Procedimiento Nº: A/00097/2017

RESOLUCIÓN: R/01295/2017

En el procedimiento A/00097/2017, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad PROGEDSA SOLUCIONES, S.L.U., vista la denuncia presentada por la POLICIA LOCAL DE SANTA MARIA DE PALAUTORDERA, y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 8 de abril de 2016 tiene entrada en esta Agencia un escrito remitido por la Policía Local de Santa Maria de Palautordera (Barcelona), en el que exponen que habiendo recibido una llamada telefónica de un establecimiento comercial, mediante la que le informan que personas, con acreditación a nombre de la empresa IBERDROLA, depositan documentos en la papelera ubicada en la puerta del referido establecimiento, y que personados en el lugar de los hechos, comprueban que la documentación correspondía a un contrato de suministro de energía eléctrica y de gas de la referida compañía, con número de contrato ******CONT.1***, y donde consta el número del agente/representante ******AGENTE.1;*** contrato donde encontraban los datos personales de la Sra. ***A.A.A.*** con DNI ******DNI.1***, y domicilio en la ***(C/...1)***, así como su número de cuenta bancaria y teléfono.

Por último manifiestan que los hechos tuvieron lugar el día **23 de marzo de 2016**.

Tras requerimiento de esta Agencia, la Policía Local del Ajuntament de Santa María de Palautordera remite el contrato en cuestión.

SEGUNDO: Como consecuencia de los hechos denunciados, se procedió a la apertura de actuaciones previas, con referencia E/02075/2016. Concluyéndose la investigación con el informe siguiente de la Inspección de Datos, de fecha 01/02/2017:

<<<La compañía IBERDROLA CLIENTES, S.A.U. ha informado a la Inspección de Datos en relación con el Contrato encontrado en la papelera lo siguiente:

IBERDROLA tiene suscrito un Acuerdo de colaboración comercial de fuerzas de venta con la empresa Progedsa Soluciones, S.L.U. (en adelante PROGEDSA), el día 1 de agosto de 2015, con objeto de comercializar productos y servicios de IBERDROLA a través de agentes comerciales contratados por PROGEDSA

Dicho Acuerdo de Colaboración regula la prestación de servicios entre las dos empresas en cumplimiento de lo establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 y en el Real Decreto 1720/2007, mediante el que las partes se comprometen a mantener la confidencialidad de la información facilitada por IBERDROLA, cláusula XV.- Datos de carácter personal y Anexo V Tratamiento de datos de carácter personal. En el citado Anexo V se detallan las obligaciones del responsable y del encargado en relación con el tratamiento de datos de carácter personal de los clientes y potenciales clientes de IBERDROLA, de una vez finalizada la prestación de los servicios, de la categoría de los datos personales objeto de tratamiento (identificativos, de contacto, contratación, facturación y cobro), nivel de seguridad medio, y se detallan las medidas de seguridad que el encargado del tratamiento deberá de implementar.

En el Anexo II del Acuerdo de Colaboración: Código ético de conducta en la venta y manual de criterios operativos, que deberá ser suscrito por todos los agentes comerciales, se establecen los principios, comportamientos e integridad en las actuaciones. También, consta una cláusula específica de Confidencialidad y tratamiento de datos en la que se detallan, entre otros los siguientes aspectos:

> *Carácter confidencial de la información y documentación y será únicamente utilizada con la finalidad de gestionar ante IBERDROLA la atención y/o contratación de productos (…).*
>
> *En el momento de finalización de la colaboración se devolverá la documentación (…).*
>
> *Los colaboradores comerciales de PROGEDSA garantizarán el derecho del cliente a la información sobre el tratamiento de sus datos de carácter personal (…).*
>
> *Atenderán las solicitudes de ejercicios de derecho de acceso (….).*
>
> *Comunicarán, a la mayor brevedad posible, cualquier incidencia que detectasen en materia de Protección de Datos de carácter personal.*

Se adjunta copia de los citados documentos.

Por otra parte, IBERDROLA manifiesta que realiza auditorías internas y externas con objeto de asegurar el cumplimiento por parte de las empresas colaboradoras de los requisitos exigidos, en el caso, de detectarse incumplimientos se aplican las penalizaciones pactadas e incluso la rescisión del acuerdo de colaboración.

*El agente con código ***AGENTE.1, **B.B.B.** (denunciado) tiene suscrito*

Contrato de agencia con PROGEDSA, con fecha 18 de enero de 2014, mediante el que el agente realiza labores de promoción y venta de productos comercializados por PROGEDSA. En el citado contrato, cláusula 6.3 Encargado de tratamiento de datos de carácter personal se detallan aspectos protegidos por la Ley Orgánica 15/1999, como deber de secreto, medidas técnicas y organizativas, informar en la recogida de datos y comunicación de las incidencias. También, dicho agente suscribió el Anexo al contrato de Agencia en el que se detalla la aceptación de las instrucciones en materia de protección de datos personales y Aceptación del código ético de venta y manual de criterios operativos de IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U. Se adjunta copia de dichos documentos.

Con respecto al contrato encontrado en la papelera, el agente comercial manifiesta que una vez cumplimentada la solicitud de contratación, la cliente decidió no contratar, motivo por el que al bajar del domicilio de la clienta procedió a tirar el contrato en una papelera, pensando que al no estar firmado no iba a ocasionar ningún tipo de problema. Del mismo modo, el agente asegura que fue un hecho puntual, que no lo ha hecho ninguna otra vez, fruto de la frustración de no haber conseguido la venta y por el que se muestra muy arrepentido. Por lo que los datos recogidos en el contrato fueron recabados por el agente directamente de la titular de los mismos y con su consentimiento en su domicilio.

IBERDROLA ha tenido conocimiento de los hechos al recibir el requerimiento de la Agencia, no les consta reclamación de la potencial cliente, han cursado instrucciones a PROGEDSA para analizar las contrataciones realizadas por el agente comercial denunciado, en el último año, sin que hasta la fecha se haya detectado ninguna otra incidencia>>.

TERCERO: Con fecha 24 de marzo de 2017, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00097/2017. Dicho acuerdo fue notificado al denunciado.

CUARTO: Con fecha 25 de abril de 2017, se recibe en esta Agencia escrito de PROGEDSA en el que comunica que es una entidad que distribuye y comercializa productos y servicios de terceros a través de una red comercial de agentes independientes, que visitan el domicilio del cliente o del potencial cliente. Estos agentes contratados por PROGEDSA son encargados de tratamiento de los datos de los clientes y potenciales clientes de Iberdrola. El agente ha de cumplir todas las obligaciones de la normativa de protección de datos en el tratamiento de datos de carácter personal, incluidas las medidas de seguridad. Acompañan el contrato firmado entre Don ***B.B.B.*** y Progedsa Soluciones, S.L.U., en fecha 18 de enero de 2014, en el cual hay una cláusula de Encargado de tratamiento de datos de carácter personal que establece la obligación de cumplir las medidas de seguridad y de que una vez finalizado el contrato se asegurará de destruir las copias de documentos por completo. Asimismo, Progedsa aporta correo electrónico de Don ***B.B.B.,*** de fecha 3 de enero de 2017, en el que indica que recordaba el caso denunciado por la Policía Local y que lo que sucedió es que la

clienta le dijo que no le interesaba la contratación con Iberdrola; rompió el contrato y lo tiró a una papelera al bajar de su casa creyendo que no iba a ocasionar ningún problema.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: La Policía Local de Santa Maria de Palautordera (Barcelona), recibió una llamada telefónica de un establecimiento comercial, en la que informan que personas, con acreditación a nombre de la empresa IBERDROLA, han depositado documentos en la papelera ubicada en la puerta del referido establecimiento.

SEGUNDO: La Policía Local de Santa Maria de Palautordera se personó, el día 23 de marzo de 2016**,** en el lugar de los hechos y comprobaron que había un contrato de suministro de energía eléctrica y de gas de IBERDROLA, con número de contrato ******CONT.1***, y donde consta el número del agente/representante ******AGENTE.1;*** contrato donde encontraban los datos personales de la Sra. ***A.A.A.*** con DNI ******DNI.1***, y domicilio en la ***(C/...1)***, así como su número de cuenta bancaria y teléfono.

TERCERO: IBERDROLA tiene suscrito un Acuerdo de colaboración comercial de fuerzas de venta con la empresa Progedsa Soluciones, S.L.U., con objeto de comercializar productos y servicios de IBERDROLA a través de agentes comerciales contratados por PROGEDSA

CUARTO: Dicho Acuerdo de Colaboración regula la prestación de servicios entre IBERDROLA y PROGEDSA, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 y en el Real Decreto 1720/2007, mediante el que las partes se comprometen a mantener la confidencialidad de la información facilitada por IBERDROLA.

QUINTO: PROGEDSA presta servicios de terceros (entre otros a Iberdrola), a través de una red comercial de agentes independientes, que visitan el domicilio del cliente o del potencial cliente. Estos agentes contratados por PROGEDSA son encargados de tratamiento de los datos de los clientes y potenciales clientes de Iberdrola. El agente ha de cumplir todas las obligaciones de la normativa de protección de datos en el tratamiento de datos de carácter personal, incluidas las medidas de seguridad.

SEXTO: Progedsa Soluciones, S.L.U., firmó un contrato con Don ***B.B.B.***, en fecha 18 de enero de 2014, en el cual hay una cláusula de Encargado de tratamiento de datos de carácter personal, que establece la obligación de cumplir las medidas de seguridad e indica que una vez finalizado el contrato se asegurará de destruir las copias de documentos por completo.

SÉPTIMO: Don ***B.B.B.*** remitió un correo electrónico a Progedsa, en fecha 3 de enero de 2017, en el que indica que recordaba el caso denunciado por la Policía Local y que lo

que sucedió es que la clienta le dijo que no le interesaba la contratación con Iberdrola; rompió el contrato y lo tiró a una papelera al bajar de su casa creyendo que no iba a ocasionar ningún problema.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (en lo sucesivo LOPD).

II

El artículo 9 de la LOPD, dispone:

"1. El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento, deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.

2. No se registrarán datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas.

3. Reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros y las personas que intervengan en el tratamiento de los datos a que se refiere el artículo 7 de esta Ley."

El art. 9 de la LOPD *establece* el principio de *"seguridad de los datos"* imponiendo la obligación de adoptar las medidas de índole técnica y organizativa que garanticen aquélla, añadiendo que tales medidas tienen como finalidad evitar, entre otros aspectos, el *"acceso no autorizado".*

Sintetizando las previsiones legales puede afirmarse que:

a) Las operaciones y procedimientos técnicos automatizados o no, que permitan el acceso –la comunicación o consulta- de datos personales, es un tratamiento sometido a las exigencias de la LOPD.

b) Los ficheros que contengan un conjunto organizado de datos de carácter personal así como el acceso a los mismos, cualquiera que sea la forma o modalidad en que se produzca están, también, sujetos a la LOPD.

c) La LOPD impone al responsable del fichero la adopción de medidas de seguridad, cuyo detalle se remite a normas reglamentarias, que eviten accesos no autorizados.

d) El mantenimiento de ficheros carentes de medidas de seguridad que permitan accesos o tratamientos no autorizados, cualquiera que sea la forma o modalidad de éstos, constituye una infracción tipificada como grave.

Es necesario analizar las previsiones que el R. D. 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, prevé para garantizar que no se produzcan accesos no autorizados a los ficheros.

El citado Reglamento define en su artículo 5.2 ñ) el *"Soporte"* como el "*objeto físico que almacena o contiene datos o documentos, u objeto susceptible de ser tratado en un sistema de información y sobre el cual se pueden grabar y recuperar datos*".

Por su parte, en el artículo 81.1 del mismo Reglamento se establece que "*Todos los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal deberán adoptar las medidas de seguridad calificadas de nivel básico*".

Las medidas de seguridad de nivel básico están reguladas en los artículos 89 a 94, las de nivel medio se regulan en los artículos 95 a 100 y las medidas de seguridad de nivel alto se regulan en los artículos 101 a 104.

Las medidas de seguridad se clasifican en atención a la naturaleza de la información tratada, esto es, en relación con la mayor o menor necesidad de garantizar la confidencialidad y la integridad de la misma.

El Reglamento citado, distingue entre medidas de seguridad aplicables a ficheros y tratamientos automatizados (Capítulo III Sección 2ª del Título VIII) y las medidas de seguridad aplicables a los ficheros y tratamientos no automatizados (Capítulo IV Sección 2ª del Título VIII).

Entre las medidas de seguridad de nivel básico, el Reglamento expone en su artículo 92, respecto de la gestión de soportes y documentos, que:

"1. Los soportes y documentos que contengan datos de carácter personal deberán permitir identificar el tipo de información que contienen, ser inventariados y solo deberán ser accesibles por el personal autorizado para ello en el documento de seguridad.

Se exceptúan estas obligaciones cuando las características físicas del soporte imposibiliten su cumplimiento, quedando constancia motivada de ello en el documento de seguridad.

2. La salida de soportes y documentos que contengan datos de carácter personal, incluidos los comprendidos y/o anejos a un correo electrónico, fuera de los locales bajo el control del responsable del fichero o tratamiento deberá ser autorizada por el responsable del fichero o encontrarse debidamente autorizada en el documento de seguridad.

3. En el traslado de la documentación se adoptarán las medidas dirigidas a evitar la sustracción, pérdida o acceso indebido a la información durante su transporte.

4. Siempre que vaya a desecharse cualquier documento o soporte que contenga datos de carácter personal deberá procederse a su destrucción o borrado, mediante la adopción de medidas dirigidas a evitar el acceso a la información contenida en el mismo o su recuperación posterior.

5. La identificación de los soportes que contengan datos de carácter personal que la organización considerase especialmente sensibles se podrá realizar utilizando sistemas de etiquetado comprensibles y con significado que permitan a los usuarios con acceso autorizado a los citados soportes y documentos identificar su contenido, y que dificulten la identificación para el resto de personas."

El agente responsable de la destrucción del contrato que se encontró en la papelera debió, por ello, adoptar las medidas necesarias para impedir cualquier recuperación posterior de la información que contenían los documentos encontrados. Tales medidas no fueron adoptadas totalmente en el presente caso. Prueba de ello es el hecho de que la documentación fue encontrada por la Policía Local de en la vía pública.

En el presente caso y teniendo en cuenta la documentación encontrada por la policía denunciante, ha quedado acreditado que Don ***B.B.B.*** no adoptó las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garantizasen la seguridad de los datos de carácter personal de sus ficheros, de manera que se evitase el acceso no autorizado a los datos de los mismos.

III

El artículo 44.3.h) de la LOPD, considera infracción grave:

"Mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen."

Dado que ha existido una vulneración en las medidas de seguridad por parte de Don ***B.B.B.***, se considera que ha incurrido en la infracción grave descrita.

IV

El artículo 10 de la LOPD establece que*: "El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo."*

El deber de confidencialidad obliga no sólo al responsable del fichero sino a todo aquel que intervenga en cualquier fase del tratamiento.

En el caso que nos ocupa, Don ***B.B.B.*** es encargado del tratamiento de los datos personales que obtenga para contratar con Iberdrola. En el contrato de prestación de servicios suscrito entre Progedsa y el agente citado se recogían las obligaciones que debía cumplir en materia de tratamiento y custodia de documentación con datos personales, entre las que se recogía que al destruir documentación debía hacerlo por completo. Atendiendo a las medidas de seguridad adoptadas por el denunciado, se comprueba la existencia de un incumplimiento del deber de secreto, produciéndose una ausencia de confidencialidad, por lo que se considera que se ha cometido una infracción del transcrito artículo 10 de la LOPD.

V

El artículo 44.3.d) de la LOPD, califica como infracción muy grave:

*"*La vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal al que se refiere el artículo 10 de la presente Ley.*"*

De acuerdo con los fundamentos anteriores, entendemos que por parte de Don ***B.B.B.*** se ha producido una vulneración del deber de secreto que procede calificar como infracción grave.

La responsabilidad en los hechos denunciados del agente Don ***B.B.B.***, viene establecida en el artículo 12.4 de la LOPD, que indica: *"En el caso de que el encargado*

del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente". En su contrato como encargado de tratamiento se establecen las obligaciones en materia de protección de datos y las ha incumplido. Por tanto, Progedsa no es responsable de los hechos denunciados

VI

En el presente caso ha quedado acreditado que Don ***B.B.B.*** abandonó documentación en la vía pública conteniendo datos de carácter personal. Estos hechos suponen una vulneración de las medidas de seguridad así como del deber de guardar secreto por lo que el denunciado ha incurrido en las infracciones graves descritas.

El artículo 45.6 de la LOPD, dispone:

"Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b) Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento."

Trasladando las consideraciones expuestas al supuesto que nos ocupa, se observa que la infracción de la LOPD de la que se responsabiliza a Don ***B.B.B.,*** es una infracción "grave"; que el denunciado no ha sido sancionado o apercibido por este organismo en ninguna ocasión anterior; y que concurren de manera significativa varias de las circunstancias descritas en el artículo 45.5 de la LOPD. Todo ello, unido a la naturaleza de los hechos que nos ocupan, justifica que la AEPD no acuerde la apertura de un procedimiento sancionador y que opte por aplicar el artículo 45.6 de la LOPD.

Ahora bien, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que sobre el apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD y a propósito de su naturaleza jurídica advierte que "*no constituye una sanción"* y que se trata de "*medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción"* que *sustituyen* a la sanción. La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la AEPD una "*potestad"* diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella y cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando no se requieran medidas correctoras, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

En este caso concreto, atendida la naturaleza de la infracción consistente en un hecho puntual, y vistas las medidas ya adoptadas por el denunciado y por la entidad para la que trabaja como agente, debe procederse en consecuencia, a resolver el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno al denunciado, en aplicación de la interpretación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica. Recordando que la reiteración en conductas como la denunciada constituye un supuesto sobre el que concurren las circunstancias previstas para la aplicación del régimen sancionador contemplado en la LOPD.

A la vista del pronunciamiento recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) de acuerdo con lo señalado se debe proceder al archivo de las actuaciones.

De acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR (**A/00097/2017**) las actuaciones practicadas a Don ***B.B.B.***, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con relación a la denuncia por infracción de los artículos 9.1 y 10 de la LOPD, tipificadas como graves en los artículos 44.3.h) y 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

2.- ARCHIVAR (**A/00097/2017**) las actuaciones practicadas a PROGEDSA SOLUCIONES, S.L.U., al no ser responsable de los hechos denunciados.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Don ***B.B.B.,*** y a PROGEDSA SOLUCIONES, S.L.U.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos