

- **Procedimiento N°: PS/00126/2021**

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

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

ANTECEDENTES

PRIMERO: D. **A.A.A.** (en adelante, el reclamante) con fecha 21 de julio de 2020 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra CREATOR ENERGY, S.L., con NIF B67301036 (en adelante, el reclamado).

El reclamante manifiesta la utilización de sus datos personales sin su consentimiento para contratar en su domicilio los suministros de gas, electricidad, además de un servicio de mantenimiento denominado Servielectric Xpress. Dichos contratos fueron dados de alta por el reclamado.

SEGUNDO: De acuerdo con el mecanismo previo a la admisión a trámite de las reclamaciones que se formulan ante la AEPD, previsto en el artículo 65.4 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), que consiste en dar traslado de las mismas a los Delegados de Protección de Datos designados por los responsables o encargados del tratamiento, o a éstos cuando no los hubieren designado, y con la finalidad señalada en el referido artículo, se dio traslado de la reclamación al reclamado el 18 y el 29 de septiembre de 2020, a través del servicio de notificaciones electrónicas y del servicio de correos, para que procediera a su análisis y diera respuesta en el plazo de un mes. Siendo las mismas devueltas el 29 de septiembre y el 6 de octubre de 2020. No se recibió contestación en esta Agencia por parte del reclamado.

TERCERO: En fecha 28 de octubre de 2020, tras analizarse la documentación que obraba en el expediente, se dictó resolución por la directora de la AEPD, acordando la no admisión a trámite de la reclamación. La resolución fue notificada al reclamante en fecha 28 de octubre de 2020, por medio de la Carpeta Ciudadana, según confirmación de la recepción que figura en el expediente.

CUARTO: En fecha 6 de noviembre de 2020, el reclamante interpone recurso potestativo de reposición a través del Registro Electrónico de la AEPD, contra la resolución recaída en el expediente E/06596/2020, en el que muestra su disconformidad con la resolución impugnada, y aporta nueva documentación y nuevos hechos, manifestando que por parte del reclamado, responsable de la toma de sus datos personales y tratamiento de los mismos sin su consentimiento no se ha recibido ninguna información ni aclaración.

En consecuencia, la directora de la AEPD resuelve con fecha 10 de marzo de 2021, estimar el recurso de reposición.

QUINTO: Con fecha 16 de abril de 2021, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador al reclamado, por la presunta infracción del Artículo 6.1.b) del RGPD, tipificada en el artículo 83.5 a) del RGPD

y considerada muy grave en el 72.1.b), a efectos de prescripción, fijando una sanción inicial de 6.000 euros (seis mil euros).

SEXTO: Habiendo sido notificado electrónicamente, el acuerdo de inicio. Siendo la fecha de puesta a disposición el día 16 de abril de 2021 y la fecha de rechazo automático el día 27 del mismo mes y año.

SÉPTIMO: Notificado formalmente el acuerdo de inicio, el reclamado al tiempo de la presente resolución no ha presentado escrito de alegaciones, por lo que es de aplicación lo señalado en el artículo 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que en su apartado f) establece que en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, éste podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, por lo que se procede a dictar Resolución.

A la vista de todo lo actuado, por parte de la Agencia Española de Protección de Datos en el presente procedimiento se consideran hechos probados los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Consta que el reclamado utilizó los datos personales del reclamante para contratar los suministros de gas, electricidad, además de un servicio de mantenimiento denominado Servielectric Xpress, no solicitados por el reclamante.

SEGUNDO: Se constata que dichos contratos fueron dados de alta por el reclamado.

TERCERO: Consta que el reclamado no contestó a esta Agencia, tras los requerimientos efectuados el 18 de septiembre y el 6 de octubre de 2020.

CUARTO: El 16 de abril de 2021, se inició este procedimiento sancionador por la infracción del artículo 6.1.b) del RGPD, siendo notificado el día 27 del mismo mes y año. No habiendo efectuado alegaciones, el reclamado, al acuerdo de inicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del RGPD reconoce a cada autoridad de control, y según lo establecido en los artículos 47 y 48 de la LOPDGDD, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para iniciar y para resolver este procedimiento.

II

El artículo 6 del RGPD, “*Licitud del tratamiento*”, detalla en su apartado 1 los supuestos en los que el tratamiento de datos de terceros es considerado lícito:

“1. El tratamiento sólo será lícito si 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;*
- (...)"*

La infracción de la que se responsabiliza a la entidad reclamada se encuentra tipificada en el artículo 83 del RGPD que, bajo la rúbrica "*Condiciones generales para la imposición de multas administrativas*", señala:

"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:

- a) *Los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5,6,7 y 9."*

La Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) en su artículo 72, bajo la rúbrica "*Infracciones consideradas muy graves*" dispone:

"1. En función de lo que establece el artículo 83.5 del Reglamento (U.E.) 2016/679 se consideran muy graves y prescribirán a los tres años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquél 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."*

III

En el presente caso, es importante señalar que si se produce la contratación fraudulenta de un producto y el consentimiento para perfeccionar dicho contrato ha sido prestado por una persona distinta del titular de los datos (suplantación de identidad), no podemos entender que exista consentimiento contractual por parte de este último, que resulta perjudicado.

En términos jurídicos, podemos considerar que en esta situación de fraude no se habría perfeccionado el negocio jurídico, lo que determinaría la inexistencia de legitimación para tratar los datos personales del interesado. Y ello porque, una vez suscrito el contrato, la base jurídica del tratamiento que legitima al contratista como responsable del tratamiento para tratar los datos personales del titular de estos en una contratación de un producto sería la prevista en el art. 6.1.b) del RGPD.

Para que esta base jurídica del art. 6.1.b) del RGPD exista y legitime el tratamiento de datos del titular necesarios para la ejecución de un contrato, se requiere que los datos sean suministrados por su titular, lo que no acontece cuando se suplanta la identidad. Si

no, se estaría produciendo un tratamiento de datos personales respecto de un contrato o servicio que no ha sido solicitado.

Por ello, para evitar el fraude, debe verificarse que efectivamente el consentimiento contractual sea prestado por el verdadero titular de los datos, debiendo desplegar el contratista la diligencia debida en el proceso de identificación y verificación de identidad de la persona contratante. La SAN de 29 de abril de 2010 considera que *“la cuestión (...) no es tanto dilucidar si la recurrente trató los datos de carácter personal de la denunciante sin su consentimiento, como si empleó o no una diligencia razonable a la hora de tratar de identificar a la persona con la que suscribió el contrato de financiación”*.

La suplantación de identidad es un riesgo considerado específicamente por el legislador, según el considerando 75 del RGPD y el art. 28 de la LOPDGDD, que impone a los responsables del tratamiento el despliegue de toda la diligencia debida para erradicarlo o minimizarlo, en el marco de su responsabilidad proactiva. Este riesgo implica importantes riesgos, en consecuencia mayor diligencia, mayor reforzamiento de las medidas de seguridad (considerando 94 del RGPD en relación con la mitigación de los daños) para obtener un consentimiento contractual válido de su verdadero titular, máxime si puede involucrarse a menores de edad o personas vulnerables.

La identificación correcta de los clientes y la adopción de medidas diligentes para verificar su identidad cae entonces de lleno en el ámbito de la protección de los datos personales, porque, si no, se materializaría el riesgo de suplantación de identidad, que de forma probable puede concretizarse en este tipo de contrataciones.

Por lo tanto, podemos considerar que la diligencia debida es la atención del deber legal de cuidado.

Ser debidamente diligente implica, en cuanto a ese deber legal de cuidado, prevenir la materialización del riesgo (la suplantación de identidad) estableciendo con carácter anticipado al tratamiento un sistema eficaz de medidas adecuadas para evitarlo; tal sistema debe ser evaluado de forma constante. Tal y como afirma la jurisprudencia, la responsabilidad deriva de la actuación propia de quien es responsable de ser diligente y *“no puede considerarse excluida ni atenuada por el hecho de que haya mediado la posible actuación fraudulenta de un tercero, pues la responsabilidad de la parte actora no deriva de la actuación de éste, sino de la suya propia”*.

En consecuencia, la diligencia debida se compone de cuatro elementos: identificar (evaluación del impacto real y potencial de las actividades de tratamiento de datos); prevenir, mitigar (mediante seguimiento y monitoreo) y, por último, rendir cuentas (comunicando la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas de los tratamientos indebidos de datos). Y todo ello, dentro de un proceso continuo.

La debida diligencia, que debe adecuarse a los entornos empresariales en los que se mueve el responsable del tratamiento, comprende no sólo la adopción de medidas técnicas y organizativas adecuadas al tratamiento de que se trate, sino la capacidad para acreditar su cumplimiento.

Por lo tanto, el responsable del tratamiento 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”, considerando 74 del RGPD.

Demostrar la debida diligencia resulta indispensable, no siendo suficiente alegar la ausencia de culpa, pues como afirma la Audiencia Nacional, por todas la Sentencia 278/2015 de 30 de junio de 2015 (Rec. 163/2014), *“A lo expuesto debe añadirse, siguiendo la sentencia de 23 de enero de 1998 , parcialmente transcrita en las SSTs de 9 de octubre de 2009, Rec 5285/2005 , y de 23 de octubre de 2010, Rec 1067/2006 , que “aunque la culpabilidad de la conducta debe también ser objeto de prueba, debe considerarse en orden a la asunción de la correspondiente carga, que ordinariamente los elementos volitivos y cognoscitivos necesarios para apreciar aquélla forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos, o en su vertiente normativa, que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta, en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa” .*

En conclusión, para actuar con la debida diligencia, el responsable del tratamiento debe cumplir con el RGPD y la LOPDGDD y establecer anticipadamente mecanismos adecuados para verificar la identidad de las personas cuyos datos personales va a tratar o trata (si es que posteriormente detectase, durante el tratamiento, una suplantación de identidad), para asegurarse, en última instancia, que ostenta legitimación para tratar tales datos personales.

IV

La documentación que obra en el expediente evidencia que el reclamado, vulneró el artículo 6.1 del RGPD, toda vez que realizó el tratamiento y comunicó sus datos personales sin legitimación para ello con el fin de dar de alta unos contratos de suministro de energía no solicitados por el reclamante, sin que haya acreditado que hubiese contratado legítimamente, dispusiera de cobertura legal para la recogida y el tratamiento posterior de sus datos personales, o existiese alguna otra causa que hiciese lícito el tratamiento efectuado.

En consecuencia, ha efectuado un tratamiento de los datos personales sin que haya acreditado que cuente la habilitación legal para ello.

El artículo 6.1 RGPD dice que el tratamiento *“será lícito si es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte”.*

Resultaba por ello esencial que el reclamado acreditara ante esta Agencia que el reclamante había contratado con ella los suministros de gas, electricidad, además de un servicio de mantenimiento denominado Servielectric Xpress.

El reclamado no contestó a esta Agencia, tras los requerimientos efectuados el 18 de septiembre y el 6 de octubre de 2020, ni tampoco efectuó alegaciones al acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador.

V

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:

“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.”

“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.”*

Respecto al apartado k) del artículo 83.2 del RGPD, la LOPDGDD, artículo 76, “Sanciones y medidas correctivas”, dispone:

“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."*

De acuerdo con los preceptos transcritos, a efectos de fijar el importe de la sanción de multa a imponer al reclamado, como responsable de una infracción tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD se estiman concurrentes los siguientes factores:

- La intencionalidad o negligencia de la infracción (art. 83.2 b).
- Se encuentran afectados identificadores presentes básicos (nombre, domicilio, número de cuenta bancaria) (art. 83.2 g)

Es por lo que se considera procedente graduar la sanción a imponer al reclamado y fijarla en la cuantía de 6.000 € por la infracción del artículo 6.1.b) del RGPD.

Por lo tanto, de acuerdo con la legislación aplicable y valorados los criterios de graduación de las sanciones cuya existencia ha quedado acreditada, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

PRIMERO: IMPONER a CREATOR ENERGY, S.L, con NIF B67301036, por una infracción del Artículo 6.1b) del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5.a) del RGPD, una multa de 6.000 euros (seis mil euros).

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a CREATOR ENERGY, S.L, con NIF B67301036.

TERCERO: 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