación de una contratación de servicios en un caso concreto realizado mediante representación. Su contenido es el mismo que en la evidencia 2.

A.2 – TELEMARKETING

Se aportan ejemplos de grabaciones y los soportes duraderos (Evidencias 9 y 10, respectivamente) La evidencia 9 consiste en un audio con la grabación de la contratación de servicios con el representante de un cliente. Reproduce el contenido de la evidencia 3. La evidencia 10 es un documento con el siguiente texto:

“Confirmación de aceptación de comunicación por sms:

El día 2019-04-26 15:50:06 se envió un SMS desde el número de teléfono *****TELÉFONO.3** con el texto:

Oferta EDP: *****OFERTA.1** Por favor, responde con un SI a este SMS para aceptar y activar descuentos. Gracias. Detalles: <http://edpconfirma.es/OOUSEAVSXK> al número de teléfono destinatario *****TELÉFONO.4**.

Dicho mensaje fue respondido con el ID de notificación OOUSEAVSXK, el día 2019-04-26 15:50:46 y con el texto: Si el cual aceptamos como válido para la tramitación del producto ofertado en el documento que se muestra a continuación. Se indican a continuación datos personales del contratante y de la oferta y la siguiente información: Sus datos personales serán tratados por EDP Comercializadora SAU y EDP Energía SAU para la gestión de sus contratos, prevención de fraude, realización de perfiles basados en información del cliente y de EDP, así como la realización de comunicaciones personalizadas sobre productos o servicios directamente relacionados con sus contratos, pudiendo en cualquier momento oponerse a las mismas.

Le recordamos que podrá ejercitar en cualquier momento sus derechos de acceso, rectificación, oposición, supresión, limitación y portabilidad, a través de cualquiera de las vías indicadas en las Condiciones Generales que puede consultar en nuestra web www.edpenergia.es."

A.3 – LEADS

Se aportan ejemplos con las grabaciones y los soportes duraderos (Evidencias 11, 12, y 13, respectivamente)

B. Web: No se ofrece la opción de contratación con representante.

C. Distribuidores:

En lo que se refiere a Oficinas Comerciales propias, se adjunta modelo de documento de autorización cumplimentado por el representante a favor del representado (Evidencia 14).

D. Fuerzas de Venta Externas:

Con respecto a las evidencias generadas por las fuerzas de venta externas, se adjunta modelo de talonario de contratación donde se recoge la representación (Evidencia 15), así como la grabación en la que se confirma la misma, así como la relación-parentesco que les vincula (Evidencia 16).

TERCERO. - Información del número de contratos suscritos en 2018 y 2019 por terceros en representación de los titulares de los servicios (personas físicas) con distinción de: 3.1. En virtud de qué se apoya dicha representación (poder, grado de parentesco, etc.) 3.2. Procedimiento o fórmula de acreditación de la representación seguido. 3.3. Canal de contratación telefonía, internet, distribuidores propios o subcontratas, fuerza de ventas con visitas a domicilio propia o subcontratada, etc....)

En relación con la petición de información relativa al número de contratos suscritos en los años 2018 y 2019 por terceros en representación de personas físicas, se pone en conocimiento de la AEPD la siguiente información relativa a cada uno de los canales:

A. Canal Telefónico: 11656

A.1 – CAC INBOUND

Año Canal	Representación	Nº Contratos
2018 CAC	Parentesco	1.346
2018 CAC	Sin parentesco	394
2019 CAC	Parentesco	983
2019 CAC	Sin parentesco	278

A.2 – TELEMARKETING

Año Canal	Representación	Nº Contratos
2018 TELEMARKETING	Parentesco	2.865
2018 TELEMARKETING	Sin parentesco	82
2019 TELEMARKETING	Parentesco	1.201
2019 TELEMARKETING	Sin parentesco	42

A.3 – LEADS

Año Canal	Representación	Nº Contratos
2018 LEADS	Parentesco	5.518
2018 LEADS	Sin parentesco	849
2019 LEADS	Parentesco	6.127
2019 LEADS	Sin parentesco	1.160

B. Web: No se contempla la contratación con representante.

C. Distribuidores (Oficinas comerciales propias):

Año Canal	Representación	Nº Contratos
2018 OCCC	Parentesco	194
2018 OCCC	Sin parentesco	67
2019 OCCC	Parentesco	174
2019 OCCC	Sin parentesco	78

D. Fuerzas de Venta Externas: (stands ferias, centros comerciales – visita a domicilio)

Año Canal	Representación	Nº Contratos
2018 FVE	Parentesco	10.758
2018 FVE	Sin parentesco	118
2019 FVE	Parentesco	1.556
2019 FVE	Sin parentesco	58

QUINTO: Por escrito de fecha 29 de mayo de 2020, enviado el 1 de junio de 2020, se formula nuevo requerimiento de información a EPD COMERCIALIZADORA, S.A.U solicitando la que a continuación se relaciona:

1. Copia del contenido incluido en el Registro de Actividades de Tratamiento (artículo 30 del RGPD) en lo relativo a las actividades de tratamiento de datos personales realizadas en el contexto de la contratación de servicios con EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U.

2. Copia del contenido incluido en el Análisis o Evaluación de Riesgos realizado por la entidad en cumplimiento del artículo 32 del RGPD en lo relativo a los tratamientos de datos personales realizados en el contexto de la contratación de servicios con EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U.

3. Entre la información facilitada con anterioridad por la entidad a la AEPD, registrada con el número 001390/2020, se especifica de forma recurrente (ver evidencias 2, 3, 4, 6, 10, 12, 14, 15) que los datos personales serán tratados para el conjunto de finalidades descritas, además de por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U., por otra persona jurídica (EDP ENERGIA, S.A.U.). Se solicita, al respecto, la siguiente información:

3.1. Motivo que justifica que ambas entidades traten los datos personales recogidos.

3.2. Detalle de las circunstancias que condicionan, si las hubiera, que los tratamientos realizados sobre unos datos personales concretos sean ejecutados por una u otra entidad.

3.3. Detalle, en su caso, de los procedimientos y mecanismos utilizados para garantizar la separación de los datos personales tratados por una y otra entidad de forma que cada una sólo tenga posibilidad de tratar lo que le corresponda en función de la finalidad legítima perseguida en cada momento.

SEXTO: Con fecha 17 de junio de 2020 tiene entrada en esta Agencia escrito de EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. en el que se expone lo siguiente respecto de la última cuestión planteada en el requerimiento de esta Agencia a que hace referencia el punto anterior:

“TERCERO.- Entre la información facilitada con anterioridad por la entidad a la AEPD, registrada con el número 001387/2020, se especifica de forma recurrente (ver evidencias 2, 3, 4, 6, 10, 12, 14, 15) que los datos personales serán tratados para el conjunto de finalidades descritas, además de por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U., por otra persona jurídica (EDP ENERGIA, S.A.U.). Se solicita, al respecto, la siguiente información:

3.1. Motivo que justifica que ambas entidades traten los datos personales recogidos.

3.2. Detalle de las circunstancias que condicionan, si las hubiera, que los tratamientos realizados sobre unos datos personales concretos sean ejecutados por una u otra entidad.

Al tratarse de dos cuestiones directamente relacionadas entre sí, se da respuesta conjunta a las mismas.

En relación con las evidencias aportadas y que se corresponden con soportes que se utilizan para llevar a cabo la contratación a través de los distintos canales se hace referencia, tanto a EDP COMERCIALIZADORA, como a EDP ENERGÍA S.A.U. (EDP ENERGÍA), debido a que la sociedad con la que se contraten los servicios será una u otra dependiendo del producto y/o servicio solicitado, siendo altamente probable que un mismo cliente al solicitar la contratación del suministro eléctrico y de gas, esté contratando con ambas sociedades al mismo tiempo.

Por este motivo, se ha elaborado y estructurado el contrato “dual” de forma que un cliente pueda obtener descuentos o ventajas adicionales por el hecho de contratar ambas energías con dos sociedades del mismo Grupo empresarial, y a fin de

mantener actualizados los descuentos en cada una de las energías e información derivada, es necesario que ambas sociedades conozcan si la energía inicialmente contratada con la otra sociedad del Grupo se mantiene activa para poder mantener y gestionar correctamente los descuentos/ventajas aplicadas.

Por este motivo, y con el fin de dotar de la máxima transparencia posible a un proceso realizado eminentemente por escrito, como es el de la contratación de los servicios energéticos, es por el que en la cláusula relativa a protección de datos se informa que los datos personales facilitados durante el proceso de contratación serán tratados por ambas entidades, siempre respetando las funciones de cada una de acuerdo con el contrato suscrito en cada caso y particularmente el tipo de servicios energéticos que finalmente sean contratados.

Por otro lado, y con independencia de lo expuesto, ponemos en conocimiento de esa Agencia que la existencia de dos compañías dentro del Grupo con el rol de entidades comercializadoras se debe a una cuestión meramente formal, consecuencia de la estructura societaria y composición accionarial de las compañías adquiridas por el Grupo EDP en el momento de su establecimiento en España, pero que no se corresponde con el funcionamiento operativo de dichas comercializadoras, dado que solo una de ellas, EDP COMERCIALIZADORA, cuenta en la actualidad con empleados y capacidad de gestión y operativa. De este modo, en la práctica, todos los tratamientos son realizados por dicha entidad, bien en calidad de responsable del tratamiento o como encargada del tratamiento de EDP ENERGÍA.

Adicionalmente, indicar que el Grupo EDP tenía prevista la reorganización societaria de EDP COMERCIALIZADORA y EDP ENERGÍA y la adaptación de su estructura societaria con la de su funcionamiento real y su operativa de negocio. Dicha reorganización se ha visto en la actualidad afectada por un proceso de venta a TOTAL en el que ambas sociedades están inmersas, y que de materializarse, podría alterar o ultimar dicha integración.

3.3. Detalle, en su caso, de los procedimientos y mecanismos utilizados para garantizar la separación de los datos personales tratados por una y otra entidad de forma que cada una sólo tenga posibilidad de tratar lo que le corresponda en función de la finalidad legítima perseguida en cada momento.

Como ya se ha expuesto, todos los usuarios con acceso al sistema son empleados de EDP COMERCIALIZADORA.

De esta forma, los agentes de EDP acceden a los datos personales de los clientes de dicha entidad en calidad de responsables del tratamiento o bien, tienen acceso a los datos personales de los clientes de EDP ENERGÍA, en calidad de Encargado de Tratamiento, en cumplimiento de la prestación de servicios de gestión de clientes de EDP ENERGÍA que EDP COMERCIALIZADORA le tiene encomendado, siendo gestionados en calidad de los dos diferentes roles que ocupan en virtud de la regulación contractual que ponemos a disposición de esta Agencia.”

Junto a dicha respuesta se aporta extracto del Registro de Actividades de Tratamiento que incluye los registros relativos a las actividades que se realizan en el ámbito de la contratación de productos y/o servicios y el análisis de riesgos realizado relativo a los

tratamientos que se realizan en el contexto de la contratación de productos y/o servicios.

El análisis de riesgos se contiene en un documento de Excel, no contiene fecha ni firma. Se enumeran 15 factores de riesgo; 1. Información comercialmente sensible, 2. Comunicaciones Comerciales, 3. Origen Datos (fuente externa o interna), 4. Cesiones de Datos. 5, Encargados Tratamiento. 6. Transferencias internacionales. 7. Actividades de scoring/ Profiling. 8. Decisiones automatizadas. 9. Monitorización sistemática de titulares. 10. Categorías especiales de datos. 11. Tratamientos de datos a gran escala. 12. Interconexiones de datos/ Big Data. 13. Datos Menores/ Titulares vulnerables. 14. Aplicación o uso de tecnologías innovadoras. 15. Tratamiento inevitable/ Restricción ejercicio derechos o acceso servicio. En cuanto a la valoración potencial del riesgo inherente, la escala de riesgo tiene 4 niveles: bajo, con una valoración de 0 a 12; medio valoración de 13 a 25; alto de 26 a 38 y muy alto de 39 a 51. La valoración o peso que se da a cada uno de los factores de riesgo es de 1 a 4. En el análisis de riesgos se marca para cada uno de los canales de venta un sí o un no en cada uno los 15 factores de riesgo antes enumerados. La suma del peso atribuido a de cada uno de los factores para cada canal determina el riesgo inherente. El resultado del riesgo inherente es medio en todos los canales de contratación, excepto en los canales web y fuerzas externas a través de visitas a domicilio en los que el resultado del riesgo inherente es bajo. No se indican medidas de corrección de riesgo.

SÉPTIMO: Se obtiene información sobre el volumen de ventas de la entidad siendo los resultados de la cifra de negocio durante el año 2019 de 989.491.000 euros. El capital conforme a la información obtenida del Registro Mercantil es de 1.487.895 euros.

Se obtiene información del número de clientes de la entidad. Según el informe de supervisión de los cambios de comercializador, correspondiente al primer trimestre de 2019, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el número de puntos de suministro de la entidad a 31 de marzo de 2019, correspondientes al ámbito doméstico, ascendía a 893.736, constituyendo un 11,4% del total del sector gasista en dicho ámbito doméstico.

OCTAVO: Con fecha 16 de julio de 2020 tiene entrada en esta Agencia escrito de EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U exponiendo que “ En el marco del procedimiento arriba referenciado se requirió a EDP por parte de la AEPD para aclarar, entre otros extremos, determinada información relativa a los procedimientos de contratación implantados en EDP realizados con intervención de un tercero autorizado por el titular, así como atender la sugerencia realizada en procedimientos previos comunicados por parte de la AEPD en los que se sugería la realización de modificaciones en el modo en que se realizan este tipo de contrataciones.

2. Que, por todo lo anterior, EDP ha revisado el procedimiento a seguir en las contrataciones por terceros en nombre del titular, a fin de fortalecer dicho procedimiento y reducir los riesgos de posibles suplantaciones de identidad realizadas de mala fe por la parte contratante en este tipo de procesos, teniendo en cuenta, adicionalmente, las necesidades particulares identificadas con motivo del estado de alarma decretado el pasado mes de marzo y que necesariamente ha requerido que todas las contrataciones sean realizadas de forma no presencial.

3. Que a fin de poner en el conocimiento de la AEPD las concretas acciones que se están llevando a cabo en relación con este asunto por parte de EDP, en cumplimiento de su deber de cumplimiento proactivo (accountability), les adjuntamos el “Procedimiento de contratación por terceros en nombre del titular”, para que tengan visibilidad sobre las modificaciones que se están implementando en dichos procesos con el fin de atender su petición al respecto, así como para poner de manifiesto la proactividad de EDP en cuanto a su sugerencia de adaptación de dicho procedimiento.”

A continuación, se detallan en tres apartados los siguientes aspectos: finalidad, procedimiento de contratación con terceros y datos e intereses de los afectados.

En el primer apartado, denominado finalidad tras exponer la situación, enuncia la siguiente propuesta: “Un procedimiento de contratación que, mediante un uso correcto y seguro de la tecnología, facilite la contratación de los servicios de EDP por los clientes a través de un tercero que actúa bajo un mandato en los términos del Título IX del Libro Cuarto del Código Civil, protegiendo en todo caso los derechos del cliente y mandatario sobre sus datos personales, que únicamente serán tratados conforme a una base de legitimación adecuada y en cumplimiento de los principios del RGPD, asegurando que son informados sobre el tratamiento y que pueden ejercitar sus derechos en todo momento, así como actuar en caso de identificar alguna actuación irregular.”

En el segundo apartado relativo al procedimiento de contratación con terceros, distingue el procedimiento seguido con mandatario con autorización escrita del seguido con mandatario con autorización verbal. En el primer supuesto se señalan los siguientes pasos: se informa al mandatario, se recogen los datos y la autorización y se contrata en nombre del cliente. En el caso del mandatario con autorización verbal los pasos a seguir son los siguientes: por parte de EDP se procede a la información al mandatario y recogida de los datos, a la contratación por el mandatario en nombre y representación del cliente, envío al cliente de información sobre la contratación y posibilidad del cliente de desautorizar la contratación.

En lo que respecta a la información al mandatario y recogida de los datos consiste, según se expone, en lo siguiente:

- Se ofrecen y explican los servicios
- Se informa sobre la necesidad de recabar ciertos datos para la contratación, así como del uso que se hará de los mismos y del lugar donde se podrá obtener más información al respecto.
- Se solicitan los datos del mandatario y del cliente
- El mandatario facilita a EDP los datos propios y los del cliente y confirma que está facultado para negociar y firmar el contrato en nombre y representación del cliente
- En el contrato se incluye toda la información exigida por la normativa aplicable y en relación con el tratamiento de datos personales derivados de la contratación.

En lo que se refiere a la contratación por el mandatario en nombre del cliente diferencia la contratación en oficinas comerciales propias y fuera del establecimiento mercantil, en que la información se recoge en el contrato y se entrega en soporte duradero o digital al mandatario y la contratación a distancia (por teléfono)

distinguiendo entre llamadas entrantes al CAC de EDP, en las que se graba la conversación o llamadas salientes (telemarketing, emisión de llamadas por proveedores de EDP) en que se graba la conversación, y se envía el contrato en soporte duradero al mandatario. (Se aclara que las conversaciones se graban tras haber informado previamente al usuario de que la conversación va a ser grabada.

Se señala lo siguiente respecto del paso relativo al envío al cliente de información sobre la contratación.

-Una vez formalizado el contrato por el mandatario, cuando no se disponga de autorización escrita, se envía al cliente, por correo electrónico o SMS, en función del canal de comunicación de que se disponga en cada caso, una comunicación en la que se incluye: o Confirmación de la contratación realizada a través de su mandatario, incluyendo los datos del mandatario o Enlace a URL de acceso al contrato suscrito por el mandatario en su nombre (con garantías de integridad del contenido y acreditación de la fecha exacta de realización) donde puede ejercitar su derecho de desautorizar de la contratación de forma sencilla e intuitiva (con un solo click) Visualizar, imprimir, o descargar el contrato y documento de desistimiento

El contrato recoge toda la información sobre el tratamiento de los datos del cliente por parte de EDP, además del detalle de los servicios contratados.

Aclara que el procedimiento de contratación basado en doble factor de autenticación ha sido diseñado tomando en consideración el procedimiento aprobado por parte de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia para la realización de portabilidades y contrataciones en el sector de las telecomunicaciones, sector muy semejante en lo que a procedimiento de contratación se refiere.

La comunicación se realiza a través de un tercero de confianza que acredita el envío del SMS/mail de la siguiente forma:

-Mensaje SMS:

EDP XXXXXXXX. NOMBRE REP APELLIDOS REP ha contratado energía/servicios en su nombre. Antes de 14 días puede desautorizarlo. Detalles: <https://edpcontrato.es/VER/JAOCOARGPG>

-Mensaje E-MAIL:

ASUNTO: Contratación de NOMBRE TIT APELLIDOS TIT con EDP

Hola, le informamos que NOMBRE REP APELLIDOS REP ha realizado en su nombre la contratación XXXXXXXX relacionada con su suministro de energía/servicios. Tiene 14 días para desautorizar dicha gestión.

Consulte detalles en: <https://edpcontrato.es/VER/JAOCOARGPG>

El paso relativo a la "Posibilidad para el cliente de rechazar la contratación" consiste en lo siguiente:

Se envía al cliente un enlace, a través del cual, accede a un portal desde el que se le permite:

- Visualizar contrato con la posibilidad de descargarlo o imprimirlo o
- Desautorizar la contratación mediante un solo click. Se genera una evidencia que garantiza la trazabilidad de la acción (momento exacto de la realización, así como integridad de las evidencias asociadas) o
- Descargar el documento de desistimiento.

En lo que respecta al tercer apartado, datos e intereses afectados se indica lo siguiente:

Se ha determinado que para lograr la finalidad del tratamiento, es indispensable el tratamiento de las siguientes categorías de datos personales:

-Con autorización escrita

Datos del cliente: Identificativos (incluye copia del DNI), Contacto, Servicios contratados, Datos bancarios, Datos del punto de suministro

Datos del mandatario: Identificativos (incluye copia del DNI), Parentesco con el titular (si/no), Contacto

- Con autorización verbal:

Datos del cliente: Identificativos, Contacto, Servicios contratados, Datos bancarios, Datos del punto de suministro.

Datos del mandatario: Identificativos, Parentesco con el titular (si/no), Contacto.

NOVENO: Se accede al sitio de internet indicado en las evidencias 3 y 4 (www.edpenergia.es) al objeto de descargar las Condiciones Generales de Contratación.

El procedimiento seguido para descargar el documento que recoge las Condiciones Generales de Contratación, como consta en la diligencia del inspector actuante, ha sido el siguiente:

-Acceso mediante el navegador de internet a la dirección <https://www.edpenergia.es/es/>

- Introducción en el buscador de la propia página del texto: "Condiciones Generales"

-El sitio de internet muestra, bajo la siguiente dirección: <https://www.edpenergia.es/es/buscadorGeneral.do?tiposBusqueda=C%7CM%7CD&idMenuSegmento=18&textoBusqueda=Condiciones+Generales>, 2 pestañas una denominada información relacionada y otra Documentos.

-Se selecciona la pestaña "Documentos" de los Resultados de la búsqueda. Ésta ofrece un total de 78 resultados, correspondiendo el tercero de ellos a las "Condiciones generales de contratación".

-Se seleccionan las "Condiciones generales de contratación" y automáticamente se abre una nueva ventana del navegador apuntando a la siguiente dirección de internet: <https://www.edpenergia.es/resources/doc/comercial/2019/09/10/condicionesgenerales-de-contratacion.pdf>

-Descarga del documento

El contenido de las condiciones generales en el apartado "LOPD" coincide con el transcrito como evidencia 6, con el mismo título LOPD dentro de las condiciones generales, en el número cuarto del presente Acuerdo de Inicio de procedimiento sancionador.

DÉCIMO: Con fecha 31 de julio de 2020, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la entidad EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U, de conformidad con lo previsto en el artículo 58.2 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27/04/2016, relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos (Reglamento General de Protección de Datos, en lo sucesivo RGPD), por la presunta infracción del artículo 25 del RGPD, tipificada en el artículo 83.4.a) del citado Reglamento; por la presunta infracción del artículo 6 del RGPD tipificada en el artículo 83.5.a) del citado Reglamento; por la presunta infracción del artículo 22 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.b) del citado Reglamento; y por la presunta infracción del artículo 13 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.b) del citado Reglamento, determinando que la sanción que pudiera corresponder ascendería a un total de de 3. 500.000,00 euros, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.

DECIMOPRIMERO: Notificado el citado acuerdo de inicio, la entidad investigada presentó el 4 de agosto de 2020 escrito en el que, solicitaba ampliación de plazo al objeto de presentar alegaciones. Concedida la ampliación del plazo, se presentaron alegaciones en fecha 24/08/2020 que son principalmente las siguientes:

PRIMERA: PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PRIVACIDAD POR DISEÑO EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN MEDIANTE REPRESENTANTE.

La AEPD pretende justificar el inicio de este expediente sancionador en la supuesta inexistencia de una documentación que nunca se ha solicitado. A este respecto, ha de destacarse que EDP COMERCIALIZADORA cuenta con una metodología de identificación, análisis y gestión de riesgos, tanto para identificar los riesgos inherentes, como específicamente para valorar la necesidad de la realización de las Evaluaciones de Impacto, Alega que incluye como anexo la documentación justificativa que acredita, sobradamente, que EDP COMERCIALIZADORA cumple íntegra y plenamente con estas obligaciones y que se concreta en lo siguiente: - “Metodología de Análisis de Riesgos y realización de Evaluaciones de Impacto” - “Registro de actividades del Tratamiento y evaluación de riesgos de los tratamientos relacionados con contratación de EDP COMERCIALIZADORA” - “Evaluación de Impacto de Privacidad: Canal de Leads a Convertir por Telemarketing” - “Evaluación de Impacto de Privacidad: Telemarketing a clientes para upselling o recuperación de abandonos” - “Evaluación de Impacto de Privacidad: Canal CAC a Clientes O Clientes Potenciales (Inbound)” - “Evaluación de Impacto de Privacidad: Canal OCCC a clientes o clientes potenciales (Venta reactiva)” - “Evaluación de Impacto de Privacidad: Canal Tiendas ajenas para venta a clientes potenciales (Venta reactiva)” - “Evaluación de Impacto de Privacidad: Fuerzas de ventas externas a través de stands en ferias y centros comerciales (venta reactiva)” - “Evaluación de Impacto de Privacidad: Actividad de tratamiento: Realización de Scoring de Clientes B2C previo a la contratación”.

Igualmente y como consecuencia de las medidas adoptadas como resultado de las recomendaciones derivadas de los análisis de riesgos y evaluaciones de impacto realizadas por EPD comercializadora, se han desarrollado por el DPD un gran número de procedimientos para el cumplimiento de las obligaciones de protección de datos desde el diseño y por defecto que se aportan como anexo 2: Concretamente se incluyen en este Anexo 2 los siguientes procedimientos relacionados con la Privacidad

desde el Diseño y por Defecto, que forman parte del Sistema de Gobierno, Riesgos y Cumplimiento normativo de protección de datos de EDP COMERCIALIZADORA: • Metodología de Protección de Datos desde el Diseño y por Defecto de EDP • Instrucción operativa Privacy By Design y Privacy by Default del área comercial • Formulario de caracterización y registro de actividades de tratamiento para el análisis de Privacy by Design y Privacy by Default • Flujograma del proceso Privacy By Design y Privacy by Default.

Resulta realmente llamativo que la AEPD otorgue la relevancia que otorga al hecho concreto de que EDP COMERCIALIZADORA no hubiera tenido en consideración en sus análisis de riesgos, el análisis específico de los riesgos asociados a la posibilidad de contratación mediante representante, cuando la misma AEPD, en su propia “Guía Práctica de Análisis de Riesgos en los tratamientos de datos sujetos al RGPD” (publicada en su web (<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guiaanalisis-de-riesgos-rgpd.pdf>) no recoge ninguna referencia, ni directa, ni indirecta a la necesidad de evaluar el riesgo específico en relación al tratamiento de datos, ya sea en contrataciones o en otros procesos, realizados por parte de terceros autorizados.

En segundo lugar, alega que todos los tratamientos de datos realizados por parte de EDP COMERCIALIZADORA fueron analizados para verificar su grado de cumplimiento de las obligaciones relacionadas con RGPD, proponiéndose medidas para su correcta adaptación, con independencia de que fuese necesaria la realización de evaluaciones de impacto o no. Ahondando en el riesgo específico relativo a la contratación realizada mediante terceros, ha de indicarse que el contenido de los análisis realizados fue actualizado en su momento, teniendo en cuenta las consideraciones que la AEPD ha trasladado a EDP COMERCIALIZADORA en el procedimiento administrativo relacionado con esta cuestión que se inició a finales del año 2019 y que, entendemos, es la causa del procedimiento sancionador en el que nos encontramos en estos momentos. Efectivamente, como ya se ha tenido oportunidad de exponer en el marco de dicho procedimiento sancionador previamente iniciado por la AEPD, los procesos de contratación mediante terceros autorizados no habían sido identificados por parte de EDP COMERCIALIZADORA como un factor de riesgo inherente que fuera relevante, teniendo en cuenta que: 1) La práctica inexistencia de reclamaciones por parte de clientes en relación con este motivo. 2) EDP COMERCIALIZADORA no contaba hasta el momento con ningún expediente sancionador abierto por esta causa. 3) La contratación realizada mediante tercero como mandatario verbal se encuentra expresamente reconocido en el Código Civil de 1889.

Si bien los potenciales riesgos identificados por la AEPD son perfectamente posibles, la probabilidad de materialización de dichos riesgos, en el caso concreto de EDP COMERCIALIZADORA, era prácticamente nula y que por tanto su diligencia, en lo que respecta a la realización del análisis de riesgos, ha quedado sobradamente acreditada. Concretamente, este hecho se sustenta en el bajísimo número de reclamaciones por este motivo que ha recibido EDP COMERCIALIZADORA. En efecto, existe una (1) única reclamación respecto a un total de 33.848 contrataciones realizadas, tal y como consta en la información aportada en el propio expediente, lo que entendemos, que como seguramente estará de acuerdo la AEPD con EDP COMERCIALIZADORA, en términos probabilísticos, podría ser considerado un valor que, de forma objetiva, no requiera una valoración independiente y pormenorizada.

Afirma que la posibilidad de celebrar un contrato entre dos partes mediante la intermediación de un tercero es una cuestión exclusiva de Derecho Civil, por lo que la necesidad, o no, de formalismos asociados a la acreditación de la representación ha de regirse por lo dispuesto en el Código Civil y en su caso, en lo dispuesto en la normativa de protección de consumidores. A este respecto, la exigencia por parte de la AEPD de que la representación aludida por el representante conste en un medio que permita su acreditación podría ser considerada lógica en una interpretación aislada de la normativa de protección de datos, pero pierde sentido cuando se pone en contexto con el resto del ordenamiento jurídico, más en concreto, con lo dispuesto en el Código Civil, que contempla, entre otras, la posibilidad de contratación por representante recogida en el artículo 1259, o la figura del «mandato», regulada en los artículos 1709 a 1739 del mismo y que establecen que: «por el contrato de mandato se obliga a una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra» y para el que se permite total libertad de forma, estableciendo que «el mandato puede ser expreso o tácito» y que, asimismo, «la aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta última de los actos del mandatario». En este supuesto, no parece que tan amplia libertad de forma sea compatible con la obtención de una evidencia de la existencia de la representación o el mandato, más allá de las manifestaciones del mandatario, amparada en la buena fe contractual. Igualmente, resulta poco comprensible que se requiera de un consentimiento separado para el tratamiento de sus datos o una confirmación del encargo por parte del mandante, dado que esto implicaría desnaturalizar la representación, por cuanto sería absurdo que quien es designado para la celebración de un contrato en favor de un tercero no pueda facilitar los datos de la persona por cuya cuenta actúa, o que sea necesaria la confirmación separada de ésta para autorizar dicha comunicación, puesto que la necesidad de dirigirse directamente al representado haría inútil la intervención del representante, pues la misma carecería de sentido.

Asimismo, y en relación con la posibilidad de que el representado pueda prestar consentimientos adicionales a la propia contratación, ha de señalarse que esta posibilidad puede perfectamente haber sido autorizada por el representado de forma específica, pero al regir la misma libertad de forma para el otorgamiento de esta potestad (que la norma no obliga en ningún caso a disponer por escrito), tampoco es exigible su acreditación fehaciente en el momento de la contratación. Sobre este particular, ha de señalarse que no se han producido hasta la fecha supuestos en los que se hayan comunicado por los representados ningún tipo de incidencias relacionadas con el otorgamiento de dichos consentimientos.

En lo que se refiere a otros riesgos identificados por la AEPD, ha de indicarse que el riesgo de suplantación de identidad es muy bajo, ya que el representante se identifica personalmente por medios fehacientes cuando la contratación es presencial y aportando los datos de su DNI cuando lo hace a distancia. No obstante, como bien conoce la AEPD la teoría de riesgos, no sostiene que la existencia de un riesgo bajo pueda ser considerado un riesgo inexistente. En este sentido, los riesgos de que exista una suplantación de identidad no difieren de los que se corresponden con las contrataciones en nombre propio, ya que se realizan las mismas comprobaciones para evitar ésta, en base a los riesgos y amenazas detectados en relación con cada forma de contratación. Por todo ello, no puede darse por cierto que este riesgo no haya sido tenido en consideración por EDP COMERCIALIZADORA, ni que no se hayan adoptado medidas destinadas a su mitigación, tal y como se expondrá a continuación

en la explicación relativa al procedimiento de contratación. Por otro lado, en lo que se refiere a los potenciales perjuicios económicos, si bien esta es una cuestión más vinculada de nuevo al ámbito civil de la contratación que a la protección de datos personales, ha de indicarse que en los casos en que se produce la anulación de los contratos por cualquier causa, EDP COMERCIALIZADORA asume los costes de los servicios prestados, por lo que no se produciría un perjuicio económico para el afectado, prueba de ello es que EDP COMERCIALIZADORA no ha recibido hasta el momento ninguna reclamación por los supuestos daños y perjuicios esgrimidos por la AEPD

En cuanto a la forma en que se realiza la contratación, tal como se expuso ya y consta tanto en la información puesta a disposición de esa Agencia como en los Antecedentes de Hecho del Acuerdo de Inicio, la contratación de los servicios va precedida de una serie de garantías que permiten identificar al autor de las contrataciones, siguiendo las prácticas habituales en todo el sector de contratación de servicios de suministro y por compañías de lo denominado como “Utilities”, tanto presencialmente como a distancia, quedando esta información registrada, de forma que, en caso de producirse cualquier incidencia se tenga constancia de quien es la persona que ha realizado la contratación. En contra de la intrascendencia que la AEPD pretende otorgar a la declaración del representante, perfectamente identificado, sobre su condición de representante de la persona en cuyo nombre contrata, ha de señalarse que esta manifestación tiene consecuencias jurídicas vinculantes, que como ya se ha expuesto, son objeto de regulación y se encuentran expresamente reconocidas por nuestro Ordenamiento Jurídico, y que implican responsabilidades, tanto desde el punto de vista civil, como penal, por lo que no se trata de una “mera manifestación”, como la llega a denominar la AEPD en los Fundamentos de Derecho de su escrito de inicio de procedimiento sancionador, sino que se trata de un acto jurídico, como lo puede ser el propio consentimiento del titular, definido por el propio RGPD como una “manifestación de voluntad”. Por consiguiente, no parece que jurídicamente pueda defenderse una discriminación de la relevancia de unas manifestaciones frente a otras, por el hecho de que estén recogidas o no dentro de una normativa específica, o manifestadas de una forma, u otra. Igualmente, como se recoge en los Antecedentes de Hecho, aunque posteriormente parece obviarse en los Fundamentos de Derecho, en todos los casos en que la contratación se realiza a distancia se indica que: “Al titular del contrato, a efectos informativos, se le remite por duplicado, con sobre franqueado, la documentación contractual en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de protección de consumidores y usuarios”. Es por ello que, en cualquier caso, el titular tiene posibilidad de conocer los términos en los que se ha llevado a cabo la contratación.

No obstante todo lo anterior, a raíz de los procedimientos sancionadores abiertos en el año 2019, y siguiendo los criterios trasladados por la AEPD en la resolución del PS/0025/2019 (no firme a día de la presentación de este escrito, por estar recurrida) se ha procedido por parte de EDP COMERCIALIZADORA a identificar el riesgo relacionado con la intervención de terceros en la contratación, haciéndose el correspondiente análisis pormenorizado de esta cuestión y se han elaborado propuestas de mejora, a fin de dar cumplimiento a las consideraciones de la AEPD de modo que en los procedimientos de contratación se informa siempre a la persona en cuyo nombre se contrata. El protocolo de contratación propuesto ha sido puesto en conocimiento de la AEPD en fecha 16 de julio de 2020 y número de registro

025308/2020, presentado en todo caso antes de recibir el escrito de Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador, siendo un Requerimiento de información con número común para EPD ENERGÍA y EDP COMERCIALIZADORA sin que hasta la fecha la AEPD se haya pronunciado respecto al mismo con el correspondiente informe jurídico de valoración, tal y como se le solicitaba, para poder implementar un sistema que fuera totalmente conforme con los criterios e interpretaciones de la AEPD, limitándose hasta el momento a incluir en el Acuerdo de Inicio remitido a EDP COMERCIALIZADORA determinadas consideraciones en relación con el mismo. Concretamente, las dudas planteadas en relación con el procedimiento propuesto, que entendemos son las únicas que tiene la AEPD, son las siguientes: 1) no se aclara si se aplica a todos los canales de contratación, incluido el subcanal Leads al que no se hace ninguna referencia; 2) no se contemplan situaciones en que no pueda informarse al representado por los medios señalados (correo electrónico o SMS); 3) no se informa al cliente de los consentimientos prestados por el representante para otros tratamientos con finalidades distintas a la contratación del servicio solicitados durante el proceso de contratación, ni de la posibilidad de revocar tales consentimientos. 4) no se señalan fechas efectivas de implantación de este procedimiento.

De nuevo, incomprensiblemente, en lugar de solicitar información adicional a EDP COMERCIALIZADORA en relación con el procedimiento planteado, la AEPD opta por interpretar negativamente la información cuyo contenido no le resulta claro. No obstante, y como entendemos que la voluntad de la AEPD, como la de EDP COMERCIALIZADORA, es lograr un procedimiento que permita no solo dar cumplimiento a las distintas modalidades de contratación previstas en el Código Civil, reconocidas por las autoridades de consumo y los tribunales competentes en materia contractual, sino también a las consideraciones de la AEPD, a continuación, procedemos a aclarar las que entendemos serían las únicas dudas de la AEPD en relación con las modificaciones al procedimiento de contratación remitidas: 1) El procedimiento propuesto se aplicará a todos los canales de contratación con los que trabaja EDP COMERCIALIZADORA, incluido los "Leads" y cualquier otro que en el futuro implemente EDP COMERCIALIZADORA. 2) En cuanto a la duda planteada en torno a lo que ocurriría en el caso de que la persona contratante no disponga de ninguno de los medios previstos para llevar a cabo la confirmación de la contratación (correo electrónico o SMS), indicar que las alternativas serán: a. Hacerlo el propio titular b. Presentando autorización escrita y copia de los DNI de representante y representado 3) En lo referente a los consentimientos otorgados y la posibilidad de revocarlos, conviene indicar que con la comunicación se da acceso a la documentación contractual, donde constan cada uno de los consentimientos. El usuario, una vez conocida esta información, tiene la posibilidad de modificarlos. No obstante, a raíz del comentario de la AEPD en el que pone en cuestión la validez de la autorización del representante para la autorización de consentimientos adicionales a la contratación, EDP COMERCIALIZADORA plantea permitir la representación solo para este fin y recabará los consentimientos adicionales directamente del titular. 4) En cuanto a la fecha de implantación, la misma depende precisamente de la opinión que sobre este procedimiento manifieste la AEPD, puesto que no tendría sentido ponerlo en marcha si la autoridad de control considera que no se ajusta a sus criterios para considerarlo un procedimiento adecuado, teniendo en cuenta los costes económicos asociados a esta implementación, además de los recursos de tiempo y dedicación necesarios para el despliegue de estas medidas.

Se alega que el supuesto incumplimiento de las obligaciones del artículo 25 RGPD, y la consecuente cuantificación de posible sanción a imponer a mi representada derivada de dicho supuesto incumplimiento, carecen de toda base para su consideración. Además, y, en todo caso, la cuantificación de dicha posible sanción carece de cualquier atisbo de ser proporcionada.

SEGUNDA. - PRESUNTO INCUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON EL CONSENTIMIENTO PRESTADO POR PARTE DEL INTERESADO.

Alega que está interesada en hacer constar que el tratamiento relativo a la creación de un perfil comercial en base a la información de terceros para la remisión de información publicitaria no está, en la práctica, siendo efectuado, ni a la fecha de emisión de las presentes alegaciones, ni con carácter previo a las mismas. Por lo tanto, el tratamiento que potencialmente podría haber sido realizado, no ha tenido lugar en ningún caso, en ningún momento, por lo que, aun pudiendo ser cuestionado desde la óptica de las restantes exigencias del RGPD, no es posible atribuir a EDP COMERCIALIZADORA la realización de una conducta antijurídica que pueda ser sancionable derivada de la mera obtención de los consentimientos relativos a un tratamiento de datos que, a la fecha, ha sido inexistente y que por tanto, no ha generado los supuestos daños a los derechos fundamentales de los ciudadanos esgrimidos por esta Agencia. La comisión de la infracción de referencia, regulada en el artículo 83.5 (a) RGPD y en el 72.1.b) de la LOPDGDD, requiere, necesariamente, que efectivamente se haya ocasionado un tratamiento y que sobre el mismo no se haya identificado o no se haya regularizado la base de legitimación adecuada, al señalar: “1. En función de lo que establece el artículo 83.5 del Reglamento (UE) 2016/679 se consideran muy graves y prescribirán a los tres años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquel y, en particular, las siguientes: (...) b. El tratamiento de datos personales sin que concurra alguna de las condiciones de licitud del tratamiento establecidas en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679”.

En relación al consentimiento informado, en el Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador para considerar que el consentimiento requerido no es válido, se parte de la consideración de que la información proporcionada al interesado no resulta suficiente, en tanto que no se indican, ni qué bases de terceros se van a consultar, ni qué tipo de datos se van a recabar, de modo que el interesado desconoce absolutamente qué es lo que está consintiendo. Y se aprecia que se recaba un único consentimiento para dos finalidades diferenciadas. A este respecto se alega que la información es facilitada en atención a las buenas prácticas enunciadas por la propia AEPD y ratificadas por la LOPDGDD, de modo que se traslada a los interesados mediante el sistema de doble capa, a los efectos de que el interesado pueda reforzar la información facilitada mediante la consulta que consta en la misma, a través de los distintos mecanismos que se le conceden a tal fin (locución informativa, reverso del documento físico o sitio web de EDP COMERCIALIZADORA).

En relación con la ausencia de identificación clara de las fuentes de terceros o las categorías de datos, ha de señalarse que dicha información puede desprenderse de la información facilitada al cliente en la primera capa (al identificar con claridad que el tratamiento será efectuado con fuentes de terceros) como en la segunda capa, cuyo contenido consta en el apartado denominado “condiciones generales del contrato”,

cuyo contenido señala: “(II) La elaboración de perfiles comerciales del Cliente mediante la agregación de las bases de datos de EDP con datos provenientes de bases de datos de terceros, con el fin de ofrecer al Cliente productos y servicios personalizados, mejorando así la experiencia del Cliente. (III) La adopción de decisiones automatizadas, tales como permitir la contratación, o no, de determinados productos y/o servicios basadas en el perfil del Cliente y particularmente, en datos tales como, el histórico de impagos, el histórico de contrataciones, permanencia, ubicaciones, datos de consumo, tipos de dispositivos conectados a la red energética, y datos semejantes que permitan conocer con mayor detalle los riesgos asociados a la contratación. (iv) Tomando como base los resultados obtenidos de la agregación de los datos indicados, EDP podrá realizar ofertas personalizadas y concretamente orientadas a lograr la contratación de determinados productos y/o servicios de EDP.” Tal y como se refleja en el texto citado, EDP COMERCIALIZADORA ha identificado con amplio detalle las tipologías de datos que se tratan con los fines detallados, siendo las fuentes consultadas para ello una evidente derivación de lo anterior.

La indicación efectuada sobre la obtención de fuentes de terceros es, por tanto, contenido suficiente para que el usuario sea plenamente consciente de que su autorización supondrá la posibilidad de que la entidad autorizada pueda obtener dicha información. Ha de recordarse que no existe exigencia legal que imponga que, en el momento de recabar los datos del propio interesado, la información cuestionada deba ser contemplada directamente en el consentimiento solicitado. Es decir, siendo el origen de los datos el propio interesado, únicamente corresponde a la Entidad informar de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 RGPD, disposición que no establece, en ninguno de sus preceptos, la obligatoriedad de identificar ni la fuente ni la tipología de los datos. Únicamente en el caso de que dicho tratamiento se hubiera llegado a efectuar, la Entidad debía haber informado de tales extremos, toda vez que solo en dicho momento sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 14 RGPD. Habida cuenta de la no materialización de dicho enriquecimiento, esta información no llegó a ser trasladada al interesado, no constando en bases de datos de EDP COMERCIALIZADORA datos ajenos a los que han sido proporcionados o generados con ocasión de la relación contractual mantenida entre las partes. Además, ha de señalarse que, en el caso de haberse producido la obtención de datos procedente de un tercero, sería aquél quien, en su calidad de cedente del dato, vendría obligado a legitimar la comunicación de los datos sobre la base del consentimiento del interesado, sin perjuicio que EDP COMERCIALIZADORA también lo haría, en cumplimiento de su obligación de información una vez obtenidos datos provenientes de un tercero de conformidad con lo dispuesto en el RGPD. En este sentido, dicha situación solo podría darse, en caso de que el propio interesado, ejercitando su derecho de disposición de los datos y con plena consciencia del mismo, hubiera manifestado su autorización para que sus datos personales viajaran a otra compañía, como sería EDP COMERCIALIZADORA, quien solo podría hacer uso de los mismos, en el supuesto de que igualmente hubiera manifestado su consentimiento, mediante la marcación de la casilla o la indicación expresa, indicando que “Sí” en caso de efectuarse telefónicamente.

Por otro lado, en relación con la supuesta acumulación de finalidades de tratamiento, al señalarse que el interesado autorizaría el envío de publicidad y, en segundo lugar, el uso para que EDP COMERCIALIZADORA pueda valorar la viabilidad de la contratación por parte de dicho usuario. En relación con este punto, debemos

manifestar que la valoración efectuada por la AEPD parte de una premisa errónea, al considerar que se tratan de dos tratamientos diferenciados, en un supuesto en el que es patente que se trata de un único propósito, como sería la generación de un perfil comercial, cuya utilización se ciñe a dos contextos vinculados entre sí: (i) el primero, para llevar a cabo la valoración de la posibilidad de contratar y, (ii) el segundo, para emitir las correspondientes ofertas comerciales al usuario en cuestión. De esta forma, ambos supuestos se encuentran necesariamente interrelacionados, pues no cabe duda de que carecería de sentido diseñar un perfil del cliente, basado en los datos facilitados por el usuario y los derivados del servicio prestado, para la remisión de una oferta comercial que fuera remitida a un interesado que no cumpliera los parámetros internos de la Entidad para llevar a cabo una contratación al momento de su solicitud. En relación con dicho aspecto, bien es sabido por esta compañía que el RGPD exige que los consentimientos que se recaben sean específicos, así como también es criterio unánime de las autoridades de control señalar que la agrupación de finalidades afines entre sí, como sucedería en este supuesto, tiene plena cabida en dicho concepto, sin que tal agrupación dé lugar a la consideración, per se, de que no ha sido recabado el consentimiento de forma específica. En este ámbito, el planteamiento sobre el que la AEPD sostiene el incumplimiento que se atribuye a EDP COMERCIALIZADORA, obvia la regulación establecida por la LOPGDD, en cuyo artículo 6.2 expone que: “2. Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas.” A la luz de lo anterior, existe una evidente regulación específica que habilita la agrupación de finalidades que ahora está cuestionando la AEPD

Como cuestión adicional, se indica por esta Agencia que el consentimiento recabado no es conforme a la normativa, al considerar que el mismo no es explícito, sino obtenido de idéntica forma que un consentimiento general, si bien no quedan identificadas con claridad las razones por las cuales no cumpliría con el criterio emitido. A estos efectos, la inclusión del consentimiento analizado se realiza en un contexto separado a la aceptación de la contratación en sí misma, de modo que o bien se recoge en una casilla en aquellos contextos en los que existe soporte documental para ello, o bien en una locución informativa que es leída y que debe ser expresamente ratificada por el interesado para entender que ha sido prestado. Al respecto, en ausencia de claridad en la normativa sobre las vías que permitirán determinar que un consentimiento merece la consideración de explícito (entendido como un consentimiento reforzado al ya exigido por el RGPD), en la ya citada Guideline 5/2020 se mencionan diversos matices que ayudan en dicha aclaración. De ella se extrae que, adicionalmente al cumplimiento de los requisitos definidos en el artículo 7 RGPD, la validez de un consentimiento explícito no requiere la atención de requisitos exactos, pudiendo ser válidos tanto en documentos escritos, como en grabaciones telefónicas. En este punto, interesa hacer hincapié en una cuestión esencial: si bien no existe ni precepto legal ni dictamen procedente de las autoridades de control que determinen con claridad los requisitos para considerar que el consentimiento recabado es explícito, ni las diferencias que corresponden con el consentimiento “regular”, sí que es atribuido a EDP COMERCIALIZADORA, y a cualesquiera otras entidades que actúen como responsables del tratamiento, la labor de definir a su libre criterio en qué situaciones se entenderá cumplido tal requisito. Dicha casuística no puede sino ocasionar una grave inseguridad jurídica, que en el supuesto que nos ocupa no resulta solventada, ni si quiera con la fundamentación que

consta en el escrito de Acuerdo de Inicio del procedimiento sancionador, ya que en ningún momento se expone con claridad qué factor, elemento o acción no ha sido ejecutado por EDP COMERCIALIZADORA, para determinar que su conducta ha resultado antijurídica y que merece una sanción de semejante magnitud. Conforme a ello, la solicitud al cliente de una acción evidente, como es la indicación verbal de que sí consiente o la marcación de una casilla, cuyo contenido expone con claridad los fines para los que se emplearán los datos, que consta desvinculada de cualquier otra aceptación y que no queda supeditada a otros fines, debe considerarse como un consentimiento explícito a fin de dar cumplimiento a la obligación impuesta por la normativa de protección de datos. A la vista de los extremos mencionados, EDP COMERCIALIZADORA da cumplimiento a la totalidad de los requerimientos legalmente exigidos, de lo que necesariamente ha de concluirse que la labor de la Entidad para recabar los consentimientos del cliente, de modo explícito, han sido atendidos con rigurosidad. Es prueba de ello que, tanto en los canales telefónicos, como aquellos en los que se llevan a cabo por escrito, la obtención del consentimiento se efectúa de forma diferenciada a la propia contratación, se hace constar que es adicional a la misma y se entiende recabado, únicamente, en los casos en los que el cliente marca la casilla o expone con claridad que sí consiente. De todo ello no cabe más que concluir que el proceso de recogida del consentimiento ha sido efectuado a la luz de los criterios requeridos por la normativa aplicable, siendo por tanto ajustado a Derecho.

Así las cosas, el proceso de obtención de consentimientos que EDP COMERCIALIZADORA viene utilizando no es algo novedoso para la AEPD, quien ha tenido oportunidad de analizar el mismo previamente al inicio de este expediente sancionador, en aquellos expedientes (requerimientos de información y/o procedimientos sancionadores) abiertos con motivo de alguna reclamación de algún usuario. En el marco de estos, la AEPD tuvo pleno conocimiento del proceso de contratación y de la tipología de consentimientos que se recababan de los interesados, al haber sido aportados los contratos por EDP COMERCIALIZADORA como evidencia de cumplimiento. Huelga decir que el resultado final de ambas resultó ser el del archivo de las mismas (véase las reclamaciones con referencia E/00915/2019, que ni siquiera fue admitido a trámite, y el expediente E/02714/2019), sin que se efectuaran apreciaciones adicionales sobre el cumplimiento de la normativa, lo que no deja más que ahondar en el desconcierto que tiene esta parte ante las gravísimas acusaciones vertidas sobre EDP COMERCIALIZADORA por esta Agencia.

Adicionalmente, y sin perjuicio de las argumentaciones expuestas, llama la atención la presunción efectuada en el Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador, en el que la valoración relativa a las infracciones es efectuada tomando como premisa una doble atribución: (i) la primera, derivada de la ausencia de información adecuada y, (ii) la segunda, como consecuencia de la ejecución de un tratamiento no consentido. A estos efectos, ha de señalarse que, aun si se considerara que la información proporcionada al interesado es deficiente, este hecho no puede acarrear la determinación de una infracción del artículo 6 RGPD, toda vez que el tratamiento que sería realizado toma como punto de partida la base legitimadora adecuada. Así las cosas, la definición efectuada por EDP COMERCIALIZADORA relativa a la base legal que le permitiría tratar los datos con los fines que ya han sido mencionados, se ceñiría estrictamente a la legitimación que corresponde. Es decir, por parte de EDP COMERCIALIZADORA se llevan a cabo las acciones necesarias para recabar el correspondiente consentimiento

del interesado, otorgándole la posibilidad de concederlo o no, de forma voluntaria, mediante la marcación de la casilla facilitada o la indicación expresa en los casos de que estos se recaben por medio de llamada telefónica. Por todo ello, no puede apreciarse una conducta que pueda ser jurídicamente reprochable a EDP COMERCIALIZADORA, habida cuenta que ha suscrito con rigurosidad los términos exigidos por la norma, al proceder a solicitar al interesado una acción de voluntad expresa, libre, inequívoca y no condicionada a otro fin. Y por ello no cabe imputar a mi representada la comisión de infracción alguna de las tipificadas en el artículo 83.5.a) RGPD, en relación con su artículo 6.

TERCERA. - PRESUNTO INCUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO DE DATOS RELATIVO A DECISIONES AUTOMATIZADAS Y ELABORACIÓN DE PERFILES DE CLIENTES.

En tercer lugar, el Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador, establece en su Fundamento de Derecho IV una serie de supuestos incumplimientos vinculados a la aparente falta de observancia por parte de EDP COMERCIALIZADORA de las obligaciones derivadas de lo establecido en el artículo 22 del RGPD, relativo a la consideración por parte de la AEPD de la existencia de un impedimento, la obstaculización o la no atención reiterada del ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679 en relación a la decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles de clientes, tipificado en el artículo 83.5.b) RGPD y, calificada como incumplimiento muy grave a efectos de prescripción en el artículo 72.1.k) de la LOPDGDD. Concretamente, la AEPD sostiene que: 1) EDP COMERCIALIZADORA no otorga la posibilidad a los usuarios de ejercitar su derecho relativo a no ser objeto de decisiones automatizadas, así como no otorga al usuario la debida información relativa a este derecho, 2) El usuario desconoce la posibilidad de negarse a la adopción de este tipo de decisiones. De esta forma, la sanción propuesta por la AEPD parte del hecho de que la información que es facilitada por parte de EDP COMERCIALIZADORA a los titulares de los datos es insuficiente e imprecisa, sin perjuicio que se reconoce por parte de la AEPD que EDP COMERCIALIZADORA facilita y pone a disposición de los usuarios los documentos con información relativa al cumplimiento de la normativa de protección de datos, tanto en el momento de la contratación, como en soporte duradero al finalizar la contratación.

En primer lugar, respecto a la información facilitada por parte de EDP COMERCIALIZADORA en relación con la base legitimadora (el consentimiento en el caso que nos ocupa) debemos destacar que la información que es facilitada a los usuarios respecto a los tratamientos que, siendo adicionales a la contratación en sí misma, requieren del consentimiento del usuario, es debidamente facilitada a los usuarios. Concretamente, en la llamada Evidencia 6 presentada por EDP COMERCIALIZADORA durante la sustanciación del expediente informativo del que el presente expediente sancionador trae causa, se plasma dentro del modelo de contrato de suministro las siguientes casillas: "Puede leer la información relativa al tratamiento de sus datos personales en el reverso. ☐ Consiento el tratamiento de mis datos personales una vez finalizada la relación contractual, para la realización de comunicaciones comerciales adaptadas a mi perfil de productos y servicios relativos al suministro y consumo de energía. Asimismo, consiento los mencionados tratamientos durante la vigencia y tras la finalización del contrato, sobre productos y servicios no

energéticos, tanto de las empresas del Grupo EDP como de terceros. ☐ Consiento el tratamiento de mis datos personales para la elaboración de mi perfil comercial con información proveniente de bases de datos de terceros, para la adopción, por parte de EDP, de decisiones automatizadas con la finalidad de enviar propuestas comerciales personalizadas, así como para permitir, o no, la contratación de determinados servicios” En este caso, y ampliando información respecto al tratamiento de los datos de los usuarios en las condiciones generales, encontramos la siguiente información; “Siempre que el cliente lo haya aceptado explícitamente, sus datos personales serán tratados, incluso una vez finalizada la relación contractual y siempre que no se produzca la oposición a dicho tratamiento, para: (I) La promoción de servicios financieros, servicios de protección de pagos, automoción o afines y electrónica, propios o de terceros, ofrecidos por EDP y/o la participación en concursos promocionales, así como para la presentación de propuestas comerciales vinculadas al sector energético tras la finalización del contrato, (II) La elaboración de perfiles comerciales del Cliente mediante la agregación de las bases de datos de terceros, con el fin de ofrecer al Cliente productos y servicios personalizados, mejorando así la experiencia del cliente, (III) La adopción de decisiones automatizadas, tales como permitir la contratación, o no, de determinados productos y/o servicios basadas en el perfil del Cliente y particularmente, en datos tales como, el histórico de impagos, el histórico de contrataciones, permanencia, ubicaciones, datos de consumo, tipos de dispositivos conectados a la red energética, y datos semejantes que permitan conocer con mayor detalle los riesgos asociados a la contratación. (IV) Tomando como base los resultados obtenidos de la agregación de los datos indicados, EDP podrá realizar ofertas personalizadas, y concretamente orientadas a lograr la contratación de productos y/o servicios de EDP o de terceras entidades en función de si el cliente así lo ha consentido o no, siendo en todo caso tratados datos cuya antigüedad no superará un año. En caso de que dicho proceso se llevara a cabo de forma automatizada, el cliente siempre tendrá derecho a obtener intervención humana por parte de EDP, admitiéndose la impugnación y en su caso valoración de la decisión resultante.

De dichos fragmentos, no puede sino concluirse que (i) tanto para la elaboración de perfiles, como para el tratamiento de datos adoptando decisiones automatizadas EDP COMERCIALIZADORA solicita el consentimiento explícito y específico del usuario, sin que pueda interpretarse que la adopción de decisiones automatizadas sea tratada bajo otra base legitimadora, así como que (ii) la información relativa a la elaboración de perfiles y decisiones automatizadas, cumple con lo requerido por el artículo 13 del RGPD, ya que informa sobre la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles y facilita información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado. Por todo ello y atendiendo al primer aspecto planteado por parte de la AEPD relativo al supuesto incumplimiento cometido por EDP COMERCIALIZADORA en relación con la información proporcionada a los usuarios para la obtención del consentimiento específico, no cabe interpretación alguna relativa a la falta de información y tratamiento confuso por parte de EDP COMERCIALIZADORA, que incluye la información correspondiente a los tratamientos concretos, facilitando toda la información exigida en el RGPD.

En segundo lugar, en relación con la información facilitada a los titulares de los datos respecto al ejercicio de derechos, es preciso destacar que EDP

COMERCIALIZADORA informa expresamente a los usuarios en la información que les facilita de su derecho específico a “oponerse” a “la adopción de decisiones automatizadas de sus datos personales, requiriendo la intervención humana en el proceso, así como a impugnar las decisiones que sean finalmente adoptadas en virtud del tratamiento de sus datos” En este sentido, la AEPD considera que EDP COMERCIALIZADORA incumple su obligación de informar a los titulares de los datos por el mero hecho de que en la información facilitada no aparezca, de forma expresa y literal el derecho a “revocar el consentimiento”, apareciendo en su lugar el verbo que otorga el derecho de los titulares de los datos a “oponerse” a “la adopción de decisiones automatizadas de sus datos personales, requiriendo la intervención humana en el proceso, así como a impugnar las decisiones que sean finalmente adoptadas en virtud del tratamiento de sus datos”. Estamos seguros que el matiz semántico y técnico asociado a ambos verbos “oposición” y “revocación”, tanto los expertos con los que cuenta la AEPD, como los propios con los que cuenta EDP COMERCIALIZADORA son capaces de diferenciarlos entre sí, y determinar que se trata de dos conceptos jurídicos, pero también convendrá con nosotros esa Agencia, que el usuario medio (concepto ampliamente utilizado por parte de esa Agencia a lo largo del procedimiento que nos ocupa) difícilmente va a poder diferenciar dichos conceptos. En el caso que nos ocupa, lo que es realmente importante es el efecto que en la práctica tenga la petición del usuario, que, en definitiva, es el que es relevante para el titular de los datos, y que genera efectos positivos o negativos a sus derechos fundamentales, siendo esto lo que realmente protege el RGPD, y no la utilización de un verbo u otro, más aún cuando los mismos pueden ser utilizados como sinónimos.

En este caso, lo único que se pretende utilizando en la información que se facilita a los usuarios el término “oposición” respecto a las decisiones automatizadas, es poder facilitar al usuario la comprensión clara, concisa y transparente de la información que se pone a su disposición, y facilitando, en caso de que la solicitud de dicho interesado se ajuste a los requisitos normativamente exigidos, el ejercicio de los distintos derechos. Así, según la definición contenida en el Diccionario de la RAE, revocar significa “dejar sin efecto”; y oponer, “poner algo contra otra cosa para impedir su efecto”, por lo que salvo para aquellos que tengan conocimiento en la materia y puedan apreciar el matiz que diferencia una y otra, lo cierto es que, a efectos de la mayor parte de la población, ambos términos serían sinónimos y supondrían, en la práctica, lo mismo.

Sin perjuicio de todo lo anteriormente expuesto, debemos poner de manifiesto, por la relevancia que ello tiene en esta alegación, la información contenida en la Cláusula 16 de las Condiciones Generales de Contratación, relativa a protección de datos. En dicha cláusula, en el apartado correspondiente a “Derechos del titular de los datos” se hace referencia expresa a la posibilidad de revocar el consentimiento que previamente hubieran otorgado, así, expresamente se indica “(VII) Retirar, en cualquier momento, los consentimientos otorgados”.

Hace referencia a su procedimiento interno, y afirma que por tanto, no sólo los usuarios quedan informados en todo momento, de la posibilidad de revocar los consentimientos otorgados, sino que la propia EDP COMERCIALIZADORA, como procedimiento interno y con el fin de que quienes se encargan de gestionar las solicitudes tengan el conocimiento necesario en relación con las distintas posibilidades, plasman con carácter expreso dicho derecho, con independencia del

término técnico utilizado, ya que la finalidad principal es informar y que el usuario conozca la posibilidad de no ser objeto de decisiones automatizadas. Así, el procedimiento interno referenciado anteriormente recoge incluso modelos de respuesta para poder atender con carácter general, las distintas peticiones. Todo ello, sin perjuicio de que cada una de las solicitudes se trata de forma particular y conforme a las circunstancias concretas de afecten al supuesto concreto, y sea necesaria la adaptación de dicho modelo de respuesta dependiendo de la casuística concreta de cada petición. Se aporta como Anexo 3 el procedimiento relativo a la gestión y contestación de los ejercicios de derechos.

A la vista de lo anterior, la AEPD atiende a la falta de conocimiento del usuario medio, como argumento para considerar las cláusulas informativas como poco transparentes, aspecto que sin embargo considera sustancialmente esencial al relacionar únicamente como ejercicio válido la oposición del interesado. Teniendo en cuenta que el derecho relacionado con no ser objeto de decisiones automatizadas se encuentra recogido con carácter independiente y expreso en las condiciones generales de contratación, requiriendo en su caso el consentimiento explícito y específico del usuario, y encontrándose el mismo debidamente informando de forma específica, tal y como queda justificado en las evidencias aportadas, así como de la posibilidad de oponerse a ser objeto de decisiones automatizadas, resulta cuanto menos sorprendente que la AEPD considere que EDP COMERCIALIZADORA no cumple con el artículo 22 RGPD por no ofrecer al cliente la posibilidad de “revocar el consentimiento” literalmente, es decir, aspecto estrictamente formal y semántico, que un usuario medio sin conocimientos en la materia no tiene capacidad de comprender la diferencia con la palabra “oposición”, entendiéndose esa Agencia que no es válido informar de la posibilidad de “oponerse”, como un sinónimo, a dicho tratamiento, que es lo que efectivamente realiza EDP COMERCIALIZADORA.

En línea con lo anterior, es preciso resaltar que EDP COMERCIALIZADORA, en ningún caso ha denegado el ejercicio de derechos que no hayan sido solicitados/redactados con carácter preciso, dirigiendo en caso de duda la solicitud al usuario, para que la misma pueda ser resuelta de forma eficaz, satisfactoria y sin dilaciones.

Igualmente, tal y como ya ha sido plasmado en puntos anteriores, en relación con las decisiones automatizadas, se ofrece la posibilidad al cliente de obtener intervención humana, admitiéndose impugnación y en su caso valoración de la decisión resultante, motivo por el cual, además de informar sobre la posibilidad de no ser objeto de decisiones automatizadas, se faculta al cliente como alternativa la intervención humana. Por todo lo anterior, no cabe interpretar de forma razonable, que el titular de los datos pueda, ni siquiera de forma remota, desconocer la posibilidad o derecho a que sus datos no sean objeto de decisiones automatizadas, ni que EDP COMERCIALIZADORA ponga limitaciones, o no ponga a disposición de dichos interesados los mecanismos necesarios para poder realizar la solicitud, pudiendo en cualquier momento “oponerse” a dicho tratamiento, o mejor dicho, “revocar” el consentimiento prestado para la adopción de tales decisiones, así como de solicitar intervención humana, que por otro lado, en el caso de EDP COMERCIALIZADORA siempre se produce, porque aunque la consulta de la información esté automatizada, la decisión última la adopta un empleado tras analizar el contenido de la misma. Se aporta como Anexo 4, a modo ejemplo, ejercicios de derecho de oposición y de

revocación de consentimiento que han sido tramitados durante el último año, a los efectos que la AEPD pueda conocer, de primera mano, qué tipo de derechos son ejercidos por los titulares, en qué modalidad son recibidos, así como específicamente cómo son debidamente atendidos por parte de EDP COMERCIALIZADORA.

A mayor abundamiento y con el fin de atender el verdadero alcance de la supuesta infracción, a pesar de que EDP COMERCIALIZADORA incluye la posibilidad de realizar perfilados y adoptar decisiones automatizadas, el único perfilado realizado, es el relativo a la calificación de los clientes en materia de prevención del fraude, tratamiento para el que existe habilitación legal y se encuentra basada en el interés legítimo de EDP COMERCIALIZADORA, con la finalidad de salvaguardar el buen devenir de las contrataciones efectuadas por EDP COMERCIALIZADORA, así como evitar que clientes, cuya única finalidad es consumir el servicio energético sin pagar las facturas, pasen a formar parte de la cartera de clientes. Sin perjuicio de lo anterior, se informa a los titulares de los datos que dicho perfilado es revisado y tramitado finalmente por personal de EDP COMERCIALIZADORA, motivo por el cual no puede considerarse como una decisión automatizada en sí misma, atendiendo en este sentido al tenor literal del concepto establecido por las autoridades. En otras palabras, ni existe tratamiento de datos basado en decisiones automatizadas, ni hay manifestación alguna sobre dichos tratamientos, puesto que fuera de los estrictamente necesarios para continuar con el servicio y aquellos previstos legalmente, no son llevados a cabo, motivo por el cual, no solo no puede considerarse que hay incumplimiento del artículo 22 del RGPD, ya que se cumple con los requisitos recogidos por la normativa, sino que no existen, ni pueden existir titulares de datos que hayan podido verse afectados por dichos tratamientos, por lo que nos remitimos a la amplia jurisprudencia anteriormente enunciada en este apartado por ser de plena aplicación al caso que nos ocupa.

Esto es suficiente para que no exista base alguna a fin de imputar a mi representada infracción alguna de las tipificadas en el artículo 83.5.b) RGPD en relación con su citado artículo 22, no obstante, a efectos dialecticos y para el improbable caso de que sí pudiera considerarse probada la comisión de dicha infracción manifestamos lo que sigue en relación con el importe de la sanción prevista para dicha supuesta infracción en el Acuerdo de Inicio del procedimiento sancionador.

Así en relación a la cuantificación de la sanción específica por el supuesto incumplimiento del artículo 22 RGPD, tras valorar los aspectos expuestos en el presente apartado, y atendiendo a los criterios evaluadores recogidos en el RGPD empleados para graduar la supuesta infracción, ha de decirse en primer lugar, que en su escrito la AEPD se limita a enunciar algunos agravantes que considera de aplicación, sin desplegar la más mínima actividad de fundamentación de porqué, lo que aparte de suponer una falta total de motivación, implica una dificultad añadida al derecho de defensa de EDP COMERCIALIZADORA.

Sin perjuicio de lo anterior, se exponen a continuación los criterios por los que se entiende que los agravantes considerados por la AEPD no concurrirían en este caso concreto, más allá de que, cómo se ha justificado, no existe un incumplimiento de sus obligaciones por parte de EDP COMERCIALIZADORA, en la medida en que no se producen los requisitos del tipo normativo, en la medida en que EDP COMERCIALIZADORA no realiza el tratamiento objeto de la sanción, siendo este un requisito indispensable para que pueda tener cabida la aplicación de la sanción. Tras

valorar los aspectos expuestos en el presente apartado, y atendiendo a los criterios evaluadores recogidos en el RGPD;

“La naturaleza, gravedad y duración de la infracción” teniendo en cuenta el mismo criterio “la naturaleza, propósito de la operación de tratamiento de que se trate así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;” Tal y como se ha expuesto en el presente apartado, la información facilitada a los usuarios no constituye infracción, puesto que no hay incumplimiento por parte de EDP COMERCIALIZADORA, siendo incluso más determinante, que el número de afectados de los tratamientos relativos al perfilado y a la adopción de decisiones automatizadas, es nulo y por tanto los daños y perjuicios que hayan podido causarse, son inexistentes. Igualmente, al no suponer una actuación ilícita, ni haberse materializado tampoco es posible que la misma se haya dilatado en el tiempo, motivo por el cual, y atendiendo a las concretas circunstancias, a la hora de calificar la potencial multa administrativa a imponer supondría un criterio atenuante.

En cualquier caso, conviene recordar que para poder calificar como agravante los daños y perjuicios causados a los afectados, además de materializarse, los mismos deben de quedar acreditados y demostrados, aspecto que en ningún caso ha sido probado, ni expuesto en el Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador.

“La intencionalidad o negligencia apreciada en la comisión de la infracción;” Tal y como se desprende de las presentes alegaciones, ni EDP COMERCIALIZADORA ha tenido intención alguna de infringir la normativa de protección de datos, ni de causar daño o perjuicio a ningún usuario, ni ha habido negligencia alguna en su actuación. A mayor abundamiento, no constan evidencias de que pueda existir una negligencia y mucho menos una intencionalidad por parte de EDP COMERCIALIZADORA, motivo por el cual, la potencial sanción aplicable debiera verse reducida.

“La alta vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamiento de datos personales;” La actividad principal de EDP COMERCIALIZADORA no se basa en el tratamiento de datos de carácter personal, sino en el suministro energético, suponiendo la vinculación de la actividad con la realización del tratamiento en cuestión, mínima. Motivo por el cual, dicho aspecto constaría como atenuante, reduciendo la potencial sanción aplicable.

“El carácter continuado de la infracción;” “Elevado volumen de datos y tratamientos que constituye el objeto del expediente;” y “Elevado número de interesados;” Al igual que en otros criterios señalados de forma individualizada, estos tres criterios quedan subsumidos con el planteado en primer lugar, y procedente del artículo 83.2 a) del RGPD, por lo que su evaluación ha de efectuarse conjuntamente con el indicado y, por tanto, no suponer un aspecto adicional al mencionado para el cálculo de la potencial sanción aplicable.

En vistas de completar con los criterios evaluadores, conviene mencionar los siguientes:

“c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados;” Tal y como ha quedado acreditado, los procedimientos internos bajo los que actúa EDP COMERCIALIZADORA, tanto en relación con el ejercicio de derechos, el protocolo de actuación relativo con la calificación del usuario con finalidades de prevención de fraude, recogen las características fundamentales para atender a todo tipo de ejercicio de derechos y a las características relativas al tasado tratamiento de calificación del

usuario para la necesaria prevención contra el fraude. Por todo ello, teniendo en cuenta que dichos procedimientos forman parte de las medidas y actitud proactiva de EDP COMERCIALIZADORA, en ningún caso cabría interpretar la omisión de acciones, ni pasividad de EDP COMERCIALIZADORA.

“e) toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento;” Es preciso resaltar, que EDP COMERCIALIZADORA, ni ha sido reclamado, ni ha sido sujeto sancionado por dichos preceptos en ningún momento, por lo que ni existen procedimientos, ni sanciones anteriores, es más, como ya hemos expuesto en puntos anteriores, EDP COMERCIALIZADORA ha ido implementando nuevas medidas para paliar cualquier potencial situación comprometida, actuando siempre con diligencia.

En este caso, no solo llama la atención la fundamentación plasmada en el Acuerdo de Inicio para interpretar infracción del artículo 22 del RGPD -relativo a decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles-, sino que la cuantía propuesta por la supuesta infracción, que asciende al 1.000.000 de euros, es el punto que más ha sorprendido a esta parte. Todo ello debido a que:

- 1) EDP COMERCIALIZADORA no ha sido sancionado, no se ha visto involucrado en procedimiento alguno por infracción del artículo 22 del RGPD ni ha recibido reclamación alguna en relación con una supuesta infracción de este precepto,
- 2) en el histórico de procedimientos publicados por la propia AEPD, no existen sanciones amparadas en el incumplimiento del citado precepto normativo.

Es decir, no sólo no existen antecedentes en los que haya sido parte EDP COMERCIALIZADORA, sino que tampoco existen sanciones previas por parte de la Autoridad de Control que se hayan basado en la infracción del artículo 22 del RGPD. Por todo ello, el hecho de que la infracción sea considerada muy grave y la sanción propuesta ascienda a dicha elevada cantidad, exige que sea fundamentada con carácter exhaustivo, ya que la misma escapa de cualquier criterio seguido hasta ahora por la AEPD.

f) el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción; Desde el inicio del expediente informativo del que trae causa este procedimiento EDP COMERCIALIZADORA ha actuado de forma colaboradora y proactiva, aportando en todo momento la información y documentación solicitada por la AEPD en tiempo y forma. Motivo por el cual, dicho aspecto constaría como atenuante, reduciendo la potencial sanción aplicable. Por último, y a modo de conclusiones, en el Acuerdo de Inicio no queda ni debidamente fundamentada, ni motivada conforme lo establecido en la normativa, la decisión de imponer una multa administrativa, y mucho menos, una multa con la cuantía propuesta, así como tampoco considerar a EDP COMERCIALIZADORA como sujeto infractor de las reclamaciones incluidas en el Acuerdo, ya que como hemos indicado en este apartado, los argumentos plasmados por la AEPD para sancionar bajo el precepto legal recogido en el artículo 22 del RGPD y 72.1 k) de la LOPDGDD, no se dan.

En este sentido, además de informar conforme a la normativa aplicable, y de otorgar igualmente a los usuarios la posibilidad de ejercitar sus derechos, EDP

COMERCIALIZADORA no lleva a cabo tratamientos basados en decisiones automatizadas fuera de la estrictamente necesaria para llevar a cabo la prevención del fraude. Motivo por el cual, ni la supuesta infracción se ha cometido, ni existen argumentos suficientes para considerar infringidos los preceptos mencionados en el presente apartado. Es más, a lo largo de este procedimiento no se ha evidenciado la existencia de infracción por incumplimiento del artículo 22 RGPD, ni se ha fundamentado de forma íntegra la gravedad, ni los criterios que permitan fijar tan elevada cantidad de sanción al presente supuesto.

CUARTA.- PRESUNTO INCUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON EL DEBER DE TRANSPARENCIA.

La AEPD, en su Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador, atribuye a EDP COMERCIALIZADORA la infracción del Artículo 13 del RGPD, suponiendo un incumplimiento de deber de información que le es propio como responsable del tratamiento, tipificado en el artículo 83.5.b) y calificado como leve a efectos de prescripción en el artículo 74.a) de la LOPDGDD. Concretamente considera la existencia de dicha infracción debido a:

- 1) falta de información a los interesados de la posibilidad de acceder a información exigible en el artículo 13 del RGPD.
- 2) la dirección web facilitada no conduce directamente a la información exigible conforme al artículo 13 del RGPD, sin que se permita acceder de forma inmediata a la información, ni el acceso resulte sencillo para cualquier persona. EDP COMERCIALIZADORA no tiene otro remedio que manifestar, de nuevo, y como lo ha hecho y demostrado en el resto de los supuestos incumplimientos alegados por esta Agencia, que no puede compartir las apreciaciones realizadas por la AEPD, por lo que a continuación se identificarán las razones por la que entiende que efectivamente, EDP COMERCIALIZADORA cumple íntegramente con los requisitos exigidos por la normativa de protección de datos en términos de transparencia en relación con la información facilitada a los titulares de los datos personales en los procesos de contratación.

Por lo que se refiere al canal CAC inbound, sobre el que se afirma que la información facilitada es incompleta, ha de indicarse que al tratarse de llamadas entrantes existe al iniciarse la llamada, antes de iniciarse la grabación – e independientemente de la gestión que pretenda realizar quien llama al departamento de atención al cliente de la entidad-, una locución telefónica donde se informa, entre otros aspectos, de los derechos que asisten a los interesados, así como dónde encontrar información adicional, de tal forma que los usuarios reciben esta información siempre que llaman, lo que no solo supone que se les facilita esta información en la llamada en la que van a realizar la contratación del suministro, sino también cuando ya son clientes y van a realizar cualquier trámite (bien sea una consulta, solicitar un cambio de potencia, realizar un pago, solicitar un fraccionamiento o presentar una reclamación).

En este sentido, ha de señalarse que el propio RGPD dispone expresamente en su punto 13.4 que: “Las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 no serán aplicables cuando y en la medida en que el interesado ya disponga de la información”. Por tanto, los clientes reciben toda la información exigible en una primera capa de información

verbal, que pueden completar accediendo a la web de EDP COMERCIALIZADORA o bien de forma directa en la propia llamada, en función de la gestión que se realice.

Así las cosas, esta información se facilita en capas, distinguiendo por un lado la capa 1. “Esta llamada puede ser grabada. Los datos que nos proporcione serán tratados por EDP Energía, S.A.U. y/o EDP Comercializadora, S.A.U. para la gestión de su solicitud o consulta. Puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición, limitación y portabilidad en cualquier momento. Consulte la Política de Privacidad en nuestra web edpenergia.es o pulse 0”

Y por otro la capa 2, que recoge la información de forma más detallada, que se activa de forma automática en caso de que el usuario marque 0, siguiendo las indicaciones de la primera capa: “La utilización de este CANAL TELEFONICO no obliga al usuario a facilitar ninguna información sobre sí mismo. Sin embargo, para utilizar ciertos servicios o acceder a determinados contenidos, los usuarios deberán proporcionar previamente algunos datos de carácter personal. En el caso de que el usuario facilite información de carácter personal, le informamos de que los datos serán tratados por EDP Energía, S.A.U. y EDP Comercializadora, S.A.U., con domicilio social en Oviedo, Plaza del Fresno 2, 33007 y NIF A33543547 y A95000295 respectivamente, en adelante “EDP”, como responsables del tratamiento, según lo establecido por el Reglamento General de Protección de Datos ((UE) 2016/679), en adelante “RGPD”, y su normativa de desarrollo.

En concreto, sus datos podrán ser tratados, cuando el usuario así lo solicite, para gestionar la atención y seguimiento de las solicitudes y consultas dirigidas a través del sitio web, así como para la realización de encuestas y la participación en sorteos, juegos y promociones. Los datos solicitados serán de carácter obligatorio y limitados a los necesarios para proceder a la prestación y/o gestión del servicio solicitado, lo que le será convenientemente informado en el momento de la recogida de sus datos de carácter personal. En caso de no facilitarlos o no facilitarlos correctamente, no se le podrá prestar el servicio.

En estos supuestos, el usuario garantiza que los datos personales facilitados son veraces y se hace responsable de comunicar cualquier modificación de los mismos.

En el caso de las gestiones tramitadas a través del CANAL TELEFONICO y el registro en el mismo, los tratamientos de datos realizados se fundamentan en la relación jurídica derivada de su solicitud.

El tratamiento de datos para la realización de encuestas se basa en el interés legítimo de EDP a fin de mejorar la calidad de los servicios prestados a los clientes y/o usuarios, pudiendo oponerse a dichos tratamientos en cualquier momento, sin que esto afecte a la licitud de los tratamientos efectuados anteriormente.

En ningún caso podrán incluirse en los formularios contenidos en el CANAL TELEFONICO datos de carácter personal correspondientes a terceras personas, salvo que el solicitante hubiese recabado con carácter previo su consentimiento en los términos exigidos por el artículo 7 del RGPD, respondiendo con carácter exclusivo del incumplimiento de esta obligación y cualquier otra en materia de datos de carácter personal.

Los datos personales de los usuarios registrados en el sitio web podrán ser cedidos a las Administraciones Públicas que por ley corresponda, a otras empresas del grupo empresarial para fines administrativos internos, y a los proveedores del responsable del tratamiento necesarios para el adecuado cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Los datos personales serán conservados durante la vigencia de su contrato de suministro con EDP, en el resto de casos, durante el tiempo necesario para contestar a sus solicitudes o para analizar el contenido de sus respuestas a las encuestas. Una vez finalizada la relación contractual, contestadas sus solicitudes o analizadas sus respuestas, según corresponda en cada caso, sus datos personales serán borrados, manteniéndose el resto de información anonimizada únicamente a efectos estadísticos. Sin perjuicio de lo anterior, los datos podrán conservarse durante el plazo establecido para cumplir con las obligaciones legales de mantenimiento de la información y, como máximo, durante el plazo de prescripción de las acciones legales correspondientes, debiendo mantenerse los datos bloqueados durante el mencionado plazo de prescripción. Superado ese periodo, los datos serán suprimidos.

En aplicación de lo establecido en el artículo 32 del RGPD, EDP se compromete a cumplir las obligaciones de seguridad de aquellos datos facilitados por los usuarios, procurando establecer todos los medios técnicos a su alcance para evitar la pérdida, mal uso, alteración, acceso no autorizado y robo de los datos que el usuario facilite a través del mismo, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos facilitados y los riesgos a los que puedan estar expuestos. Sin perjuicio de lo anterior, el usuario debe ser consciente de que las medidas de seguridad en el CANAL TELEFONICO no son inexpugnables.

EDP tratará los datos del usuario de forma confidencial, en todo momento, guardando el preceptivo deber de secreto sobre los mismos, de conformidad con lo previsto en la normativa de aplicación.

El usuario puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición, limitación y portabilidad, así como el de revocación de los consentimientos otorgados previamente, en los términos establecidos legalmente, comunicándolo por escrito a EDP, a la siguiente dirección: Canal de Comunicación LOPD, Plaza del Fresno, nº2, 33007 Oviedo. Asimismo, puede ejercitar dichos derechos enviando un correo electrónico con sus datos personales a cclopd@edpenergia.es. En ambos casos se deberá adjuntar una fotocopia del DNI del titular o documento que acredite su identidad. Igualmente, podrá ponerse en contacto con el Delegado de Protección de Datos de EDP, en la siguiente dirección postal: Plaza del Fresno, 2 33007 Oviedo o en el correo electrónico dpd.es@edpenergia.es, en el caso de que entienda vulnerado alguno de sus derechos relacionados con la protección de datos, o en su caso, interponer una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos en la dirección Calle de Jorge Juan, 6, 28001 Madrid"

A continuación, se indica por esa Agencia que "No se da cumplimiento a lo previsto en el artículo 11.1 de la LOPDGDD en los otros dos canales telefónicos (Telemarketing y Leads), ni se informa al interesado que puede acceder a toda la información exigible conforme al artículo 13 RGPD en la dirección electrónica que se indica". Sin embargo, tal afirmación se realiza tras reproducir la AEPD los textos en los que se informa a los clientes de la identidad del responsable del tratamiento, las finalidades del tratamiento, así como los derechos que pueden ejercitar y la web donde obtener información adicional. Por tanto, no parece que tal afirmación se corresponda con la realidad de los hechos, por lo que entendemos que la Agencia tendrá a bien modificar y eliminar este supuesto incumplimiento en su escrito de propuesta de resolución.

Prosigue el análisis haciendo referencia a que las condiciones generales de contratación a las que se remite la información, indicando que las alojadas en la web no son fácilmente accesibles. A este respecto interesa precisar que:

1) El artículo 11 de la LOPGDD se refiere a que esta información debe facilitarse al interesado “indicándole una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información” y que, en este caso, tal y como se informa al interesado en la locución, tras la contratación se remite una copia del contrato en el que, obviamente, se incluyen las condiciones generales de contratación, por lo que se le facilita el acceso directo a dicha información. Complementariamente, esta información está en todo momento disponible en la web.

2) Frente a la supuesta dificultad aludida por la AEPD para encontrar las citadas condiciones generales contrasta el hecho de que, según ejemplifica, basta una simple búsqueda para acceder directamente a las mismas, utilizando para ello el buscador disponible en la página web. Realizando la búsqueda de “condiciones de contratación” o “condiciones generales de contratación”, se publican como primeros resultados los documentos relativos a las condiciones generales de contratación que son de aplicación tanto en castellano, en gallego, en catalán, y en euskera, quedando identificado de forma clara la documentación que remite de forma directa al documento en formato PDF, tal y como se evidencia en la siguiente dirección: <https://www.edpenergia.es/resources/doc/comercial/2019/09/10/condicionesgenerales-de-contratacion.pdf>

3) En lo que se refiere a que se “exige buscar en las condiciones generales (que incluyen numerosos aspectos relativos a la contratación) la información relativa a la protección de datos”, ha de ponerse de manifiesto que las condiciones generales están compuestas de cuatro páginas, de las cuales prácticamente una de ellas se encuentra dedicada, en exclusiva, a facilitar la información sobre el tratamiento de datos personales realizados por EDP COMERCIALIZADORA, tal y como estamos seguros que la AEPD ha podido verificar durante el procedimiento de elaboración de su escrito de propuesta de sanción.

En relación con este supuesto incumplimiento, cabe traer a colación las directrices facilitadas por el Grupo de Trabajo del artículo 29, en el que recomienda incluir el acceso a la información relativa al tratamiento de datos de carácter personal a través de medios en los que el interesado pueda reconocer inmediatamente dónde y cómo acceder a esta información, (enlaces directos o en forma de respuesta a una pregunta en lenguaje natural, en la sección de preguntas frecuentes, o ventanas emergentes).

Sin embargo, igualmente recoge, que “en función de las circunstancias de la recogida y tratamiento de los datos, un responsable de tratamiento podría verse obligado a utilizar de manera adicional. [...]”. Otras vías posibles de transmitir la información a los interesados derivadas de los siguientes entornos distintos de datos personales podrían incluir los siguientes modos, que se enumeran a continuación, aplicables a los entornos pertinentes. a) En papel, por ejemplo, al celebrar contratos por medios postales: explicaciones por escrito, folletos, información en documentos contractuales, dibujos animados, infografías o diagramas de flujo; b) Por teléfono: explicaciones verbales directamente por parte de una persona para permitir una conversación y la respuesta a preguntas, o información automatizada o pregrabada con la posibilidad de oír información adicional más detallada;

El Grupo de Trabajo del artículo 29, única y exclusivamente facilita esa información a modo de recomendación, sin que en ningún caso sea considerado una mala práctica,

ni por supuesto un incumplimiento normativo el hecho de realizar la publicación a través de un método, sencillo, que teniendo en cuenta que el servicio requiere de la celebración de un contrato, el método y formato esencial y por tanto que prima en este supuesto es al igual que se indica en las propias directrices del GT29, a través del medio en soporte en papel y telefónico. Todo ello, sin perjuicio de mantener accesible a través de la web para todo aquel interesado que decida realizar y atender al contenido de forma intuitiva y sencilla y sin perjuicio de la obligación de entregar en soporte duradero toda la información contractual tanto con la información previa, como con el propio contrato celebrado. En este sentido, podemos ver que la posibilidad de enlazar de forma “inmediata” es susceptible de ser interpretada.

La propia AEPD en su página web hace que sea el interesado quien deba “acertar” o “averiguar” cuáles de los tratamientos incluidos en el registro de actividades de la entidad son los que realmente afectan a su relación con la AEPD, ya que las finalidades están incluidas dentro de la descripción de cada uno de ellos y no en la política de privacidad a la que se accede.

En lo que se refiere a la identidad del responsable del tratamiento, se reitera la información ya facilitada tras el requerimiento de información adicional de 3 de junio de 2020 en que se requería a EDP COMERCIALIZADORA, a tal efecto, dentro del Requerimiento de Información E/05549/2019 en el que se explicaba que el hecho de que se incluya información de ambas entidades se debe a que no se puede saber de forma previa a la contratación los servicios que serán solicitados por el interesado (gas y/o electricidad) ni, por tanto, por cuál de las compañías serán prestados, por lo que esto solo puede ser concretado cuando dichos servicios sean identificados por el propio cliente. altamente probable que un mismo cliente al solicitar la contratación del suministro eléctrico y de gas, esté contratando con ambas sociedades.

Por este motivo, se ha elaborado y estructurado el denominado contrato “dual” de forma que un cliente pueda obtener descuentos o ventajas adicionales por el hecho de contratar ambas energías con dos sociedades del mismo Grupo empresarial, y a fin de mantener actualizados los descuentos en cada una de las energías (electricidad y gas) e información derivada, es necesario que ambas sociedades conozcan si la energía inicialmente contratada con la otra sociedad del Grupo se mantiene activa para poder mantener y gestionar correctamente los descuentos/ventajas aplicadas.

Consecuencia de lo anterior, en la cláusula relativa a protección de datos se informa que los datos personales facilitados durante el proceso de contratación pueden ser tratados por una sola de las entidades o ambas entidades, en función del tipo de servicios energéticos que sean contratados. Por tanto, no existe inconcreción, sino que la explicación sobre quién es el concreto responsable del tratamiento en cada caso se contiene de forma literal en el primer apartado del contrato, en el que se identifican las partes, tal como consta en la Evidencia 6 aportada en la respuesta al Requerimiento de Información efectuado a esta sociedad durante la tramitación del precitado expediente informativo del que el presente expediente sancionador trae causa: “El cliente contrata, para el suministro que se indica, el suministro de gas con EDP Comercializadora, S.A.U. y el suministro de electricidad y/o los servicios complementarios con EDP ENERGIA, S.A.U., (en adelante conjunta y/o individualmente, según proceda, referidas como “EDP”) con arreglo a las Condiciones Específicas que se recogen a continuación y a las Condiciones Generales en anexo.”

Por tanto, los clientes saben qué empresa tratará sus datos en función de cuál sea el suministro solicitado (electricidad o gas), algo que entendemos queda perfectamente claro y se deriva tanto de las explicaciones de los agentes de ventas, como del tenor literal de la primera cláusula del contrato. En caso de ser ambos servicios, los datos serán tratados por ambas entidades.

Hasta la fecha, ni en el ámbito de protección de datos, ni en relación con ninguna de las normativas de aplicación a los sectores regulados de electricidad o gas, o los referidos a la defensa de los consumidores se ha producido ninguna solicitud de información adicional, reclamación, o queja a este respecto, ni por parte de los propios consumidores, ni tampoco por parte de los múltiples reguladores que controlan y fiscalizan la actividad de las empresas comercializadoras, por lo que parece evidente que la información facilitada no genera problemas a los clientes, ni a otros reguladores del país, más que a la propia AEPD.

Adicionalmente, reiteramos dos aspectos esenciales en la operativa propia del sector en el que EDP COMERCIALIZADORA desarrolla su actividad, cuya exposición se contempló en la información remitidas con carácter previo: 1) La existencia de dos compañías dentro del Grupo con el rol de entidades comercializadoras se debe a una cuestión meramente formal, consecuencia de la estructura societaria y composición accionarial de las compañías adquiridas por el Grupo EDP en el momento de su establecimiento en España, pero que no se corresponde con el funcionamiento operativo de dichas comercializadoras, dado que solo una de ellas, EDP COMERCIALIZADORA, cuenta en la actualidad con empleados y capacidad de gestión y operativa. De este modo, en la práctica, todos los tratamientos son realizados por dicha entidad, bien en calidad de responsable del tratamiento o como encargada del tratamiento de EDP COMERCIALIZADORA.

2) El Grupo EDP tenía prevista la reorganización societaria de EDP COMERCIALIZADORA y EDP ENERGIA y la adaptación de su estructura societaria con la de su funcionamiento real y su operativa de negocio. Dicha reorganización se ha visto en la actualidad afectada por un proceso de venta a TOTAL en el que ambas sociedades están inmersas, y que, de materializarse, podría alterar o ultimar dicha integración.

Por todo lo anterior, entiende que queda justificada perfectamente la transparencia en relación a cómo se facilita la información, así como al hecho de que la misma es perfectamente comprensible para el cliente medio.

Prosigue su análisis la AEPD refiriéndose a las finalidades y bases legitimadoras del tratamiento. En primer lugar, se hace referencia a aquellos tratamientos informados cuya base legitimadora es el propio contrato -relación contractual existente- o el interés legítimo de la compañía.

Sobre este particular, se señala que “No resulta sencillo para cualquier persona, sin conocimientos de la materia de protección de datos, diferenciar qué tratamientos derivan del contrato y cuales se fundamentan en el interés legítimo del responsable”. Esta apreciación es discutible, por cuanto para cualquier persona puede ser evidente que tratamientos como “gestionar, mantener, desarrollar, cumplimentar y controlar la contratación de suministro de electricidad y/o gas y/o servicios complementarios de y/o

gas y/o servicios complementarios de revisión y/o asistencia técnica y/o programa de puntos, y/o mejora del servicio” están estrechamente relacionados a la ejecución del contrato, siendo los demás asignables al interés legítimo. A este respecto, podemos contrastar esta información con la facilitada por la propia AEPD respecto a sus tratamientos cuando estos tienen bases de legitimación diversas, como es el caso del denominado “Gestión de RRHH”, publicado en su web (<https://www.aepd.es/es/laagencia/transparencia/otro-tipo-de-informacion/registro-actividades-tratamientoaepd/gestion-rrhh>), en cuya información se puede apreciar que se identifican diversas bases de legitimación, sin indicar a qué concreta finalidad se refiere cada una de ellas.

Por tanto, aunque nada tiene que objetar esta parte sobre que el criterio de la AEPD puede suponer una buena práctica en lo referente al nivel de transparencia, parece que considerar el hecho de no haber llegado a este nivel de ordenación de la información, no puede ser considerado un incumplimiento de la norma, máxime si tenemos en cuenta que ni siquiera el propio organismo que emite las guías de transparencia (y que ahora está proponiendo una sanción de nada más y nada menos que un millón de euros por este motivo), ha considerado necesaria tal distinción en su página web, tal y como ha quedado debidamente evidenciado.

Por lo que se refiere a la supuesta omisión por parte de EDP COMERCIALIZADORA de informar de “cuál es el interés legítimo que el responsable se atribuye”, ha de señalarse que los mismos están claramente expuestos y puestos en relación con las finalidades que se persiguen, esto es: prevención del fraude y mercadotecnia, en relación con el envío de comunicaciones comerciales personalizadas. En estos casos es obvio que existe una identificación entre la finalidad informada y el propio interés perseguido, por lo que hacer una alusión separada a este último resultaría redundante.

De igual modo, a título ilustrativo, ha de señalarse que los competidores directos de EDP COMERCIALIZADORA emplean fórmulas informativas similares a las implantadas en mi representada, sin que a la fecha se hayan conocido procedimientos contra las mismas

Por otro lado, el elevado número de solicitudes de derechos recibidos en los canales dispuestos para ello demuestran que los clientes entienden perfectamente el contenido de la información y de los derechos que les asisten, y tienen perfectamente claro qué es lo que quieren conseguir con su petición y EDP COMERCIALIZADORA, ejecuta dichas peticiones en todos los casos, siempre con un marcado carácter de cumplimiento de la normativa y protección de los derechos fundamentales de los usuarios.

En lo que respecta a la necesidad de informar sobre la ponderación realizada para valorar si el interés legítimo es preponderante en este caso, es relevante significar que estos dos supuestos han sido abordados por el propio legislador, que en el Considerando 47 del RGPD se refiere expresamente a la posibilidad de realizar estos tratamientos amparándose en el interés legítimo del responsable del tratamiento.

En concreto se dispone que: “el tratamiento de datos de carácter personal estrictamente necesario para la prevención del fraude constituye también un interés legítimo del responsable del tratamiento de que se trate. El tratamiento de datos

personales con fines de mercadotecnia directa puede considerarse realizado por interés legítimo”.

Sobre este último también se ha pronunciado la propia AEPD en su informe 195/2017 indicando que “si los datos procediesen únicamente de la información de que dispusiera la entidad en relación con los productos o servicios contratados por el cliente, sin que la misma fuera completada con la originada en otras fuentes distintas, ciertamente la conducta de la entidad, consistente en la realización de un perfilado para la remisión de ofertas de productos o servicios a sus clientes, resultaría ser menos invasiva de los derechos e intereses de los clientes, pudiendo en este caso considerarse la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 6.1 f) del Reglamento general de protección de datos”.

Por lo tanto, en ambos supuestos la ponderación del interés legítimo ha sido ya realizada, tanto por el legislador, como por la Autoridad de Control y, por lo tanto, el motivo esgrimido por el GT29 para recomendar su publicación para que los afectados puedan presentar una reclamación ante dicha autoridad cuando “duden de si el examen de ponderación se ha llevado a cabo lealmente” carecería de sentido en este caso, debiendo en su caso plantear dicha reclamación ante el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con el fin de que examinara la legalidad de la disposición introducida en el RGPD, o en su caso, ante la propia autoridad de control y/o tribunales nacionales competentes. En todo caso, el propio GT29 identifica esta posibilidad como una buena práctica y, como se recoge en el propio informe su objetivo es “indicar el planteamiento que, a juicio del GT29, los responsables del tratamiento deben asumir en cuanto a actuar con transparencia”. No se trata, por tanto, de una obligación jurídica cuyo cumplimiento defectuoso pueda llevar aparejado una sanción, como ya ocurre con otras muchas de las cuestiones que la AEPD está intentando sancionar en este procedimiento, faltando a los más mínimos principios de tipificación, culpabilidad y prueba, hechos estos que no dejan de sorprendernos en lo que entendemos que es una actuación que debería estar acogida a un cumplimiento íntegro y riguroso por parte de la Administración sancionadora.

Continúa la AEPD su análisis refiriendo que los tratamientos para los que se pide consentimiento, valorando que no resulta sencilla su comprensión para una persona sin conocimientos especializados. Sin embargo, no ofrece ninguna explicación para llegar a esa conclusión (más allá de una vaga referencia al punto cuarto).

En contra del criterio de la AEPD, entendemos que la información se da en un lenguaje sencillo, comprensible para cualquier persona. La información contenida en esta segunda capa ha de ponerse en relación con los consentimientos solicitados.

El primer consentimiento dice: “Consiento el tratamiento de mis datos personales una vez finalizada la relación contractual, para la realización de comunicaciones comerciales adaptadas a mi perfil de productos y servicios relativos al suministro y consumo de energía. Asimismo, consiento los mencionados tratamientos durante la vigencia y tras la finalización del contrato, sobre productos y servicios no energéticos, tanto de las empresas del Grupo EDP como de terceros.”

En la segunda capa se amplía esta información indicando cuales son los sectores a los que pertenecen los terceros sobre los que se pueden enviar comunicaciones “(I) La promoción de servicios financieros, servicios de protección de pagos, automoción o

afines y electrónica, propios o de terceros, ofrecidos por EDP y/o la participación en concursos promocionales, así como para la presentación de propuestas comerciales vinculadas al sector energético tras la finalización del contrato.”

Como puede evidenciarse, no se usa ni un solo término técnico que dificulte la comprensión de estos textos, y las condiciones del consentimiento son totalmente claras.

En segundo consentimiento solicitado dice: “Consiento el tratamiento de mis datos personales para la elaboración de mi perfil comercial con información proveniente de bases de datos de terceros, para la adopción, por parte de EDP, de decisiones automatizadas con la finalidad de enviar propuestas comerciales personalizadas, así como para permitir, o no, la contratación de determinados servicios.”

En la segunda capa se detalla el contenido de este consentimiento indicando: (II) la posibilidad de tratar datos personales de terceros para ser agregados a su perfil (III) la información contractual empleada por EDP COMERCIALIZADORA en la elaboración del perfil (IV) el detalle de las finalidades de la agregación de estas informaciones.

Por último, se informa de los derechos que asisten a los interesados en el caso de que en estos procesos se produzca la toma de decisiones automatizadas. Por tanto, el objetivo claro de EDP COMERCIALIZADORA es permitir a los interesados tener un conocimiento detallado de los usos para los que se pide consentimiento no existiendo voluntad o dolo alguno para ocultar la información. Igualmente, señala la AEPD que concurre una ausencia de claridad en la información proporcionada relativa a la agregación de información de terceros, al no distinguirse si es referido a la finalidad relativa al punto (II) (la posibilidad de tratar datos personales de terceros para ser agregados a su perfil) o al (III) (la información contractual empleada por EDP COMERCIALIZADORA en la elaboración del perfil). A este respecto, parece obvio que la palabra agregación es suficientemente concisa, y se refiere a la suma de ambas informaciones. La palabra agregar es de uso común en el día a día y, de acuerdo con la RAE, significa: “unir o juntar unas personas o cosa a otras”. En este caso, del contexto se infiere claramente que se trataría de unir los datos que ya tiene EDP COMERCIALIZADORA, con los que podría obtener de terceros.

Más allá de esto, se desconoce cuál es la concreta información cuya comprensión puede resultar compleja, ya que no se aporta ninguna aclaración al respecto. EDP COMERCIALIZADORA ha intentado en todo momento emplear un lenguaje claro y comprensible y no existen tecnicismos que puedan complicar la lectura del texto, algo que parece que ahora la AEPD, considera una acción negativa que penaliza la buena fe de EDP COMERCIALIZADORA en relación al cumplimiento de la normativa.

Por último, se refiere la AEPD a la información relativa al ejercicio de derechos, respecto a la que, al igual que en los casos anteriores, tampoco parece ser suficiente para la AEPD la información facilitada a este respecto. Así, bajo el epígrafe “Derechos del titular de los datos” EDP COMERCIALIZADORA informa de que: “El cliente contará en todo momento con la posibilidad de ejercitar de forma libre y completamente gratuita los siguientes derechos: i) Acceder a sus datos personales que sean tratados por parte de EDP. ii) Rectificar sus datos personales que son tratados por parte de EDP que resulten inexactos o incompletos. iii) Suprimir sus datos personales que son tratados por EDP. iv) Limitar el tratamiento por parte de EDP de todos o parte de sus

datos personales. v) Oponerse a determinados tratamientos y adopción de decisiones automatizadas de sus datos personales, requiriendo la intervención humana en el proceso, así como a impugnar las decisiones que sean finalmente adoptadas en virtud del tratamiento de sus datos. vi) Portar sus datos personales en un formato interoperable y autosuficiente. vii) Retirar en cualquier momento, los consentimientos otorgados previamente.

De conformidad con la normativa vigente, el usuario puede ejercer sus derechos solicitándolo por escrito, y junto a una copia de documento fehaciente de acreditación de la identidad, en la siguiente dirección postal: Plaza del Fresno, 2 33007 Oviedo o en el correo electrónico cclopd@edpenergia.es

Igualmente, podrá ponerse en contacto con el delegado de protección de datos de EDP, en la siguiente dirección postal: Plaza del Fresno, 2 33007 Oviedo o en el correo electrónico dpd.es@edpenergia.es, en el caso de que entienda vulnerado alguno de sus derechos relacionados con la protección de datos, o en su caso, interponer una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos en la dirección Calle de Jorge Juan, 6, 28001 Madrid.”

La AEPD considera insuficiente la mención que realiza EDP COMERCIALIZADORA respecto a la posibilidad de oponerse a “determinados tratamientos” sin especificar uno a uno a qué tratamientos nos estamos refiriendo, en la medida en que la AEPD afirma que “debiendo ser claro para el interesado cuales son los tratamientos que pueden ser objeto de oposición”.

Esta parte no comparte esta apreciación, puesto que esta supuesta obligación que la AEPD resalta y parece imponer a EDP COMERCIALIZADORA no es requerida por el RGPD, ni cuenta con ningún respaldo legal, que como bien conoce esa Agencia es condición “sine qua non” para poder sancionar-

. Es más, y para mayor abundamiento, esta parte quisiera poner de nuevo de relieve que la fórmula empleada por EDP COMERCIALIZADORA es precisamente la recomendada por la propia AEPD en sus múltiples guías y herramientas relativas al deber de información conforme al RGPD, e incluso en la propia web de la AEPD, algo que, de nuevo, no deja de sorprender a esta parte, puesto que esa Agencia considera una infracción del RGPD, proponiendo para dicha infracción una sanción de un millón de euros, por un supuesto incumplimiento en relación a una determinada práctica que ella misma recomienda realizar. En esta línea, cabe destacar

- 1) La Guía para el cumplimiento del deber de informar, en la que se plasma el siguiente ejemplo
- 2) La Herramienta FACILITA, de la AEPD, destinada a que entidades realicen la adecuación conforme al RGPD, incluyendo las cláusulas informativas conforme a la normativa aplicable (se han incluido datos ficticios):
- 3) Informe sobre políticas de privacidad en internet. Adaptación al RGPD, donde la propia AEPD expone como ejemplo válido para adecuar la política de privacidad al RGPD.
- 4) Política de privacidad de la AEPD, tampoco recoge la supuesta información que es requerida ahora a EDP COMERCIALIZADORA, e incluye fórmulas como “cuando proceda”

En consecuencia, no puede reprocharse a EDP COMERCIALIZADORA la no inclusión de una información que ni siquiera es indicada como una buena práctica en las guías elaboradas para el cumplimiento adecuado de sus obligaciones por parte de los responsables del tratamiento, y que ni la propia AEPD cumple en su Política de Privacidad y demás cláusulas informativas utilizadas en su web.

Tampoco parece tener sentido la referencia a que “Resulta impreciso señalar que el interesado puede oponerse a la adopción de decisiones automatizadas de sus datos personales”. Es obvio que la información facilitada empleando la palabra “oponerse” es entendida como un derecho tanto cuando el tratamiento se legitima en un interés legítimo como en un consentimiento (en todo caso se informa de la posibilidad de oponerse en cualquier momento a los consentimientos otorgados). La prueba es que, a la hora de ejercitar sus derechos, los interesados rara vez utilizan alguno de estos términos y se limitan a solicitar la “baja” o pedir directamente que se dejen de usar sus datos para determinadas finalidades, sin usar formalismos tal y como se ha evidenciado en este procedimiento mediante la aportación de innumerables ejemplos.

Adicionalmente, interesa a esta parte poner de manifiesto nuevamente que la AEPD ha tenido oportunidad de analizar tanto las condiciones generales de contratación, como las informaciones facilitadas en los distintos procesos de contratación de los que dispone EDP COMERCIALIZADORA durante los distintos requerimientos de información y en su caso procedimientos sancionadores que la AEPD ha iniciado hasta el momento, sin que hasta el momento, la AEPD se haya pronunciado sobre posibles incumplimientos del deber de transparencia, habiéndose procedido al archivo de múltiples expedientes en las que esta documentación fue objeto de revisión por la AEPD.

Por lo tanto, habiendo sido puesta esta información en conocimiento de la AEPD y habiendo sido analizada por ésta, sin que se hubiera pronunciado en contra de la misma, EDP COMERCIALIZADORA continuó haciendo uso de estos documentos y procedimientos en la confianza legítima de que esta era ajustada a las exigencias normativas, en la medida en que la AEPD, teniendo acceso y conocimiento de primera mano de esos supuestos incumplimientos, no indicó en ningún momento a EDP COMERCIALIZADORA que existiera irregularidad alguna, proponiendo ahora una sanción de un millón de euros por un supuesto incumplimiento, del que habría tenido conocimiento años atrás, pero que no consideró ya no sancionar sino ni siquiera advertir a EDP COMERCIALIZADORA. En este sentido, ha de señalarse que la finalidad de esta autoridad de control no es otra que garantizar el cumplimiento de la normativa, por lo que en ausencia de justificación jurídica que motive la apertura de Procedimiento Sancionador sobre unos aspectos que con anterioridad fueron conocidos e incluso sujetos a un archivo, no puede tener cabida con posterioridad la imposición de una sanción de la cuantía que se expone.

Como conclusión de todo lo expuesto, no cabe interpretar que EDP COMERCIALIZADORA incumple con sus deberes recogidos en el artículo 13 del RGPD.

En relación con la ponderación de la sanción propuesta por parte de la AEPD, al igual que en los puntos anteriores, tras valorar los aspectos expuestos en el presente apartado, y atendiendo a los criterios evaluadores relacionados por la AEPD, si bien,

sin haber justificado el motivo por los que se incluyen, se incluyen a continuación los comentarios relativos a su posible concurrencia.

“La naturaleza, gravedad y duración de la infracción” a lo que el propio RGPD continúa con “teniendo en cuenta la naturaleza, propósito de la operación de tratamiento de que se trate, así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;” Tal y como se ha expuesto en el presente apartado, la información facilitada a los usuarios cumple con los requisitos legales a lo largo de todo el proceso de contratación y aún después, sin que por tanto quepa interpretar que exista un incumplimiento de EDP COMERCIALIZADORA. Asimismo, como se ha venido plasmando en los anteriores puntos, para poder calificar como agravante los daños y perjuicios causados a los afectados, además de materializarse, los mismos deben de quedar acreditados, aspecto que no ha sido probado en el presente Procedimiento.

“La intencionalidad o negligencia apreciada en la comisión de la infracción;” Las supuestas incorrecciones en la información facilitada por EDP COMERCIALIZADORA no suponen ningún incumplimiento de la normativa por lo que, en todo caso, podría ser recomendable alguna mejora en la forma en que esta es plasmada, pero nada más. Ha quedado acreditada la intención de informar a los afectados de todos los aspectos relacionados con el tratamiento de sus datos personales de forma transparente, por lo que en ningún caso es posible hablar de intención de incumplir la norma ni mucho menos un comportamiento negligente o doloso.

“La alta vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales;” Como se ha indicado este es un factor ambiguo. Ha de tenerse en cuenta el gran despliegue de medios llevado a cabo por EDP COMERCIALIZADORA para permitir facilitar la información a todos los interesados por todos los canales por los que es posible recabar datos personales.

“El carácter continuado de la infracción;” “Elevado volumen de datos y tratamientos que constituye el objeto del expediente;” y “Elevado número de interesados;” Al igual que en otros criterios señalados de forma individualizada, estos tres criterios quedan subsumidos con el planteado en primer lugar, y procedente del artículo 83.2 a) del RGPD, por lo que su evaluación ha de efectuarse conjuntamente con el indicado y, por tanto, no suponer un aspecto adicional al mencionado para el cálculo de la potencial sanción aplicable.

“La condición de gran empresa de la entidad responsable y su volumen de negocio”. Como ya se ha expuesto, este no es un factor de evaluación para la cuantía de las sanciones. En consecuencia, no cabe sancionar a EDP COMERCIALIZADORA por el cumplimiento de su deber de transparencia, ni mucho menos en la cuantía propuesta en el Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador al que contestamos en el presente escrito.

QUINTA.– SOBRE EL ACUERDO DE INICIO DE EXPEDIENTE SANCIONADOR Y LA VALORACIÓN DE LA POSIBLE SANCIÓN. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y PROPORCIONALIDAD DE ESTA.

A. INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD.

En relación con este principio debemos de atender a dos cuestiones concretas:

- 1) Las recomendaciones y publicaciones de la AEPD,

2) Las cuantías de las sanciones que han tenido lugar en supuestos anteriores similares.

En primer lugar, ciertas prácticas recomendadas e incluso aplicadas por la AEPD relativas a la recogida del consentimiento y a la información a facilitar a los interesados, han servido en este caso para argumentar y motivar las supuestas infracciones cometidas por EDP COMERCIALIZADORA.

Estos criterios se plasman tanto en la forma de recopilar de forma conjunta las finalidades cuya base legitimadora es consentimiento del usuario, tal y como se recoge en la Alegación Segunda, como en la presentación de la información relativa al ejercicio de derechos de los interesados recogido en la Alegación Cuarta. Estos aspectos, que a priori la AEPD recomienda y pone en práctica, considerándolos ejemplos que se adecuan a la normativa aplicable, son utilizados como elementos infractores para justificar el supuesto incumplimiento de distintos preceptos legales por EDP COMERCIALIZADORA.

Todo ello y dicho sea en estrictos términos de defensa, no solo implica que la AEPD considera insuficiente lo que la propia Autoridad tiene incorporado en sus cláusulas informativas, resultando por tanto, dicha información insuficiente conforme al RGPD, sino que el hecho de modificar el criterio adoptado invalidando aspectos sin motivación, ni justificación alguna, implica una clara situación de inseguridad jurídica, contraria al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española; principio que implica que las autoridades no pueda tomar decisiones arbitrarias, entendiendo por tales, aquellas que supongan una infracción del principio de igualdad de trato de los administrados ante la aplicación de la ley y las reglas objetivamente determinadas.

En segundo lugar, las cuantías de las sanciones anteriores en supuestos de hecho similares no son comparables, a las propuestas en este caso.

Concretamente, debemos traer a colación el Procedimiento Sancionador PS/00097/2019, dirigido frente a la entidad del mismo grupo empresarial, EDP ENERGÍA, en el que, tras haber analizado el sistema de contratación y la información facilitada a cada una de las partes intervinientes, tanto al representante, como al representado, se dicta el archivo del expediente, validando por tanto todos los documentos que acompañaron al procedimiento, es decir, la documentación vinculada al proceso de contratación.

Igualmente, cabe señalar que, el pasado marzo de 2019, EDP ENERGIA, también recibió archivo de actuaciones del requerimiento de información E/04707/2018, iniciado tras denuncia presentada por el Sr. *****A.A.A.** En este caso, la AEPD resuelve que no procede dar trámite a la reclamación recibida, considerando, por tanto, el procedimiento de contratación y documentación aportada, conforme a Derecho.

Al igual que en el primer apartado de este punto, las sanciones propuestas, realizadas sin motivación, ni justificación debida, van en contra de la seguridad jurídica, principio constitucional recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, así como contra el principio de fundamentación jurídica. En otras palabras, toda decisión adoptada por la AEPD ha de ser objetiva, fundamentada y tipificada.

En este sentido, cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de la 3ª Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 13 mayo. 2015, Rec. 28/2013, en la que el interesado, recurre en casación, exponiendo entre otras alegaciones la infracción de los principios de interdicción de la arbitrariedad, seguridad

jurídica y de igualdad establecidos en los artículos 9.3 y 14 CE, al amparo del artículo 88.1.d) LJCA y el Tribunal estima dicha motivación. De dicha resolución cabe resaltar lo siguiente:

“c) La exigencia constitucional de la motivación de las sentencias, recogida en el artículo 120.3, en relación con el 24.1, de la Constitución, aparece justificada, sin más que subrayar los fines a cuyo logro tiende aquélla, que, ante todo, aspira a hacer patente el sometimiento del Juez o Tribunal al imperio de la Ley y contribuye a lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y la corrección de una decisión judicial, facilitando el control de la sentencia por los Tribunales Superiores, y opera como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad.

d) La amplitud de la motivación de las sentencias ha sido matizada por la doctrina del Tribunal Constitucional, indicando que no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión a decidir, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la “ratio decidendi” que ha determinado aquélla (sentencias del Tribunal Constitucional 14/1991, 28/1994, 145/1995 y 32/1996, entre muchas otras). Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional cuando se refiere a que no es necesario un examen agotador o exhaustivo de las argumentaciones de las partes, y cuando incluso permite la argumentación por referencias a informes u otras resoluciones. La Sentencia del Tribunal Constitucional nº 122/94 de 25 de abril, afirma que ese derecho a la motivación se satisface cuando la resolución judicial de manera explícita o implícita contiene razones o elementos de juicio que permiten conocer los criterios que fundamentan la decisión».”

A raíz de lo anterior cabe resaltar que la AEPD, identifica como ejemplo de sanción, el Procedimiento Sancionador con número de expediente PS/0025/2019, expediente que se encuentra en vía contenciosa y por tanto, no deviene firme. Por todo ello, ni puede considerarse un expediente que afecte a la diligencia operada por EDP COMERCIALIZADORA, ni puede ser considerado como un antecedente, puesto que dicha sanción aún no es firme. Analizado lo anterior, así como la doctrina y jurisprudencia plasmadas en el presente apartado, no cabe sino concluir que nos encontramos ante una serie de propuestas de sanción administrativa, cuya motivación se separan de la propia interpretación recientemente efectuada por esta Agencia. Por ello, ha de entenderse que la situación ocasionada genera perjuicios derivados de la ausencia de seguridad jurídica, cuya motivación se expone en los epígrafes que siguen.

B. FALTA DE PROPORCIONALIDAD En este punto, conviene recordar que el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho. Motivo por el cual, la AEPD debe tener en cuenta este principio tanto a la hora de determinar los criterios evaluadores, como a la hora de determinar la sanción aplicable, principio que como cabe apreciar del procedimiento, desde el inicio de la investigación y dicho sea en el más estricto sentido de defensa, no ha sido aplicado por la AEPD en el Acuerdo de Inicio del Procedimiento Sancionador.

Es preciso señalar en este apartado, que la capacidad sancionadora de la AEPD se encuentra limitada por el principio de proporcionalidad, limitación plasmada en el artículo 29 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, “LRJSP”). Ello requiere que toda sanción sea idónea, necesaria y adecuada a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. Por ello, recordamos los criterios

evaluadores recogidos a lo largo del escrito, así como los siguientes fragmentos del artículo 83.2 del RGPD que aplica de forma conjunta.

“k) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción.”

A este respecto, de las ya mencionadas escasas o inexistentes reclamaciones en relación con los supuestos incumplimientos, únicamente cabe interpretar que EDP COMERCIALIZADORA cumple con carácter general y mayoritario las exigencias recogidas en el RGPD, criterio que ha de ser tenido en cuenta como atenuante de una potencial sanción aplicable.

En primer lugar, con respecto a la supuesta infracción del artículo 25 del RGPD, la AEPD, parece pretender sancionar dando por supuesto la inexistencia de documentación legalmente requerida, sin que la propia Autoridad la haya requerido. Por ello, la AEPD en la sanción propuesta en el escrito de Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador, se basa en una ficción, pues la realidad de la situación es que los documentos sobre los que se alega inexistencia o inexactitud cumplen con todas las obligaciones asociadas a la protección de datos desde el diseño y por defecto, disponiéndose, tal y como queda plasmado en el punto correspondiente, de los análisis de riesgos y evaluaciones de impacto pertinentes, incluyendo todas las medidas correctoras, habiendo seguido tanto los análisis, como los planes internos con los criterios indicados por la AEPD.

Por ello, la sanción propuesta, no solo es desproporcionada conforme a lo expuesto en el presente escrito, sino que no es aplicable a los hechos ante los que nos encontramos.

En segundo lugar, conforme lo señalado en la alegación segunda, la supuesta infracción del artículo 6 del RGPD, EDP COMERCIALIZADORA no ha realizado tratamiento alguno relativo a la realización de un perfilado y su posterior empleo con fines comerciales, ni ha facilitado información insuficiente relativa a la identificación del responsable, siendo la misma plasmada a nivel contractual e informativo tanto en la primera capa, como en la segunda, aspecto que en todo caso afectaría a lo recogido en el artículo 13 del RGPD. A mayor abundamiento, tal y como hemos expuesto anteriormente, la recogida de las finalidades de forma conjunta, cuando estas se encuentran sujetas a la misma base legitimadora, es aprobada por la propia AEPD.

Por ello, la sanción propuesta, es desproporcionada y contraria al ordenamiento jurídico ya que ni se ha justificado la existencia de infracción alguna, ni se ha llevado cabo el tratamiento en cuestión.

Asimismo, como ya hemos expuesto anteriormente, la AEPD, hasta el momento no ha sancionado en expediente alguno en base a la infracción del artículo 22 del RGPD, requiriendo por ello, una revisión y fundamentación detallada y justificada, para que la sanción propuesta no sea considerada desproporcionada.

Por último, en base a lo recogido en la alegación cuarta respecto a la infracción del artículo 13 del RGPD y en relación con lo recogido en el presente apartado, la información recogida y facilitada a los interesados cumple con los requisitos legales exigibles, no siendo punible en ningún caso la no implementación de recomendaciones que la AEPD pretende imponer a EDP COMERCIALIZADORA, así como aspectos que incluso a pesar de verse en un momento defendidos y aplicados por la propia AEPD,

son en estos momentos argumentos para justificar la inexistente infracción por parte de EDP COMERCIALIZADORA de su deber de información.

Por todo ello, tal y como se ha evidenciado y desglosado a lo largo del presente escrito, EDP COMERCIALIZADORA cumple tanto con los requisitos recogidos por la normativa aplicable, como por lo indicado por las guías y textos legales publicados por la propia AEPD.

Asimismo, la AEPD considera a EDP COMERCIALIZADORA como entidad con un gran valor de negocio, suponiendo dicho volumen un aspecto relevante a la hora de elevar la sanción, sin probar, sin embargo, que el valor de negocio sea suficiente para que las sanciones, ampliamente elevadas, puedan ser consideradas como proporcionales.

Igualmente, tal y como se ha ido exponiendo en cada punto, todas y cada una de las supuestas acciones infractoras cuentan con factores atenuantes que parece que no se han tenido en cuenta, puesto que únicamente se consideran criterios que además de plasmarse de forma independiente de lo recogido en el propio articulado, aumentan la cantidad de la potencial sanción a imponer.

Estos aspectos evidencian la total desproporción y arbitrariedad de las sanciones propuestas, sin que exista en el Acuerdo de Inicio fundamentación alguna que permita a la AEPD motivar las cantidades propuestas, ni tampoco las razones por las que unos mismos hechos que hasta ahora no habían sido ni siquiera sancionados por la Autoridad de Control con anterioridad - infracción del artículo 22 del RGPD-, apartándose así de las consideraciones de otros procedimientos, así como de los criterios evaluadores para determinar unas cuantías carentes de motivación y desproporcionadas.

Por ello, la sanción propuesta, ni tendría que ser de aplicación, puesto que no existe infracción, ni incumplimiento alguno, ni cumple con los criterios amparados por el principio de proporcionalidad.

Añadido a lo anterior, en la Sentencia de 15 de octubre de 2012 (JUR/2012/353649), recurso 180/2010, la Sala aplicando el principio de proporcionalidad, atendió a la falta de acreditación de los efectos de la conducta como criterio reductor de la sanción, señalando el carácter esencial del principio, permitiendo a la Sala eliminar o reducir la sanción impuesta:

"Tal como señala el recurrente no consta acreditado que las conductas anticompetitivas tuviesen efecto alguno sobre el mercado, ya que no se razona en la resolución recurrida cual ha sido el efecto sobre los consumidores o usuarios en este caso los hospitales públicos (...) En España, el Tribunal Supremo ha reconocido la capacidad del órgano jurisdiccional para rectificar la graduación de las sanciones impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Así en sentencia de 5 de marzo de 2001 , 24 de mayo de 2004 , 12 de junio de 2006 , 14 de febrero de 2007 señala que "el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación a reducción" o en la sentencia de 8 de octubre de 2001 " no hay un exceso en el ejercicio de la jurisdicción sino observancia sin más de los mandatos constitucionales

referidos al derecho a la tutela judicial (artículo 24.1) y al control de la legalidad de la actuación administrativa (8 artículo 106.1), cuando el órgano jurisdiccional, analizando una de las razones de impugnación del acto administrativo, como es la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, decide cual es la sanción adecuada en aplicación de este principio de proporcionalidad y de las previsiones que a tal fin tenga establecida la norma jurídica".

En este sentido, cabe traer a colación igualmente, la Sentencia del TSJA resolviendo a través del recurso número 795/2003:

"El principio de proporcionalidad ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria. El principio de proporcionalidad o el principio penal de individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho y a la personalidad del autor, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada. El Tribunal Supremo viene manteniendo con reiteración la procedencia de concretar las sanciones administrativas en contemplación de la infracción cometida, graduándolas con el adecuado criterio de proporcionalidad ínsito en los principios ordenadores del Derecho sancionador, sopesando a tal fin las circunstancias concurrentes en el hecho constitutivo de la infracción sancionada, correspondiendo a la actividad jurisdiccional, como se dice en la sentencia de 26 de septiembre de 1990 , no tan sólo la facultad de subsumir la conducta del infractor en un determinado tipo legal, sino también adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso se trata de la aplicación de criterios jurídicos plasmados en la norma escrita y deducibles de principios informadores del ordenamiento jurídico sancionador, como son los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción."

En definitiva, analizando cada una de las supuestas infracciones que se imputan a mi representada, no cabe sino interpretar que existe una absoluta desproporcionalidad en la interpretación realizada por la AEPD en el presente Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador, no sólo porque carece de motivación a la hora de considerar cometida la supuesta infracción, sino por el hecho de que las sanciones propuestas escapan de cualquier criterio valorado con carácter previo por la propia AEPD. Y por ello, corresponde como mínimo la corrección por parte de la AEPD, en caso de no considerar la debida anulación y archivo de las actuaciones, suponiendo por tanto una reducción sustancial de cada potencial infracción a su grado mínimo, llegando incluso al apercibimiento, por no existir incumplimiento alguno, falta de motivación y desproporcionalidad.

C. DUPLICIDAD DE SANCIONES Y CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO "NE BIS IN IDEM"

Del Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador se deriva un aspecto que ha venido siendo señalado en diversos puntos de las presentes alegaciones al mismo, y cuya relevancia no puede ser obviada. Así, las infracciones que se señalan son reiteraciones de unos mismos hechos, de cuya estimación se ocasionaría una notoria duplicidad en las sanciones impuestas, bien porque abordan circunstancias examinadas con anterioridad por la AEPD o bien porque estima la concurrencia múltiple de infracciones sobre un mismo hecho.

En primer término, ha sido señalado por esta Agencia la concurrencia de una infracción derivada de lo dispuesto en el artículo 25 RGPD al estimar que no han sido llevadas a cabo las acciones oportunas, referidas a la adecuación de los procedimientos que se implementan para la contratación por terceros. Sin perjuicio de los argumentos que han sido manifestados en la correspondiente alegación Primera, a los que nos remitimos por brevedad, es relevante destacar que la apreciación de la comisión de infracción se deriva de acontecimientos que, con anterioridad al mismo, han sido previamente analizados por la AEPD. Ello ha supuesto que, atendiendo a la casuística concurrentes en el mismo, este fue sancionado en un procedimiento que, a la fecha, se encuentra recurrido.

De lo anterior debería desprenderse necesariamente que, la imposición de la infracción trae causa de la producción de nuevos hechos que motivan la imposición de las sanciones propuestas. Pues bien, tampoco es esta la casuística que nos ocupa, al no haber existido nuevas reclamaciones o circunstancias que hayan llevado a la AEPD al presente Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador. Ciertamente la imposición de la sanción que se propone supondría que, ante un hecho que ha sido evaluado y solventado o castigado por la correspondiente autoridad, sea nuevamente examinado desde idéntica perspectiva o, por el contrario, que, en ausencia de materialización de dicho riesgo, sería impuesta dicha sanción a partir de conductas que potencialmente podrían dar lugar a un incumplimiento, pero cuya producción es, a la fecha, inexistente.

En segundo término, la AEPD hace uso de distintos preceptos normativos para sancionar un mismo hecho, por constituir simultáneamente la comisión de tres infracciones, si bien cada una de ellas tiene como fundamento el incumplimiento del deber de información regulado en el artículo 13 del RGPD

En este sentido, como ya se ha adelantado en las alegaciones previas, aunque el Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador parte de la aplicabilidad de tres infracciones diferenciadas, correspondientes a los artículos 6, 13 y 22 del RGPD, todas ellas tienen como fundamento la información deficiente y el desconocimiento del usuario del objeto de la solicitud de consentimiento. Así, la argumentación que plasma para fundamentar su consideración relativa a la obtención de un consentimiento insuficiente, se indica que: “Se considera que el consentimiento así prestado no resulta ajustado a lo previsto en el RGPD y en la LOPDGDD. Se pide un consentimiento con una información deficiente, en tanto no se indican ni qué bases de terceros se van a consultar ni qué tipo de datos se van a recabar, de modo que el interesado desconoce absolutamente que es lo que está consintiendo. Tampoco se determina quien va a ser el responsable del tratamiento, se hace una referencia genérica a EDP, sin que el cliente que haya contratado un servicio únicamente con una de las dos entidades (EDP COMERCIALIZADORA S.A.U. o EDP ENERGIA, S.A.U.) sepa si está consintiendo que tales tratamientos lo lleven a cabo ambas entidades o solamente aquella de la que es cliente. Tampoco se aclara que tipo de servicios se va a permitir contratar o no. Tales deficiencias no permiten que el interesado conozca las consecuencias de su decisión y valore así la conveniencia de prestar o no su consentimiento.” (Página 50 del Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador).

Del mismo modo, en cuanto a la supuesta infracción del artículo 22 RGPD, relativa a la comisión de decisiones automatizadas, la AEPD en su propio escrito de Acuerdo de

Inicio de Procedimiento Sancionador, tras recoger los aspectos relacionados con el tratamiento de datos en los que existan decisiones automatizadas, recoge lo siguiente:

“De todo ello cabe concluir que el consentimiento prestado para tales finalidades no es conforme a lo establecido en el artículo 4.7 del RGPD en tanto no está debidamente informado con carácter general, no se da cumplimiento a los requisitos específicos de información establecidos en el artículo 13.2 para las decisiones automatizadas y tampoco es específico. La ausencia de tales requisitos determina que el mismo no sea válido de modo que los tratamientos basados en él carecen de legitimación contraviniéndose así lo previsto en los artículos 6 y 22 del RGPD.” (Página 52 del Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador).

A la luz de lo anterior, cada insuficiencia mencionada, deriva acumulativamente, al potencial incumplimiento del artículo 13 del RGPD, relativo al deber de información.

A estos efectos, no resulta admisible en Derecho la exposición efectuada por parte de esa Agencia de dos infracciones derivadas de la ausencia de base legitimación suficiente al no ser el consentimiento informado y, de forma simultánea, otra infracción a causa de la ausencia de transparencia en la información otorgada. Al respecto, bien es sabido por la AEPD que nuestra jurisprudencia ha reiterado en multitud de ocasiones como principio fundamental del Derecho, que un mismo hecho no puede ser sancionado en dos ocasiones.

La aplicación de este principio non bis in idem supone una imposibilidad manifiesta de imponer dos o más sanciones administrativas, por un mismo hecho, siempre que se produzca una identidad de hecho, sea atribuida a un mismo sujeto y se impongan sobre la base de un común fundamento en lo que se refiere al bien jurídico protegido.

Por tanto, no cabe duda de que, en caso de ser aplicable la apreciación de la AEPD de la comisión de una infracción por parte de EDP COMERCIALIZADORA de los hechos expuestos referente a los artículos señalados, ésta requerirá el necesario concurso de leyes aplicables. En este sentido, resulta esencial traer a colación lo dispuesto en el artículo 29.5 de la LRJSP, que señala que: “Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.”

Sin perjuicio de la escasa jurisprudencia derivada de dicho precepto, fruto de su anterior regulación (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para la Potestad Sancionadora), nuestros Tribunales han predicado que, para la valoración del citado concurso, la normativa

“(…) exige, para la aplicación del concurso medial, una necesaria derivación de unas infracciones respecto de las demás y viceversa” (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1999).

En aplicación de dicho precepto, constan sentencias favorables de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que, en análisis de la materia que nos ocupa, expuso que: “De acuerdo con ello, esta Sala considera que en el caso de autos existe una conexión directa entre la vulneración del artículo 6 (tratamiento de datos de carácter personal sin el consentimiento del afectado) y la vulneración de los artículos 4.3 (tratamiento de datos inexactos), ambos de la LOPD. Conexión que se pone de relieve por el hecho de que el tratamiento de los datos del denunciante sin su consentimiento, se lleva a cabo únicamente en la comunicación mediante carta (de la información sobre los movimientos del TPV de Cortefiel) a su antiguo domicilio, que es

lo que da lugar a la denuncia presentada por él, y que al no corregirse (precisamente porque dicho tratamiento incorrecto no tenía ningún reflejo económico ni contable en dicho Banco), se mantiene en las distintas comunicaciones por carta realizadas. Es decir, tal y como indica la parte actora en la demanda, resulta que el tratamiento que ha consistido, exclusivamente, en incluir indebidamente unos datos del afectado en un informe de operaciones que no se refieren a él, solo puede producirse sin mediar su consentimiento, por lo que el tratamiento incontestado de datos del artículo 6.1 LOPD deriva necesariamente del tratamiento indebido o erróneo de los mismos (Art 4.3). Resulta por ello de aplicación al caso el citado artículo 4.4 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, por lo que, al ser ambas infracciones de igual gravedad, procede imponer una sola sanción 60.101,21 Euros, que se considera debe ser en este caso la correspondiente a la infracción del principio de tratamiento no consentido, en la que vendría a quedar embebida o subsumida la infracción del principio de calidad del dato, ambas del artículo 44.3.d) LOPD.” (Sentencia de 19 de noviembre de 2009, rec 338/2009)

A tenor de ello, aun a pesar de que resultaran de aplicación los preceptos de la normativa precedente al RGPD y abarcara un escenario diferenciado, no cabe duda de que la Audiencia Nacional apreció la procedencia de estimar la concurrencia de infracciones sobre la base de un concurso medial entre las infracciones contempladas en la normativa de protección de datos, cuando necesariamente la comisión de una requiera la producción de la otra. A este respecto, dicha Audiencia manifiesta que, existiendo una única acción de la que pudieran derivarse dos infracciones, solo puede ser tenida en cuenta la de mayor gravedad. De igual modo que en el caso señalado, en el que la obtención indebida de un dato ocasionó necesariamente un tratamiento de datos inexacto, en el caso que nos ocupa, la consideración por parte de esta AEPD de una obtención ilegítima por no atender los principios definidos por el RGPD para determinar que el consentimiento es informado e inequívoco, ha de quedar subsumido en la valoración pertinente al deber de informar, no cabiendo de modo alguno la doble valoración señalada en el propuesta de sanción. No cabe, por tanto, como se ha plasmado por parte de la AEPD en este procedimiento, aplicar distintos preceptos normativos (artículos 6, 22 y 13 del RGPD) de forma independiente, para sancionar sobre una potencial infracción directamente relacionada con el cumplimiento del deber de información, debiendo en todo caso eliminarse las sanciones propuestas en el Acuerdo de Procedimiento Sancionador.

D. FALTA DE PRUEBAS FEHACIENTES PARA LA IMPUTACIÓN DE LA INFRACCIÓN Y CORRESPONDIENTE IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN.

En preciso traer a colación el principio inquisitivo o de oficialidad dominante en el procedimiento administrativo, el cual implica que es la autoridad administrativa la obligada a proceder a la verificación de los hechos alegados mediante la práctica ex officio de las pruebas pertinentes, predominando así el principio de verdad material. Así pues, en el procedimiento administrativo es requisito imprescindible que todas las afirmaciones efectuadas se sometan a la confrontación con los hechos, recayendo sobre la autoridad competente la acreditación de los mismos, en aras a garantizar la seguridad jurídica exigida con el único objetivo de dar cumplimiento a los fines de la Administración Pública.

Asimismo, es pertinente señalar lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas,

en cuanto a la presunción de inocencia y la no existencia de responsabilidad mientras que no se demuestre lo contrario.

A mayor abundamiento, debe hacerse referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril de 1990, Rec/695/1985 que delimita el alcance y respeto a la presunción de inocencia en el procedimiento sancionador y que señala lo siguiente: “En efecto, no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24,2 CE al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas, practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

Asimismo, tampoco podemos afirmar que la actividad probatoria desarrollada por la Administración pueda ser considerada de cargo, y, para el caso de que este órgano así lo considere, (STS de 18 de diciembre de 2000- RJ 2000/92) la misma ha quedado plenamente desvirtuada por medio de las afirmaciones efectuadas por esta parte, así como por medio de los documentos que se adjuntan con la presente demanda.

De igual modo, debe ponerse de manifiesto la línea jurisprudencial seguida por Tribunal Constitucional en su sentencia de 20 de febrero de 1989, en relación con los principios y garantías del procedimiento judicial penal aplicables al procedimiento administrativo sancionador y, que indica " Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerar como manifestaciones de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desvirtúa su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurre aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate”

Respecto a tales criterios, se ha pronunciado la Agencia Española, acordando el archivo de actuaciones (E/04684/2017) e indicando a tenor literal lo siguiente: _

“(…) Por ello es obligado reseñar en relación con el principio de presunción de inocencia que, al Derecho Administrativo Sancionador, por su especialidad, le son de aplicación, con alguna matización, pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad de este principio de presunción de inocencia. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990, considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta “que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un

pronunciamiento absolutorio". De acuerdo con este planteamiento, hay que tener en cuenta que sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa" (...) En definitiva, la aplicación del principio de presunción de inocencia impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y comprobado la existencia de una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación. (...)

Por último, reseñar la Sentencia de fecha 25 de mayo de 2001, dictada en recurso contencioso administrativo por esta Audiencia Nacional, al número 29/2000, se pronuncia respecto a la imposición de una sanción con base en una presunción realizada por parte de la Agencia, y dictamina que "(...)la Sala, como pasamos a razonar, de la valoración de la prueba obrante en el expediente administrativo llega a la conclusión que no ha quedado debidamente acreditado este hecho integrador del tipo, es decir no se prueba que el Banco entregara al Sr... el respectivo extracto, suscitándole este hecho concreto serias dudas, frente a la exigible certidumbre". Y concluye afirmando que sin negar que pudieron producirse los hechos como indica la denunciante, tampoco puede rechazarse la posibilidad que el extracto no le fuera entregado al marido por el Banco, sino que aquel lo obtuviera aprovechando alguna visita al domicilio o mediante la actuación de algún familiar, dicho ello en términos de pura hipótesis".

En este mismo sentido se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 21/02/2001, en la que señala que "La única prueba de cargo, de la que la APD infiere la responsabilidad de la recurrente, es el hecho de que fuera el ex marido de Dña... quien suministrara al abogado dicho extracto que fue aportado al incidente de modificación de medidas, debiendo convenirse con la recurrente que la tenencia del extracto, a juicio de esta Sala, es una prueba indiciaria insuficiente para destruir su presunción de inocencia pues, ciertamente, dicho extracto pudo llegar a la posesión de D... por conductos distintos de su entrega directa por parte de la entidad bancaria, por lo que no quedando acreditada ninguna de estas hipótesis, esta duda razonable acerca de la forma en la que el ex marido obtuvo el extracto de la cuenta de la denunciante ha de operar siempre en beneficio de la sancionada, procediendo, en consecuencia, estimar su pretensión de anulación de la sanción impuesta por falta de prueba bastante de la participación de la recurrente en la entrega del extracto bancario a persona distinta de la titular de la cuenta" En definitiva, apreciando los diversos criterios que ha tenido en cuenta el organismo competente en materia de protección de datos a la hora de llevar a cabo el archivo de actuaciones en aquellos supuestos en los que se considera que existe falta de prueba y en los cuales, se han seguido las líneas jurisprudenciales reseñadas, esta parte considera que no se han protegido las garantías jurídicas que todo procedimiento debe respetar.

E. FALTA DE FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Tal y como hemos expuesto a lo largo del presente escrito, las supuestas infracciones cometidas por mi representada, no han tenido lugar, por lo que ni se ha materializado, ni existe posibilidad alguna de que EDP COMERCIALIZADORA haya infringido los mencionados artículos siguiendo lo alegado por la AEPD en el Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador.

“Es preciso señalar que todo procedimiento sancionador y en su caso, la sanción resultante, debe ser motivada, fundamentada, y aún más determinante, ha de cumplir con el debido principio de legalidad, tipicidad. A raíz de este aspecto se trae a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, número 870/2019, Rec:454/2016, del que extraemos lo siguiente:”

“La debida efectividad del principio de tipicidad en materia sancionadora administrativa cuya exigencia ciertamente deriva de nuestro ordenamiento administrativo sancionador, también en materia tributaria, como manifestación esta de las garantías formal y material que se contienen en el principio constitucional de legalidad sancionadora ex artículo 25.1 de la Constitución, y que antes recogía el artículo 129 de la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común , aplicable al presente caso supletoriamente por razones temporales (y hoy el artículo 27 de la Ley 40/2015), así como en este específico orden tributario el artículo 178 de la Ley 58/2003, General Tributaria, atendido el contenido implícito del mencionado precepto constitucional (artículo 25.1 de la Constitución), pese a su notable laconismo (sentencia del Tribunal Constitucional número 34/1996, de 11 de marzo), en el que se ha destacado la denominada garantía material del principio de legalidad (entre otras, y ya desde la sentencia del Tribunal Constitucional 42/1987, de 7 de abril , las sentencias del Tribunal Constitucional 3 , 11 , 12 , 100 y 101/1988, de 8 de junio , 161 , 200 y 219/1989, de 21 de diciembre , 61/1990, de 29 de marzo , 207/1990, de 17 de diciembre , 120 y 212/1996 , 133/1999, de 14 de julio , 142/1999, de 22 de julio , y 60 y 276/2000, de 16 de noviembre), que se identifica con el tradicional principio de tipicidad de las faltas y sanciones administrativas y que exige una determinación normativa previa y cierta de la concreta conducta o conductas que por acción u omisión se estimen constitutivas de una falta o de un ilícito administrativo, con prohibición de cualquier interpretación analógica o extensiva in malam partem (sentencia del Tribunal Constitucional 125/2001, de 4 de junio , con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional 81/1995, de 5 de junio , 34/1996, de 11 de marzo , 64/2001, de 17 de marzo , y 113/2002, de 9 de mayo), siendo asimismo doctrina jurisprudencial ya bien consolidada la que enseña que en el ejercicio de su potestad administrativa sancionadora la administración sancionadora actuante no responde, propiamente, al ejercicio de una potestad administrativa de esencia o de tendencia discrecional sino predominantemente reglada para la aplicación a cada caso concreto del marco normativo sancionador preestablecido con carácter general en el ordenamiento jurídico sancionador aplicable, lo que comporta, ya de entrada, la exigencia de la necesaria adecuación y rigor en la calificación de los hechos imputados y en su incardinación puntual y adecuada subsunción en el tipo infractor legalmente definido para su corrección, de tal forma que lo contrario, ciertamente, resultaría determinante de violación del derecho fundamental subjetivo antes ya apuntado y a todos reconocido por el vigente texto constitucional ex artículo 25.1 de la Constitución (sentencias del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre , y 3/1988, de 21 de enero), que por ser susceptible de amparo constitucional haría incurrir a una eventual actuación administrativa sancionadora infractora del mismo en el vicio de nulidad de pleno derecho antes previsto por el artículo 62.1. a) de la repetida Ley 30/1992 , aplicable al caso por razones temporales (hoy artículo 47.1. a) de la Ley 39/2015)”

A mayor abundamiento, el artículo 89 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que recoge lo

siguiente: 1. El órgano instructor resolverá la finalización del procedimiento, con archivo de las actuaciones, sin que sea necesaria la formulación de la propuesta de resolución, cuando en la instrucción procedimiento se ponga de manifiesto que concurre alguna de las siguientes circunstancias: a) La inexistencia de los hechos que pudieran constituir la infracción. b) Cuando los hechos no resulten acreditados. c) Cuando los hechos probados no constituyan, de modo manifiesto, infracción administrativa. d) Cuando no exista o no se haya podido identificar a la persona o personas responsables o bien aparezcan exentos de responsabilidad. e) Cuando se concluyera, en cualquier momento, que ha prescrito la infracción. En el presente supuesto, concurren tanto la a), la b) como c) motivo por el cual, no cabría por tanto continuar con el procedimiento sancionador iniciado, debiendo resolver en su caso el archivo de las actuaciones, petición que exponemos ante la AEPD con carácter reiterado, ya que tal y como queda evidenciado en el presente escrito ni se han cometido los hechos infractores, ni se fundamenta debidamente las supuestas conductas infractoras, ni la interpretación y sanciones propuestas por la AEPD quedan motivadas._

DECIMOSEGUNDO: Recibidas las alegaciones formuladas por EDP Comercializadora, S.A.U. al acuerdo de inicio del procedimiento de referencia, advertido que en documento adjunto a las mismas denominado “anexos 1, 2 y 4” se expone que “dadas las limitaciones técnicas de la sede electrónica para la presentación del contenido de los anexos 1, 2 y 4, estos se presentan por medio de un enlace a una carpeta”, indicando un enlace a un sitio web y una contraseña, mediante escrito, de fecha 3 de octubre de 2020, se concede un plazo de 5 días hábiles para presentar la documentación que consta en dicho documento en el Registro de esta Agencia a través de la Sede Electrónica, a los efectos de que quede constancia registral de la documentación presentada, de su procedencia y de su integridad.

Con fecha 8 de octubre de 2020, se presentan a través del Registro de esta Agencia los siguientes documentos:

Anexo 1:

- Anexo.1.a) Metodología de análisis de riegos y realización de Días
- Anexo 1.b) RAT contratación EDPC
- Anexo 1.c) Evaluación de riesgos RAT- Contratación EDPC
- Anexo 1.e) Evaluaciones de impacto -Valoraciones de Riesgos
- Anexo 1.f) Evaluaciones de impacto- Informes

Anexo 2:

- Metodología Privacy by Design by Default de EDP
- Instrucción Operativa Privacy by Design & Privacy by Default
- Formulario Privacy by Design & Privacy by Default
- Flujograma Procedimiento Privacy By Design.

Anexo 4:

- Ejemplos de solicitudes de ejercicio de derechos.

En lo que respecta a dichos documentos:

- Se aporta una metodología de análisis de riesgos, cuyo histórico de versiones data la versión 1.0 el 24/11/2017, indicando en las notas de revisión que es una “versión inicial-documento de trabajo” y la versión 1.1 se fecha el 11/05/2018 indicando las notas de revisión “revisión previa a la aplicación del RGPD”. No consta que se haya realizado ninguna revisión posterior. Se aportan diversos anexos, cuya fecha no consta, en concreto estos anexos son los siguientes: 1.b) RAT contratación EDPC
- Anexo 1.c) Evaluación de riesgos RAT- Contratación EDPC
- Anexo 1.e) Evaluaciones de impacto -Valoraciones de Riesgos
- Anexo 1.f) Evaluaciones de impacto- Informes

El documento contenido en el anexo 1.b RAT, contratación EDPC, cuya fecha no consta, incluye una finalidad de tratamiento no incluida en el Registro de actividades de tratamiento remitidas a esta Agencia con fecha 17 de junio de 2020. En concreto dicho tratamiento que ahora se incluye tiene el siguiente contenido:

Responsable: EDP Comercializadora S.A.U.

Finalidad del tratamiento: “Realización de Scoring de clientes del segmento B2C previo a la contratación”,

Descripción: “Realización de Scoring de clientes del segmento B2C previo a la contratación de acuerdo a la deuda pendiente interna e información de ficheros de solvencia (ASNEF).”

Categoría de los titulares de los datos: “Clientes y clientes potenciales.”

Categoría de datos personales tratados: “Datos identificativos y datos económicos.”

Base legal para la realización del tratamiento: “Satisfacción de intereses legítimos.”

Plazo de conservación de los datos personales: “5 años desde la finalización de la relación contractual. La deuda cierta, vencida y exigible derivada de la ejecución del contrato se mantendrá hasta su cancelación o el plazo de prescripción de las acciones legales pertinentes de recobro.”

Cesiones de datos (destinatarios datos, diferentes a los encargados del tratamiento): “ASNEF es corresponsable de tratamiento, según deberá recoger el acuerdo firmado con ASNEF.”

Categorías encargados tratamiento: La casilla no tiene contenido.

Transferencia internacional de datos: No

El anexo 1.c) bajo el nombre “Evaluación de Riesgos RAT- Contratación EDPC”, cuya fecha tampoco se refleja en el documento, contiene un análisis de riesgos, en forma de matriz, igual al presentado en fecha 17 de junio de 2020, si bien se han añadido dos columnas bajo el título el “tratamiento requiere PIA”, las dos tituladas “Nº de criterios EDP-W29”, en la primera se indica un número que parece corresponderse con su título y en la segunda se indica la necesidad de efectuar una evaluación de impacto. En dicha matriz aparece también un nuevo tratamiento cuya finalidad es la “Realización de Scoring de clientes del segmento B2C previo a la contratación”.

Se aportan diversos documentos titulados evaluaciones de impacto, cuya fecha tampoco consta, estas evaluaciones de impacto son las siguientes:

-Evaluación de riesgos realización de Scoring de clientes B2C previo a la contratación, en el que entre otras amenazas se indican las siguientes:

-"la base que legitima el tratamiento no es adecuada, es ilícita o no se ha formulado adecuadamente", cuyo probabilidad se fija como alta, con un impacto calificado como

muy alto y resultando el riesgo inherente Alto. En cuanto a los controles implantados frente a dicha amenaza se señala que “la base legal del tratamiento es satisfacer un interés legítimo (prevención del fraude)”.

–“En el momento de la recogida de los datos no se proporciona la información mínima prevista a la persona o no se le proporciona ninguna información.” En este supuesto se considera que “no aplica” ni la probabilidad ni el impacto, ni existe un riesgo inherente, siendo los controles la “cláusula de Protección de datos incluida en el contrato firmado con el cliente con toda la información requerida por el RGPD” y la “información facilitada al cliente previamente a la realización del proceso de scoring”

- Evaluación de canal leads a convertir por telemarketing
- Evaluación de riesgos Telemarketing upselling y abandonos
- Evaluación de riesgos canal CAC a clientes o clientes potenciales (inbound)
- Evaluación Canal OCCC clientes y potenciales clientes
- Evaluación de riesgos canal tiendas ajenas para venta a clientes potenciales.

En todas estas evaluaciones de impacto se contemplan como amenazas entre otras muchas, las relativas a que “la base que legitima el tratamiento no es adecuada, es ilícita o no se ha formulado adecuadamente” y “en el momento de la recogida de los datos no se proporciona la información mínima prevista a la persona o no se le proporciona ninguna información” En ambos casos se valora la probabilidad como alta, el impacto como muy alto y el riesgo inherente alto. Se mencionan los controles adoptados, referidos a la base legitimadora del tratamiento en el primero de los casos y “cláusula de Protección de datos incluida en el contrato firmado con el cliente con toda la información requerida por el RGPD” en el segundo. Se describen entre los controles en curso para ambas amenazas en todos los canales, excepto en el canal OCCC, “la implantación de un nuevo procedimiento de contratación a través de representante, incorporando el envío de un mensaje SMS/Email a través del cual se facilita la información básica necesaria en materia de protección de datos al titular del contrato.”

No se expresa la fecha en que se incorporaron las actuaciones en curso a las correspondientes evaluaciones de impacto.

DECIMOTERCERO: Con fecha 11/03/2021, se emitió propuesta de resolución en el sentido siguiente:

PRIMERO: Que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a la entidad EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U, por una infracción del artículo 25 del RGPD, tipificada en el artículo 83.4.a) y calificada como grave a efectos de prescripción en el artículo 73.d) de la LOPDGDD, con una multa por importe de 500.000 euros (quinientos mil euros).

SEGUNDO: Que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a la entidad EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U, por una infracción del artículo 13 RGPD, tipificada en el artículo 83.5.b) y calificada como leve a efectos de prescripción en el artículo 74.a) de la LOPDGDD, con una multa por importe de 1.000.000 euros (un millón de euros).

TERCERO: Que, por falta de evidencias, en aplicación del principio de presunción de inocencia, se declare no imputables a EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U., las infracciones de lo establecido en los artículos 6 y 22 del RGPD.

DECIMOCUARTO: Notificada a la entidad EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. la citada propuesta de resolución, dicha entidad presentó con fecha 15/03/2021 escrito en el que se solicitaba ampliación de plazo para formular alegaciones. Concedida la ampliación de plazo, con fecha 07/04/2021 se recibió en esta Agencia escrito de alegaciones, en el que se solicita que se acuerde el archivo del procedimiento sancionador o, subsidiariamente, la reducción sustancial de cada sanción propuesta a su cuantía mínima o su substitución incluso, por el apercibimiento, en su caso. Basa sus peticiones en las consideraciones que resumidamente se exponen a continuación:

ADQUISICIÓN DE LA SOCIEDAD OBJETO DE EXPEDIENTE SANCIONADOR. Con carácter preliminar y con fines aclaratorios, EDP COMERCIALIZADORA pone en conocimiento de esta Agencia que, con fecha 1 de diciembre de 2020, Total Gaz Electricité Holdings France (“Grupo Total”) adquirió el 100% de las acciones de EDP COMERCIALIZADORA. Como consecuencia de lo anterior, se ha llevado a cabo la migración de la página web www.edpenergia.es a un nuevo dominio transitorio (www.edp-residencialbytotal.es) y se han modificado las cuentas de correo electrónico que anteriormente estaban bajo el dominio @edpenergia.es.

PRIMERA.- PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 25 DEL RGPD:

- (i) El proceso de contratación por medio de representante es conforme a la normativa:

Se reiteran aquí los argumentos expuestos en las alegaciones a la propuesta de resolución, relativas a la libertad de forma del contrato de mandato conforme a lo previsto en el código civil, en particular se insiste en que “En este supuesto, no parece que tan amplia libertad de forma sea compatible con la obtención de una evidencia de la existencia de la representación o el mandato, más allá de las manifestaciones del mandatario, amparada en la buena fe contractual. Igualmente, resulta poco comprensible que se requiera de un consentimiento separado para el tratamiento de sus datos o una confirmación del encargo por parte del mandante, dado que esto implicaría desnaturalizar la representación, por cuanto sería absurdo que quien es designado para la celebración de un contrato en favor de un tercero no pueda facilitar los datos de la persona por cuya cuenta actúa, o que sea necesaria la confirmación separada de ésta para autorizar dicha comunicación, puesto que la necesidad de dirigirse directamente al representado haría inútil la intervención del representante, pues la misma carecería de sentido.” (el subrayado es de la propia entidad que formula las alegaciones)

Asimismo, y en relación con la posibilidad de que el representado pueda prestar consentimientos adicionales a la propia contratación, ha de señalarse que esta posibilidad puede perfectamente haber sido autorizada por el representado de forma específica, pero al regir la misma libertad de forma para el otorgamiento de esta potestad (que la norma no obliga en ningún caso a disponer por escrito), tampoco es exigible su acreditación fehaciente en el momento de la contratación”.

Ciertamente, el artículo 1725 del Código Civil prevé que el tercero pueda solicitar al mandatario que le dé conocimiento de sus poderes para determinar si la contratación está dentro del perímetro de los mismos o si está asumiendo el riesgo de que el mandante no ratifique a posteriori la actuación del mandatario. Pero esta regulación se traduce en una carga para el mandatario, no para el tercero, puesto que los intereses que se trata de salvaguardar son los de éste, y no los del mandatario ni tampoco los del mandante. Por lo tanto, para el tercero resulta facultativo pedir al mandatario que le dé conocimiento de los poderes con que dice obrar.

En la visión que maneja la AEPD en la Propuesta de Resolución, esa obligación estaría encaminada, sin embargo, no a proteger el interés del tercero en cuanto al objeto de la contratación hecha por el mandatario, sino a preservar el interés del mandante en lo relativo a la legitimación del mandatario para expresar la voluntad del mandante a propósito del tratamiento de sus datos personales por parte del tercero. Sin embargo, esa consecuencia no se puede extraer de la regulación del Código Civil en materia del contrato de mandato, en la que –como acabamos de ver– el interés a proteger con la exhibición de poderes del mandatario es estrictamente el del tercero, y no el del mandante, el cual, en el esquema del Código Civil, queda salvaguardado a través de la facultad de ratificación, cuyo otorgamiento o no queda siempre en manos del mandante.

De manera que los riesgos a los que alude la Propuesta de Resolución (“se pueden generar diversos riesgos pudiendo mencionarse, a título de ejemplo, el consistente en un tratamiento de datos del representado sin legitimación, el riesgo de suplantación de identidad o los perjuicios económicos o de otro tipo que se puedan ocasionar al interesado”) no son tales: en caso de que el mandatario se haya extralimitado en el ejercicio del mandato, el mandante no estará vinculado por esa actuación, salvo ratificación posterior suya, de donde ningún perjuicio podrá realmente sufrir a menos que acepte –expresa o tácitamente– lo hecho por el mandatario a posteriori

A partir de aquí, y en tanto potestad facultativa del tercero que contrata con el mandatario, si y cómo ejerce el tercero esa facultad depende de su voluntad y de las circunstancias de la contratación. En este sentido, el dato de que en la contratación en el canal de oficinas comerciales propias EDP COMERCIALIZADORA requiera al representante una acreditación de su condición de tal, no prueba absolutamente nada, a diferencia de lo que dice la Propuesta de Resolución. Dado que EDP COMERCIALIZADORA, como tercero que contrata con el autorizado, goza de la facultad de realizar o no esa comprobación, el que la realice en unas ocasiones y no en otras, o el que no la realice igual en todos los canales de contratación, no es fuente de ninguna obligación –que no viene impuesta ni por ley ni por contrato– sino simple manifestación del ejercicio de un permiso.

A nivel doctrinal y jurisprudencial está admitido el ejercicio de derechos de la personalidad a través de la representación voluntaria, en particular cuando se trata de articular la autorización ad hoc para actos de intromisión concretos¹. Esa posibilidad se debe entender reforzada cuando el mandato para el ejercicio de un derecho de la personalidad está ligado al apoderamiento para celebrar un contrato, del cual dicho ejercicio es un elemento condicionante o complementario. Así, el agente o representante de un artista mandatado para celebrar en nombre de su representado un contrato de arrendamiento de servicios para actuar en una sala de conciertos o

grabar un disco, aparece comúnmente mandatado para autorizar al organizador del espectáculo o a la compañía discográfica para el uso de la voz e imagen del artista.

Análogamente, los autorizados para contratar con EDP COMERCIALIZADORA en nombre de otra persona, aparecen en primer lugar como sujetos mandatados para la concertación del contrato de suministro, y de manera concomitante, porque se trata de un factor inherente a la propia contratación, lo están también para autorizar el empleo y tratamiento de los datos personales de sus representados. En este sentido, resulta necesario destacar que no cabe duda de que el tratamiento de los datos del representado que sea necesario para la ejecución del contrato del que el representado pasa a ser parte, debe considerarse un tratamiento plenamente lícito a la luz del artículo 6.1.b) del RGPD.

Pero además, en tanto cabe establecer que el mandatario goza de legitimación para tomar todas las decisiones pertinentes en el marco del proceso de contratación para el que ha sido apoderado, el consentimiento que dicho mandatario preste sobre el tratamiento de datos del representado y que EDP COMERCIALIZADORA recabe para uno o varios fines específicos en el marco del proceso de contratación, permite considerar igualmente lícito el tratamiento de los datos así obtenidos ex artículo 6.1.a) del RGPD o cualquier otra base de legitimación. Y es que, quien contrata en nombre de otro –una vez asumido que actúa en condición de tal– debe poder prestar los mismos consentimientos en materia de datos personales que el propio interesado si fuera éste quien celebrara la contratación, y esto tanto si el contrato se celebra in situ en una oficina comercial como si se celebra por vía telefónica.

Debe concluirse, en contra de lo que señala la AEPD en la Propuesta de Resolución, que:

- (i) EDP COMERCIALIZADORA no está obligada a efectuar con los terceros autorizados que contratan a través del canal telefónico o fuerzas de venta externas ninguna comprobación sobre la existencia y alcance de su mandato, ni a fortiori esa comprobación tiene por qué ser análoga a la que eventualmente realice con los que contratan a través de oficinas comerciales propias;
- (ii) (ii) en el poder para contratar el servicio a través de tercero autorizado reside el poder para prestar los consentimientos inherentes al proceso de contratación, incluidos los relativos al tratamiento de datos personales;
- (iii) y (iii) no cabe poner en cuestión la licitud del tratamiento por parte de EDP COMERCIALIZADORA de los datos personales de quienes contratan con ella a través de un tercero autorizado, sea a través de oficinas comerciales propias o por medio del canal telefónico o a través de fuerzas de venta externas, por el simple hecho de haber contratado a través de un tercero autorizado, en tanto que la base jurídica del tratamiento de los datos personales de una persona que actúa por medio de representación debería ser la misma que cuando actúa en su propio nombre.

(ii) EDP COMERCIALIZADORA ha evaluado correctamente los riesgos reales e implementado las medidas mitigadoras adecuadas.

Reitera que las evaluaciones de riesgos aportadas en el presente procedimiento son acordes a la normativa de protección de datos y a las guías de la AEPD, vigentes en el

momento de realización de los análisis, e identifican los riesgos reales aplicables a los distintos procesos de contratación.

La AEPD, en su Propuesta de Resolución, alude a unos riesgos hipotéticos o teóricos que cita, además, a mero título ejemplificativo y de los que no ofrece mayor detalle o explicación.

Como se ha explicado en el punto anterior y en las Alegaciones al Acuerdo de Inicio, estos riesgos son inexistentes o carecen de una entidad suficiente para su consideración. Así, puede afirmarse frente al listado contenido en la Propuesta de Resolución—sin carácter exhaustivo puesto que la lista de la AEPD es a mero título ejemplificativo—, entre otros: (i) que no existe un riesgo de suplantación de identidad en tanto que existe representación y mandato, (ii) que no existe perjuicio económico para los interesados en tanto que el coste lo asume EDP COMERCIALIZADORA en todo caso; o (iii) que no existe riesgo de falta de base de legitimación en tanto que EDP COMERCIALIZADORA puede asumir, conforme a la legislación civil antes mencionada y de acuerdo con el marco jurídico aplicable a estas contrataciones, la existencia de autorización al mandatario para el tratamiento de datos y (iv) que, en caso de extralimitación, los intereses del mandante están salvaguardados por su derecho a ratificar o no lo actuado por el mandatario fuera de los límites del mandato.

Por este motivo, EDP COMERCIALIZADORA ha evaluado correctamente los riesgos reales propios de los distintos canales de contratación de conformidad con un análisis jurídico sólido -y respaldado doctrinal y jurisprudencialmente- de la figura del mandato en el ordenamiento jurídico español y ha implementado las medidas mitigadoras adecuadas en relación con tales riesgos. El análisis de riesgos efectuado es, por tanto, coherente y fue realizado conforme al instituto jurídico del mandato civil y su jurisprudencia.

En la medida que la coherencia del análisis efectuado ha quedado acreditada, la AEPD deberá valorar el análisis conforme a estos criterios civiles consolidados o, si por el contrario la AEPD considera que debe adoptarse un criterio jurídico distinto y contrario al de la normativa civil y su jurisprudencia asentada, deberá fundamentar de alguna manera su base jurídica con el fin de permitir a EDP COMERCIALIZADORA su comprensión y defensa. En todo caso, la interpretación del mandato por parte de EDP COMERCIALIZADORA conforme a la normativa, jurisprudencia y doctrina civilista -incluida la relativa a derechos de la personalidad- debe interpretarse hecha de buena fe y excluye cualquier culpabilidad por su parte.

(iii) La contratación por medio de representante constituye una proporción muy minoritaria del total de contrataciones que realiza EDP COMERCIALIZADORA.

Es imprescindible señalar que la contratación por medio de representante constituye una parte minoritaria del total de contrataciones que realiza EDP COMERCIALIZADORA. En concreto, del total de contrataciones que EDP COMERCIALIZADORA realizó en 2019, menos del 13% corresponde a contrataciones por medio de representantes de las cuales en menos del 1,8% el representante y el representado no tendrían una relación de parentesco.

Por ello, cuando la AEPD manifiesta que el procedimiento de contratación de EDP COMERCIALIZADORA vulnera el principio de protección de datos desde el diseño, lo hace erróneamente, dicho sea en estrictos términos de defensa, como si el procedimiento de contratación en su totalidad vulnerara dicho principio. Más aún, a la hora de cuantificar la sanción, la AEPD se refiere al volumen de facturación global de EDP COMERCIALIZADORA para cuantificarla, cuando debería tener en cuenta exclusivamente, y en su caso, los datos de facturación (volumen) generados por el eventual incumplimiento alegado -relativo exclusivamente a la contratación por representación-.

Téngase en cuenta, además, que, en todo caso, la AEPD podría haber invocado el artículo 83.2.k) del RGPD y el artículo 76.2.(c) de la LOPDGDD (“los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción”) para graduar la sanción propuesta. Por tanto, en el hipotético y eventual caso de que se considerara infringido el artículo 25 del RGPD, el máximo volumen de negocio obtenido por EDP COMERCIALIZADORA a tener en cuenta debiera ser 2.550.000 euros aproximadamente, que es la cuantía obtenida “como consecuencia de la [eventual] infracción”, esto es, en la contratación por representación, y no en el global de contratación. En este sentido, el volumen de negocio anual de la contratación a través de representante supondría un 0,26% (aproximadamente) del volumen de negocio total anual de toda la cartera de clientes de EDP COMERCIALIZADORA. Asimismo, la sanción que esta Agencia propone imponer a EDP COMERCIALIZADORA por esta infracción presupone un 20% del volumen de negocio de la contratación a través de representante. Dado que el beneficio es muy inferior al volumen de negocio, la sanción propuesta sería desproporcionada en relación con el mismo

En un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, contando como hacía la AEPD con criterios cuantificadores objetivos y suficientes en relación con el volumen (marginal) que supone la representación, es especialmente relevante el cumplimiento de los principios de proporcionalidad de la sanción y legalidad y debería, por tanto, haberse tenido en cuenta: (i) Que la parte que corresponde a los procedimientos de contratación por representación es una parte pequeña y muy limitada del procedimiento global de contratación de EDP COMERCIALIZADORA, y, por ello, debe tenerse en cuenta la escasa magnitud de la contratación que tiene el uso de este tipo de contratación en EDP COMERCIALIZADORA, siendo un tipo de contratación minoritario. Además, tal y como consta en la información aportada en el presente procedimiento, existe una única reclamación ante la Agencia durante los años 2018-2019 (respecto de un total de 33.848 contrataciones realizadas por medio de representante), lo cual refleja la escasa relevancia y materialización de los riesgos atribuidos por la AEPD al proceso de contratación implantado por EDP COMERCIALIZADORA.

Que la propuesta de sanción de la AEPD de quinientos mil (500.000) euros ha sido realizada en la Propuesta de Resolución erróneamente por atender a un factor no previsto en la normativa (el volumen de negocio y la condición de gran empresa) y por tener en cuenta el volumen de contratación y los beneficios globales de EDP COMERCIALIZADORA -que incluyen tanto contratación directa (mayoritaria) como contratación por representación (minoritaria)-, que nada tiene que ver “los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción” a los que se refiere expresamente el artículo 83.2.k) del RGPD y el artículo 76.2.(c) de la LOPDGDD -los

cuales representarían un 0,26% del volumen de negocio-. Por tanto, de forma subsidiaria y en el hipotético caso de que la AEPD cuestione la validez del mandato civil para los procedimientos de contratación y declare cometida la infracción, la cuantificación de la eventual sanción debería corregirse significativamente para tener en cuenta el volumen real de negocio generado por la contratación por representación exclusivamente.

Todo lo anterior deja patente la desproporcionalidad de la sanción propuesta en la Propuesta de Resolución

En último lugar y sin perjuicio de lo anterior, pese a que EDP COMERCIALIZADORA no considera que su actuación merezca reproche jurídico alguno, en atención a las sugerencias manifestadas por la AEPD, EDP COMERCIALIZADORA informa a la AEPD de que ha procedido a reforzar el proceso de contratación por medio de representante en línea con el protocolo que ya se aportó a la AEPD en fecha 16 de julio de 2020. Este protocolo, que se presentó a la AEPD de forma voluntaria y antes del inicio del presente procedimiento sancionador, tenía como finalidad precisamente colaborar con esta Agencia para alcanzar un procedimiento acordado en materia de representación y que satisficiera las propuestas que pudiera tener la AEPD.

En las Alegaciones al Acuerdo de Inicio, EDP COMERCIALIZADORA respondió además a las dudas planteadas por la AEPD en cuanto a su contenido e implementación y confirmó que se trata de un procedimiento con doble verificación por SMS y en cumplimiento de los mejores estándares del mercado. A estos efectos, la AEPD debe tener en cuenta: (i) que EDP COMERCIALIZADORA contactó proactivamente en julio de 2020, sin éxito, con la AEPD para presentar un nuevo protocolo que proponía cambios en el procedimiento de contratación por representación. Lejos de poder considerarse, como hace la Propuesta de Resolución, negativamente y en contra de EDP COMERCIALIZADORA, esa proactividad como signo de reconocimiento de culpa -los argumentos de licitud ya han sido manifestados anteriormente-, la propuesta de cooperación con la AEPD debería valorarse como un signo de buena fe y del firme compromiso de EDP COMERCIALIZADORA con el cumplimiento de la normativa de protección de datos y la mejora de sus procesos así como una circunstancia atenuante en la graduación de la sanción (artículo 83.2.f) del RGPD);

(ii) que pese a no obtener respuesta distinta de la apertura del presente procedimiento, EDP COMERCIALIZADORA a la luz de los comentarios de la AEPD en el Acuerdo de Inicio y la Propuesta de Resolución, ha eliminado de su procedimiento de contratación por representación la posibilidad de solicitar consentimientos para finalidades de marketing y comerciales a los que se refiere la AEPD en las páginas 112, 113 y 114 de la Propuesta. Se adjuntan como Documentos nº 1 y nº 2 ejemplo de contrato y script de locución para el canal telefónico que evidencian esta eliminación. En la medida que EDP COMERCIALIZADORA ha adoptado medidas para ajustar su procedimiento a las propuestas de la AEPD, esta circunstancia, conforme al artículo 83.2.c) del RGPD también debe ser considerada como una circunstancia atenuante para la graduación de una eventual sanción, y

(iii) que EDP COMERCIALIZADORA confirma a la AEPD que el nuevo protocolo -con el contenido comunicado en julio de 2020- está ya implantado para todos los canales

de contratación, desde el pasado mes de enero. Se adjunta de nuevo a este escrito como Documento nº 3, el protocolo de contratación por representante mencionado.

En el documento número 1 bajo el título soporte duradero, una empresa en calidad de tercero de confianza certifica que los datos consignados en el documento son los que constan en su registro de procesos y comunicaciones electrónicas. Tales datos son el envío de un e-mail con una URL asociada, en relación con una contratación, informando al destinatario que una persona ha realizado en su nombre la contratación relacionada con su suministro de energía/servicios. Se aporta como documento adjunto el contrato, en el que no aparecen las referencias a consentimientos para el envío de comunicaciones comerciales ni para la realización de perfilados, y las condiciones generales de contratación.

El documento 2, tiene el siguiente contenido:

Alta (representante) ML - Castellano

"[XXX] vamos a grabar su conformidad. Son las [hh:mm] del día [dd] de [mm] de [20XX]. [nombre y apellidos] con DNI [nº DNI], como [marido/mujer/hijo/apoderado/representante] y en representación del titular [nombre y apellidos / razón social] con DNI/CIF [nº DNI/CIF] teléfono [teléfono] y correo electrónico [email] acepta la oferta de EDP Residencial para la dirección [dirección de suministro] que consiste en [condiciones del plan -dto. en la luz-] para [CUPS LUZ: ES...] sobre el precio EDP Residencial vigente de electricidad [precio de potencia (€/kW mes) y precio término energía (€/kWh)] y/o [condiciones del plan -dto. en gas] para [CUPS GAS: ES...] y precio EDP Residencial vigente de gas [precio término disponibilidad (€/mes) y precio término energía (€/kWh)]; y/o Funciona [precio anual del servicio, condiciones del plan promoción funciona].

[Si no se elige la fecha de cobro] La forma de pago escogida es [domiciliación bancaria en su cuenta actual/en la cuenta...] y se pasará al cobro en la fecha indicada en la factura.

[Si se elige la fecha de cobro] La forma de pago escogida es [domiciliación bancaria en su cuenta actual/en la cuenta...] y se pasará al cobro en una fecha concreta, los días [DD] del mes. En ese caso el periodo de pago podrá ser inferior o superior a los 20 días establecidos en la normativa".

En nombre de su representado y tras superar un análisis del riesgo de la operación, haremos las gestiones necesarias para activar los contratos de acceso, momento a partir del cual entrará en vigor el nuevo contrato.

El/los contrato/s no tiene/n permanencia y tendrá/n una duración de un año, prorrogable por igual periodo salvo denuncia con antelación de 15 días. ¿Está conforme con la anterior información y condiciones del/los contrato/s? [Sí/Vale]. Muchas gracias.

En unos días, su representado recibirá el contrato (incluyendo documento de desistimiento) por duplicado, de la que solo tendrá que devolvernos firmada una de las copias en el sobre autofranqueo, no necesita sello, que le adjuntaremos.

Su representado dispone de 14 días naturales para ejercer su derecho de desistimiento. No obstante, si usted nos lo solicita, podemos iniciar ahora los trámites. En ese caso, si posteriormente desistiera del contrato, deberá abonar el importe correspondiente al periodo de suministro prestado. ¿Desea que su contratación se tramite de forma inmediata? [SÍ/NO]

Con la entrada en vigor del contrato, su representado recibirá la factura de EDP Residencial con todas nuestras ventajas.

Sus datos personales y los de su representado podrán ser tratados por EDP Residencial para la gestión de sus contratos, prevención de fraude, realización de perfiles basados en información de cliente y EDP Residencial, envío de comunicaciones personalizadas sobre productos o servicios relacionados, así como participar en sorteos, promociones y encuestas de calidad, pudiendo oponerse en cualquier momento.

[Leer solo a personas jurídicas que llaman en representación de un negocio] Además, para que podamos asesorarle con las mejores propuestas: • ¿Nos permite presentarle a su representado ofertas relacionadas con la energía tras la finalización del contrato, o remitirle información de productos y servicios no energéticos, propios de Empresas Colaboradoras? [Sí/NO] • ¿Nos permite completar el perfil comercial de su representado con información proporcionada por terceros, para enviarle propuestas personalizadas? [Sí/NO]

En breve, los técnicos de la Distribuidora se pondrán en contacto con Ud. [recuerde que debe entregarles el Certificado de Instalación Individual de Gas, cuando pasen a realizar el alta]. [Altas Gas] Por su seguridad, le recordamos la obligación legal de colaborar con su Compañía Distribuidora, facilitando el acceso a sus instalaciones. Esta solicitud ha sido registrada con el código [indicamos el código]"

TERCERA.- PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 13 DEL RGPD

(i) Respecto de la información aportada en el Canal CAC Inbound.

Señala que proporciona la información relativa al tratamiento de los datos personales a través de un sistema basado en diversas capas. Así reitera que en todas las llamadas entrantes se reproduce automáticamente una locución que informa de lo siguiente "Esta llamada puede ser grabada. Los datos que nos proporcione serán tratados por EDP Energía, S.A.U. y/o EDP Comercializadora, S.A.U. para la gestión de su solicitud o consulta. Puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición, limitación y portabilidad en cualquier momento. Consulte la Política de Privacidad en nuestra web edpenergia.es o pulse 0"

Señala que se ha actualizado en la locución la dirección que se facilita a los usuarios, indicando actualmente edp-residencialbytotal.es/privacidad, de forma que, si el usuario escribe esa dirección en el navegador, accede -directamente y de forma sencilla- a la información relativa a protección de datos.

El interesado puede consultar la segunda capa a través de la política de privacidad de la página web o pulsando 0. En tal caso se reproduce una locución cuyo contenido es el siguiente:

"La utilización de este CANAL TELEFONICO no obliga al usuario a facilitar ninguna información sobre sí mismo. Sin embargo, para utilizar ciertos servicios o acceder a determinados contenidos, los usuarios deberán proporcionar previamente algunos datos de carácter personal. En el caso de que el usuario facilite información de carácter personal, le informamos de que los datos serán PS/00037/2020 Escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución 15/37 tratados por EDP Energía, S.A.U. y EDP Comercializadora, S.A.U., con domicilio social en Oviedo, Plaza del Fresno 2, 33007 y NIF A33543547 y A95000295 respectivamente, en adelante "EDP", como responsables del tratamiento, según lo establecido por el Reglamento General de Protección de Datos ((UE) 2016/679), en adelante "RGPD", y su normativa de desarrollo.

En concreto, sus datos podrán ser tratados, cuando el usuario así lo solicite, para gestionar la atención y seguimiento de las solicitudes y consultas dirigidas a través del sitio web, así como para la realización de encuestas y la participación en sorteos, juegos y promociones.

Los datos solicitados serán de carácter obligatorio y limitados a los necesarios para proceder a la prestación y/o gestión del servicio solicitado, lo que le será convenientemente informado en el momento de la recogida de sus datos de carácter personal. En caso de no facilitarlos o no facilitarlos correctamente, no se le podrá prestar el servicio.

En estos supuestos, el usuario garantiza que los datos personales facilitados son veraces y se hace responsable de comunicar cualquier modificación de los mismos.

En el caso de las gestiones tramitadas a través del CANAL TELEFONICO y el registro en el mismo, los tratamientos de datos realizados se fundamentan en la relación jurídica derivada de su solicitud.

El tratamiento de datos para la realización de encuestas se basa en el interés legítimo de EDP a fin de mejorar la calidad de los servicios prestados a los clientes y/o usuarios, pudiendo oponerse a dichos tratamientos en cualquier momento, sin que esto afecte a la licitud de los tratamientos efectuados anteriormente.

En ningún caso podrán incluirse en los formularios contenidos en el CANAL TELEFONICO datos de carácter personal correspondientes a terceras personas, salvo que el solicitante hubiese recabado con carácter previo su consentimiento en los términos exigidos por el artículo 7 del RGPD, respondiendo con carácter exclusivo del incumplimiento de esta obligación y cualquier otra en materia de datos de carácter personal.

Los datos personales de los usuarios registrados en el sitio web podrán ser cedidos a las Administraciones Públicas que por ley corresponda, a otras empresas del grupo empresarial para fines administrativos internos, y a los proveedores del responsable del tratamiento necesarios para el adecuado cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Los datos personales serán conservados durante la vigencia de su contrato de suministro con EDP, en el resto de casos, durante el tiempo necesario para contestar a sus solicitudes o para analizar el contenido de sus respuestas a las encuestas. Una vez finalizada la relación contractual, contestadas sus solicitudes o analizadas sus respuestas, según corresponda en cada caso, sus datos personales serán borrados, manteniéndose el resto de información anonimizada únicamente a efectos estadísticos. Sin perjuicio de lo anterior, los datos podrán conservarse durante el plazo establecido para cumplir con las obligaciones legales de mantenimiento de la información y, como máximo, durante el plazo de prescripción de las acciones legales correspondientes, debiendo mantenerse los datos bloqueados durante el mencionado plazo de prescripción. Superado ese periodo, los datos serán suprimidos.

En aplicación de lo establecido en el artículo 32 del RGPD, EDP se compromete a cumplir las obligaciones de seguridad de aquellos datos facilitados por los usuarios, procurando establecer todos los medios técnicos a su alcance para evitar la pérdida, mal uso, alteración, acceso no autorizado y robo de los datos que el usuario facilite a través del mismo, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos facilitados y los riesgos a los que puedan estar expuestos. Sin perjuicio de lo anterior, el usuario debe ser consciente de que las medidas de seguridad en el CANAL TELEFONICO no son inexpugnables.

EDP tratará los datos del usuario de forma confidencial, en todo momento, guardando el preceptivo deber de secreto sobre los mismos, de conformidad con lo previsto en la normativa de aplicación.

El usuario puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición, limitación y portabilidad, así como el de revocación de los consentimientos otorgados

previamente, en los términos establecidos legalmente, comunicándolo por escrito a EDP, a la siguiente dirección: Canal de Comunicación LOPD, Plaza del Fresno, nº2, 33007 Oviedo. Asimismo, puede ejercitar dichos derechos enviando un correo electrónico con sus datos personales a cclopd@edpenergia.es. En ambos casos se deberá adjuntar una fotocopia del DNI del titular o documento que acredite su identidad.

Igualmente, podrá ponerse en contacto con el Delegado de Protección de Datos de EDP, en la siguiente dirección postal: Plaza del Fresno, 2 33007 Oviedo o en el correo electrónico dpd.es@edpenergia.es, en el caso de que entienda vulnerado alguno de sus derechos relacionados con la protección de datos, o en su caso, interponer una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos en la dirección Calle de Jorge Juan, 6, 28001 Madrid".

En el proceso de contratación, se vuelve a informar de lo siguiente: "Sus datos personales y los de su representado serán tratados por EDP Comercializadora SAU y EDP Energía SAU para la gestión de sus contratos, prevención de fraude, realización de perfiles basados en información del cliente y de EDP, así como la realización de comunicaciones personalizadas sobre productos o servicios directamente relacionados con sus contratos, pudiendo en cualquier momento oponerse a las mismas".

Por tanto, no cabe reprochar una falta de información a los interesados en las llamadas entrantes en tanto que la información referida en la primera capa informativa (i.e., la que se proporciona al inicio de cada llamada) cumple con la información necesaria del artículo 11 de la LOPDGDD (esto es, identidad del responsable, fines de tratamiento y posibilidad de ejercitar los derechos) y se facilita un medio directo y sencillo para acceder al resto de la información (accediendo a la página web o pulsando 0). Es importante destacar que la locución de la primera capa informativa se reproduce automáticamente al inicio de cada una de las llamadas entrantes y, por tanto, es de obligada escucha por todos los interesados que realizan una llamada. Por este motivo, todos los interesados antes de llegar a la contratación ya han sido informados sobre la posibilidad de ejercer sus derechos y la manera de acceder al resto de información sobre el tratamiento de sus datos. Asimismo, antes de la contratación, EDP COMERCIALIZADORA recuerda a los interesados -a través de una segunda locución- parte de la información básica en protección de datos.

Conforme al artículo 13.4 del RGPD, la obligación de informar no resulta de aplicación en la medida en que el interesado ya disponga de la información; en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que la locución inicial se reproduce de manera automática en cada llamada, queda suficientemente acreditado que cualquier interesado que se pone en contacto con EDP COMERCIALIZADORA a través del Canal CAC Inbound recibe la información relativa a protección de datos personales. En este sentido, el Grupo del Artículo 29 (actualmente conocido como Comité Europeo de Protección de Datos) indica en sus Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 ("Directrices de Transparencia") que deberá entenderse que el artículo 13.4 del RGPD resulta de aplicación en aquellos casos en los que la información hubiese sido proporcionada, por ejemplo, en los seis meses anteriores. En lo que se refiere al Canal CAC Inbound, no sólo habría pasado un tiempo claramente inferior a 6 meses sino que el lapso de tiempo puede medirse en minutos, por lo que es manifiesto que el interesado sabe, conoce y recuerda perfectamente la información sobre protección de datos sin que sea necesario reiterarle esta información.

(ii) Respetto de la información aportada en los canales de Telemarketing y Leads

Señala que esta Agencia cuestiona el medio para acceder a la segunda capa informativa (i.e., las Condiciones Generales disponibles en el sitio web edpenergia.es) sea “sencillo e inmediato”

Señala que EDP COMERCIALIZADORA ha acreditado en el presente procedimiento lo siguiente: • En primer lugar, la información sobre protección de datos (i) está claramente identificada dentro de las condiciones generales de contratación de EDP COMERCIALIZADORA (en el apartado 16 y titulado LOPD) y (ii) ocupa en extensión una de las cuatro páginas del documento, por lo que su localización no tiene pérdida para el interesado.

Informa a esta Agencia de que ha creado un documento separado que contiene, exclusivamente, la información de protección de datos de las condiciones generales de contratación, el cual es fácilmente accesible a través de la propia página web y en siguiente dirección: www.edp-residencialbytotal.es/rgpd; y que asimismo, las condiciones generales de contratación continúan incluyendo la cláusula relativa al tratamiento de datos personales, de modo que el interesado dispone de diversos medios a través de los cuales podrá acceder a la información de manera sencilla.

- En segundo lugar, alega que la manera de facilitar la información sobre la segunda capa informativa puede ser diversa y, como tal, ha sido reconocido por las autoridades de protección de datos. Tal y como se indicó en las Alegaciones al Acuerdo de Inicio, cuando se produce la contratación, se remiten las condiciones generales de contratación -donde se incluye la cláusula específica en materia de protección de datos-; por tanto, la puesta a disposición de esta información a través de la página web debe entenderse como un sistema alternativo y complementario.

En este sentido, las Directrices de Transparencia expresamente indican que “cuando el primer contacto con un interesado sea a través del teléfono, esta información [primera capa informativa] podría facilitarse durante la llamada con el interesado y este podría recibir el resto de la información requerida en virtud del artículo 13 o 14 por otro medio adicional distinto, por ejemplo, enviándole una copia de la política de privacidad por correo electrónico o un enlace a la declaración/aviso de privacidad en línea del responsable”.

Conforme al criterio de las autoridades competentes, incluida la AEPD, EDP COMERCIALIZADORA no habría cometido una infracción del deber de transparencia, en tanto que la información completa sobre protección de datos (con el contenido exigido por la normativa) se contiene dentro de las condiciones generales de contratación que se remiten al interesado tras la contratación. Las Directrices de Transparencia indican además que, en función de las circunstancias de la recogida y tratamiento de los datos, un responsable de tratamiento podría verse obligado a utilizar de manera adicional otras vías posibles para transmitir la información a los interesados aplicables a los entornos pertinentes siempre que la información de la primera capa informativa se transmita en la primera modalidad

utilizada para comunicarse con el interesado. Por este motivo, EDP COMERCIALIZADORA cumple con su obligación de transparencia al facilitar la información de la primera capa informativa por vía telefónica y la segunda capa informativa por escrito (ya sea documento físico o electrónico). Asimismo, es importante señalar que la forma más transparente e idónea de que el interesado reciba información sobre el tratamiento de sus datos personales es incluyéndola junto con la información sobre la contratación de los servicios, en tanto que esta es la circunstancia con la que se relaciona el tratamiento de sus datos y es, además, un documento que el interesado conservará durante su relación contractual con EDP COMERCIALIZADORA.

(iii) Respecto del contenido de la información aportada telefónicamente y en las condiciones generales:

- Concreción del responsable del tratamiento:

La AEPD cuestiona la claridad con la que el interesado conoce qué entidad actúa como responsable del tratamiento, no obstante, como se acredita en las condiciones generales de contratación de EDP COMERCIALIZADORA (aportadas como evidencia 6) de este procedimiento, el cliente es informado sobre la identidad del responsable del tratamiento a través de la política de privacidad en relación con las condiciones de contratación:

Política de privacidad: “los datos serán tratados por EDP Comercializadora SAU y EDP Energía SAU”.

Condiciones Específicas del contrato:

“El cliente contrata, para el suministro que se indica, el suministro de gas con EDP Comercializadora, S.A.U. y el suministro de electricidad y/o los servicios complementarios con EDP ENERGIA, S.A.U., (en adelante conjunta y/o individualmente, según proceda, referidas como “EDP”) con arreglo a las Condiciones Específicas que se recogen a continuación y a las Condiciones Generales en anexo”.

Como se explicaba en las alegaciones al Acuerdo de Inicio, se incluye información sobre ambas entidades en tanto que, según el servicio que sea solicitado por el interesado (gas y/o electricidad), será responsable del tratamiento una u otra entidad (o ambas en caso de que el interesado contrate ambos servicios). Por tanto, el interesado -el cual dispone de plena capacidad para contratar y, por tanto, se presupone que debería ser capaz de comprender los términos y condiciones que gobiernan dicha contratación, es consciente en todo momento de que, según contrate el servicio de suministro de gas y/o electricidad, sus datos serán tratados por una o ambas entidades.

- Finalidades y bases de legitimación

Se alega que ni el artículo 13 del RGPD ni ningún otro precepto legal exige que la política de privacidad enumere cada finalidad indicando específicamente la base de legitimación que resulta de aplicación. Aun así, en lo que se refiere a los tratamientos sujetos a consentimiento, sí se indica expresamente cuales son. En todo caso, como ya se indicaba en las Alegaciones al Acuerdo de Inicio, tratándose de las bases de legitimación de “ejecución contractual” e “interés legítimo”, resulta evidente para cualquier persona que contrata los servicios de suministro de EDP

COMERCIALIZADORA que los tratamientos estrechamente vinculados a la ejecución del contrato tales como “gestionar, mantener, desarrollar, cumplimentar y controlar la contratación de suministro de electricidad y/o gas y/o servicios complementarios de y/o gas y/o servicios complementarios de revisión y/o asistencia técnica y/o programa de puntos, y/o mejora del servicio” encuentran su base de legitimación en la ejecución del contrato, siendo los demás tratamientos asignables al interés legítimo (p.ej. la realización de acciones de prevención del fraude o el envío de comunicaciones comerciales). Los intereses legítimos están claramente expuestos y puestos en relación con las finalidades que se persiguen (esto es, prevención del fraude y mercadotecnia, en relación con el envío de comunicaciones comerciales personalizadas) y dado que existe una identificación entre la finalidad informada y el propio interés perseguido, hacer una alusión separada resultaría redundante.

- Elaboración de perfiles

Se afirma en las alegaciones que en la Propuesta de Resolución, la AEPD considera que, en relación con la “realización de perfiles”, no queda claro cuál es su finalidad ni el interés legítimo que sustenta el tratamiento. En este sentido, la AEPD manifiesta en la Propuesta de Resolución lo siguiente: “No se cumplen en este caso, a juicio de esta Agencia, las exigencias de información antes descritas. EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U., se limita a informar sobre la “realización de perfiles”, pero no ofrece una información sobre el tipo de perfiles que se van a realizar, los usos específicos a que se van a destinar estos perfiles o la posibilidad de que el interesado pueda ejercer el derecho de oposición en aplicación del artículo 21 del RGPD.” Sin embargo, la elaboración de perfiles está asociada con el envío de comunicaciones comerciales personalizadas: “serán tratados (...) con la finalidad de (...) realización de perfiles, comunicaciones comerciales personalizadas basadas en información facilitada por el Cliente y/o derivada de la prestación del servicio por parte de la/s Comercializadora/s y relativas a productos y servicios relacionados con el suministro y consumo de energía, mantenimiento de instalaciones y equipamiento”.

Si bien la redacción podría haber incluido “para el envío de” (es decir, que el texto fuera “así como realización de perfiles para el envío de comunicaciones comerciales personalizadas basadas en información facilitada por el Cliente (...))”, esa ausencia no debe entenderse como que EDP COMERCIALIZADORA infringe el artículo 13 del RGPD.

- Ejercicio de derechos:

Se alega que a juicio de la AEPD, deberían indicarse expresamente cuáles son los tratamientos a los que aplica el derecho de oposición. Sin embargo, como ya se manifestó en las Alegaciones al Acuerdo de Inicio, la obligación de detallar los tratamientos concretos a los que el interesado tiene derecho a oponerse no sólo no es una obligación recogida en el RGPD, la LOPDGDD ni ninguna otra normativa de aplicación, sino que además la AEPD en sus guías y herramientas (entre otras, la Guía para el cumplimiento del deber de informar² o la herramienta Facilita³) no indica que las cláusulas informativas sobre el derecho de oposición deban especificar los tratamientos sobre los que aplica el derecho de oposición, ni siquiera como ejemplo de buena práctica. En todo caso, EDP COMERCIALIZADORA indica expresamente que el interesado podrá oponerse a algunos tratamientos voluntarios como por ejemplo la

promoción, la elaboración de perfiles, la adopción de decisiones automatizadas y la realización de ofertas comerciales.

Señala que en la propuesta de resolución se indicaba que: “Resulta impreciso señalar que el interesado puede oponerse a la adopción de decisiones automatizadas de sus datos personales. Estas solamente pueden llevarse a cabo por el responsable en los supuestos previstos en el artículo 22 del RGPD, basándose en el presente caso en el consentimiento del interesado, por lo que éste debe poder conocer que puede revocar el consentimiento prestado para la adopción de tales decisiones en cualquier momento, sin perjuicio de que se le informe también de los derechos conferidos por el artículo 22 a los interesados.” Se alega que, el matiz semántico y técnico asociado a los términos “oposición” y “revocación” en el contexto del ejercicio de derechos no puede tener un impacto en el interesado, pues con ambos términos el usuario logra un mismo objetivo, que es que un tratamiento específicamente identificado en la política deje de producirse.

Más aún, el término utilizado por EDP COMERCIALIZADORA (oposición) en el contexto de este tipo de tratamientos se entiende en la normativa y por el propio mercado de forma más amplia -y por tanto más garantista- puesto que permite al usuario eliminar un tratamiento sea basado en consentimiento, sea basado en interés legítimo.

- Tratamientos basados en el consentimiento:

La AEPD considera que la información sobre los tratamientos sujetos a consentimiento no es completamente clara. Sin embargo, esta parte no puede estar de acuerdo con esta interpretación por los siguientes motivos:

En primer lugar, la AEPD cuestiona que en el punto (IV) no es claro respecto a qué datos se refiere la frase “los resultados obtenidos de la agregación de los datos indicados” y argumenta la existencia de una confusión sobre si los datos agregados son los referidos en el punto (II) y/o en el punto (III). No obstante, como se manifestó en las Alegaciones al Acuerdo de Inicio, de la lectura queda claro que “los resultados obtenidos de la agregación de los datos indicados” se refiere a los datos indicados anteriormente, es decir, los datos referidos en el punto (II) y (III), pues es evidente que el uso del término anafórico “indicados” se refiere a los datos referidos en los puntos anteriores.

En segundo lugar, la AEPD manifiesta que la diferencia del tratamiento de datos publicitarios de este punto con los puntos anteriores no es evidente. No obstante, la diferencia es clara:

el tratamiento publicitario derivado del punto (I) se refiere a ofertas de “servicios financieros, servicios de protección de pagos, automoción o afines y electrónica, propios o de terceros, ofrecidos por EDP y/o la participación en concursos promocionales, así como para la presentación de propuestas comerciales vinculadas al sector energético tras la finalización del contrato”, es decir, servicios ofrecidos por EDP COMERCIALIZADORA no relacionados con los servicios contratados sino con el sector energético u otros sectores como el financiero o la automoción y además de tipo genérico - no personalizada;

- el punto (II) se refiere a “productos y servicios personalizados”, es decir, ofertas adaptadas al perfil comercial del cliente; y
- el punto (IV) se refiere “a realizar ofertas personalizadas, y concretamente orientadas a lograr la contratación de determinados productos y/o servicios de EDP o de terceras

entidades", es decir, a la realización de ofertas personalizadas con un objetivo concreto de conseguir la venta de determinados productos o servicios, siendo la personalización no solo respecto del cliente sino también respecto del concreto servicio o producto ofertado.

La crítica de la AEPD a la granularidad ofrecida por EDP COMERCIALIZADORA no puede entenderse a la luz de sus propias recomendaciones y las del Comité Europeo de Protección de Datos, que piden precisamente tal detalle y granularidad.

CUARTA.- COOPERACIÓN Y ACTITUD PROACTIVA DE EDP COMERCIALIZADORA.

EDP COMERCIALIZADORA está estudiando y analizando la implementación de las medidas oportunas de cara a la adopción y adecuación a las recomendaciones, mejores prácticas y los criterios sentados por la AEPD tanto en el presente procedimiento como en sus guías y publicaciones (además de las mejoras ya implantadas a que se ha hecho referencia anteriormente), a fin de mejorar todas sus políticas de protección de datos, clausulados y condiciones generales a través de las cuales se informa sobre el tratamiento de los datos personales de sus clientes y potenciales clientes

QUINTA.- INCUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD.

Se señala que ciertas prácticas recomendadas (e incluso aplicadas por la AEPD en sus propias políticas de privacidad) han servido en este caso para argumentar y motivar las supuestas infracciones cometidas por EDP COMERCIALIZADORA (por ejemplo, la presentación de la información relativa al ejercicio de derechos de los interesados recogido en la Alegación Segunda). Estos aspectos que, a priori, la AEPD recomienda y pone en práctica, considerándolos ejemplos que se adecuan a la normativa aplicable, son utilizados como elementos infractores para justificar el supuesto incumplimiento de distintos preceptos legales por EDP COMERCIALIZADORA.

SEXTA.- FALTA DE CULPABILIDAD EN LA ACTUACIÓN DE EDP COMERCIALIZADORA-

En virtud de todo lo expuesto anteriormente, la actuación de EDP COMERCIALIZADORA no puede ser considerada culpable en la eventual comisión de los ilícitos administrativos en materia de protección de datos que se le imputan. En el ámbito administrativo sancionador no basta con que la conducta sea típica y antijurídica (que en este caso, tampoco lo es), sino que también es exigencia ineludible que sea culpable, esto es, consecuencia de una acción u omisión imputable al responsable por dolo o culpa inexcusable, sin que resulte admisible ninguna suerte de responsabilidad objetiva que dispense a la Administración de acreditar cumplidamente la exigencia de culpabilidad o intencionalidad en la comisión de la infracción. (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1994, 16 de mayo de 1995, 12 de diciembre de 1995, 12 y 19 de enero de 1996, 15 de abril de 1996, entre otras muchas.)

También conviene hacer mención a que la apreciación del elemento subjetivo de la infracción viene determinada por el grado de previsibilidad que tenía para el sujeto afectado el que su conducta pudiera ser considerada típica y antijurídica y, por tanto, susceptible de ser sancionada. El elemento subjetivo de culpabilidad sólo puede concurrir cuando, a la vista de la situación existente en el momento de realizarse la conducta, el sujeto pudiera anticipar razonablemente que estaba cometiendo una infracción. Sentencias de la Excm. Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003 — ref. Aranzadi RJ 4209—, de 7 de julio de 2003 — ref. Aranzadi RJ 5832—, y de 28 y 27 de enero de 2010 — ref. Aranzadi RJ 1362 y 1357.

Asimismo, la doctrina de los tribunales contencioso-administrativos ha excluido la concurrencia del imprescindible elemento culpabilístico cuando el sujeto que haya cometido objetivamente la infracción haya actuado con base en una razonable interpretación del ordenamiento jurídico.

Una interpretación razonable de la normativa aplicable, aun cuando no sea finalmente considerada correcta por los tribunales, excluye la culpabilidad, especialmente en aquellos casos en los que las normas jurídicas aplicables no sean claras o unívocas.

SÉPTIMA.- SUBSIDIARIAMENTE, LAS SANCIONES PROPUESTAS SON MANIFIESTAMENTE DESPROPORCIONADAS Y DEBERÍAN APLICARSE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.

En definitiva, analizando cada una de las supuestas infracciones que se imputan a EDP COMERCIALIZADORA, no cabe sino interpretar que existe una absoluta desproporcionalidad en la interpretación realizada por la AEPD en la Propuesta de Resolución, no sólo porque carece de motivación a la hora de considerar cometida la supuesta infracción, sino por el hecho de que las sanciones propuestas escapan de cualquier criterio valorado con carácter previo por la propia AEPD. En este sentido, cabe añadir que las cuantías de sanciones anteriores impuestas en supuestos de hecho similares no son comparables a las propuestas en este caso.

Deben aplicarse circunstancias atenuantes: En efecto, cualquier sanción que se impusiera a EDP COMERCIALIZADORA habría de fijarse de conformidad con los artículos 83.2 del RGPD y 76.2 de la LOPDGDD, que contemplan instrumentos relevantes para que la Administración adecúe la proporcionalidad de las sanciones. En el presente caso, tal y como se hizo constar en las Alegaciones al Acuerdo de Inicio, concurren sobradamente las siguientes circunstancias atenuantes que aquí se resumen:

- La naturaleza, gravedad y duración de la infracción: según el artículo 83.2.a) del RGPD, la apreciación de esta circunstancia debe tener en cuenta “la naturaleza, alcance o propósito de tratamiento” (...) y “el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido”. En este sentido, lo que se imputa a EDP COMERCIALIZADORA es la necesidad de mejorar algunos aspectos de sus políticas de protección de datos, sin que en ningún caso los textos utilizados hasta el momento puedan entenderse que hayan generado un nivel alto de daños y perjuicios. Asimismo, los tratamientos previstos en estas políticas -los cuales son conocidos por los interesados- no son particularmente sensibles, ni por la tipología de datos tratados ni por las características de las actividades de tratamiento. Por tanto, no sólo no procede considerar como

circunstancia agravante la naturaleza de esta infracción sino que, lo anterior ha de considerarse como circunstancia atenuante aplicable al presente procedimiento.

- La intencionalidad o negligencia en la infracción: EDP COMERCIALIZADORA no ha mostrado intencionalidad o negligencia alguna. La AEPD, en su Propuesta de Resolución, indica que “los defectos señalados en la información facilitada muestran la falta de diligencia de EDP COMERCIALIZADORA en dar cumplimiento a las obligaciones de transparencia”. Por tanto, a lo que esta Agencia parece referirse es a la ausencia de toda la diligencia que, según dicha Autoridad, se esperaría de EDP COMERCIALIZADORA. No obstante, no parece que dicha afirmación pueda entenderse como “intencionalidad o negligencia” en su actuación en tanto que, como se ha manifestado en las Alegaciones al Acuerdo de Inicio y en las presentes alegaciones, EDP COMERCIALIZADORA ha observado cuidadosamente las guías, directrices y herramientas puestas a disposición por la propia AEPD y el Comité Europeo de Protección de Datos para el cumplimiento de sus obligaciones de protección de datos. Por este motivo, la diligencia de EDP COMERCIALIZADORA debe tenerse en cuenta como circunstancia atenuante.

- La alta vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales: EDP COMERCIALIZADORA se dedica, como afirma la AEPD en la Propuesta de Resolución, al suministro de gas, una actividad que no es intensiva en el tratamiento de datos personales y que aunque es cierto que el desarrollo de la actividad de EDP COMERCIALIZADORA implica el tratamiento de datos personales, éste es de forma instrumental sin que su actividad se base en la explotación de datos personales. En este sentido, la baja vinculación de la actividad de EDP COMERCIALIZADORA en el tratamiento de datos personales debe considerarse una circunstancia atenuante.

- Cualquier medida tomada para paliar los daños y perjuicios: tal y como se ha puesto en conocimiento de la AEPD, EDP COMERCIALIZADORA se encuentra inmersa en la revisión y mejora de sus procedimientos y clausulados con el fin de adaptar e implementar las recomendaciones realizadas por esta Agencia, evitando que pueda producirse cualquier tipo de daño o perjuicio a los interesados. Prueba de ello es que algunas de las recomendaciones de esta Agencia se encuentran ya implementadas, como la mejora del acceso a la información sobre protección de datos, que ya está disponible en la dirección edp-residencialbytotal.es/rgpd así como el nuevo protocolo de contratación mediante representante, el cual ya fue aportado al procedimiento el pasado 16 de julio de 2020 y ya ha sido implementado el pasado mes de enero.

- Grado de cooperación con la autoridad: EDP COMERCIALIZADORA ha mostrado desde el inicio de este procedimiento una actitud completamente colaborativa con la AEPD, tal y como ha sido acreditado en el presente escrito. En las Alegaciones al Acuerdo de Inicio se proporciona información más completa en relación con la cooperación mostrada por EDP COMERCIALIZADORA.

- Categorías de datos y afectación de los derechos de los menores: los datos objeto de tratamiento no son categorías especiales de datos y no se han visto afectados los derechos de los menores (los clientes de EDP COMERCIALIZADORA son siempre mayores de edad con capacidad para contratar).

- **Carácter continuado de la infracción:** como ha sido acreditado, EDP COMERCIALIZADORA, desde el momento en que ha tenido conocimiento de las mejoras que, a juicio de la AEPD, podían adoptarse en sus políticas, ha procedido a analizar sus textos y procedimientos. Por ello, no puede entenderse que se trata de una infracción de carácter continuado, si bien esta Agencia debe entender que en grupos corporativos complejos los procesos de cambio y adaptación de procedimientos no pueden hacerse de manera inmediata. No obstante, no por ello la presunta infracción que se imputa debe entenderse como “continuada”.

- **Condición de gran empresa y su volumen de negocio:** el hecho de que EDP COMERCIALIZADORA sea considerada una gran empresa no puede ser utilizado como una circunstancia agravante al no ser una circunstancia prevista ni en el RGPD ni en la LOPDGDD. Además, en este sentido, el Tribunal Supremo (sentencia de 4 de noviembre de 2015, recurso 100/2014) ha manifestado en jurisprudencia reciente pero consolidada que “no es factible, en ningún caso, presumir una conducta dolosa por el mero hecho de las especiales circunstancias que rodean al sujeto pasivo de la imposición (importancia económica, clase de asesoramiento que recibe, etc.) (...). [L]o que no puede hacer el poder público, sin vulnerar el principio de culpabilidad que deriva del art. 25 CE [véase, por todas, la Sentencia de esta Sección de 6 de junio de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 146/2004), FD 4], es imponer una sanción a un obligado tributario (o confirmarla en fase administrativa o judicial de recurso) por sus circunstancias subjetivas -aunque se trate de una persona jurídica, tenga grandes medios económicos, reciba o pueda recibir el más competente de los asesoramientos y se dedique habitual o exclusivamente a la actividad gravada por la norma incumplida”. Por este motivo, no cabe legal ni constitucionalmente valorar la condición de gran empresa como circunstancia agravante. Asimismo, la AEPD también alude a “su volumen de negocio” (hecho que tampoco se contempla como circunstancia agravante ni en el RGPD ni en la LOPDGDD). A la hora de cuantificar la sanción, la AEPD se refiere al volumen de facturación global de EDP COMERCIALIZADORA para cuantificarla, cuando debería tener en cuenta exclusivamente, y en su caso, los datos de facturación generados por el eventual incumplimiento alegado -en el caso del artículo 25 del RGPD, relativo exclusivamente a la contratación por representación-. En este sentido, la AEPD, en su investigación en el marco del procedimiento, solicitó y obtuvo datos concretos sobre el volumen de contratación por representación y la ínfima parte que corresponde en el global de la actividad de EDP COMERCIALIZADORA, y debiera en todo caso haberlo tenido en cuenta en la Propuesta de Resolución, lo que no ha ocurrido. Asimismo, tal y como ha sido indicado en la Alegación Primera, el volumen de negocio derivado de la contratación con representante supone aproximadamente un 0,26% del volumen de negocio global. Por su parte, en lo que se refiere a la sanción asociada a la presunta infracción del artículo 13 del RGPD, la AEPD tampoco debió tomar en consideración la facturación global de su actividad

Beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción: la presunta comisión de la infracción imputada no ha generado ningún tipo de beneficio económico, directo o indirecto, a EDP COMERCIALIZADORA. En todo caso, si esta Agencia considera lo contrario, el beneficio debería calcularse atendiendo a los criterios que han sido indicados en la Alegación Primera, teniendo en cuenta que el volumen de negocio derivado de la contratación a través de representante, suponen solo un 0,26% del volumen de negocio global y que la sanción propuesta (500.000 euros), supone un importe desproporcionado en relación a los beneficios obtenidos

. • Elevado volumen de datos y tratamientos: en contra de lo que indica esta Agencia en su Propuesta de Resolución, las presuntas infracciones que se imputan a EDP COMERCIALIZADORA no afecta a “todos los tratamientos de datos efectuados por la entidad EDP COMERCIALIZADORA S.A.U.”, sino solo a los tratamientos relativos a clientes. De hecho, la propia AEPD reconoce en el apartado relativo a “Elevado número de interesados” que “[l]a infracción afecta a todos los clientes personas físicas de la entidad”, pero no indica ningún otro colectivo de interesados. Asimismo, en lo que se refiere a la contratación por terceros en nombre de su titular, es relevante señalar que dicha contratación únicamente afecta a un 0,26% del volumen de negocio de EDP COMERCIALIZADORA por lo que es evidente que el volumen de datos y tratamientos afectados es mínimo. Por este motivo, el reducido número de tratamientos afectados, y especialmente, en relación con la contratación mediante representante, debe ser tenido en cuenta como circunstancia atenuante.

• Reciente adquisición de EDP COMERCIALIZADORA: como hemos indicado en la alegación Preliminar de este escrito, EDP COMERCIALIZADORA ha sido recientemente adquirida por el Grupo Total. En virtud del artículo 76.2.e) de la LOPDGDD, en conjunto con el artículo 83.2.k) del RGPD, entiende esta parte que debe tenerse en consideración esta circunstancia a la hora de, en su caso, modular y atenuar la potencial sanción -sanción que en todo caso esta parte entiende que no procede-. Aunque el mencionado precepto recoge los supuestos en que la modificación estructural es una fusión por absorción, en aplicación del principio de interpretación teleológica, su regulación debe extenderse a otras modificaciones estructurales realizadas con posterioridad a la comisión de la infracción y que tengan como consecuencia la imposición de sanciones desproporcionadas y gravosas a la nueva entidad que no cometió la infracción inicial.

De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento y de la documentación obrante en el expediente, han quedado acreditados los siguientes:

HECHOS PROBADOS

1. Consta en el expediente que EDP COMERCIALIZADORA utiliza los siguientes canales para formalizar la contratación de sus servicios:___

A. Canal Telefónico, con cierre parcial o definitivo del proceso de contratación mediante una llamada de teléfono. Incluye los siguientes subcanales:

- CAC Inbound: Recepción de llamadas, desde los clientes hacia EDP. En general son ya clientes de EDP que se identifican desde el inicio de la llamada a través de un protocolo de seguridad, aunque también pueden recibirse llamadas de clientes potenciales.
- Telemarketing: Emisión de llamadas, desde EDP hacia bases de datos propias de ya clientes para upselling o recuperación de abandonos. Se utiliza para la realización de la llamada el número de teléfono que consta en la ficha del cliente, y que ha sido aportado por dicha persona con anterioridad.

- LEADS: Emisión o recepción de llamadas, sobre usuarios que han manifestado un interés en alguna plataforma o página web (sorteos, promociones, comparadores de ofertas, blogs, agencias de publicidad, etc.) dejando sus datos básicos para ser contactados o contactando ellos mismos en el número de teléfono que se les muestra. Normalmente dichos usuarios aún no tienen contratos activos con EDP._

B. Canal Web, con cierre mediante un formulario digital. El usuario accede a través de una web e inicia un proceso de contratación totalmente online, sin interacción con agentes.

C. Distribuidores, con cierre presencial o digital del proceso de contratación, incluyendo:

- Oficinas Comerciales propias de EDP. Normalmente ya clientes de EDP que acuden proactivamente a la oficina, aunque puede tratarse también de clientes potenciales.
- Tiendas ajenas (ej. *****TIENDA.1**). En general nuevos clientes que acuden a realizar sus compras y se interesan por la oferta de EDP.

D. Fuerzas de Venta Externas, con cierre presencial del proceso de contratación, incluyendo:

- Stands en Ferias, Centros Comerciales, etc. En general nuevos clientes que acuden a dichos eventos o lugares y se interesan por la oferta de EDP.
- Visitas a domicilio con solicitud previa. Clientes o potenciales clientes que han facilitado sus datos y consentimiento para recibir propuestas de un agente de EDP a domicilio._

2. Los procedimientos de contratación implantados en aquellos casos en que la contratación es realizada por tercero en representación del titular son los siguientes:

A) Canales telefónicos:

A.1 – CAC INBOUND 1) Cuando el usuario indica que desea realizar una contratación como representante se le pregunta por su relación con el titular y si cuenta con autorización de dicha persona. 2) Una vez confirmado el punto anterior, se solicitan datos identificativos del representante, y todos los datos del titular necesarios para formalizar la contratación. 3) Finalmente se lee y registra en audio el Consentimiento Expreso de representante. 4) Al titular del contrato, a efectos informativos, se le remite por duplicado, con sobre franqueado, la documentación contractual en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de protección de consumidores y usuarios.

A.2 – TELEMARKETING 1) Cuando el usuario indica que desea realizar una contratación como representante se le pregunta por su relación con el titular. 2) Una vez confirmado el punto anterior, se solicitan datos identificativos del representante, y todos los datos del titular necesarios para formalizar la contratación. 3) A continuación, se lee y registra en audio el Consentimiento Expreso de representante. 4) Finalmente se envía soporte duradero al teléfono/sms facilitado por el representante, y se espera a su confirmación. 5) Al titular del contrato, a efectos informativos, se le remite por

duplicado, con sobre franqueado, la documentación contractual en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de protección de consumidores y usuarios.

A.3 – LEADS 1) Cuando el usuario indica que desea realizar una contratación como representante se le pregunta por su relación con el titular. 2) Una vez confirmado el punto anterior, se solicitan datos identificativos del representante, y todos los datos del titular necesarios para formalizar la contratación. 3) A continuación, se lee y registra en audio el Consentimiento Expreso de representante. 4) Seguidamente se envía soporte duradero al teléfono/sms facilitado por el representante, y se espera a su confirmación. 5) Al titular del contrato, a efectos informativos, se le remite por duplicado, con sobre franqueado, la documentación contractual en cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de protección de consumidores y usuarios. 6) En este canal, por el modo de contratación y las características de los clientes que lo utilizan, se tiene en marcha, como prueba piloto, la comunicación vía SMS o e-mail al representado (en casos de no parentesco con el representante para estudiar su eficacia y receptividad.)

B. Distribuidores:

En el caso de contrataciones realizadas en Oficinas Comerciales propias de EDP (en las tiendas ajenas no existe la posibilidad de contratar en nombre y representación de un tercero) el procedimiento es el siguiente:

1) En aquellos casos en los que el usuario indica que desea realizar una contratación como representante de un tercero, se le pregunta por su relación con el titular. 2) Una vez obtenida la información, se solicitan los datos identificativos del representante, y todos los datos del titular necesarios para formalizar la contratación. Igualmente, se requiere una fotocopia del NIF, tanto del representante como del representado. 3) También se requiere de la presentación de un documento de autorización cumplimentado y firmado por ambas partes interesadas (representante y titular).

C. Fuerzas de Venta Externas:

En caso de contrataciones realizadas por fuerzas de venta externas (stands de ferias, centros comerciales y visitas a domicilio, siempre que exista solicitud previa por parte del interesado), en el contrato se recabarán los datos identificativos del representante, solicitando igualmente, los datos del titular necesarios para formalizar la contratación. En el contrato, se especifica de forma expresa que el representante declara disponer de facultades suficientes para suscribir el contrato en nombre del cliente a quien se responsabiliza de informar de todas las condiciones del mismo. Se requiere, por otra parte, de una fotocopia del NIF del representante.

A continuación, se registra en audio una verificación de la contratación donde se le indica en dos ocasiones al representante, el hecho de que actúa en representación del titular del suministro y se confirma la relación-parentesco que les vincula.

Para acreditar la representación, se formaliza el talonario de contratación donde el representante declara disponer de facultades suficientes para suscribir el contrato en nombre del cliente a quien se responsabiliza de informar de todas las condiciones de este. Igualmente, se aporta copia del NIF del representante.

3. Consta en el expediente que la documentación que se utiliza por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. para acreditar la representación del titular al suscribir un contrato es la siguiente:

A. Canal Telefónico:

En los tres subcanales del canal telefónico (evidencias 2, 3 y 4, canales CAC Inbound, Telemarketing y Leads respectivamente) se solicita al representante, durante la grabación del procedimiento de contratación, confirmación de los siguientes aspectos: de su identidad y DNI, de su actuación en representación del titular, de la relación con el representado (como marido, mujer, hijo, apoderado, representante); de la identidad (nombre, apellidos, DNI) del representado, y de teléfono y correo electrónico. La documentación acreditativa de la representación del titular del contrato consiste en las grabaciones en las que el representante efectúa las confirmaciones mencionadas. En el caso de los canales telemarketing y LEADS se envía además al representante un sms/email con el siguiente texto “Oferta EDP: Por favor, responde con un SI a este SMS para aceptar y activar descuentos.” (evidencias 10 y 12).

B. Distribuidores: En el caso de oficinas comerciales propias de EDP Comercializadora DP, se solicita cumplimentado y firmado por ambas partes interesadas (representante y titular) un documento de autorización expresa en el que figuran los datos de ambas personas y copias de sus NIF.

En el canal oficinas comerciales propias (evidencia 5) la representación se acredita mediante un documento denominado “plantilla autorización gestiones representante”, en ella el titular (identificado con su nombre y DNI o CIF), en nombre propio o representación de la empresa autoriza al representante igualmente identificado con su nombre y DNI para realizar diferentes gestiones (alta/baja, cambio de titularidad, cambio de domiciliación bancaria y/o otras gestiones) debiendo indicarse en la casilla contigua a cada una de ellas cual o cuales son las gestiones autorizadas. Dicho documento exige la firma del autorizante y el autorizado. Asimismo, dicho documento contiene la siguiente advertencia “PARA TENER VALIDEZ, ESTA AUTORIZACIÓN DEBE PRESENTARSE ACOMPAÑADA DE FOTOCOPIA DEL DNI DEL TITULAR Y DEL AUTORIZADO. CUANDO SE TRATE DE AUTORIZACIÓN CONCEDIDA POR UN REPRESENTANTE DEL TIPO S.A., S.L., A.I.E, U.T.E, CB, COMUNIDAD DE PROPIETARIOS, FUNDACIONES, COLEGIOS, ADEMÁS SE REQUERIRÁ FOTOCOPIA DE LA ESCRITURA DE PODER OPORTUNA”.

C. Fuerzas de Venta Externas: En el caso de las fuerzas de venta externas (stands de ferias, centros comerciales y visitas a domicilio, siempre que exista solicitud previa por parte del interesado), se utiliza para acreditar la representación un documento denominado talonario de ventas (evidencia 6). En dicho talonario, se contienen espacios para cumplimentar los datos del titular del contrato (nombre, apellidos, teléfono y correo electrónico) y datos del representante (nombre, NIF y domicilio) y se incluyen varias casillas para marcar que el representante lo es en calidad de cónyuge/pareja registrada, ascendiente/ descendiente o apoderado) debajo de tales casillas un texto señala que “declara disponer de facultades suficientes para suscribir el presente contrato en nombre del cliente a quien se responsabiliza de informar de

todas las condiciones del mismo.” Se realiza una grabación de verificación donde se confirma con el representante los datos del representado, así como la relación o parentesco que les une (evidencia 16)

4. Consta en las evidencias presentadas que en los subcanales de contratación telefónica se informa a los representantes de que “En nombre de su representado, y tras superar un análisis del riesgo de la operación, haremos las gestiones necesarias para activar los contratos de acceso, momento a partir del cual entrará en vigor el nuevo contrato quedando resuelto el anterior.”

5. Consta que durante el proceso de contratación, en los canales de contratación telefónica se solicita al representante el consentimiento en nombre del representado para llevar a cabo otros tratamientos como el envío de ofertas relacionadas con la energía adaptadas a su perfil tras la finalización del contrato o remitirle en cualquier momento información de productos o servicios no energéticos de empresas o colaboradas de EDP. (evidencias 2, 3 y 4).

Durante dicho proceso, se solicita también el consentimiento del representante en nombre del representado para completar el perfil comercial con información de bases de datos de terceros, con la finalidad de enviarle propuestas personalizadas y la posibilidad de contratar o no determinados servicios.

En el canal de fuerzas externas, está prevista igualmente la posibilidad de prestar tales consentimientos. Tal y como muestra la evidencia 6 bajo el título CLIENTE/REPRESENTANTE, tras advertir que la información relativa a protección de datos puede leerse en el reverso, permite marcar los siguientes consentimientos, marcando la casilla conjunta a cada uno de ellos:

☐ Consiento el tratamiento de mis datos personales una vez finalizada la relación contractual, para la realización de comunicaciones comerciales adaptadas a mi perfil de productos y servicios relativos al suministro y consumo de energía. Asimismo, consiento los mencionados tratamientos durante la vigencia y tras la finalización del contrato, sobre productos y servicios no energéticos, tanto de las empresas del Grupo EDP como de terceros.

☐ Consiento el tratamiento de mis datos personales para la elaboración de mi perfil comercial con información proveniente de bases de datos de terceros, para la adopción, por parte de EDP, de decisiones automatizadas con la finalidad de enviar propuestas comerciales personalizadas, así como para permitir, o no, la contratación de determinados servicios.

6. Consta en las evidencias 2, 3 y 4 que durante el proceso de contratación telefónica se aporta al representante la siguiente información: “Sus datos personales y los de su representado serán tratados por EDP Comercializadora SAU y EDP Energía SAU para la gestión de sus contratos, prevención de fraude, realización de perfiles basados en información del cliente y de EDP, así como la realización de comunicaciones personalizadas sobre productos o servicios directamente relacionados con sus contratos, pudiendo en cualquier momento oponerse a las mismas”.

En el canal telemarketing y leads evidencias 3 y 4 se añade lo siguiente “Les recordamos que podrán ejercitar en cualquier momento sus derechos de acceso,

rectificación, oposición, supresión, limitación y portabilidad, a través de cualquiera de las vías indicadas en las Condiciones Generales que pueden consultar en nuestra web www.edpenergia.es.”

Dicha información no consta en la evidencia 2 correspondiente al canal CAC inbound.

En el canal oficinas propias la información que se facilita es la siguiente (evidencia 5) “Los interesados quedan informados que los datos de carácter personal facilitados en este formulario serán tratados como responsable del tratamiento por EDP ENERGÍA, S.A.U. y EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. con el fin de que puedan ser utilizados para la tramitación de la gestión autorizada.

Los datos personales que usted nos facilita serán utilizados, en la forma y con las limitaciones y derechos que reconoce el Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679.

Los interesados cuyos datos sean objeto de tratamiento podrán ejercitar los derechos de acceso, rectificación, supresión, portabilidad, limitación y oposición al tratamiento de estos datos, acreditando su identidad, mediante email dirigido a cclopd@edpenergia.es o mediante escrito dirigido al responsable del tratamiento a la dirección Plaza del Fresno, 2 – 33007 Oviedo (Asturias). Igualmente, podrá ponerse en contacto con el Delegado de Protección de Datos de EDP, en la misma dirección postal o en el correo electrónico dpd.es@edpenergia.es, en el caso de que entienda vulnerado alguno de sus derechos relacionados con la protección de datos, o en su caso, interponer una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos “

En el Canal fuerzas externas, el talonario de ventas proporciona la siguiente información. En el reverso de la primera página aparece un apartado, titulado “Información básica sobre Protección de Datos”: en el que figura lo siguiente:

“Los datos personales serán tratados por parte de EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. y EDP ENERGÍA, S.A.U. (en adelante, conjuntamente, EDP) en calidad de Responsables del Tratamiento, para el mantenimiento, desarrollo, cumplimiento y gestión de la relación contractual, prevención del fraude, realización de perfiles basados en información facilitada por el Cliente y/o derivada de la prestación del servicio por parte de EDP, así como envío de comunicaciones comerciales, relativas a productos y servicios relacionados con el suministro y consumo de energía, mantenimiento de instalaciones y equipamiento, y que podrán ser personalizadas en base a su perfil de Cliente, según se informa en las Condiciones Generales, pudiendo oponerse en cualquier momento al envío de comunicaciones comerciales. Adicionalmente, el Cliente presta su consentimiento explícito para los tratamientos de datos personales recogidos en el anverso. Sin perjuicio de los consentimientos prestados, el cliente podrá ejercitar, en todo momento, sus derechos de acceso, rectificación, oposición, supresión, limitación y portabilidad, a través de cualquiera de las vías indicadas en las Condiciones Generales.”

En la parte de condiciones generales figura la siguiente información relativa a protección de datos personales:

“LOPD Finalidades del tratamiento de los datos personales. De acuerdo con lo dispuesto en la normativa vigente el cliente queda informado de que todos los datos facilitados en el presente contrato son necesarios a los efectos de su formalización.

Dichos datos, además de los obtenidos como consecuencia de la ejecución del contrato, serán tratados por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U, con domicilio en c/General Concha, 20, 48001, Bilbao y por EDP ENERGIA, S.A.U con domicilio en Plaza del Fresno, 2 -33007, Oviedo en su calidad de Responsables del tratamiento, con la finalidad de gestionar, mantener, desarrollar, cumplimentar y controlar la contratación de suministro de electricidad y/o gas y/o servicios complementarios de y/o gas y/o servicios complementarios de revisión y/o asistencia técnica y/o programa de puntos, y/o mejora del servicio, para la realización de acciones de prevención del fraude, así como realización de perfiles, comunicaciones comerciales personalizadas basadas en información facilitada por el Cliente y/o derivada de la prestación del servicio por parte de EDP y relativas a productos y servicios relacionados con el suministro y consumo de energía, mantenimiento de instalaciones y equipamientos. Dichos tratamientos serán realizados dando estricto cumplimiento a la legislación vigente y en la medida que sean necesarios para la ejecución del contrato y/o la satisfacción de los intereses legítimos de EDP, siempre que sobre estos últimos no prevalezcan otros derechos del cliente.

Siempre que el cliente lo haya aceptado explícitamente, sus datos personales serán tratados, incluso una vez finalizada la relación contractual y siempre que no se produzca la oposición a dicho tratamiento, para:

(I) La promoción de servicios financieros, servicios de protección de pagos, automoción o afines y electrónica, propios o de terceros, ofrecidos por EDP y/o la participación en concursos promocionales, así como para la presentación de propuestas comerciales vinculadas al sector energético tras la finalización del contrato, (II) La elaboración de perfiles comerciales del Cliente mediante la agregación de las bases de datos de terceros, con el fin de ofrecer al Cliente productos y servicios personalizados, mejorando así la experiencia del cliente, (III) La adopción de decisiones automatizadas, tales como permitir la contratación, o no, de determinados productos y/o servicios basadas en el perfil del Cliente y particularmente, en datos tales como, el histórico de impagos, el histórico de contrataciones, permanencia, ubicaciones, datos de consumo, tipos de dispositivos conectados a la red energética, y datos semejantes que permitan conocer con mayor detalle los riesgos asociados a la contratación. (IV) Tomando como base los resultados obtenidos de la agregación de los datos indicados, EDP podrá realizar ofertas personalizadas, y concretamente orientadas a lograr la contratación de determinados productos y/o servicios de EDP o de terceras entidades en función de si el cliente así lo ha consentido o no, siendo en todo caso tratados datos cuya antigüedad no superará un año. En caso de que dicho proceso se llevara a cabo de forma automatizada, el cliente siempre tendrá derecho a obtener intervención humana por parte de EDP, admitiéndose la impugnación y en su caso valoración de la decisión resultante.

Categorías de datos tratados

En virtud de la relación contractual, EDP podrá tratar los siguientes tipos de datos personales: (I) Datos identificativos (nombre, apellidos, DNI, dirección postal, dirección de correo electrónico, punto de suministro, etc.), (II) Códigos o claves de identificación de usuario y/o Cliente, (III) Datos de características personales (fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad, etc.), (IV) Datos de circunstancias sociales (aficiones, estilo de vida, estado civil, etc.), (V) Datos de consumo energético y hábitos de vida derivados de éstos, (VI) Datos económicos, financieros, de solvencia y/o de seguros.

Los datos personales serán conservados durante la vigencia de la relación contractual y como máximo, durante el plazo de prescripción de las acciones legales correspondiente, salvo que el Cliente autorice su tratamiento por un plazo superior, aplicándose desde el comienzo del tratamiento medidas organizativas y de seguridad para garantizar la integridad, confidencialidad, disponibilidad y resiliencia de los datos personales

Comunicaciones y destinatarios de los datos personales.

Todos los datos personales derivados de la prestación del servicio y los obtenidos en virtud del presente contrato podrán ser comunicados a las siguientes entidades:

- i) La empresa distribuidora correspondiente, produciéndose con la misma un intercambio de información permanente para la adecuada prestación del servicio, entre ellos la solicitud de acceso a su red, las lecturas (que en el caso de contador telegestionado serán horaria) y/o estimación de consumo, control de calidad del suministro, solicitud de cortes de suministro, modificaciones en la potencia, etc.
- ii) Los Organismos y Administraciones Públicas que por Ley corresponda.
- iii) Los Bancos y entidades financieras para el cobro de los servicios prestados.
- iv) Otras empresas del grupo empresarial, únicamente para fines administrativos internos y la gestión de los productos y servicios contratados.
- v) Servicios de solvencia patrimonial y crédito de ámbito nacional (Asnef-Equifax, ...) a los que en caso de impago, sin causa justificada por parte del Cliente, se podrá comunicar la deuda, así como servicios de prevención contra el fraude, con el único fin de identificar información errónea o fraudulenta facilitada durante el proceso de contratación.
- vi) Proveedores de EDP necesarios para el adecuado cumplimiento de las obligaciones contractuales, incluso aquellos que pueden estar ubicados fuera del Espacio Económico Europeo encontrándose en tal caso debidamente adecuada la transferencia internacional de datos.

Derechos del titular de los datos

El cliente contará en todo momento con la posibilidad de ejercitar de forma libre y completamente gratuita los siguientes derechos:

- i) Acceder a sus datos personales que sean tratados por parte de EDP.
- ii) Rectificar sus datos personales que son tratados por parte de EDP que resulten inexactos o incompletos.
- iii) Suprimir sus datos personales que son tratados por EDP
- iv) Limitar el tratamiento por parte de EDP de todos o parte de sus datos personales.
- v) Oponerse a determinados tratamientos y adopción de decisiones automatizadas de sus datos personales, requiriendo la intervención humana en el proceso, así como a impugnar las decisiones que sean finalmente adoptadas en virtud del tratamiento de sus datos.
- vi) Portar sus datos personales en un formato interoperable y autosuficiente.
- vii) Retirar en cualquier momento, los consentimientos otorgados previamente.

De conformidad con la normativa vigente, el usuario puede ejercer sus derechos solicitándolo por escrito, y junto a una copia de documento fehaciente de acreditación de la identidad, en la siguiente dirección postal: Plaza del Fresno, 2, 33007 Oviedo o en el correo electrónico cclopd@edpenergía.es

Igualmente, podrá ponerse en contacto con el delegado de protección de datos de EDP en la siguiente dirección postal Plaza del Fresno, 2, 33007 Oviedo o en el correo electrónico dpd,es@edpenergía.es, en el caso de que entienda vulnerado alguno de sus derechos relacionados con la protección de datos, o en su caso, interponer una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos, en la dirección Calle de Jorge Juan, 6, 28001. Madrid “

7. Consta que el número de contratos suscritos en los años 2018 y 2019 por terceros en representación de personas físicas es el siguiente:

A. Canal Telefónico:

A.1 – CAC INBOUND

Año Canal	Representación	Nº Contratos
2018 CAC	Parentesco	1.346
2018 CAC	Sin parentesco	394
2019 CAC	Parentesco	983
2019 CAC	Sin parentesco	278

A.2 – TELEMARKETING

Año Canal	Representación	Nº Contratos
2018 TELEMARKETING	Parentesco	2.865
2018 TELEMARKETING	Sin parentesco	82
2019 TELEMARKETING	Parentesco	1.201
2019 TELEMARKETING	Sin parentesco	42

A.3 – LEADS

Año Canal	Representación	Nº Contratos
2018 LEADS	Parentesco	5.518
2018 LEADS	Sin parentesco	849
2019 LEADS	Parentesco	6.127
2019 LEADS	Sin parentesco	1.160

B. Web: No se contempla la contratación con representante.

C. Distribuidores (Oficinas comerciales propias):

Año Canal	Representación	Nº Contratos
2018 OCCC	Parentesco	194
2018 OCCC	Sin parentesco	67
2019 OCCC	Parentesco	174
2019 OCCC	Sin parentesco	78

D. Fuerzas de Venta Externas: (stands ferias, centros comerciales – visita a domicilio)

Año Canal	Representación	Nº Contratos
2018 FVE	Parentesco	10.758
2018 FVE	Sin parentesco	118
2019 FVE	Parentesco	1.556
2019 FVE	Sin parentesco	58

8.Consta que con fecha 16 de julio tuvo entrada en la AEPD escrito de EDP Comercializadora S.A.U. en el que expone que” ha revisado el procedimiento a seguir en las contrataciones por terceros en nombre del titular, a fin de fortalecer dicho procedimiento y reducir los riesgos de posibles suplantaciones de identidad realizadas de mala fe por la parte contratante en este tipo de procesos, teniendo en cuenta, adicionalmente, las necesidades particulares identificadas con motivo del estado de alarma decretado el pasado mes de marzo y que necesariamente ha requerido que todas las contrataciones sean realizadas de forma no presencial.

Que a fin de poner en el conocimiento de la AEPD las concretas acciones que se están llevando a cabo en relación con este asunto por parte de EDP, en cumplimiento de su deber de cumplimiento proactivo (accountability), les adjuntamos el “Procedimiento de contratación por terceros en nombre del titular”, para que tengan visibilidad sobre las modificaciones que se están implementando en dichos procesos con el fin de atender su petición al respecto, así como para poner de manifiesto la proactividad de EDP en cuanto a su sugerencia de adaptación de dicho procedimiento.” Dicho procedimiento se detalla a continuación.

9. EDP COMERCIALIZADORA S.A.U, aporta en respuesta a la petición efectuadas por esta Agencia en el marco de las actividades de investigación extracto del Registro de Actividades de Tratamiento que incluye los registros relativos a las actividades que se realizan en el ámbito de la contratación de productos y/o servicios y el análisis de riesgos realizado relativo a los tratamientos que se realizan en el contexto de la contratación de productos y/o servicios.

El análisis de riesgos se contiene en un documento de Excel, no contiene fecha ni firma. Se enumeran 15 factores de riesgo; 1. Información comercialmente sensible, 2. Comunicaciones Comerciales, 3. Origen Datos (fuente externa o interna), 4. Cesiones de Datos. 5, Encargados Tratamiento. 6. Transferencias internacionales. 7. Actividades de scoring/Profiling. 8.Decisiones automatizadas. 9. Monitorización sistemática de titulares. 10. Categorías especiales de datos. 11. Tratamientos de datos a gran escala. 12. Interconexiones de datos/ Big Data. 13. Datos Menores/ Titulares vulnerables. 14. Aplicación o uso de tecnologías innovadoras.15. Tratamiento inevitable/ Restricción ejercicio derechos o acceso servicio. En cuanto a la valoración potencial del riesgo inherente, la escala de riesgo tiene 4 niveles: bajo, con una valoración de 0 a 12; medio valoración de 13 a 25; alto de 26 a 38 y muy alto de 39 a 51. La valoración o peso que se da a cada uno de los factores de riesgo es de 1 a 4. En el análisis de riesgos se marca para cada uno de los canales de venta un sí o un no en cada uno los 15 factores de riesgo antes enumerados. La suma del peso atribuido a de cada uno de los factores para cada canal determina el riesgo inherente. El resultado del riesgo inherente es medio en todos los canales de contratación, excepto en los canales web y fuerzas externas a través de visitas a domicilio en los que el resultado del riesgo inherente es bajo. No se indican medidas de corrección de riesgo.

Estos documentos se declaran reproducidos en este acto a efectos probatorios

10. Consta que para acceder a las Condiciones Generales, a las que se remite en los procesos telefónicos para obtener el resto de la información respecto al tratamiento de los datos personales, en la página www.energía.es debe seguirse el proceso siguiente:

-Acceso mediante el navegador de internet a la dirección <https://www.edpenergia.es/es/>

- Introducción en el buscador de la propia página del texto: "Condiciones Generales"

-El sitio de internet muestra, bajo la siguiente dirección: <https://www.edpenergia.es/es/buscadorGeneral.do?tiposBusqueda=C%7CM%7CD&idMenuSegmento=18&textoBusqueda=Condiciones+Generales>, 2 pestañas una denominada información relacionada y otra Documentos.

-Se selecciona la pestaña "Documentos" de los Resultados de la búsqueda. Ésta ofrece un total de 78 resultados, correspondiendo el tercero de ellos a las "Condiciones generales de contratación".

-Se seleccionan las "Condiciones generales de contratación" y automáticamente se abre una nueva ventana del navegador apuntando a la siguiente dirección de internet: <https://www.edpenergia.es/resources/doc/comercial/2019/09/10/condicionesgenerales-de-contratacion.pdf>, donde puede descargarse el documento.

11. Se aportan los siguientes documentos en apoyo de las alegaciones formuladas:

Anexo.1.a) Metodología de análisis de riesgos y realización de Días

- Anexo 1.b) RAT contratación EDP
- Anexo 1.c) Evaluación de riesgos RAT- Contratación EDP
- Anexo 1.e) Evaluaciones de impacto -Valoraciones de Riesgos
- Anexo 1.f) Evaluaciones de impacto- Informes

Anexo 2 :

- Metodología_Privacy by Design by Default de EDP
- Instrucción Operativa Privacy by Design & Privacy by Default
- Formulario Privacy by Design & Privacy by Default
- Flujograma Procedimiento Privacy By Design.

Anexo 4:

- Ejemplos de solicitudes de ejercicio de derechos.

La Metodología de análisis de riesgos y realización de DPIAS (DATA PRIVACY ASSESSMENTS) contiene en su primera página un histórico de versiones, siendo la fecha de la versión inicial 24/11/2017 y la última el 11/05/2018 fecha de la revisión previa a la aplicabilidad del RGPD. A ella se acompañan diversos anexos cuya fecha no consta.

El documento contenido en el anexo 1.b RAT, EDP, cuya fecha no consta, incluye una finalidad de tratamiento no incluida en el Registro de actividades de tratamiento remitidas a esta Agencia con fecha 17 de junio de 2020. En concreto dicho tratamiento que ahora se incluye tiene el siguiente contenido:

Responsable: EDP Comercializadora S.A.U.

Finalidad del tratamiento: “Realización de Scoring de clientes del segmento B2C previo a la contratación”,

Descripción: “Realización de Scoring de clientes del segmento B2C previo a la contratación de acuerdo a la deuda pendiente interna e información de ficheros de solvencia (ASNEF).”

Categoría de los titulares de los datos: “Clientes y clientes potenciales.”

Categoría de datos personales tratados: “Datos identificativos y datos económicos.”

Base legal para la realización del tratamiento: “Satisfacción de intereses legítimos.”

Plazo de conservación de los datos personales: “5 años desde la finalización de la relación contractual. La deuda cierta, vencida y exigible derivada de la ejecución del contrato se mantendrá hasta su cancelación o el plazo de prescripción de las acciones legales pertinentes de recobro.”

Cesiones de datos (destinatarios datos, diferentes a los encargados del tratamiento): “ASNEF es corresponsable de tratamiento, según deberá recoger el acuerdo firmado con ASNEF.”

Categorías encargados tratamiento: La casilla no tiene contenido.

Transferencia internacional de datos: No

El anexo 1.c) bajo el nombre “Evaluación de Riesgos RAT- Contratación EDPD”, cuya fecha tampoco se refleja en el documento, contiene el análisis de riesgos, en forma de matriz, igual al presentado en fecha 17 de junio de 2020, con el mismo contenido, si bien se han añadido dos columnas bajo el título el “tratamiento requiere PIA”, las dos tituladas “Nº de criterios EDP-W29”, en la primera se indica un número que parece corresponderse con su título y en la segunda se indica la necesidad de efectuar una evaluación de impacto. En dicha matriz aparece también un nuevo tratamiento cuya finalidad es la “Realización de Scoring de clientes del segmento B2C previo a la contratación”.

Se aportan diversos documentos titulados evaluaciones de impacto, cuya fecha tampoco consta, estas evaluaciones de impacto son las siguientes:

-Evaluación de riesgos realización de Scoring de clientes B2C previo a la contratación, en el que entre otras amenazas se indican las siguientes:

-“la base que legitima el tratamiento no es adecuada, es ilícita o no se ha formulado adecuadamente”, cuyo probabilidad se fija como alta, con un impacto calificado como muy alto y resultando el riesgo inherente Alto. En cuanto a los controles implantados frente a dicha amenaza se señala que “la base legal del tratamiento es satisfacer un interés legítimo (prevención del fraude)”.

–“En el momento de la recogida de los datos no se proporciona la información mínima prevista a la persona o no se le proporciona ninguna información.” En este supuesto se considera que “no aplica” ni la probabilidad ni el impacto, ni existe un riesgo inherente, siendo los controles la “cláusula de Protección de datos incluida en el contrato firmado con el cliente con toda la información requerida por el RGPD” y la “información facilitada al cliente previamente a la realización del proceso de scoring”

-Evaluación de canal leads a convertir por telemarketing

-Evaluación de riesgos Telemarketing upselling y abandonos

-Evaluación de riesgos canal CAC a clientes o clientes potenciales (inbound)

-Evaluación CanalOCC clientes y potenciales clientes

- Evaluación de riesgos canal tiendas ajenas para venta a clientes potenciales.

En todas estas evaluaciones de impacto se contemplan como amenazas entre otras muchas, las relativas a que “la base que legitima el tratamiento no es adecuada, es

ilícita o no se ha formulado adecuadamente” y “en el momento de la recogida de los datos no se proporciona la información mínima prevista a la persona o no se le proporciona ninguna información” En ambos casos se valora la probabilidad como alta, el impacto como muy alto y el riesgo inherente alto. Se mencionan los controles adoptados, referidos a la base legitimadora del tratamiento en el primero de los casos y “cláusula de Protección de datos incluida en el contrato firmado con el cliente con toda la información requerida por el RGPD” en el segundo. Se describen entre los controles en curso para ambas amenazas en todos los canales, excepto en el canal OCCC, “la implantación de un nuevo procedimiento de contratación a través de representante, incorporando el envío de un mensaje SMS/Email a través del cual se facilita la información básica necesaria en materia de protección de datos al titular del contrato.”

No se expresa la fecha en que se incorporaron las actuaciones en curso a las correspondientes evaluaciones de impacto.

Estos documentos se declaran reproducidos en este acto a efectos probatorios.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27/04/2016, relativo a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales y a la Libre Circulación de estos Datos (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD) reconoce a cada Autoridad de Control, y según lo establecido en los artículos 47, 48, 64.2 y 68.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para iniciar y resolver este procedimiento.

El artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que: *“Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se registrarán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos.”*

II

El artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), bajo la rúbrica “Definiciones”, dispone lo siguiente:

“2) «tratamiento»: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos

automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”.

7) «responsable del tratamiento» o «responsable»: *la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros”*

El artículo 24.1 del RGPD dispone respecto de la responsabilidad del responsable del tratamiento que *“Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario.”*

En el presente supuesto, consta que EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U es el responsable de los tratamientos de datos, referidos en los antecedentes de hecho del presente acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, toda vez que, conforme a la definición del artículo 4.7 del RGPD, es quien determina la finalidad y medios de los tratamientos realizados con las finalidades señaladas en la documentación aportada relativa a la contratación de sus servicios, por lo que en su condición de responsable del tratamiento está obligada a cumplir con lo dispuesto en el transcrito art 24 del RGPD y en especial en cuanto al control efectivo y continuado de “medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento”

Asimismo, el artículo 25.1 del RGPD establece que *“Teniendo en cuenta el estado de la técnica, el coste de la aplicación y la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento, así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad que entraña el tratamiento para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, como la seudonimización, concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos, como la minimización de datos, e integrar las garantías necesarias en el tratamiento, a fin de cumplir los requisitos del presente Reglamento y proteger los derechos de los interesados.”*

Se tiene en cuenta a estos efectos lo señalado en los siguientes considerandos del RGPD:

74. “Debe quedar establecida la responsabilidad del responsable del tratamiento por cualquier tratamiento de datos personales realizado por él mismo o por su cuenta. En particular, el responsable debe estar obligado a aplicar medidas oportunas y eficaces y ha de poder demostrar la conformidad de las actividades de tratamiento con el presente Reglamento, incluida la eficacia de las medidas. Dichas medidas deben tener

en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como el riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas.”

75. “Los riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas, de gravedad y probabilidad variables, pueden deberse al tratamiento de datos que pudieran provocar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales, en particular en los casos en los que el tratamiento pueda dar lugar a problemas de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico o social significativo; en los casos en los que se prive a los interesados de sus derechos y libertades o se les impida ejercer el control sobre sus datos personales; en los casos en los que los datos personales tratados revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la religión o creencias filosóficas, la militancia en sindicatos y el tratamiento de datos genéticos, datos relativos a la salud o datos sobre la vida sexual, o las condenas e infracciones penales o medidas de seguridad conexas; en los casos en los que se evalúen aspectos personales, en particular el análisis o la predicción de aspectos referidos al rendimiento en el trabajo, situación económica, salud, preferencias o intereses personales, fiabilidad o comportamiento, situación o movimientos, con el fin de crear o utilizar perfiles personales; en los casos en los que se traten datos personales de personas vulnerables, en particular niños; o en los casos en los que el tratamiento implique una gran cantidad de datos personales y afecte a un gran número de interesados.”

76. “La probabilidad y la gravedad del riesgo para los derechos y libertades del interesado debe determinarse con referencia a la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento de datos. El riesgo debe ponderarse sobre la base de una evaluación objetiva mediante la cual se determine si las operaciones de tratamiento de datos suponen un riesgo o si el riesgo es alto.”

Por consiguiente, el responsable del tratamiento debe llevar a cabo un análisis de los riesgos que los tratamientos de datos que efectúa puedan tener para los derechos y libertades de las personas físicas, implantando las medidas técnicas y organizativas apropiadas para aplicar los principios de protección de datos e integrar las garantías necesarias en el tratamiento a fin de cumplir los requisitos del RGPD, debiendo poder demostrar que el tratamiento es conforme con lo previsto en la citada norma.

Los principios de protección de datos se encuentran recogidos en el artículo 5 del RGPD, debiendo destacarse aquí el primero de ellos relativo a la licitud del tratamiento. Conforme al artículo 5.1.a del RGPD “Los datos personales serán: a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»); El número segundo del artículo 5 dispone que “El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).

La licitud del tratamiento implica que los datos personales solamente pueden ser tratados por el responsable del tratamiento cuando concurra alguna de las bases legitimadoras enumeradas en el artículo 6 del RGPD.

Teniendo en cuenta la documentación aportada por el responsable del tratamiento, cabe señalar que la contratación de los servicios de gas por parte de EDP, COMERCIALIZADORA, S.A.U. puede llevarse a cabo por diferentes canales siendo estos los siguientes:

- A- Telefónico, que incluye los siguientes subcanales: CAC Inbound, Telemarketing y Leads.
- B. Canal Web.
- C. Distribuidores, que incluye Oficinas Comerciales propias de EDP y Tiendas ajenas.
- D. Fuerzas de Venta Externas, que pueden ser: Stands en Ferias, Centros Comerciales, etc., o visitas a domicilio con solicitud previa.

Conforme a dicha documentación, la contratación del servicio puede llevarse a cabo con un representante del cliente, excepto cuando se trata del canal web y el subcanal tiendas ajenas en que no está permitida. El examen de los procedimientos de contratación del servicio descritos por el responsable y la documentación aportada evidencian que cuando la contratación del servicio se lleva a cabo mediante representante no se requiere a éste que acredite la representación que dice ostentar. Esta ausencia de acreditación tiene una única excepción cuando la contratación del servicio se efectúa en el subcanal Oficinas comerciales propias en que se recaba un documento acreditativo de la autorización otorgada para la contratación por el representado unida a la presentación del DNI de éste (evidencia 5).

De este modo, en la medida en que no se ha implantado un procedimiento que permita acreditar la representación de quien efectúa una contratación en nombre de un tercero, se pueden generar diversos riesgos pudiendo mencionarse, a título de ejemplo, el consistente en un tratamiento de datos del representado sin legitimación, el riesgo de suplantación de identidad o los perjuicios económicos o de otro tipo que se puedan ocasionar al interesado como consecuencia del cambio de compañía suministradora del servicio con la consiguiente cancelación del contrato de origen o el cambio de titularidad del contrato o de la modalidad del contrato con la compañía suministradora, sin que el interesado haya consentido tales cambios.

En segundo lugar, en la documentación aportada se observa que en el canal de contratación telefónica (subcanales CAC inbound, Telemarketing y leads) junto a la contratación del servicio, se solicita el consentimiento para llevar a cabo otros tratamientos, tales como el envío de ofertas relacionadas con la energía adaptadas al perfil del cliente tras la finalización del contrato o la remisión en cualquier momento de información de productos o servicios no energéticos de empresas colaboradoras o de EDP. Esta solicitud se efectúa al representante como se desprende de la propia literalidad del texto de las evidencias 2, 3 y 4 remitidas, según las cuales se pregunta a éste: “¿Nos permite presentar a su representado ofertas relacionadas con la energía adaptadas a su perfil tras la finalización del contrato, o remitirle en cualquier momento información de productos y servicios no energéticos, de Empresas Colaboradoras o de EDP?” (evidencia 2) “¿Nos permite presentar a su representado ofertas relacionadas con la energía tras la finalización del contrato, o remitirle en cualquier momento información de productos y servicios del sector financiero, asegurador y de automoción, de Empresas Colaboradoras o de EDP?” (evidencia 3). “¿Nos permite presentarle ofertas relacionadas con la energía adaptadas a su perfil tras la finalización del contrato, o remitirle en cualquier momento información de productos y servicios no energéticos, de Empresas Colaboradoras o de EDP? (evidencia 4).

En ninguno de los tres supuestos, según se desprende del análisis de los procedimientos seguidos por el responsable en los procesos de contratación, se solicita acreditación de que el representante ha sido autorizado para prestar tal consentimiento en nombre del representado.

Tampoco se acredita que el representante haya sido autorizado por su representado para consentir el tratamiento de datos con fines publicitarios a que arriba se ha hecho referencia, en el caso de que así lo haga, cuando el proceso de contratación se lleve a cabo a través del canal de oficinas comerciales propias de EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. ya que no se contempla tal posibilidad en el documento presentado como evidencia 5, en el que se contienen las autorizaciones para diversos tratamientos por parte del representante, debiendo tenerse en cuenta que debe, en su caso, tratarse de un mandato específico sin que pueda deducirse de una autorización general para otros tratamientos.

En el caso de la contratación a través del canal fuerzas externas, la evidencia 6, a la que el responsable denomina talonario de ventas, contiene, en el recuadro titulado “cliente/representante”, una casilla para consentir el tratamiento de datos personales, en los siguientes términos: “Consiento el tratamiento de mis datos personales una vez finalizada la relación contractual, para la realización de comunicaciones comerciales adaptadas a mi perfil de productos y servicios relativos al suministro y consumo de energía. Asimismo, consiento los mencionados tratamientos durante la vigencia y tras la finalización del contrato, sobre productos y servicios no energéticos, tanto de las empresas del Grupo EDP como de terceros.” En dicho contrato o talonario de ventas, como se ha denominado por el responsable, consta igualmente, tras los espacios destinados a los datos del representante que “declara disponer de facultades suficientes para suscribir el presente contrato en nombre del cliente a quien se responsabiliza de informar de todas las condiciones del mismo.” Tampoco en este procedimiento de contratación se exige una acreditación de la representación que se dice ostentar para contratar o prestar el consentimiento para otros tratamientos en nombre del representado, siendo la representación meramente declarada por el representante.

Tampoco en estos supuestos se ha implantado un procedimiento que permita acreditar que el representante disponía de la autorización del representado para consentir tales tratamientos, produciéndose el riesgo de tratamiento de datos del representado sin legitimación, quedando éste expuesto a la recepción de publicidad incluso después de finalizada la relación contractual. En el caso del canal fuerzas de venta externas se incrementa el riesgo, dado que ni siquiera se envía el contrato al representado, sino que se le da la copia al representante al que se responsabiliza de informar al representado.

En tercer lugar, se observa en la documentación obrante en el presente procedimiento que, en el momento de la contratación a través del canal telefónico, en todos los subcanales, se solicita al representante permiso para “completar el perfil comercial del representado con información de bases de terceros, con la finalidad de enviarle propuestas comerciales y la posibilidad de contratar o no determinados servicios” (evidencia 2, 3 y 4). Al igual que en el supuesto anterior no queda acreditado que el representante esté autorizado por el representado para consentir tal tratamiento.

Lo mismo puede decirse cuando el consentimiento para este tratamiento se presta por el representante en el canal oficinas comerciales propias, ya que no consta tampoco en el documento en que se reflejan las autorizaciones que se otorgan al representante (evidencia 5), autorizaciones específicas para que el representante preste su consentimiento para tales tratamientos.

En el caso del canal fuerzas externas, en el denominado talonario de ventas, aparece una casilla para prestar el consentimiento, que se formula de la siguiente manera: “Consiento el tratamiento de mis datos personales para la elaboración de mi perfil comercial con información proveniente de bases de datos de terceros, para la adopción, por parte de EDP, de decisiones automatizadas con la finalidad de enviar propuestas comerciales personalizadas, así como para permitir, o no, la contratación de determinados servicios.” Igualmente, no se exige acreditación de la autorización del representado para prestar su consentimiento a estos tratamientos, considerando que basta su declaración en tal sentido. Por otra parte, al igual que se puso de manifiesto anteriormente, se aumenta el riesgo para el representado toda vez que del talonario de ventas (evidencia 6) se desprende que se entrega una copia del documento al representante al que se responsabiliza de informar al representado.

Tampoco en estos supuestos se ha implantado un procedimiento que permita acreditar que el representante disponía de la autorización del representado para consentir tales tratamientos, quedando el interesado expuesto a que se haga un perfilado con información procedente de bases de datos de terceros o se tomen decisiones automatizadas respecto de él sin haberlo consentido.

En las alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento se manifestaba que la libertad de forma en el modo establecido en el Código Civil para el contrato de mandato resulta incompatible con la obtención de una evidencia de la existencia de la representación o mandato, más allá de las manifestaciones del mandatario, amparada en la buena fe contractual. Sin embargo, tal y como esta Agencia ha señalado en la propuesta de resolución, nada impide que una de las partes de un contrato requiera a quien actúa como mandatario de la otra parte la acreditación de la representación que dice ostentar, prueba de ello es que la propia EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. así lo exige en su procedimiento de contratación en el canal oficinas comerciales propias, requiriendo al representante un documento acreditativo de la autorización otorgada para la contratación por el representado firmada por ambos a la que debe acompañarse el DNI tanto del representante como del representado. Se alega ahora por dicha entidad que no está obligada a efectuar con los terceros autorizados que contratan a través del canal telefónico o fuerzas de venta externas ninguna comprobación sobre la existencia y alcance de su mandato, sobre la base de que la posibilidad de comprobación de los poderes del mandante constituyen una carga para el mandatario, no para el tercero, puesto que los intereses que se trata de salvaguardar, en el marco del derecho civil, son los de éste, y no los del mandatario ni tampoco los del mandante. Se alega, asimismo, que en el poder para contratar el servicio a través de tercero autorizado reside el poder para prestar los consentimientos inherentes al proceso de contratación, incluidos los relativos al tratamiento de datos personales.

Esta Agencia no puede compartir tales argumentos, la normativa de protección de datos personales pone el foco en la protección de este derecho de los interesados, de manera que sus datos solamente pueden ser tratados cuando existe una legitimación, sin la cual no puede llevarse a cabo ningún tratamiento de datos. En el caso que nos ocupa la legitimación puede derivar de la existencia de un contrato o de la prestación de un consentimiento para determinados tratamientos, de modo que si el contrato se efectúa por un tercero en representación del interesado o tales consentimientos se prestan por un tercero en nombre del interesado, el responsable del tratamiento debe actuar diligentemente para comprobar que efectivamente quien afirma estar autorizado para actuar en nombre de otro, efectivamente lo está y que esa autorización alcanza no solamente a la realización de un contrato, sino a la prestación de consentimientos para otros tratamientos de datos diferentes que se le solicitan durante el proceso de contratación. En este último caso, con mayor motivo puede dudarse de la existencia de tal autorización por el interesado para consentir tratamientos en su nombre, teniendo en cuenta que las solicitudes de consentimiento para el envío de comunicaciones comerciales y de la realización de perfiles se efectúan durante el proceso de contratación telefónica, de manera inesperada, de manera que es difícil pensar que el representado haya autorizado previamente al representante a prestar tales consentimientos. De la misma manera, resulta dudoso que en un proceso de contratación en el canal fuerzas externas, que debe recordarse se refiere a la contratación en stands de ferias o centros comerciales, exista una autorización previa para consentir tratamientos en nombre del representado, ya que tal solicitud se hace igualmente durante el proceso de contratación, agravándose el riesgo para el interesado en tanto que ni siquiera se le envía el contrato, sino que se le da copia al representante al que se responsabiliza de informar al representado.

De este modo el primero de los riesgos a valorar es precisamente la legitimación para cada tratamiento, y en particular, y en el caso de que se actúe mediante representante los riesgos que para el interesado tiene el tratamiento de sus datos sin la debida legitimación, en el caso de que el representante carezca de poder para permitir tales tratamientos.

El análisis de riesgos presentado inicialmente no contempla los riesgos mencionados anteriormente, limitándose a mencionar como riesgos las comunicaciones comerciales y el scoring/profiling, riesgos que ni siquiera se contemplan para el canal fuerzas de venta externas. El análisis de riesgos presentado con las alegaciones al acuerdo de inicio tampoco contempla tales riesgos, resultando sustancialmente igual al anterior incluyéndose solamente dos columnas que bajo el mismo título "Nº criterios EIPD-WP29" señalan en una de ellas el supuesto número de criterios y la necesidad de llevar a cabo una EIPD.

Se aportan con las alegaciones al acuerdo de inicio varias evaluaciones de impacto, una por cada uno de los canales de venta, en las que se se contemplan como amenazas, entre otras, las dos siguientes: "la base que legitima el tratamiento no es adecuada, es ilícita o no se ha formulado adecuadamente" y "en el momento de la recogida de los datos no se proporciona la información mínima prevista a la persona o no se le proporciona ninguna información" En ambos casos se valora la probabilidad como alta, el impacto como muy alto y el riesgo inherente como alto. Se mencionan los controles adoptados, que respecto de la primera amenaza vienen constituidos por la referencia a la base legitimadora del tratamiento y en el caso de la segunda se

señala como control adoptado lo siguiente: “cláusula de Protección de datos incluida en el contrato firmado con el cliente con toda la información requerida por el RGPD”. Se describen entre los controles en curso para ambas amenazas en todos los canales, excepto en el canal OCCC a clientes o clientes potenciales, “la implantación de un nuevo procedimiento de contratación a través de representante, incorporando el envío de un mensaje SMS/Email a través del cual se facilita la información básica necesaria en materia de protección de datos al titular del contrato.” No consta la fecha en que se incorporó a las evaluaciones de impacto esa actuación en curso.

Alega EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U que la AEPD pretende justificar el inicio de este expediente sancionador en la supuesta inexistencia de una documentación que nunca se ha solicitado. Y señala que cuenta con una metodología de identificación, análisis y gestión de riesgos, tanto para identificar los riesgos inherentes, como específicamente para valorar la necesidad de la realización de las Evaluaciones de Impacto, incluyendo como anexo la documentación justificativa que acredita sobradamente que cumple íntegra y plenamente con estas obligaciones.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que las obligaciones establecidas en los artículos 24 y 25 del RGPD no constituyen meras obligaciones formales, sino que como señala el artículo 24 “el responsable aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento.” Y el artículo 25, igualmente reitera que “*el responsable del tratamiento aplicará, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas, como la seudonimización, concebidas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos, como la minimización de datos, e integrar las garantías necesarias en el tratamiento, a fin de cumplir los requisitos del presente Reglamento y proteger los derechos de los interesados.*” Se trata además de una obligación dinámica, cada modificación de las medidas técnicas y organizativas debe igualmente ser objeto de un análisis de riesgos para determinar si dicha modificación es apta para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos e integrar las garantías necesarias en el tratamiento.

En el presente supuesto, con independencia de cuándo se haya incluido en cada Evaluación de impacto entre los controles en curso la implantación de ese nuevo procedimiento de contratación a través de representante, ya que dicha fecha no consta, no es hasta el 16 de julio de 2020 en que se presenta ante esta Agencia un escrito en el que se expone que “ha revisado el procedimiento a seguir en las contrataciones por terceros en nombre del titular, a fin de fortalecer dicho procedimiento y reducir los riesgos de posibles suplantaciones de identidad realizadas de mala fe por la parte contratante en este tipo de procesos, teniendo en cuenta, adicionalmente, las necesidades particulares identificadas con motivo del estado de alarma decretado el pasado mes de marzo y que necesariamente ha requerido que todas las contrataciones sean realizadas de forma no presencial.

Que a fin de poner en el conocimiento de la AEPD las concretas acciones que se están llevando a cabo en relación con este asunto por parte de EDP, en cumplimiento de su deber de cumplimiento proactivo (accountability), les adjuntamos el “Procedimiento de contratación por terceros en nombre del titular”, para que tengan visibilidad sobre las modificaciones que se están implementando en dichos procesos

con el fin de atender su petición al respecto, así como para poner de manifiesto la proactividad de EDP en cuanto a su sugerencia de adaptación de dicho procedimiento.” Dicho escrito no señalaba la fecha de implantación de tales medidas.

En las alegaciones al acuerdo de inicio de EDP COMERCIALIZADORA S.A.U., se expone que “el protocolo de contratación propuesto ha sido puesto en conocimiento de la AEPD en fecha 16 de julio de 2020, presentado en todo caso antes de recibir el escrito de Acuerdo de Inicio de Procedimiento Sancionador, siendo un Requerimiento de información con número común para EPD ENERGÍA y EDP COMERCIALIZADORA sin que hasta la fecha la AEPD se haya pronunciado respecto al mismo con el correspondiente informe jurídico de valoración, tal y como se le solicitaba, para poder implementar un sistema que fuera totalmente conforme con los criterios e interpretaciones de la AEPD, limitándose hasta el momento a incluir en el Acuerdo de Inicio remitido a EDP COMERCIALIZADORA determinadas consideraciones en relación con el mismo.” Afirma igualmente que “En cuanto a la fecha de implantación, la misma depende precisamente de la opinión que sobre este procedimiento manifieste la AEPD, puesto que no tendría sentido ponerlo en marcha si la autoridad de control considera que no se ajusta a sus criterios para considerarlo un procedimiento adecuado, teniendo en cuenta los costes económicos asociados a esta implementación, además de los recursos de tiempo y dedicación necesarios para el despliegue de estas medidas.”

En las alegaciones a la propuesta de resolución se indica que el procedimiento se ha implantado en enero de 2021. Añade también que se ha eliminado de su procedimiento de contratación por representación la posibilidad de solicitar consentimientos para finalidades de marketing y comerciales a los que se refiere la AEPD, adjuntado unos documentos para evidenciar esta eliminación. Sin perjuicio de que esta Agencia valore positivamente que se haya eliminado la posibilidad de solicitar tales consentimientos, resulta sorprendente el procedimiento seguido en los canales telefónicos, en los que la supresión consiste en indicar “[Leer solo a personas jurídicas que llaman en representación de un negocio] Además, para que podamos asesorarle con las mejores propuestas: • ¿Nos permite presentarle a su representado ofertas relacionadas con la energía tras la finalización del contrato, o remitirle información de productos y servicios no energéticos, propios de Empresas Colaboradoras? [SÍ/NO] • ¿Nos permite completar el perfil comercial de su representado con información proporcionada por terceros, para enviarle propuestas personalizadas? [SÍ/NO].” La normativa de protección de datos no ampara a las personas jurídicas, de modo que resulta ajena a ella el que se solicite un consentimiento para llevar a cabo un perfilado de éstas con información proporcionada por terceros para enviarle propuestas personalizadas. En todo caso, no se indica qué tratamiento se va a dar a las autorizaciones prestadas por representante de personas físicas para el envío de comunicaciones comerciales y realización de perfilados solicitados con anterioridad a la adopción de dicha medida. Por otra parte, tampoco se ha aportado el análisis de riesgo del que deriva la modificación del procedimiento de contratación ni la fundamentación sobre la aptitud de las medidas adoptadas para minimizarlos. Reiterando el incumplimiento del principio de responsabilidad proactiva exigido por el Reglamento.

Todo ello viene a demostrar que no se habían adoptado medidas para comprobar la existencia de autorización para contratar o para prestar en nombre del representado el

consentimiento para otros tratamientos hasta enero de este año en que se implantó según exponen un nuevo procedimiento, para comprobar la realidad de la representación y se ha eliminado, sin indicar desde que fecha, la posibilidad de solicitar al representante la autorización para llevar a cabo tratamientos de datos distintos al contrato como el envío de comunicaciones comerciales y la realización de perfiles comerciales, incumpléndose así las obligaciones establecidas en el artículo 25 que no vienen limitadas a aspectos formales, sino a la efectiva implantación de medidas técnicas y organizativas apropiadas, medidas que a su vez deben ser objeto del correspondiente análisis de riesgos para determinar su aptitud para conseguir el resultado perseguido.

Por otra parte, en relación con lo expuesto en las alegaciones al acuerdo de inicio, en que se indicaba que tales medidas no habían sido implantadas en tanto que esta Agencia no había emitido un informe jurídico para evaluarlas, tal y como resulta de lo previsto en el RGPD es el responsable, en cumplimiento de sus obligaciones de responsabilidad proactiva, quien debe implantar las medidas técnicas y organizativas necesarias, tal y como expresan los artículos 24 y 25 del RGPD, o como se señala en los términos del considerando 73 de la misma norma: “En particular, el responsable debe estar obligado a aplicar medidas oportunas y eficaces y ha de poder demostrar la conformidad de las actividades de tratamiento con el presente Reglamento, incluida la eficacia de las medidas” y es al responsable a quien corresponde valorar si tales medidas resultan adecuadas. En segundo lugar, esta Agencia no está obligada a emitir informe jurídico alguno sobre tales actuaciones, que además en el caso de que voluntariamente pudiera emitirse, no tiene carácter vinculante, por lo que no cabe justificar en la ausencia de un informe jurídico de la AEPD el incumplimiento de las obligaciones del responsable.

Asimismo, en las alegaciones al acuerdo de inicio se indicaba por EDP COMERCIALIZADORA la aplicación del principio non bis in idem, por considerar que los presentes hechos fueron sancionados en un procedimiento que, a la fecha se encuentra recurrido. A este respecto cabe recordar que la sentencia del Tribunal Constitucional 77/2010, de 19 de octubre viene a señalar respecto de dicho principio que “tal como hemos afirmado la citada triple identidad de sujeto, hecho y fundamento “constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento” No puede admitirse tal alegación, ya que no cabe apreciar aquí que se trate de los mismos hechos y fundamento que en el procedimiento a que hace referencia EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U., ya que en el mismo se le imputó una infracción del artículo 6.1 del RGPD, por tratar los datos personales del reclamante sin legitimación.

En consecuencia, de conformidad con las constataciones expuestas, los citados hechos suponen una vulneración del artículo 25 del RGPD, que da lugar a la aplicación de los poderes correctivos que el artículo 58 del RGPD otorga a la Agencia Española de Protección de datos.

III

El número 11 del artículo 4 del RGPD define el consentimiento como *“Toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”*

Por su parte, los artículos 6 y 7 del RGPD se refieren, respectivamente, a la *“Licitud del tratamiento”* y las *“Condiciones para el consentimiento”*:

Artículo 6 del RGPD. *“1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:*

- a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;*
- b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;*
- c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;*
- d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;*
- e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;*
- f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.*

Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

2. Los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones más específicas a fin de adaptar la aplicación de las normas del presente Reglamento con respecto al tratamiento en cumplimiento del apartado 1, letras c) y e), fijando de manera más precisa requisitos específicos de tratamiento y otras medidas que garanticen un tratamiento lícito y equitativo, con inclusión de otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX.

3. La base del tratamiento indicado en el apartado 1, letras c) y e), deberá ser establecida por:

- a) el Derecho de la Unión, o*
 - b) el Derecho de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento.*
- La finalidad del tratamiento deberá quedar determinada en dicha base jurídica o, en lo relativo al tratamiento a que se refiere el apartado 1, letra e), será necesaria para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. Dicha base jurídica podrá contener disposiciones específicas para adaptar la aplicación de normas del presente Reglamento, entre otras: las condiciones generales que rigen la licitud del tratamiento por parte del responsable; los tipos de datos objeto de tratamiento; los interesados afectados; las entidades a las que se pueden comunicar datos personales y los fines*

de tal comunicación; la limitación de la finalidad; los plazos de conservación de los datos, así como las operaciones y los procedimientos del tratamiento, incluidas las medidas para garantizar un tratamiento lícito y equitativo, como las relativas a otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX. El Derecho de la Unión o de los Estados miembros cumplirá un objetivo de interés público y será proporcional al fin legítimo perseguido.

4. Cuando el tratamiento para otro fin distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales no esté basado en el consentimiento del interesado o en el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática para salvaguardar los objetivos indicados en el artículo 23, apartado 1, el responsable del tratamiento, con objeto de determinar si el tratamiento con otro fin es compatible con el fin para el cual se recogieron inicialmente los datos personales, tendrá en cuenta, entre otras cosas:

- a) cualquier relación entre los fines para los cuales se hayan recogido los datos personales y los fines del tratamiento ulterior previsto;*
- b) el contexto en que se hayan recogido los datos personales, en particular por lo que respecta a la relación entre los interesados y el responsable del tratamiento;*
- c) la naturaleza de los datos personales, en concreto cuando se traten categorías especiales de datos personales, de conformidad con el artículo 9, o datos personales relativos a condenas e infracciones penales, de conformidad con el artículo 10;*
- d) las posibles consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto;*
- e) la existencia de garantías adecuadas, que podrán incluir el cifrado o la seudonimización”.*

Artículo 7 del RGPD.

“1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.

2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.

3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo.

4. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”.

Se tiene en cuenta lo expresado en los considerandos 32, 40 a 44 y 47 del RGPD en relación con lo establecido en los artículos 6 y 7 antes reseñados. De lo expresado en estos considerandos, cabe destacar lo siguiente:

(32) El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. El consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con el mismo o los mismos fines. Cuando el tratamiento tenga varios fines, debe darse el consentimiento para todos ellos. Si el consentimiento del interesado se ha de dar a raíz de una solicitud por medios electrónicos, la solicitud ha de ser clara, concisa y no perturbar innecesariamente el uso del servicio para el que se presta.

(42) Cuando el tratamiento se lleva a cabo con el consentimiento del interesado, el responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que aquel ha dado su consentimiento a la operación de tratamiento. En particular en el contexto de una declaración por escrito efectuada sobre otro asunto, debe haber garantías de que el interesado es consciente del hecho de que da su consentimiento y de la medida en que lo hace. De acuerdo con la Directiva 93/13/CEE del Consejo (LCEur 1993, 1071), debe proporcionarse un modelo de declaración de consentimiento elaborado previamente por el responsable del tratamiento con una formulación inteligible y de fácil acceso que emplee un lenguaje claro y sencillo, y que no contenga cláusulas abusivas. Para que el consentimiento sea informado, el interesado debe conocer como mínimo la identidad del responsable del tratamiento y los fines del tratamiento a los cuales están destinados los datos personales. El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno.

(43) (...) Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aún cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento.

Procede tener en cuenta, igualmente lo establecido en el artículo 6 de la LOPDGDD:

“Artículo 6. Tratamiento basado en el consentimiento del afectado

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.

2. Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas.

3. No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”.

De acuerdo con lo expresado, el tratamiento de datos requiere la existencia de una base legal que lo legitime, como el consentimiento del interesado prestado válidamente.

Del análisis de los procedimientos de contratación del servicio de gas establecidos por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U, se desprende que en la contratación efectuada a través de los subcanales telefónicos (CAC Inbound, Telemarketing y Leads) se solicita al representante permiso para “completar el perfil comercial de representado con información de bases de terceros, con la finalidad de enviarle propuestas comerciales y la posibilidad de contratar o no determinados servicios” (evidencia 2, 3 y 4).

Consta en las evidencias 2,3 y 4 que se facilita la siguiente información al contratante “Sus datos personales y los de su representado serán tratados por EDP Comercializadora SAU y EDP Energía SAU para la gestión de sus contratos, prevención de fraude, realización de perfiles basados en información del cliente y de EDP, así como la realización de comunicaciones personalizadas sobre productos o servicios directamente relacionados con sus contratos, pudiendo en cualquier momento oponerse a las mismas”. A continuación, se le solicita su consentimiento en los siguientes términos:

“Adicionalmente, para que desde EDP podamos asesorarle con las mejores propuestas:

¿Nos permite completar el perfil comercial de su representado con información de bases de datos de terceros, con la finalidad de enviarle propuestas personalizadas y la posibilidad de contratar o no determinados servicios? [SI/NO]”

En lo que respecta al canal ventas por fuerzas de venta externas, en el Talonario de ventas (evidencia 6), figura la siguiente solicitud de consentimiento junto con una casilla para marcar el mismo:

“Consiento el tratamiento de mis datos personales para la elaboración de mi perfil comercial con información proveniente de bases de datos de terceros, para la adopción, por parte de EDP, de decisiones automatizadas con la finalidad de enviar propuestas comerciales personalizadas, así como para permitir, o no, la contratación de determinados servicios.”

Se considera que el consentimiento así prestado no resulta ajustado a lo previsto en el RGPD y en la LOPDGDD. Se pide un consentimiento con una información deficiente, en tanto no se indican ni qué bases de terceros se van a consultar ni qué tipo de datos se van a recabar, de modo que el interesado desconoce absolutamente que es lo que está consintiendo. Tampoco se determina quien va a ser el responsable del tratamiento, se hace una referencia genérica a EDP, sin que el cliente que haya contratado un servicio únicamente con una de las dos entidades (EDP COMERCIALIZADORA S.A.U. o EDP ENERGIA, S.A.U.) sepa si está consintiendo que tales tratamientos lo lleven a cabo ambas entidades o solamente aquella de la que es cliente. Tampoco se aclara que tipo de servicios se va a permitir contratar o no. Tales deficiencias no permiten que el interesado conozca las consecuencias de su decisión y valore así la conveniencia de prestar o no su consentimiento.

Se pide, asimismo, un único consentimiento para dos finalidades diferentes, aunque ambas sean automatizadas, una de ellas es el envío de publicidad personalizada y, la otra, dar permiso para que el responsable determine si le permite o no contratar

determinados servicios, por lo que no puede considerarse que tal consentimiento sea específico en los términos de los artículos 4.11 y 6.1.a) del RGPD y 6.1 de la LOPDGDD.

Respecto a la decisión automatizada relativa a “permitir o no la contratación de un servicio” debe, además, tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 22 del RGPD según el cual:

“1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.

2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión:

a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento;

b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o

c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.

3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

4. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 no se basarán en las categorías especiales de datos personales contempladas en el artículo 9, apartado 1, salvo que se aplique el artículo 9, apartado 2, letra a) o g), y se hayan tomado medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado.”

De conformidad con lo previsto en dicho precepto, en la medida en que las decisiones automatizadas van a producir efectos jurídicos en el interesado o le van a afectar de modo significativo, el consentimiento debe ser explícito, por lo que su obtención no puede efectuarse de la misma manera que para obtener un consentimiento general, debiendo obtenerse de forma reforzada. A ello debe añadirse que el artículo 13 del RGPD en su letra f) requiere que se aporte al interesado información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado. Esta información no se facilita lo que, además, puede dificultar el ejercicio por parte de los interesados de sus derechos y en especial de los recogidos expresamente en el art. 22 del RGPD: derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

Alega EDP COMERCIALIZADORA, S.AU. que el consentimiento se facilita en función de las buenas prácticas enunciadas por la AEPD y ratificadas por la LOPDGDD, de modo que se traslada a los interesados mediante el sistema de doble capa, alega también que respecto de la ausencia de identificación de las fuentes de terceros o de las categorías de datos, dicha información puede desprenderse de la información facilitada al cliente en la primera capa (al identificar con claridad que el tratamiento será efectuado con fuentes de terceros) como en la segunda capa, cuyo contenido consta en el apartado denominado “condiciones generales del contrato”, cuyo contenido señala: “(II) La elaboración de perfiles comerciales del Cliente mediante la

agregación de las bases de datos de EDP con datos provenientes de bases de datos de terceros, con el fin de ofrecer al Cliente productos y servicios personalizados, mejorando así la experiencia del Cliente. (III) La adopción de decisiones automatizadas, tales como permitir la contratación, o no, de determinados productos y/o servicios basadas en el perfil del Cliente y particularmente, en datos tales como, el histórico de impagos, el histórico de contrataciones, permanencia, ubicaciones, datos de consumo, tipos de dispositivos conectados a la red energética, y datos semejantes que permitan conocer con mayor detalle los riesgos asociados a la contratación. (iv) Tomando como base los resultados obtenidos de la agregación de los datos indicados, EDP podrá realizar ofertas personalizadas y concretamente orientadas a lograr la contratación de determinados productos y/o servicios de EDP.”

Señala que tal y como se refleja en el texto citado, EDP COMERCIALIZADORA ha identificado con amplio detalle las tipologías de datos que se tratan con los fines detallados, siendo las fuentes consultadas para ello una evidente derivación de lo anterior. Alega por último que siendo el origen de los datos el propio interesado, únicamente corresponde a la Entidad informar de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 RGPD, disposición que no establece, en ninguno de sus preceptos, la obligatoriedad de identificar ni la fuente ni la tipología de los datos. Únicamente en el caso de que dicho tratamiento se hubiera llegado a efectuar, la Entidad debía haber informado de tales extremos, toda vez que solo en dicho momento sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 14 RGPD.

Dichas alegaciones no pueden compartirse, el sistema de doble capa no está previsto en la LOPDGDD como un mecanismo que pueda dar lugar a un incumplimiento de lo previsto en el artículo 4.11 del RGPD, según el cual el consentimiento debe ser libre, específico, informado e inequívoco. Cabe aquí recordar lo señalado por el Comité Europeo de Protección de Datos en el documento “Directrices 05/2020 sobre el consentimiento con arreglo al Reglamento 2016/679” aprobadas el 4 de mayo de 2020, que actualiza las Directrices sobre el consentimiento en virtud del Reglamento 2016/679, adoptadas por el Grupo de Trabajo del artículo 29 y que fueron aprobadas por el Comité Europeo de Protección de Datos en su primera reunión plenaria. Señala dicho documento en su punto 3.3.1. Requisitos mínimos de contenido para que el consentimiento sea «informado»:

“Para que el consentimiento sea informado es necesario comunicar al interesado ciertos elementos que son cruciales para poder elegir. Por tanto, el CEPD opina que se requiere, al menos, la información siguiente para obtener el consentimiento válido:

- i. la identidad del responsable del tratamiento,
- ii. el fin de cada una de las operaciones de tratamiento para las que se solicita el consentimiento,
- iii. qué (tipo de) datos van a recogerse y utilizarse,
- iv. la existencia del derecho a retirar el consentimiento,
- v. información sobre el uso de los datos para decisiones automatizadas de conformidad con el artículo 22, apartado 2, letra c), cuando sea pertinente, e
- vi. información sobre los posibles riesgos de transferencia de datos debido a la ausencia de una decisión de adecuación y de garantías adecuadas, tal y como se describen en el artículo 46.”

En el presente caso, no queda determinada la identidad del responsable del tratamiento, toda vez que el mismo se recaba en nombre de EDP, se trata de una

información ambigua, ya que el cliente de EDP COMERCIALIZADORA S.A.U. desconoce si está consintiendo que los tratamientos de datos se lleven a cabo por EDP COMERCIALIZADORA S.A.U y EDP ENERGIA, S.A.U o solamente por aquella entidad con la que está contratando. Por otra parte, en ningún momento se le informa cuáles son las bases de datos de terceros de las que van a obtenerse datos, ni siquiera en la segunda capa, resultando inadmisibile que deba deducirla el propio cliente de las categorías de datos que trata. Tampoco cabe admitir que solamente en el supuesto de que se hubiera llevado a cabo el tratamiento debería informarse al interesado de qué datos van a tratarse, ya que solamente en tal caso resultaría de aplicación el artículo 14 del RGPD. Por el contrario, es fundamental que el interesado conozca que tipos de datos van a recogerse y utilizarse, por lo que tal información, esto es los datos de bases de terceros que van a utilizarse y, obviamente, que bases son esas, es un elemento esencial para que el interesado sepa qué está consintiendo.

No pueden compartirse las alegaciones relativas a que el consentimiento es específico porque existe un único propósito, como sería la generación de un perfil comercial, cuya utilización se ciñe a dos contextos vinculados entre sí: (i) el primero, para llevar a cabo la valoración de la posibilidad de contratar y, (ii) el segundo, para emitir las correspondientes ofertas comerciales al usuario en cuestión. Las solicitudes de consentimiento para permitir completar el perfil comercial mencionan dos finalidades diferenciadas, uno el envío de propuestas comerciales personalizadas, descritas con este carácter genérico lo que puede incluir cualquier propuesta comercial no vinculada a sus servicios y otra, la posibilidad de contratar o no determinados servicios, entrando esta última, en su caso, en el ámbito de las decisiones automatizadas.

Tampoco cabe admitir, como alega EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U que la información relativa a la elaboración de perfiles y decisiones automatizadas, cumple con lo requerido por el artículo 13 del RGPD, ya que informa sobre la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles y facilita información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.

En este sentido cabe tener en cuenta lo señalado en las Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679 adoptadas por el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29 el 3 de octubre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 6 de febrero de 2018 y aprobadas por el Comité Europeo de Protección de Datos en su primera reunión plenaria, que se refiere a la información significativa sobre la lógica aplicada en los siguientes términos:

“Información significativa sobre la «lógica aplicada»

El crecimiento y la complejidad del aprendizaje automático pueden hacer que resulte difícil entender cómo funciona un proceso de decisiones automatizadas o de elaboración de perfiles. El responsable del tratamiento debe hallar formas sencillas de informar al interesado acerca de la lógica subyacente o los criterios utilizados para llegar a la decisión. El RGPD exige que el responsable del tratamiento ofrezca información significativa sobre la lógica aplicada, no necesariamente una compleja explicación de los algoritmos utilizados o la revelación de todo el algoritmo.

No obstante, la información facilitada debe ser suficientemente exhaustiva para que el interesado entienda los motivos de la decisión.

Ejemplo

Un responsable del tratamiento utiliza la calificación crediticia para evaluar y rechazar una solicitud de préstamo de una persona. La calificación puede haber sido facilitada por un organismo de referencia de crédito, o haber sido calculada directamente a partir de información en poder del responsable del tratamiento.

Independientemente de la fuente (se debe facilitar al interesado información sobre la fuente en virtud del artículo 14, apartado 2, letra f), cuando los datos personales no hayan sido obtenidos a partir del propio interesado), si el responsable del tratamiento se basa en esta calificación, debe poder explicar al interesado dicha calificación, así como los motivos de esta.

El responsable del tratamiento debe explicar que este proceso le ayuda a tomar decisiones justas y responsables sobre préstamos. Asimismo, debe ofrecer detalles acerca de las principales características consideradas a la hora de tomar la decisión, la fuente de esta información y la pertinencia. Esto puede incluir, por ejemplo:

- la información ofrecida por el interesado en el formulario de solicitud;

- información sobre el comportamiento de las cuentas, incluidos atrasos en los pagos; e
- información de registros públicos oficiales, como información sobre fraudes o registros de insolvencia. Asimismo, el responsable del tratamiento debe incluir información para advertir al interesado que los métodos de calificación crediticia utilizados se comprueban periódicamente para garantizar que siguen siendo justos, efectivos e imparciales. El responsable del tratamiento debe ofrecer información de contacto para que el interesado solicite la reconsideración de las decisiones rechazadas, de conformidad con las disposiciones del artículo 22."

Señala también dicho documento respecto a la «Importancia» y «consecuencias previstas» que "Este término sugiere que debe facilitarse información sobre el tratamiento previsto o futuro, y sobre cómo puede afectar la decisión automatizada al interesado. A fin de que esta información sea significativa y comprensible, deben ofrecerse ejemplos reales y tangibles del tipo de efectos posibles."

En el presente supuesto, a juicio de esta Agencia tales requisitos no se cumplen: no se informa de que tipo de productos o servicios va a permitir contratar, no se indica la lógica a aplicar para tomar dicha decisión, limitándose a indicar que se va a utilizar un conjunto de datos que "permitan conocer con mayor detalle los riesgos asociados a la contratación", por tanto no conociendo ni qué tipo de productos o servicios se puede permitir contratar ni la lógica a aplicar para la toma de dicha decisión tampoco se puede conocer su importancia ni las consecuencias previstas.

Por otra parte, esta Agencia no comparte la alegación de que existe un concurso medial entre estas infracciones y la infracción del artículo 13 del RGPD. Cabe a este respecto citar la sentencia de 16 de julio de 2019 de la Audiencia Nacional, en la que se señala que "Así, en cuanto a la existencia de un concurso medial entre las dos infracciones, que determinaría la imposición de una única sanción, esta Sala ha declarado reiteradamente (sentencias de 29 de enero y de 24 de junio de 2014 (recurso 562/12 y 141/2013), entre otras, que ambas infracciones son independientes y no existe la relación medial que se pretende entre ambas, sino que: «[...]pueden realizarse con independencia absoluta, pues presentan sustantividad propia y son autónomas entre sí, dado que protegen principios en materia de protección de datos diferentes, en un caso el consentimiento inequívoco que exige todo tratamiento de datos personales (artículo 6.1 LOPD), y, en otro, la calidad de dichos datos personales (artículo 4.3 LOPD), a fin de salvaguardar el poder de disposición del titular de los mismos, que integra el derecho fundamental a la protección de los datos (...) De la

misma manera debe considerarse que las tres infracciones del artículo 6, 13 y 22 del RGPD son infracciones independientes, en este sentido debe tenerse en cuenta que información constituye un elemento esencial del consentimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.11 del RGPD, siendo determinante de su existencia, de modo que su ausencia dará lugar a que el consentimiento no sea válido pudiendo así vulnerarse tanto el artículo 6 como, en su caso, el 22 cuando el tratamiento se fundamente en el consentimiento explícito del interesado. Por otra parte, existe un principio de transparencia general respecto de todos los tratamientos que lleva a cabo el interesado y que se plasma en lo previsto en los artículos 12 a 14. De este modo puede darse el caso de que se produzcan supuestos, en los que además de la inexistencia de consentimiento informado, se incumpla el principio de transparencia con carácter general para todos los tratamientos que lleva a cabo el interesado, infringiéndose así lo previsto en los artículos 12 a 14, sin que ello suponga un concurso medial de infracciones.

Alega EPD COMERCIALIZADORA, S.A.U, que el tratamiento relativo a la creación de un perfil comercial en base a la información de terceros para la remisión de información publicitaria no está, en la práctica, siendo efectuado, ni a la fecha de emisión de las presentes alegaciones, ni con carácter previo a las mismas. Alega también que, a pesar de que EDP COMERCIALIZADORA incluye la posibilidad de realizar perfilados y adoptar decisiones automatizadas, el único perfilado realizado, es el relativo a la calificación de los clientes en materia de prevención del fraude, tratamiento para el que existe habilitación legal y se encuentra basada en el interés legítimo de EDP COMERCIALIZADORA, con la finalidad de salvaguardar el buen devenir de las contrataciones efectuadas por EDP COMERCIALIZADORA, así como evitar que clientes, cuya única finalidad es consumir el servicio energético sin pagar las facturas, pasen a formar parte de la cartera de clientes. Sin perjuicio de lo anterior, se informa a los titulares de los datos que dicho perfilado es revisado y tramitado finalmente por personal de EDP COMERCIALIZADORA, motivo por el cual no puede considerarse como una decisión automatizada en sí misma, atendiendo en este sentido al tenor literal del concepto establecido por las autoridades. En otras palabras, ni existe tratamiento de datos basado en decisiones automatizadas, ni hay manifestación alguna sobre dichos tratamientos, puesto que fuera de los estrictamente necesarios para continuar con el servicio y aquellos previstos legalmente, no son llevados a cabo, motivo por el cual, no solo no puede considerarse que hay incumplimiento del artículo 22 del RGPD, ya que se cumple con los requisitos recogidos por la normativa, sino que no existen, ni pueden existir titulares de datos que hayan podido verse afectados por dichos tratamientos.

El presente procedimiento tiene como objeto en este punto el examen del consentimiento para el enriquecimiento de perfiles con bases de datos de terceros a efectos de envío de comunicaciones publicitarias y las posibles decisiones automatizadas que produzcan efectos jurídicos o afecten significativamente al interesado y que igualmente tengan como base el consentimiento del mismo. Por tanto, no será objeto de pronunciamiento en el presente procedimiento el perfilado efectuado para la prevención del fraude, que EDP COMERCIALIZADORA S.A.U. fundamenta en el interés legítimo, ni en lo que respecta a su legitimación ni en lo relativo a si se producen decisiones automatizadas en base a dicho perfilado.

La instrucción del procedimiento no ha permitido constatar que EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. haya llevado a cabo perfilados incorporando datos de bases de datos de terceros ni tratamientos de datos basados en decisiones automatizadas que produzcan efectos jurídicos o afecten significativamente al interesado que hubiese consentido tales tratamientos, tal y como se le solicita durante el proceso de contratación.

Esta Agencia considera que en caso de que se pretendiesen llevar a cabo los tratamientos mencionados en el párrafo anterior, éstos deberían ajustarse a las exigencias expresadas y a los requisitos que permiten considerar que el consentimiento se ha prestado de modo válido y se da cumplimiento a todos los requisitos exigibles conforme al artículo 22 del RGPD.

En consecuencia, se estima procedente que por falta de evidencias, atendiendo al principio de presunción de inocencia expresamente recogido para los procedimientos administrativos sancionadores en el artículo 53.2.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que reconoce al interesado el derecho “A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”, no se considere imputable a EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. la vulneración de lo previsto en los artículos 6 y 22, consideradas como posibles infracciones en el acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador.

IV

El artículo 12.1 del RGPD dispone que *“El responsable del tratamiento tomará las medidas oportunas para facilitar al interesado toda información indicada en los artículos 13 y 14, así como cualquier comunicación con arreglo a los artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño. La información será facilitada por escrito o por otros medios, inclusive, si procede, por medios electrónicos. Cuando lo solicite el interesado, la información podrá facilitarse verbalmente siempre que se demuestre la identidad del interesado por otros medios.”*

Los artículos 13 y 14 enumeran las categorías de la información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado y cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado, respectivamente.

Cuando los datos personales se recaben directamente del interesado, la información deberá facilitarse en el momento mismo en que tiene lugar esa recogida de datos. Dispone el artículo 13 del RGPD

“Información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado

1. Cuando se obtengan de un interesado datos personales relativos a él, el responsable del tratamiento, en el momento en que estos se obtengan, le facilitará toda la información indicada a continuación:

a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante;

- b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;
 - c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento;
 - d) cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra f), los intereses legítimos del responsable o de un tercero;
 - e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;
 - f) en su caso, la intención del responsable de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión, o, en el caso de las transferencias indicadas en los artículos 46 o 47 o el artículo 49, apartado 1, párrafo segundo, referencia a las garantías adecuadas o apropiadas y a los medios para obtener una copia de estas o al hecho de que se hayan prestado.
2. Además de la información mencionada en el apartado 1, el responsable del tratamiento facilitará al interesado, en el momento en que se obtengan los datos personales, la siguiente información necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente:
- a) el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo;
 - b) la existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al interesado, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, o a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos;
 - c) cuando el tratamiento esté basado en el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), la existencia del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento, sin que ello afecte a la licitud del tratamiento basado en el consentimiento previo a su retirada;
 - d) el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control;
 - e) si la comunicación de datos personales es un requisito legal o contractual, o un requisito necesario para suscribir un contrato, y si el interesado está obligado a facilitar los datos personales y está informado de las posibles consecuencias de que no facilitar tales datos;
 - f) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.
3. Cuando el responsable del tratamiento proyecte el tratamiento ulterior de datos personales para un fin que no sea aquel para el que se recogieron, proporcionará al interesado, con anterioridad a dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y cualquier información adicional pertinente a tenor del apartado 2.
4. Las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 no serán aplicables cuando y en la medida en que el interesado ya disponga de la información.”

Artículo 14

“Información que deberá facilitarse cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado

1. Cuando los datos personales no se hayan obtenidos del interesado, el responsable del tratamiento le facilitará la siguiente información:
- a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante;

- b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;
 - c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales, así como la base jurídica del tratamiento;
 - d) las categorías de datos personales de que se trate;
 - e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;
 - f) en su caso, la intención del responsable de transferir datos personales a un destinatario en un tercer país u organización internacional y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión, o, en el caso de las transferencias indicadas en los artículos 46 o 47 o el artículo 49, apartado 1, párrafo segundo, referencia a las garantías adecuadas o apropiadas y a los medios para obtener una copia de ellas o al hecho de que se hayan prestado.
2. Además de la información mencionada en el apartado 1, el responsable del tratamiento facilitará al interesado la siguiente información necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal y transparente respecto del interesado:
- a) el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando eso no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo;
 - b) cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra f), los intereses legítimos del responsable del tratamiento o de un tercero;
 - c) la existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al interesado, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, y a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos;
 - d) cuando el tratamiento esté basado en el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), la existencia del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento, sin que ello afecte a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento antes de su retirada;
 - e) el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control;
 - f) la fuente de la que proceden los datos personales y, en su caso, si proceden de fuentes de acceso público;
 - g) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.
3. El responsable del tratamiento facilitará la información indicada en los apartados 1 y 2:
- a) dentro de un plazo razonable, una vez obtenidos los datos personales, y a más tardar dentro de un mes, habida cuenta de las circunstancias específicas en las que se traten dichos datos;
 - b) si los datos personales han de utilizarse para comunicación con el interesado, a más tardar en el momento de la primera comunicación a dicho interesado, o
 - c) si está previsto comunicarlos a otro destinatario, a más tardar en el momento en que los datos personales sean comunicados por primera vez.
4. Cuando el responsable del tratamiento proyecte el tratamiento ulterior de los datos personales para un fin que no sea aquel para el que se obtuvieron, proporcionará al interesado, antes de dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y cualquier otra información pertinente indicada en el apartado 2.
5. Las disposiciones de los apartados 1 a 4 no serán aplicables cuando y en la medida en que:
- a) el interesado ya disponga de la información;

b) la comunicación de dicha información resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado, en particular para el tratamiento con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, a reserva de las condiciones y garantías indicadas en el artículo 89, apartado 1, o en la medida en que la obligación mencionada en el apartado 1 del presente artículo pueda imposibilitar u obstaculizar gravemente el logro de los objetivos de tal tratamiento. En tales casos, el responsable adoptará medidas adecuadas para proteger los derechos, libertades e intereses legítimos del interesado, inclusive haciendo pública la información;

c) la obtención o la comunicación esté expresamente establecida por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca medidas adecuadas para proteger los intereses legítimos del interesado, o

d) cuando los datos personales deban seguir teniendo carácter confidencial sobre la base de una obligación de secreto profesional regulada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, incluida una obligación de secreto de naturaleza estatutaria.

Por su parte, el artículo 11, números 1 y 2 de la LOPDGDD dispone lo siguiente:

“Artículo 11. Transparencia e información al afectado 1. Cuando los datos personales sean obtenidos del afectado el responsable del tratamiento podrá dar cumplimiento al deber de información establecido en el artículo 13 del Reglamento (UE) 2016/679 facilitando al afectado la información básica a la que se refiere el apartado siguiente e indicándole una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información.

2. La información básica a la que se refiere el apartado anterior deberá contener, al menos: a) La identidad del responsable del tratamiento y de su representante, en su caso. b) La finalidad del tratamiento. c) La posibilidad de ejercer los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. Si los datos obtenidos del afectado fueran a ser tratados para la elaboración de perfiles, la información básica comprenderá asimismo esta circunstancia. En este caso, el afectado deberá ser informado de su derecho a oponerse a la adopción de decisiones individuales automatizadas que produzcan efectos jurídicos sobre él o le afecten significativamente de modo similar, cuando concurra este derecho de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679”.

En relación con este principio de transparencia, se tiene en cuenta, además, lo expresado en los Considerandos 39, 58, 60 y 61 del RGPD.

(39) “Todo tratamiento de datos personales debe ser lícito y leal. Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados. El principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro. Dicho principio se refiere en particular a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento. Las personas físicas deben tener conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales así como del modo de hacer valer sus

derechos en relación con el tratamiento. En particular, los fines específicos del tratamiento de los datos personales deben ser explícitos y legítimos, y deben determinarse en el momento de su recogida. Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para los fines para los que sean tratados. Ello requiere, en particular, garantizar que se limite a un mínimo estricto su plazo de conservación. Los datos personales solo deben tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios. Para garantizar que los datos personales no se conservan más tiempo del necesario, el responsable del tratamiento ha de establecer plazos para su supresión o revisión periódica. Deben tomarse todas las medidas razonables para garantizar que se rectifiquen o supriman los datos personales que sean inexactos. Los datos personales deben tratarse de un modo que garantice una seguridad y confidencialidad adecuadas de los datos personales, inclusive para impedir el acceso o uso no autorizados de dichos datos y del equipo utilizado en el tratamiento”.

(58) “El principio de transparencia exige que toda información dirigida al público o al interesado sea concisa, fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje claro y sencillo, y, además, en su caso, se visualice. Esta información podría facilitarse en forma electrónica, por ejemplo, cuando esté dirigida al público, mediante un sitio web. Ello es especialmente pertinente en situaciones en las que la proliferación de agentes y la complejidad tecnológica de la práctica hagan que sea difícil para el interesado saber y comprender si se están recogiendo, por quién y con qué finalidad, datos personales que le conciernen, como es en el caso de la publicidad en línea. Dado que los niños merecen una protección específica, cualquier información y comunicación cuyo tratamiento les afecte debe facilitarse en un lenguaje claro y sencillo que sea fácil de entender.”

(60) “Los principios de tratamiento leal y transparente exigen que se informe al interesado de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines. El responsable del tratamiento debe facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, habida cuenta de las circunstancias y del contexto específicos en que se traten los datos personales. Se debe además informar al interesado de la existencia de la elaboración de perfiles y de las consecuencias de dicha elaboración. Si los datos personales se obtienen de los interesados, también se les debe informar de si están obligados a facilitarlos y de las consecuencias en caso de que no lo hicieran. Dicha información puede transmitirse en combinación con unos iconos normalizados que ofrezcan, de forma fácilmente visible, inteligible y claramente legible, una adecuada visión de conjunto del tratamiento previsto. Los iconos que se presentan en formato electrónico deben ser legibles mecánicamente.”

(61) “Se debe facilitar a los interesados la información sobre el tratamiento de sus datos personales en el momento en que se obtengan de ellos o, si se obtienen de otra fuente, en un plazo razonable, dependiendo de las circunstancias del caso. Si los datos personales pueden ser comunicados legítimamente a otro destinatario, se debe informar al interesado en el momento en que se comunican al destinatario por primera vez. El responsable del tratamiento que proyecte tratar los datos para un fin que no sea aquel para el que se recogieron debe proporcionar al interesado, antes de dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y otra información necesaria. Cuando el origen de los datos personales no pueda facilitarse al interesado por

haberse utilizado varias fuentes, debe facilitarse información general.”

Examinada la información ofrecida por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U., se observa que la misma no responde a las exigencias del artículo 13 del RGPD.

1. En primer lugar, cuando la contratación se lleva a cabo a través de los subcanales CAC Inbound, Telemarketing y Leads, la información se facilita telefónicamente de la siguiente forma, tal y como se desprende de las evidencias aportadas:

En el canal CAC Inbound se indica a quien efectúa la contratación por teléfono lo siguiente: “Sus datos personales y los de su representado serán tratados por EDP Comercializadora SAU y EDP Energía SAU para la gestión de sus contratos, prevención de fraude, realización de perfiles basados en información del cliente y de EDP, así como la realización de comunicaciones personalizadas sobre productos o servicios directamente relacionados con sus contratos, pudiendo en cualquier momento oponerse a las mismas”. (Evidencia 2, contratación canal CAC Inbound.)

En los subcanales de contratación Telemarketing y Leads, además de la información que figura en el párrafo anterior, se añade la información siguiente: “Les recordamos que podrán ejercitar en cualquier momento sus derechos de acceso, rectificación, oposición, supresión, limitación y portabilidad, a través de cualquiera de las vías indicadas en las Condiciones Generales que pueden consultar en nuestra web www.edpenergia.es.” (evidencias 3 y 4)

Dicha información no resulta conforme a lo establecido en el artículo 13 del RGPD en relación con lo previsto en el artículo 11 de la LOPDGDD, así en el primero de los casos la información es incompleta toda vez que durante el proceso de contratación en el canal CAC Inbound no se informa de la posibilidad de ejercer los derechos establecidos en los artículos 15 a 22 del RGPD, ni se indica a quien contrata una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata a la restante información.

Se alega que al inicio de la llamada se escucha la siguiente locución “Esta llamada puede ser grabada. Los datos que nos proporcione serán tratados por EDP Energía, S.A.U. y/o EDP Comercializadora, S.A.U. para la gestión de su solicitud o consulta. Puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, supresión, oposición, limitación y portabilidad en cualquier momento. Consulte la Política de Privacidad en nuestra web edpenergia.es o pulse 0” Considera además que conforme al artículo 13.4 del RGPD, la obligación de informar no resulta de aplicación en la medida en que el interesado ya disponga de la información y que en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que la locución inicial se reproduce de manera automática en cada llamada, queda suficientemente acreditado que cualquier interesado que se pone en contacto con EDP COMERCIALIZADORA a través del Canal CAC Inbound recibe la información relativa a protección de datos personales

Tales alegaciones no pueden compartirse, a juicio de esta Agencia se facilita una información de forma fragmentada y dispersa que no da cumplimiento a lo previsto en los artículos 13 del RGPD y 11 de la LOPDGDD, así en la locución inicial que según alega se escucha en todo caso al iniciarse la llamada se informa al interesado del tratamiento de sus datos con las genéricas finalidades de “gestionar la solicitud o consulta” se le informa de la posibilidad de ejercer los derechos reconocidos por el RGPD y

se le dirige a la política de privacidad en la página web o se le indica que marque 0. En esa segunda locución, se amplían las finalidades a las de realización de encuestas y la participación en sorteos, juegos y promociones, sin que, por otra parte, se informe de la base legal de la participación en sorteos juegos y promociones, pero no contiene referencia alguna a otras finalidades distintas a las mencionadas en este párrafo.

En la información que se le facilita en el marco de la contratación telefónica en el canal CAC Inbound, conforme a la evidencia 2, se enumeran otras finalidades diferentes, solamente se hace referencia a la posibilidad de oponerse a las comunicaciones personalizadas sobre productos o servicios directamente relacionados con los contratos, y no se dirige al interesado a las Condiciones generales de contratación, que contendrían, al margen de las deficiencias que esta Agencia ha observado en la mismas, la información específica relativa a tales finalidades.

No resulta conforme con la posibilidad de informar por capas, que el interesado deba acudir a diferentes locuciones para conocer la información básica a que se refiere el artículo 11 de la LOPDGDD, de modo que el interesado deba deducir de una primera locución que puede ejercitar derechos distintos al de oposición a comunicaciones comerciales, único del que se le informa en el momento de la contratación. Por otra parte, ninguna de las locuciones señaladas remite al interesado a las condiciones generales de contratación donde se encuentra la información exigible conforme al artículo 13 relativa a las finalidades mencionadas durante la contratación en el canal CAC Inbound, sino que remiten genéricamente a la política de privacidad de la página web, que no contempla esa información específica.

Por otra parte, la dirección electrónica que se indica en las evidencias 3 y 4, en el marco de la contratación telefónica en los canales Telemarketing y Leads, no permite acceder de forma sencilla e inmediata al resto de la información, vulnerándose así lo previsto en el artículo 11.1 de la LOPDGDD. Del examen del proceso de búsqueda de las Condiciones Generales (tal y como se ha documentado en el número noveno de los hechos) se desprende que la dirección facilitada no conduce directamente a la información exigible conforme al artículo 13 del RGPD, sino a la página web del interesado, donde debe procederse a una búsqueda que, además, arroja diversos resultados similares y exige buscar en las condiciones generales (que incluyen numerosos aspectos relativos a la contratación) la información relativa a la protección de datos, por lo que no puede considerarse que tal dirección electrónica permita acceder de forma inmediata a tal información ni el acceso resulta sencillo para cualquier persona.

Se alega por EDP comercializadora que para encontrar las citadas condiciones generales basta una simple búsqueda para acceder directamente a las mismas, utilizando para ello el buscador disponible en la página web. Realizando la búsqueda de “condiciones de contratación” o “condiciones generales de contratación”, se publican como primeros resultados los documentos relativos a las condiciones generales de contratación.

Tal alegación no puede ser compartida, incluso utilizando el propio buscador de la página la información no resulta accesible directamente, como queda demostrado en el proceso de búsqueda documentado por esta Agencia. En este sentido cabe recordar que las “Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento 2016/679”, adoptadas el 29/11/2017 y revisadas el 11/04/2018.” aprobadas por el Comité Europeo de Protección de Datos en su primera reunión plenaria señalan que “Tanto el artículo 13 como el 14 hacen referencia a la obligación por la cual el responsable del tratamiento

«facilitará toda la información indicada a continuación» al interesado. La palabra clave en esta expresión es «facilitará». Esto conlleva que el responsable del tratamiento debe adoptar medidas activas para suministrar la información en cuestión al interesado o dirigir activamente al interesado a la ubicación de esta (p. ej., mediante un enlace directo, el uso de un código QR, etc.). El interesado no debe tener que buscar activamente la información cubierta por dichos artículos entre información de otro tipo, como por ejemplo las condiciones de uso de un sitio web o una aplicación.” Por otra parte, si bien esta Agencia valora positivamente que se haya creado un acceso directo a la información exigida por el artículo 13 del RGPD, ello no invalida el hecho de hasta su creación, con posterioridad a la propuesta de resolución, el acceso a la información carecía de ese elemento de inmediatez y sencillez exigido por el artículo 11 LOPDGDD.

Se alega, asimismo, que no se habría cometido una infracción del deber de transparencia, en tanto que la información completa sobre protección de datos (con el contenido exigido por la normativa) se contiene dentro de las condiciones generales de contratación que se remiten al interesado tras la contratación. No puede compartirse este argumento, debe facilitarse al interesado la información en el momento en que se obtengan los datos, sin que pueda diferirse tal momento al de la recepción del contrato. El artículo 13 del RGPD determina en su apartado primero cuando se debe facilitar la información al disponer que *“Cuando se obtengan de un interesado datos personales relativos a él, el responsable del tratamiento, en el momento en que estos se obtengan, le facilitará toda la información indicada a continuación: (...)”*, (el subrayado es de la AEPD). La LOPDGDD permite que dicha información pueda facilitarse por capas, facilitando al interesado durante la recogida de los datos una información básica, cuyo contenido determina, y permitiendo indicar una dirección electrónica u otro medio que permita acceder de forma sencilla e inmediata al resto de la información. El elemento de inmediatez es fundamental para dar cumplimiento al artículo 13 del RGPD, de modo que proporcionar la información días después cuando se reciba un contrato, no da cumplimiento al requisito de proporcionar la información que según dicho precepto debe comunicarse *“en el momento en que se obtengan”* los datos del interesado.

En este mismo sentido, las aludidas “Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento 2016/679” señalan que “Independientemente de los formatos que se utilizan en este enfoque por niveles, el GT29 recomienda que el primer «nivel» (es decir, la principal vía por la que el responsable interactúa por primera vez con el interesado) transmita habitualmente la información más importante (mencionada en el apartado 36), a saber, los detalles de los fines del tratamiento, la identidad del responsable y la existencia de los derechos del interesado, junto con información sobre la mayor repercusión del tratamiento o el tratamiento que podría sorprender al interesado. Por ejemplo, cuando el primer contacto con un interesado sea a través del teléfono, esta información podría facilitarse durante la llamada con el interesado y este podría recibir el resto de la información requerida en virtud del artículo 13 o 14 por otro medio adicional distinto, por ejemplo, enviándole una copia de la política de privacidad por correo electrónico o un enlace a la declaración/aviso de privacidad en línea del responsable.” Estos medios correo electrónico o enlace a la declaración de privacidad, inciden igualmente en ese elemento de inmediatez, que permite dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 13.

A este respecto deben tenerse en cuenta las consideraciones recogidas en el dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos

de carácter personal, en el que se señalaba la siguiente respecto de la información por capas:

“(…) si la información se facilita en otro formato, o a través de “capas” distintas, no se estará vulnerando el principio de transparencia, pero el responsable deberá valorar si el principio se ha cumplido adecuadamente o si se precisa algún tipo de medida adicional de salvaguarda de los derechos, (…)”. Y añadía “(…) Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que el artículo 13 exige que la totalidad de la información que debe suministrarse al interesado se facilita en el momento en que se obtengan los datos personales objeto de tratamiento. Pese a la aplicabilidad directa de esta disposición del Reglamento, sería conveniente que el artículo 12 del anteproyecto precisara que ese método de información” por capas” no puede en ningún caso implicar un retraso en el suministro de la información considerada como” no básica.

2. Por otra parte, en lo que respecta a la información aportada tanto telefónicamente (evidencias 2,3, y 4) como en las condiciones generales (evidencia 6 y documento de condiciones generales de la página web) se observa lo siguiente:

A. Respecto del responsable del tratamiento, se indica en las evidencias 2, 3, 4 y 5 que los datos serán “tratados por EDP Comercializadora SAU y EDP Energía SAU” lo que no necesariamente se corresponde con la entidad con la que se está contratando, toda vez que cuando se contrata solamente el servicio de energía o solamente el de gas, el responsable será uno u otro, sin que se informe correctamente en tales casos al interesado sobre quien es el responsable de los tratamientos. El mismo reproche cabe hacer a la información aportada en las condiciones generales en las que se indica “Dichos datos, además de los obtenidos como consecuencia de la ejecución del contrato, serán tratados por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U, con domicilio en c/General Concha, 20, 48001, Bilbao y por EDP ENERGIA, S.A.U con domicilio en Plaza del Fresno, 2 -33007, Oviedo en su calidad de Responsables del tratamiento” igualmente se trata de una información imprecisa, toda vez, que serán responsables una u otra entidad dependiendo del servicio contratado o, en su caso, cada una de las entidades para los respectivos tratamientos derivados del contrato y los posibles consentimientos otorgados, sin que esta información quede clara para el cliente. A esta imprecisión en la determinación del responsable se añade la de referirse genéricamente a EDP en el resto de la información facilitada, de modo que el interesado desconoce en el caso de otros tratamientos cual es la entidad responsable.

A este respecto alega EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U, que el cliente es informado sobre la identidad del responsable del tratamiento a través de la política de privacidad en relación con las condiciones de contratación: Política de privacidad: “los datos serán tratados por EDP Comercializadora SAU y EDP Energía SAU”. Condiciones Específicas del contrato: “El cliente contrata, para el suministro que se indica, el suministro de gas con EDP Comercializadora, S.A.U. y el suministro de electricidad y/o los servicios complementarios con EDP ENERGIA, S.A.U., (en adelante conjunta y/o individualmente, según proceda, referidas como “EDP”) con arreglo a las Condiciones Específicas que se recogen a continuación y a las Condiciones Generales en anexo”. Por tanto, el interesado -el cual dispone de plena capacidad para contratar y, por tanto, se presupone que debería ser capaz de comprender los términos y condiciones que gobiernan dicha contratación, es consciente en todo momento de que, según contrate el

servicio de suministro de gas y/o electricidad, sus datos serán tratados por una o ambas entidades.

Esta alegación no puede ser compartida por esta Agencia, de lo afirmado por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. solo cabe admitir que lo que conoce el cliente es la entidad con quien ha contratado los servicios, pero no el responsable de los distintos tratamiento de datos que puedan efectuarse, ya que como se ha expuesto anteriormente, en otras evidencias y en las propias condiciones de contratación se señala que ambas entidades son responsables del tratamiento de datos (evidencia 2.3 y 4 y 5) y se utiliza la fórmula genérica EDP que comprende a ambas.

En cuanto a otras explicaciones de EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. como la ausencia de actividad de una de las entidades y la posible venta a terceros, ya realizada según expone, no justifican la imprecisión de la información, ya que se contrata a nombre de dos entidades diferentes, con independencia de que una tenga o no actividad, aspecto que carece de relevancia desde el punto de vista de protección de datos, ya que dicha entidad sigue actuando como responsable del tratamiento.

B. En cuanto a las finalidades y bases legitimadoras de los tratamientos de datos, se señalan en las condiciones generales las siguientes “gestionar, mantener, desarrollar, cumplimentar y controlar la contratación de suministro de electricidad y/o gas y/o servicios complementarios de y/o gas y/o servicios complementarios de revisión y/o asistencia técnica y/o programa de puntos, y/o mejora del servicio, para la realización de acciones de prevención del fraude, así como realización de perfiles, comunicaciones comerciales personalizadas basadas en información facilitada por el Cliente y/o derivada de la prestación del servicio por parte de EDP y relativas a productos y servicios relacionados con el suministro y consumo de energía, mantenimiento de instalaciones y equipamientos. Dichos tratamientos serán realizados dando estricto cumplimiento a la legislación vigente y en la medida que sean necesarios para la ejecución del contrato y/o la satisfacción de los intereses legítimos de EDP, siempre que sobre estos últimos no prevalezcan otros derechos del cliente.”

Esta Agencia considera que no resulta sencillo para cualquier persona, sin conocimientos de la materia de protección de datos, diferenciar qué tratamientos derivan del contrato y cuales se fundamentan en el interés legítimo del responsable. Tampoco se indica cual es el interés legítimo que el responsable se atribuye. Resulta esencial para el ejercicio de los derechos de los interesados conocer la base jurídica en que se basa el tratamiento, en particular para poder ejercitar su derecho de oposición al tratamiento cuando éste se fundamenta en el interés legítimo del responsable conforme a lo previsto en el artículo 21 del RGPD.

En este sentido señalan las Directrices sobre la Transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 29 de noviembre de 2017 por el Grupo de Trabajo del artículo 29 que “El interés específico en cuestión debe identificarse en beneficio del interesado. Como cuestión de buena práctica, el responsable del tratamiento también puede facilitar al interesado la información resultante del «examen de ponderación» que debe llevarse a cabo para poder acogerse a lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letra f), como base lícita para el tratamiento, con anterioridad a cualquier recogida de los datos personales de los interesados. Para evitar la fatiga informativa, esto puede incluirse dentro de una declaración/aviso de privacidad estructurado en niveles (véase el apartado 35). En cualquier caso, la posición del GT29 es que la información dirigida al interesado debe dejar claro que este puede obtener información so-

bre el examen de ponderación previa petición. Esto resulta fundamental para que la transparencia sea efectiva cuando los interesados duden de si el examen de ponderación se ha llevado a cabo lealmente o desean presentar una reclamación.”

Esta Agencia no comparte el argumento de que ni el artículo 13 ni ninguna otro precepto legal exige que la política de privacidad enumere cada finalidad indicando específicamente la base de legitimación que resulte de aplicación, la propia redacción del artículo 13 exige que se informe al interesado de “los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento”, esto es, el uso del singular deja ya claro que debe indicarse la base jurídica de cada tratamiento. La transparencia está íntimamente ligada a la licitud del tratamiento, el artículo 5.1.a) del RGPD señala como uno de los principios relativos al tratamiento el principio de licitud, lealtad y transparencia. La base jurídica determina la licitud del tratamiento, por lo que el responsable debe informar al interesado en cada caso de que existe una base jurídica apropiada para llevar a cabo dicho tratamiento conforme al artículo 6 del RGPD, sin que sea admisible que el interesado tenga que interpretar la política de privacidad para determinar cuál puede ser la base legitimadora de cada tratamiento.

Esta Agencia tampoco está de acuerdo con la alegación de que “para cualquier persona puede ser evidente que tratamientos como “gestionar, mantener, desarrollar, cumplir y controlar la contratación de suministro de electricidad y/o gas y/o servicios complementarios de y/o gas y/o servicios complementarios de revisión y/o asistencia técnica y/o programa de puntos, y/o mejora del servicio” están estrechamente relacionados a la ejecución del contrato, siendo los demás asignables al interés legítimo.

En este sentido cabe recordar lo señalado en las anteriormente mencionadas “Directrices sobre la transparencia en virtud del Reglamento 2016/679”. En ellas se analiza el alcance que debe atribuirse a los elementos de transparencia establecidos en el artículo 12 del RGPD, según el cual el responsable del tratamiento tomará las medidas oportunas para “facilitar al interesado toda información indicada en los artículos 13 y 14, así como cualquier comunicación con arreglo a los artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo”, que ha de ponerse en relación con lo expresado en el Considerando 39 del citado Reglamento. De lo expuesto en dichas Directrices, cabe destacar en este momento lo siguiente: “El requisito de que la información sea “inteligible” quiere decir que debe resultar comprensible al integrante medio de la audiencia objetivo. La inteligibilidad está estrechamente vinculada al requisito de utilizar un lenguaje claro y sencillo. Un responsable del tratamiento que actúe con responsabilidad proactiva conocerá a las personas sobre las que recopila información y puede utilizar este conocimiento para determinar lo que dicha audiencia es susceptible de comprender...”. En el presente caso los servicios prestados por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. se dirigen a todos los ciudadanos, de modo que no puede presumirse que cualquier persona puede entender cuando se trata de una base jurídica u otra. En este sentido las propias alegaciones señalan que sus clientes no distinguen entre oposición y revocación del consentimiento, lo que demuestra que, con carácter general, carecen de conocimientos técnicos en la materia y no pueden tampoco distinguir entre bases jurídicas diferentes, que comportan un ejercicio de derechos de forma diferente.

En cuanto a la información sobre el interés legítimo que el responsable se atribuye, alega EDP COMERCIALIZADORA que los mismos están claramente expuestos y puestos en relación con las finalidades que se persiguen, esto es: prevención del frau-

de y mercadotecnia, en relación con el envío de comunicaciones comerciales personalizadas. En estos casos considera obvio que existe una identificación entre la finalidad informada y el propio interés perseguido, por lo que hacer una alusión separada a este último resultaría redundante.

Esta alegación no puede admitirse, dentro de los tratamientos señalados por EDP cuya base según señala en sus alegaciones es su interés legítimo, se menciona el de “realización de perfiles” respecto del cual no se indica ni el interés legítimo ni la finalidad.

En este sentido cabe tener en cuenta las Directrices del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a efectos del Reglamento 2016/679, adoptadas el 03/10/2017 y revisadas el 06/02/2018, señalan lo siguiente:

“La transparencia del tratamiento es un requisito fundamental del RGPD.

El proceso de elaboración de perfiles suele ser invisible para el interesado. Funciona creando datos derivados o inferidos sobre las personas (datos personales «nuevos» que no han sido directamente facilitados por los propios interesados). Las personas tienen distintos niveles de comprensión y les puede resultar difícil entender las complejas técnicas de los procesos de elaboración de perfiles y decisiones automatizadas”.

“Teniendo en cuenta el principio básico de transparencia que sustenta el RGPD, los responsables del tratamiento deben garantizar que explican a las personas de forma clara y sencilla el funcionamiento de la elaboración de perfiles o las decisiones automatizadas.

En particular, cuando el tratamiento implique la toma de decisiones basada en la elaboración de perfiles (independientemente de si entran en el ámbito de las disposiciones del artículo 22), debe aclararse al usuario el hecho de que el tratamiento tiene fines tanto de a) elaboración de perfiles como de b) adopción de una decisión sobre la base del perfil generado

El considerando 60 establece que facilitar información acerca de la elaboración de perfiles forma parte de las obligaciones de transparencia del responsable del tratamiento según el artículo 5, apartado 1, letra a). El interesado tiene derecho a ser informado por el responsable del tratamiento, en determinadas circunstancias, acerca de su derecho de oposición a la «elaboración de perfiles» independientemente de si se han producido decisiones individuales basadas únicamente en el tratamiento automatizado sobre la base la elaboración de perfiles”.

“El responsable del tratamiento debe mencionar explícitamente al interesado detalles sobre el derecho de oposición según el artículo 21, apartados 1 y 2, y presentarlos claramente y al margen de cualquier otra información (artículo 21, apartado 4).

Según el artículo 21, apartado 1, el interesado puede oponerse al tratamiento (incluida la elaboración de perfiles) por motivos relacionados con su situación particular. Los responsables del tratamiento están específicamente obligados a ofrecer este derecho en todos los casos en los que el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f)”.

No se cumplen en este caso, a juicio de esta Agencia, las exigencias de información antes descritas. EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U., se limita a informar sobre la

“realización de perfiles”, pero no ofrece una información sobre el tipo de perfiles que se van a realizar, los usos específicos a que se van a destinar estos perfiles o la posibilidad de que el interesado pueda ejercer el derecho de oposición en aplicación del artículo 21 del RGPD.

No cabe aquí admitir la alegación de que la elaboración de perfiles está asociada con el envío de comunicaciones comerciales personalizadas. Tal y como se ha señalado al determinar las finalidades en el primer párrafo de las condiciones generales se enumeran las siguientes: “gestionar, mantener, desarrollar, cumplimentar y controlar la contratación de suministro de electricidad y/o gas y/o servicios complementarios de y/o gas y/o servicios complementarios de revisión y/o asistencia técnica y/o programa de puntos, y/o mejora del servicio, para la realización de acciones de prevención del fraude, así como realización de perfiles, comunicaciones comerciales personalizadas basadas en información facilitada por el Cliente y/o derivada de la prestación del servicio por parte de EDP y relativas a productos y servicios relacionados con el suministro y consumo de energía, mantenimiento de instalaciones y equipamientos” separándose claramente la finalidad de realización de perfiles de la de envío de comunicaciones comerciales.

De la misma manera, como se pone de manifiesto en las evidencias 2, 3 y 4 durante el proceso de contratación telefónica mediante representante se informa a éste de que: “Sus datos personales y los de su representado serán tratados por EDP Comercializadora SAU y EDP Energía SAU para la gestión de sus contratos, prevención de fraude, realización de perfiles basados en información del cliente y de EDP, así como la realización de comunicaciones personalizadas sobre productos o servicios directamente relacionados con sus contratos, pudiendo en cualquier momento oponerse a las mismas”. Igualmente se informa respecto de la realización de perfiles como un tratamiento o tratamientos distintos y separados del envío de comunicaciones personalizadas sobre productos o servicios directamente relacionados con los contratos, como prueba el uso de la locución conjuntiva “así como”.

En todo caso, aun cuando pudiera darse por cierta, que la intención de EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. era vincular ambas finalidades, la forma en que se da la información infringe el principio de transparencia, tal y como señala el considerando 60 “Los principios de tratamiento leal y transparente exigen que se informe al interesado de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines. El responsable del tratamiento debe facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, habida cuenta de las circunstancias y del contexto específicos en que se traten los datos personales. Se debe además informar al interesado de la existencia de la elaboración de perfiles y de las consecuencias de dicha elaboración.”

C. En las condiciones generales se facilita también la siguiente información respecto de los tratamientos basados en el consentimiento del interesado:

“Siempre que el cliente lo haya aceptado explícitamente, sus datos personales serán tratados, incluso una vez finalizada la relación contractual y siempre que no se produzca la oposición a dicho tratamiento, para:

(I) La promoción de servicios financieros, servicios de protección de pagos, automoción o afines y electrónica, propios o de terceros, ofrecidos por EDP y/o la participación en concursos promocionales, así como para la presentación de propuestas comerciales vinculadas al sector energético tras la finalización del contrato, (II) La elaboración de

perfiles comerciales del Cliente mediante la agregación de las bases de datos de terceros, con el fin de ofrecer al Cliente productos y servicios personalizados, mejorando así la experiencia del cliente, (III) La adopción de decisiones automatizadas, tales como permitir la contratación, o no, de determinados productos y/o servicios basadas en el perfil del Cliente y particularmente, en datos tales como, el histórico de impagos, el histórico de contrataciones, permanencia, ubicaciones, datos de consumo, tipos de dispositivos conectados a la red energética, y datos semejantes que permitan conocer con mayor detalle los riesgos asociados a la contratación. (IV) Tomando como base los resultados obtenidos de la agregación de los datos indicados, EDP podrá realizar ofertas personalizadas, y concretamente orientadas a lograr la contratación de determinados productos y/o servicios de EDP o de terceras entidades en función de si el cliente así lo ha consentido o no, siendo en todo caso tratados datos cuya antigüedad no superará un año. En caso de que dicho proceso se llevara a cabo de forma automatizada, el cliente siempre tendrá derecho a obtener intervención humana por parte de EDP, admitiéndose la impugnación y en su caso valoración de la decisión resultante.

Tampoco resulta sencillo para cualquier persona sin conocimientos especializados entender que tipo de tratamientos se van a llevar a cabo sobre la base del consentimiento, en particular la redacción del punto IV no resulta clara en absoluto: se desconoce a qué datos se refiere con “los resultados de obtenidos de la agregación de los datos indicados” que podrían ser tanto los contenidos en el número III anterior como los obtenidos de bases de terceros o todos ellos. La finalidad del tratamiento parece indicar que se trata de tratamientos publicitarios distintos de los señalados en los dos primeros números, sin que sea evidente la diferencia respecto de ellos. Por otra parte, no resulta comprensible el último inciso de este punto IV, al mencionar los derechos que el artículo 22 del RGPD reconoce a los interesados cuando se adoptan decisiones automatizadas que produzcan efectos jurídicos en ellos o les afecten significativamente de modo similar.

En las alegaciones se ofrece una explicación sobre las finalidades de los diferentes tratamientos y los datos a tratar que pretenden clarificar dichos aspectos, sin embargo, no es en ellas donde deben aclararse tales puntos sino que es la información proporcionada al interesado la que debe ser clara y comprensible para el éste, incumpliendo-se con la información proporcionada, a juicio de esta Agencia, lo previsto en el artículo 12 del RGPD.

D. Las condiciones generales informan de la siguiente manera respecto a los derechos del interesado:

“Derechos del titular de los datos

El cliente contará en todo momento con la posibilidad de ejercitar de forma libre y completamente gratuita los siguientes derechos:

- i) Acceder a sus datos personales que sean tratados por parte de EDP.
- ii) Rectificar sus datos personales que son tratados por parte de EDP que resulten inexactos o incompletos.
- iii) Suprimir sus datos personales que son tratados por EDP.

- iv) Limitar el tratamiento por parte de EDP de todos o parte de sus datos personales.
- v) Oponerse a determinados tratamientos y adopción de decisiones automatizadas de sus datos personales, requiriendo la intervención humana en el proceso, así como a impugnar las decisiones que sean finalmente adoptadas en virtud del tratamiento de sus datos.
- vi) Portar sus datos personales en un formato interoperable y autosuficiente.
- vii) Retirar en cualquier momento, los consentimientos otorgados previamente.”

Dicha información, aunque recoge todos los derechos que el RGPD otorga al interesado, debe adecuarse a los concretos tratamientos que lleva a cabo el responsable. Tal y como señalan las aludidas Directrices sobre la Transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/579: “Esta información debe ser específica del escenario de tratamiento e incluir un resumen de lo que implica el derecho y de qué forma el interesado puede actuar para ejercerlo, así como cualquier limitación al derecho.”

No cabe admitir las alegación de que la obligación de detallar los tratamientos concretos a los que el interesado tiene derecho a oponerse no sólo no es una obligación recogida en el RGPD, la LOPDGDD ni ninguna otra normativa de aplicación, sino que además la AEPD en sus guías y herramientas (entre otras, la Guía para el cumplimiento del deber de informar² o la herramienta Facilita³) no indica que las cláusulas informativas sobre el derecho de oposición deban especificar los tratamientos sobre los que aplica el derecho de oposición. Debe aquí reiterarse lo señalado en las Directrices del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a efectos del Reglamento 2016/679, adoptadas el 03/10/2017 y revisadas el 06/02/2018, que señalan lo siguiente:

“El responsable del tratamiento debe mencionar explícitamente al interesado detalles sobre el derecho de oposición según el artículo 21, apartados 1 y 2, y presentarlos claramente y al margen de cualquier otra información (artículo 21, apartado 4).”

Por tanto, no es suficiente con mencionar el derecho a oponerse a “determinados tratamientos”, sino que debe informarse de que estos tratamientos, en el presente supuesto, son aquellos que el responsable fundamenta en el artículo 6.1.f), esto es, en la existencia de un interés legítimo prevalente sobre los intereses, derechos y libertades del interesado, debiendo ser claro para el interesado cuales son estos tratamientos frente a los que puede ejercitar su derecho de oposición.

Tampoco puede compartirse que con esta interpretación se vulnere el principio de interdicción de la arbitrariedad alegada al considerar EDP COMERCIALIZADORA que la presentación de la información relativa al ejercicio de derechos, tal y como se presenta en su información constituye una práctica recomendada e incluso aplicada por la Agencia Española de Protección de Datos en su política de privacidad. A este respecto, debe tenerse en cuenta que esta Agencia no realiza tratamientos basados en lo previsto en el artículo 6.1.f, en particular los relativos a mercadotecnia directa.

Resulta impreciso señalar que el interesado puede oponerse a la adopción de decisiones automatizadas de sus datos personales. Estas solamente pueden llevarse a cabo

por el responsable en los supuestos previstos en el artículo 22 del RGPD, basándose en el presente caso en el consentimiento del interesado, por lo que éste debe poder conocer que puede revocar el consentimiento prestado para la adopción de tales decisiones en cualquier momento, sin perjuicio de que se le informe también de los derechos conferidos por el artículo 22 a los interesados.

No puede compartirse, respecto a esta imprecisión en cuanto al ejercicio de derechos, la alegación de que el matiz semántico y técnico asociado a los términos “oposición” y “revocación” en el contexto del ejercicio de derechos no puede tener un impacto en el interesado, pues con ambos términos el usuario logra un mismo objetivo, que es que un tratamiento específicamente identificado en la política deje de producirse y que el término utilizado por EDP COMERCIALIZADORA (oposición) en el contexto de este tipo de tratamientos se entiende en la normativa y por el propio mercado de forma más amplia -y por tanto más garantista- puesto que permite al usuario eliminar un tratamiento sea basado en consentimiento, sea basado en interés legítimo. La normativa es clara al delimitar ambos derechos y cuando pueden ejercerse en los artículos 7 y 21.1.2 del RGPD, lo que exige correlativamente, que el interesado tenga conocimiento de la base jurídica del tratamiento. No cabe así justificar en una presunta mayor garantía para los interesados la información incorrecta proporcionada sobre el ejercicio de derechos del interesado.

En consecuencia, de conformidad con las evidencias expuestas, los hechos descritos en el presente Fundamento de Derecho suponen una vulneración del principio de transparencia regulado en el artículo 13 del RGPD, que da lugar a la aplicación de los poderes correctivos que el artículo 58 del citado Reglamento otorga a la Agencia Española de Protección de datos.

V

Para el caso de que concurra una infracción de los preceptos del RGPD, entre los poderes correctivos de los que dispone la Agencia Española de Protección de Datos, como autoridad de control, el artículo 58.2 de dicho Reglamento contempla los siguientes:

“2 Cada autoridad de control dispondrá de todos los siguientes poderes correctivos indicados a continuación:

(...)

d) ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del presente Reglamento, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado;

(...)

i) imponer una multa administrativa con arreglo al artículo 83, además o en lugar de las medidas mencionadas en el presente apartado, según las circunstancias de cada caso particular;”.

Según lo dispuesto en el artículo 83.2 del RGPD, la medida prevista en la letra d) anterior es compatible con la sanción consistente en multa administrativa.

VI

En el presente caso, ha quedado acreditado el incumplimiento del principio de

privacidad desde el diseño establecido en el artículo 25 del RGPD, así como del principio de transparencia regulado en el artículo 13 del RGPD con el alcance expresado en los Fundamentos de Derecho anteriores, lo que supone la comisión de sendas infracciones tipificadas en los artículos 83.4 y 83.5 de la misma norma que bajo la rúbrica “*Condiciones generales para la imposición de multas administrativas*” dispone lo siguiente:

4. “*Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 10 000 000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 2 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:*

a) *las obligaciones del responsable y del encargado a tenor de los artículos 8, 11, 25 a 39, 42 y 43;”*

5. “*Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20 000 000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:*

b) *los derechos de los interesados a tenor de los artículos 12 a 22;(…)”.*

A este respecto, la LOPDGDD, en su artículo 71 establece que “*Constituyen infracciones los actos y conductas a las que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679, así como las que resulten contrarias a la presente ley orgánica*”.

A efectos del plazo de prescripción, los artículos 73 y 74 de la LOPDGDD indican:

Artículo 73. Infracciones consideradas graves.

“1 En función de lo que establece el artículo 83.4 del Reglamento (UE) 2016/679 se consideran graves y prescribirán a los dos años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquel y, en particular, las siguientes:

(...)

d) *La falta de adopción de aquellas medidas técnicas y organizativas que resulten apropiadas para aplicar de forma efectiva los principios de protección de datos desde el diseño, así como la no integración de las garantías necesarias en el tratamiento, en los términos exigidos por el artículo 25 del Reglamento (UE) 2016/679.”*

Artículo 74. Infracciones consideradas leves.

“*Se consideran leves y prescribirán al año las restantes infracciones de carácter meramente formal de los artículos mencionados en los apartados 4 y 5 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679 y, en particular, las siguientes: a) El incumplimiento del principio de transparencia de la información o el derecho de información del afectado*

por no facilitar toda la información exigida por los artículos 13 y 14 del Reglamento (UE) 2016/679”.

A fin de determinar la multa administrativa a imponer se han de observar las previsiones de los artículos 83.1 y 83.2 del RGPD, preceptos que señalan:

“1. Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 9 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:

- a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate, así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;*
- b) la intencionalidad o negligencia en la infracción;*
- c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados;*
- d) el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32;*
- e) toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento;*
- f) el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción;*
- g) las categorías de los datos de carácter personal afectados por la infracción;*
- h) la forma en que la autoridad de control tuvo conocimiento de la infracción, en particular si el responsable o el encargado notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida;*
- i) cuando las medidas indicadas en el artículo 58, apartado 2, hayan sido ordenadas previamente contra el responsable o el encargado de que se trate en relación con el mismo asunto, el cumplimiento de dichas medidas;*
- j) la adhesión a códigos de conducta en virtud del artículo 40 o a mecanismos de certificación aprobados con arreglo al artículo 42, y*
- k) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción.”*

Por su parte, el artículo 76 “Sanciones y medidas correctivas” de la LOPDGDD dispone:

“1. Las sanciones previstas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679 se aplicarán teniendo en cuenta los criterios de graduación establecidos en el apartado 2 del citado artículo.

2. De acuerdo a lo previsto en el artículo 83.2.k) del Reglamento (UE) 2016/679 también podrán tenerse en cuenta:

- a) El carácter continuado de la infracción.*

- b) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales.*
- c) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
- d) La posibilidad de que la conducta del afectado hubiera podido inducir a la comisión de la infracción.*
- e) La existencia de un proceso de fusión por absorción posterior a la comisión de la infracción, que no puede imputarse a la entidad absorbente.*
- f) La afectación a los derechos de los menores.*
- g) Disponer, cuando no fuere obligatorio, de un delegado de protección de datos.*
- h) El sometimiento por parte del responsable o encargado, con carácter voluntario, a mecanismos de resolución alternativa de conflictos, en aquellos supuestos en los que existan controversias entre aquellos y cualquier interesado.”*

En este caso, considerando la gravedad de las infracciones constatadas procede la imposición de multa.

No cabe aceptar la solicitud formulada por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. para que se impongan otros poderes correctivos, concretamente, el apercibimiento, que está previsto para personas físicas y cuando la sanción constituya una carga desproporcionada (considerando 148 del RGPD).

Por las mismas razones, y considerando los criterios de graduación de las sanciones que seguidamente se indican, se desestima igualmente la petición de imposición de una sanción en su grado mínimo.

De acuerdo con los preceptos transcritos, a efectos de fijar el importe de las sanciones de multa a imponer en el presente caso a EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U., como responsable de infracciones tipificadas en el artículo 83.4.a) y 83.5.b) del RGPD, procede graduar la multa que correspondería imponer por cada una de las infracciones imputadas como sigue:

1. Infracción por incumplimiento de lo establecido en el artículo 25 del RGPD, tipificada en el artículo 83.4.a) y calificada como grave a efectos de prescripción en el artículo 73.1.d) de la LOPDGDD:

Se estima que concurren en calidad de agravantes los siguientes factores que revelan una mayor antijuridicidad y/o culpabilidad en la conducta de la entidad EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U.:

- La naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza alcance o propósito de las operaciones de tratamiento de que se trata: La infracción resulta de la ausencia de una efectiva implantación de medidas técnicas y organizativas para eliminar los riesgos que genera la contratación de los servicios y la obtención de consentimiento para otras finalidades cuando se actúa a través de representante.
- La intencionalidad o negligencia apreciada en la comisión de la infracción. Las deficiencias en tales procedimientos de contratación y obtención de consentimiento para otras finalidades debían haber sido advertidas por una entidad de las características de EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. y

evitadas al diseñar sus procesos.

- El carácter continuado de la infracción. La infracción tiene su origen en un incorrecto diseño de los procedimientos de contratación a través de representante, que han sido utilizados desde al menos el año 2018, sin que se hayan modificado éstos o implementado medidas correctoras hasta el mes de enero del año en curso en que se implementó un protocolo de contratación mediante representante.
- La alta vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales. Las operaciones que constituyen la actividad empresarial desarrollada por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. como comercializadora de servicios de gas a particulares implican operaciones de tratamiento de datos personales.

No cabe considerar como atenuante, como se alega por el responsable, que el tratamiento de datos se lleve a cabo de forma instrumental sin que su actividad se base en la explotación de datos personales, a este respecto se tiene en cuenta que se han recabado autorizaciones del representante en nombre del representado para llevar a cabo tratamientos de publicidad de productos o servicios no energéticos de empresas o colaboradoras de EDP COMERCIALIZADORA.

- La condición de gran empresa de la entidad responsable y su volumen de negocio. El volumen de negocios de la entidad según la información obtenida ha sido de 989.491.000 euros en el año 2019.

Se alega que tener la consideración de gran empresa o el volumen de facturación no son circunstancias previstas como agravantes ni en el RGPD ni en la LOPDGDD.

No cabe compartir tal alegación, el artículo 83.1 del RGPD dispone que “Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 5 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.” El número 2 de dicho artículo establece que al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta: (...) k) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción.”

A estos efectos como factor agravante, cabe tener en cuenta la consideración de la entidad como una gran empresa lo que se encuentra vinculado entre otros aspectos a su volumen de facturación, en la medida en que dispone de mayores medios para dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por el RGPD.

- Elevado volumen de datos y tratamientos que constituye el objeto del

expediente. El volumen de contratos suscritos por terceros en representación de personas físicas ascendió durante el año 2019 ascendió a 11.657.

- Toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento; EDP COMERCIALIZADORA ha sido sancionado en el expediente PS/00025/2019 por la vulneración del artículo 6.1.b del RGPD, por haber efectuado una contratación de sus servicios mediante un supuesto representante cuya condición de tal no estaba acreditada.

Se alega por el responsable que la AEPD se refiere al volumen de facturación global de EDP COMERCIALIZADORA para cuantificar la infracción cuando debería tener en cuenta exclusivamente, y en su caso, los datos de facturación generados por el eventual incumplimiento alegado -en el caso del artículo 25 del RGPD, relativo exclusivamente a la contratación por representación, siendo la cuantía obtenida por la contratación por representación de 2.550.000 euros aproximadamente.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 83.4 dispone que “Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 10 000 000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 2 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior”, por consiguiente esta Agencia entiende que el volumen total de negocio anual es el que opera como límite de la cuantía de la infracción, y no el beneficio obtenido, que constituye un elemento agravante más. A este respecto cabe tener en cuenta que el 2% de la facturación de dicha entidad durante 2019 supone una cifra de 19.789.820 euros, por lo que la cantidad en que se valora la cuantía de la multa, muy alejada de tal importe máximo, resulta ponderada.

Por otra parte, solicita dicha entidad que se consideren como atenuantes el hecho de que no se traten categorías especiales de datos, ni datos de menores, a este respecto debe considerarse que el tratamiento de tales datos puede constituir en su caso un agravante, pero el hecho de que no se traten tales datos en sí mismo no constituye una atenuante, sin que, por otra parte, por el responsable del tratamiento justifique en modo alguno porque debe ser tenido en cuenta en este sentido tal circunstancia.

Tampoco cabe tener en cuenta como atenuante el hecho de que la entidad haya sido objeto de venta a otra empresa, el artículo 76.2.e) de la LOPDGDD señala que podrá tenerse en cuenta “la existencia de un proceso de fusión por absorción posterior a la comisión de la infracción, que no puede imputarse a la entidad absorbente” Se pretende aquí una interpretación analógica de este precepto de modo que se extienda dicha circunstancia a otras “modificaciones estructurales” realizadas con posterioridad a la comisión de la infracción, interpretación que no puede admitirse, cuando la LOPDGDD quiere referirse a modificaciones estructurales en general así lo hace, mientras que en el señalado precepto hace exclusiva referencia a la fusión por absorción.

Alega que deben considerarse como atenuantes igualmente las medidas tomadas para paliar los daños como es la implementación de un nuevo protocolo de contratación y el grado de cooperación con la administración y el grado de colaboración con la AEPD. Estos elementos son tenidos en cuenta de modo que no se

ha hecho uso de otro de los poderes correctivos que esta Agencia puede utilizar como es la imposición de medidas en los términos previstos en el artículo 58.2 del RGPD.

Considerando los factores expuestos, la valoración que alcanza la multa por la infracción imputada es de 500.000,00 euros.

2. Infracción por incumplimiento de lo establecido en el artículo 13 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.b) y calificada como leve a efectos de prescripción en el artículo 74.a) de la LOPDGDD:

Se estiman concurrentes los criterios de graduación siguientes:

- La naturaleza, gravedad y duración de la infracción: Las deficiencias apreciadas en la información que se facilita a los interesados afectan a aspectos sustantivos del principio de transparencia.

Se alega que se imputa es la necesidad de mejorar algunos aspectos de sus políticas de protección de datos sin que en ningún caso los textos utilizados puedan entenderse que hayan generado un elevado nivel de daños y perjuicios, lo que debe ser considerado como una atenuante. Esta alegación no puede aceptarse, no se trata de simples defectos de la información ofrecida sin mayor transcendencia, dicha información vulnera aspectos fundamentales del principio de transparencia como se ha puesto de manifiesto en el presente procedimiento.

- La intencionalidad o negligencia apreciada en la comisión de la infracción. Los defectos señalados en la información facilitada muestran la falta de diligencia de EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. en dar cumplimiento a las obligaciones de transparencia impuestas por el RGPD.

No puede compartirse la alegación de que en sus actuaciones ha seguido las guías y directrices de la AEPD y del Comité Europeo de Protección de Datos lo que demuestra su diligencia, por el contrario, en los fundamentos de derecho se contienen los numerosos aspectos en que las directrices del Comité Europeo de Protección de datos no han sido tenidas en cuenta en su actuación.

- La alta vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales. Las operaciones que constituyen la actividad empresarial desarrollada por EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U. como comercializadora de servicios de energía implican operaciones de tratamiento de datos personales.

No cabe considerar como atenuante, como se alega por el responsable, que el tratamiento de datos se lleve a cabo de forma instrumental sin que su actividad se base en la explotación de datos personales. Tal y como se desprende de los hechos expuestos en este procedimiento y de las condiciones generales de contratación, se recaban consentimientos para llevar a cabo tratamientos publicitarios de terceros en diversos sectores (financieros, protección de pagos automoción y afines, electrónica....)

- El carácter continuado de la infracción, interpretado por la Audiencia Nacional como infracción permanente.
- La condición de gran empresa de la entidad responsable y su volumen de negocio. El volumen de negocios de la entidad según la información obtenida ha sido de 989.491.000 euros en el año 2019.

Respecto a la alegación de que tener la consideración de gran empresa o el volumen de facturación no son circunstancias previstas como agravantes ni en el RGPD ni en la LOPDGDD, esta Agencia se reitera en lo señalado anteriormente en la determinación de los agravantes de la infracción del artículo 25 ante la misma alegación.

- Elevado volumen de datos y tratamientos que constituye el objeto del expediente. La infracción afecta a todos los tratamientos de datos efectuados por la entidad EDP Comercializadora S.A.U.
- Elevado número de interesados. La infracción afecta a todos los clientes personas físicas de la entidad. Según el informe de supervisión de los cambios de comercializador, correspondiente al primer trimestre de 2019, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el número de puntos de suministro de la entidad en el ámbito doméstico ascendía a 893.736 constituyendo un 11.4% del total del sector gasista en dicho ámbito doméstico.

No puede admitirse la alegación de que no se trata de un elevado volumen de tratamientos porque no se identifique a otros colectivos distintos a sus clientes. El elevado número de clientes personas físicas de la entidad responsable es elemento suficiente para considerar esta circunstancia como una agravante.

En cuanto a otros factores que el responsable del tratamiento considera que deben ser tenidos en cuenta como atenuantes, tales como el hecho de que no se traten categorías especiales de datos ni datos de menores o la venta de la totalidad de las acciones a otra empresa, no cabe sino remitirse a lo expresado por esta Agencia ante las mismas alegaciones en relación con la infracción del artículo 25 del RGPD.

Alega que deben considerarse como atenuantes igualmente las medidas tomadas para paliar los daños como es la mejora del acceso a la información sobre protección de datos, que ya está disponible en la dirección edp-residencialbytotal.es/rgpd y el grado de cooperación con la autoridad. La alegada mejora afecta solamente a uno de los defectos señalados en relación con la transparencia del procedimiento, cuya valoración positiva por esta Agencia no puede suponer una atenuante de la sanción teniendo en cuenta que tal medida ha sido tomada una vez iniciado el presente procedimiento sancionador.

Considerando los factores expuestos, la valoración que alcanza la multa por la infracción imputada es de 1.000.000,00 euros

Por lo tanto, de acuerdo con la legislación aplicable y valorados los criterios de graduación de graduación de las sanciones cuya existencia ha quedado acreditada, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

PRIMERO: IMPONER a la entidad **EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U.**, con NIF **A95000295**, por una infracción del artículo 25 del RGPD, tipificada en el artículo 83.4.a) y calificada como grave a efectos de prescripción en el artículo 73.d) de la LOPDGDD, una multa por importe de 500.000 euros (quinientos mil euros).

SEGUNDO: IMPONER a la entidad **EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U.**, por una infracción del artículo 13 RGPD, tipificada en el artículo 83.5.b) y calificada como leve a efectos de prescripción en el artículo 74.a) de la LOPDGDD, una multa por importe de 1.000.000 euros (un millón de euros).

TERCERO: DECLARAR, por falta de evidencias en aplicación del principio de presunción de inocencia, no imputables a **EDP COMERCIALIZADORA, S.A.U.**, las infracciones de lo establecido en los artículos 6 y 22 del RGPD.

CUARTO: NOTIFICAR la presente resolución a **EDP COMERCIALIZADORA S.A.U.**

QUINTO: Advertir al sancionado que deberá hacer efectiva la sanción impuesta una vez que la presente resolución sea ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), en el plazo de pago voluntario establecido en el art. 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso, indicando el NIF del sancionado y el número de procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento, en la cuenta restringida nº **ES00 0000 0000 0000 0000 0000**, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en la entidad bancaria CAIXABANK, S.A.. En caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la LPACAP, 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 de la referida Ley.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos