

- **Procedimiento N°: PS/00232/2020**

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

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

HECHOS

PRIMERO: Dña. **A.A.A.** (en adelante, la reclamante) con fecha 20 de febrero de 2020 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra ALTERNA OPERADOR INTEGRAL, S.L. con NIF B87075982 (FLIP ENERGÍA) (en adelante, la reclamada).

La reclamante manifiesta que se ha llevado a cabo un cambio de comercializadora de electricidad sin su consentimiento. La compañía anterior era Naturgy, y ahora es la reclamada.

Aporta facturas de Naturgy y cartas y facturas de Flip Energía.

SEGUNDO: A la vista de los hechos expuestos en la reclamación y de la documentación aportada por la reclamante, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a darle traslado a la entidad reclamada y a solicitarle información, de conformidad con lo establecido 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 escrito de fecha 31 de marzo de 2020 se solicita información a FLIP ENERGÍA, S.L., (nombre comercial, ALTERNA) quien responde en fecha 1 de julio de este año manifestando lo siguiente:

En primer lugar, manifiestan que la reclamada no realiza llamadas comerciales al objeto de promocionar sus servicios, sino que dicha labor la tiene subcontratada con diferentes empresas de telemarketing.

Añaden, que la reclamante contrató los servicios de la reclamada a través de la empresa de telemarketing Sycgestion Global Energy, S.L., quien utilizó su propia base de datos para contactar con ella y promocionar, en calidad de responsable del tratamiento los servicios de la reclamada, y consecuentemente, la responsabilidad del contacto con la reclamada fue de la mencionada entidad y no de la reclamada.

Que la reclamada rescindió el contrato de prestación de servicios con Sycgestion Global Energy, S.L., tal como consta en el documento que acompañan.

Señalan que la reclamada ha llevado a cabo una serie de acciones como la selección de proveedores que garanticen el cumplimiento de la normativa de protección de datos, la firma de contratos de cesión de datos y acceso a datos con los proveedores, en los casos que corresponda y la formación y concienciación a los

trabajadores en el respecto a los principios y obligaciones recogidos en la normativa de protección de datos.

TERCERO: Con fecha 15 de septiembre de 2020, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la reclamada, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), por la presunta infracción del Artículo 6.1.b) del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD.

CUARTO: Notificado el citado acuerdo de inicio, la reclamada solicitó ampliación de plazo y posteriormente presentó escrito de alegaciones en el que, en síntesis, manifestaba lo que estimaba oportuno en defensa de sus intereses, señalando que el proveedor trataba los datos de sus contactos en su propio nombre y por cuenta a través de sus propias redes comerciales mediante llamadas telefónicas (telemarketing), actuando en calidad de responsable del tratamiento y, cuando un usuario se mostraba interesado en la contratación de los servicios de Alterna, transfería la llamada a un teleoperador que actuando en calidad de encargado del tratamiento de Alterna, llevaba a cabo la verificación y grabación de la llamada relativa a las características del servicio contratado y al consentimiento prestado por el cliente.

Que la actuación de Alterna no cabe sino concluir que ha sido diligente y acorde con la normativa de protección de datos personales, teniendo en cuenta que en aras a garantizar que los flujos de datos personales entre Alterna y SYC GESTION fueron correctamente regulados. Que Alterna suscribió un contrato mixto de prestación de servicios en el que se regula la cesión de datos personales y el encargo del tratamiento, dando instrucciones claras y precisas de trabajo al Proveedor tanto en el Contrato y sus Anexos, que se acompañan al presente escrito como Documento nº 1.

Por ello quieren resaltar la buena fe que la Compañía ha demostrado en cada momento.

Que Alterna efectuó las averiguaciones oportunas para esclarecer los hechos objeto de la incidencia e identificó una serie de irregularidades llevadas a cabo por parte del Proveedor y que permite concluir que SYC GESTION no siguió sus instrucciones.

El proveedor en calidad de responsable del tratamiento garantizaba a Alterna la procedencia lícita de los datos personales objeto de la cesión. En concreto SYC GESTION se comprometió a obtener el consentimiento de los interesados para llevar a cabo la cesión de los datos a la Compañía, al objeto de la finalidad reseñada.

En relación con el rol del Proveedor de encargado del tratamiento, como no podía ser de otra forma, en el “Contrato de prestación de servicios de telemarketing” y “Contrato de Acceso a Datos” suscrito entre las partes, se regulaba la prestación de servicios con acceso a datos del Proveedor de la Compañía dando riguroso cumplimiento el clausulado, al artículo 28 del RGPD.

Se enumeran los incumplimientos del Contrato, cometidos por SYC GESTION.

Manifiesta por otra parte que la compañía actuó con la máxima rapidez y diligencia, toda vez que en el momento que la nieta de la reclamante, en representación de la reclamante, se puso en contacto con Alterna, con motivo de manifestar su voluntad de rescindir su contrato, procedió de forma inmediata a la cancelación inminente de la deuda con la reclamante.

En consecuencia, la reclamante se mantuvo de alta en sus sistemas como cliente únicamente durante diez días pues fue dada de alta el 11 de enero de 2020. Al respecto fue dada de baja en Alterna con fecha 21 de enero de 2020 habiendo sido dado de alta en otra comercializadora por parte de la reclamante.

Señala que no hubo ningún tipo de penalización por la rescisión del contrato ni por devolución de sus recibos, haciéndose cargo la Compañía del consumo que le fue facturado. Se estableció un flujo de comunicación continuado y fluido con la reclamante, contestando en todo momento a sus requerimientos y una vez que los datos personales dejaron de ser necesarios para la finalidad de la propia gestión de la incidencia, procedió al bloqueo de los datos personales de la reclamante. En el mismo momento en que Alterna tuvo conocimiento de una presunta incidencia contactó con SYC Gestión solicitando información y documentación al respecto, a través de distintos canales de comunicación, sin obtener respuesta alguna, que adoptó las medidas oportunas a fin de evitar que, a futuro, otros clientes pusieran de manifiesto hechos como los informados por la reclamante y rescindió el contrato con SYC GESTION en fecha 26 de junio de 2020.

Añade, las medidas que tiene implementadas para garantizar la calidad en la gestión del proceso de contratación.

Por otra parte, considera que existió una relación precontractual válida, toda vez que existió un concurso de voluntades y efectuándose una serie de medidas precontractuales, conforme con el artículo 6.1b) RGPD o conforme al artículo 6.1 a) RGPD.

Asimismo, expone que el incumplimiento sería imputable a SYC GESTON, que el proveedor, incumplió de forma reiterada las instrucciones facilitadas por Alterna, tratando los datos de los que la Compañía era responsable del tratamiento, debiendo en este caso adquirir SYC Gestión la condición de responsable del tratamiento.

Por último, señala que en caso de que no se proceda al archivo de las actuaciones en el presente procedimiento, debería ser advertida la cualificada disminución de culpabilidad y antijuricidad en la conducta de Alterna, quien actuó con la mayor diligencia posible, y que, en consecuencia, se aplique de forma subsidiaria el artículo 83 RGPD y 76 LOPDGDD.

QUINTO: Con fecha 16 de octubre de 2020, el instructor del procedimiento acordó la apertura de un período de práctica de pruebas, teniéndose por incorporadas las actuaciones previas de investigación, E/03187/2020, así como los documentos aportados por la reclamada.

SEXTO: Con fecha 19 de noviembre de 2020 se formuló propuesta de resolución, proponiendo que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se

sancione a la reclamada, por una infracción del artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el artículo 83. 5) del RGPD, con una multa de 50.000 euros.

SÉPTIMO: Notificada la propuesta de resolución, la parte reclamada presentó escrito de alegaciones ratificándose en las realizadas al Acuerdo de Inicio, es decir: *“no cabe sino concluir que la actuación de mi representada en este caso ha sido diligente y acorde a la normativa de protección de datos personales y esta parte quiere resaltar tanto la rápida actuación, como la buena fe que ALTERNA ha demostrado en cada momento, cumpliendo el deber de diligencia exigido, sin perjuicio, de las correspondientes responsabilidades que, en su caso, pudieran corresponder al Proveedor. La actuación de SYNC GESTION se realizó no solo incumpliendo flagrantemente el contrato suscrito con la Compañía, sino que, esta parte considera acreditada la mala fe contractual de la referida entidad de telemarketing, así como una actitud dolosa y potencialmente fraudulenta, motivo por el cual esta parte, ha interpuesto la denuncia pertinente contra el Proveedor.*

Además, la inobservancia reiterada de las instrucciones de ALTERNA, en calidad de encargado de tratamiento, convierten necesariamente a SYNC GESTION en responsable del tratamiento. Mi patrocinada fue víctima de un engaño y entendió que existía una relación contractual con la denunciante. No obstante, el error se subsanó con absoluta rapidez, procediendo con total diligencia: los datos de la denunciante se mantuvieron activos en los sistemas durante solo diez (10) días, procediendo mi representada, en cuanto tuvo conocimiento de la intención de la reclamante de cambiar de comercializadora, a cancelar su deuda y, posteriormente al bloqueo de sus datos personales. La Compañía ha actuado con el mayor nivel de diligencia debida, de conformidad con sus procedimientos internos, sustituyendo los servicios del Proveedor por los de otros partners que, al igual que hacía el Proveedor, garantizan el estricto cumplimiento de la normativa de protección de datos y que, son más rigurosos en su cometido que SYNC GESTION. En este sentido, mi mandante está inmersa en una auditoría de procesos con el objeto de efectuar auditorías robustas de sus proveedores y colaboradores. En todo caso, procede entender que no existe por parte de ALTERNA un elemento subjetivo de culpabilidad por lo que sería procedente decretar el archivo de este procedimiento sancionador. Los datos personales afectados, corresponden principalmente a datos de contacto y de carácter identificativo, sin incluir en ningún caso, datos de categorías especiales de datos o infracciones penales. Resulta evidente y de sentido común que la actividad de la Compañía (al igual que la de cualquier otra empresa) está vinculada al tratamiento de datos de carácter personal. No obstante, lo anterior, la actividad de ALTERNA no está vinculada al tratamiento infractor de datos de carácter personal, si no al suministro energético. La actuación de la Compañía en ningún caso ha sido intencionada, o dolosa, ni ha percibido ningún tipo de beneficio. Además, no ha tenido intención alguna de infringir la normativa de protección de datos, ni de causar daño o perjuicio a la denunciante. Que tenga por presentado en tiempo y forma el presente escrito de alegaciones, se sirva a admitirlo, y previos los trámites oportunos acuerde el archivo del expediente referenciado, dejando sin efecto el procedimiento iniciado contra esta mercantil”.

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: Se ha llevado a cabo un cambio de comercializadora de electricidad sin el consentimiento de la reclamante. La compañía anterior era Naturgy, y ahora es la reclamada.

SEGUNDO: Consta en las facturas aportadas por la reclamante el cambio de compañía comercializadora.

TERCERO: Los datos personales de la reclamante fueron incorporados a los sistemas de información de la compañía, sin que haya acreditado que hubiese contratado legítimamente, dispusiera de su consentimiento para la recogida y el tratamiento posterior de sus datos personales, o existiese alguna otra causa que hiciese lícito el tratamiento efectuado.

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 arts. 47 y 48.1 de la LOPDGDD, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para resolver este procedimiento.

II

Se imputa a la parte reclamada la comisión de una infracción por vulneración del Artículo 6 del RGPD, “*Licitud del tratamiento*”, que señala 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 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;*
- (...)”*

La infracción se tipifica en el Artículo 83.5 del RGPD, que considera como tal:

“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

La documentación que obra en el expediente evidencia que la reclamada, vulneró el artículo 6.1 del RGPD, toda vez que realizó el tratamiento de los datos personales de la reclamante sin que tuviese ninguna legitimación para ello. Los datos personales de la reclamante fueron incorporados a los sistemas de información de la compañía, sin que haya acreditado que hubiese contratado legítimamente, dispusiera de su consentimiento para la recogida y el tratamiento posterior de sus datos personales, o existiese alguna otra causa que hiciese lícito el tratamiento efectuado.

Los datos personales de la reclamante fueron registrados en los ficheros de la reclamada y fueron tratados para la emisión de facturas por servicios asociados a la reclamante. En consecuencia, ha efectuado un tratamiento de los datos personales sin que haya acreditado que cuente la habilitación legal para ello.

Hay que señalar que la reclamante no adoptó ninguna clase de medida o de cautela con la empresa subcontratada a la que encomendó la realización de contrataciones, y en este caso quedó acreditado la inactividad de la reclamada, en la falta de adopción de medidas o cautelas.

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 la reclamada acreditara ante esta Agencia que la reclamante había contratado con ella el suministro eléctrico; que al tiempo de la contratación había desplegado (a través de su encargada de tratamiento) la diligencia que las circunstancias del caso exigían para asegurarse de que la persona que facilitó como suyos los datos bancarios y demás datos personales era efectivamente su titular.

La reclamada no ha aportado ningún documento recabado del cliente al tiempo de la contratación que permita su identificación.

IV

En la determinación de 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.”

V

A tenor de lo dispuesto por el RGPD en su art. 83.2, al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrán en cuenta los factores agravantes y atenuantes que se relacionan en el artículo señalado, así como cualquier otro que pueda resultar aplicable a las circunstancias del caso.

En consecuencia, se han tenido en cuenta, como agravantes:

- La intencionalidad o negligencia de la infracción (art. 83.2 b).
- Se encuentran afectados identificadores presentes básicos (nombre, domicilio, número de cuenta bancaria, cups) (art. 83.2 g)
- La evidente vinculación entre la actividad empresarial de la reclamada y el tratamiento de datos personales de clientes o de terceros (art. 83.2 k del RGPD en relación con el art. 76.2 b de la LOPDGDD)

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 ALTERNA OPERADOR INTEGRAL, S.L., con NIF B87075982, por una infracción del Artículo 6.1.b) del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD, una multa de 50.000 euros (cincuenta mil euros).

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a ALTERNA OPERADOR INTEGRAL, S.L.

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