

- **Procedimiento nº.: PS/00210/2021**

Recurso de reposición Nº RR/00306/2022

Examinado el recurso de reposición interpuesto por **AD735 DATA MEDIA ADVERTISING, S.L.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00210/2021, y en base a los siguientes

HECHO

PRIMERO: Con fecha 26/04/2022, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00210/2021, en virtud de la cual se imponía a una sanción de 15.000 euros, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 83.6 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en lo sucesivo RGPD), infracción tipificada como muy grave en el artículo 72.1 m) de la LOPDGDD.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 26/04/2022, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en la LOPDGDD, y supletoriamente en la ley 39/2015, de 1/10, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), en materia de tramitación de procedimientos sancionadores.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00210/2021, quedó constancia de los siguientes:

1) *“La AEPD dictó resolución el 16/01/2020 en el procedimiento tutela de derechos 320/2019, requiriendo a la reclamada el cumplimiento de “remitir a la parte reclamante certificación en la que haga constar que ha atendido el derecho de acceso ejercido por éste o se deniegue motivadamente indicando las causas por las que no procede atender su petición”, y se le advertía de que “Las actuaciones realizadas como consecuencia de la presente Resolución deberán ser comunicadas a esta Agencia”. También se le advertía de que el incumplimiento de la citada obligación se considera infracción muy grave, según el artículo 72.1.m) de la LOPDGDD.*

La AEPD cursa las notificaciones electrónicas a través de la plataforma Notific@ que envía las notificaciones a los sistemas Carpeta Ciudadana y Dirección Electrónica Habilitada del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

La reclamada, como persona jurídica, está obligada a relacionarse con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos. De acuerdo con el certificado que figura en el expediente TD 320/2019, del encargado de la prestación del servicio,(FNMT), la citada notificación aparece “disponible en la Carpeta o DEH” de

la reclamada" con el siguiente resultado: Fecha de puesta a disposición: 21/01/2020 13:56:03 Fecha de rechazo automático: 01/02/2020 00:00:00".

Los efectos de la no aceptación del envío equivalen, de acuerdo con el artículo 43.2 de la LPACAP, a su rechazo, entendiéndose efectuado el tramite.

2) El reclamante de la TD/320/2019, presentó escrito el 2/03/2020, manifestando que no había recibido el cumplimiento de la resolución de la tutela por parte de la reclamada.

3) Con fecha 5/03/2020, la AEPD cursó escrito a la reclamada otorgándole un plazo adicional para cumplimentar la acreditación del cumplimiento ordenado. Nuevamente, el envío consta puesta a disposición el 6/03/2020, y fecha rechazo automático 17/03/2020.

4) Se da por probado que la reclamada no ha atendido el requerimiento de cumplimiento."

TERCERO: AD735 DATA MEDIA ADVERTISING, S.L. (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en fecha 26/05/2022, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo en:

1-"No ha incumplido ninguna de las resoluciones dictadas por la Agencia Española de Protección de Datos en el presente procedimiento, ni en el procedimiento del que éste trae causa, y que ha atendido las solicitudes de supresión y de acceso del afectado, a las que ha sido requerida por parte de esa autoridad de control". Pide se acuerde la anulación de la sanción impuesta al no apreciarse la infracción en la que se fundamenta.

2-Vulneración de su derecho a la defensa, al no contemplarse "a la hora de resolver" sus alegaciones presentadas. Se refiere a que la propuesta se le envió antes de contener las respuestas a las pruebas pedidas, que entraron dentro del tiempo otorgado.

3-Las comunicaciones de la Agencia Española de Protección de Datos han causado una indefensión a la reclamada, toda vez que "unas se han comunicado vía postal y otras, vía telemática, a sabiendas que AD735 DATA MEDIA ADVERTISING no podía acceder a ellas ni tenía dirección electrónica habilitada."

4- "AD735 DATA MEDIA ADVERTISING recibió la solicitud de supresión de los datos del afectado el día 7/02/2019. Ello fue motivado por una comunicación comercial recibida con anterioridad, sin perjuicio de que con fecha 19/02/2019, antes de la finalización del plazo para la atención fijado por ley, el afectado volviese a solicitar el derecho de supresión. "Así, el modo correcto de proceder, si se atiende una primera solicitud de supresión de datos personales, es que sea ésta la que se deba certificar al afectado y no la posterior, ya que en este momento posterior los datos están suprimidos de los ficheros". La supresión se realizó automáticamente en los ficheros de datos personales de AD735 DATA MEDIA ADVERTISING con fecha 08/07/2019, mediante la inclusión del número de teléfono del reclamante en el fichero de bajas que

los encargados del tratamiento remiten al responsable del tratamiento periódicamente. Además, se dio traslado a los encargados del tratamiento nombrados por la reclamada, a los efectos oportunos.”

5-En cuanto al requerimiento de la Agencia Española de Protección de Datos de atender la solicitud de “acceso” del reclamante, “*tal y como queda acreditado a lo largo del procedimiento sancionador*”, AD735 DATA MEDIA ADVERTISING, ha atendido la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, tan pronto como ha podido verificar sin incurrir en infracción de los derechos fundamentales de terceros. Ello queda justificado por los siguientes motivos:

- La reclamada no pudo atender los requerimientos telemáticos efectuados ya que no tuvo conocimiento de los mismos en un primer momento, puesto que con anterioridad al día 25/11/2021 no disponía de certificado electrónico, ni por tanto tenía habilitada dirección electrónica para poder recibir notificaciones. Razón por la que estiman que “*ninguna resolución fehacientemente comunicada a AD735 DATA MEDIA ADVERTISING ha sido desatendida o incumplida por la reclamada, por lo que existe una incongruencia entre lo acontecido y lo sancionado, vulnerándose el principio de tipicidad ya que, en ningún momento, AD735 DATA MEDIA ADVERTISING, ha cometido la infracción de la norma que se viene a sancionar*”. Aporta impresión de pantalla “*información del certificado*”, a nombre del administrador de la reclamada, en el que figura “*emitido por AC Representación*”, válido desde 25/11/2021 a 25/11/2023.
- En sus ficheros de datos, el registro del reclamante no tenía asociada una dirección de correo electrónico y cuando recibió la primera notificación de la AEPD (envío postal) “*no incluyó el formulario de reclamación presentado por el reclamante*”, y solicitó “*auxilio para comunicar al afectado acerca de la obtención de sus datos personales, que nunca tuvo respuesta*”.
- “*Tuvo únicamente la certeza de la dirección de correo electrónico del afectado, una vez recibido el expediente administrativo, ya que en los ficheros de datos del reclamante no tenía asociada una dirección de correo electrónico.*”

6-No concurre dolo o culpa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LOPDGDD.

II

Alega la reclamada que lo resuelto no tiene en cuenta lo alegado y aportado en la respuesta que dio en plazo a lo pedido en pruebas y sus alegaciones adicionales que en ese trámite hizo. Ese escrito, entrado en plazo, no se reflejó, “*a la hora de*

resolver". Al respecto, se debe indicar, que la resolución emitida si tuvo en cuenta las respuestas a pruebas solicitadas, y las "alegaciones" extra a las ya formuladas que con ese escrito (21/03/2022) se contenían, así como las alegaciones que tuvieron entrada después, el 5/04/2022. Esa manifestación de indefensión que ya se alegó frente a la propuesta, se contenía también en la resolución, y se indicaba que: *"Sobre las alegaciones de retrotraer el expediente por no considerar la respuesta a las pruebas pedidas, se estima que no se ha causado indefensión, pues no varían los hechos probados tras su aportación ni con las alegaciones realizadas se deriva indefensión material."*

En todo caso, se debe indicar que ni frente a la propuesta ni ahora frente a la resolución se detalla en que consiste la indefensión y perjuicios sufridos, cuando sobre lo alegado se dio respuesta en la resolución de forma motivada y se significa que las respuestas a las pruebas no modificaban los hechos ni la responsabilidad de la reclamada, y no inciden en los hechos probados, manteniendo la infracción.

Sus respuestas a lo pedido en pruebas contienen similares hechos que pone de manifiesto en este recurso, como:

-Los datos del reclamante se suprimieron el 8/07/2019, a instancia de un encargado del tratamiento de la reclamada. *"Recibieron la solicitud del interesado ejerciendo el derecho de supresión el 7/02/2019."* , y que

-No ha sido notificada de los procedimientos iniciados por la AEPD.

No obstante, queda acreditado que si se contemplaron en la resolución las alegaciones frente a la propuesta, entre las que significaba que corregía lo manifestado en pruebas de que atendió el derecho del afectado, debido a que en realidad *"no disponía de dicho dato para darle traslado del certificado"*, así como las respuestas a las pruebas, con un apartado de alegaciones sobre los defectos de las notificaciones que se contenía en la misma respuesta a esas pruebas pedidas.

Así pues, se verifica que la resolución se hace eco de lo alegado contra la propuesta, y en las fases anteriores, si bien ni ahora ni entonces ha fundamentado en que se basa la presunta indefensión.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 15/10/2004 que recoge la doctrina sentada por el Tribunal Supremo a este respecto, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo, señala que *"a tal fin es importante traer a colación la reiterada doctrina del Tribunal Supremo según la cual las infracciones procedimentales sólo producen la anulación del acto cuando suponen una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo en la resolución de fondo, de forma que puedan alterar su sentido. Pero, en cambio, no es procedente la anulación del acto por omisión de un trámite preceptivo cuando, de haberse cumplido este trámite, se puede prever anular, o cuando la omisión de un trámite no cause indefensión al interesado. En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 12/03/1998 y 25/05/1998, entre otras muchas, señalan que en materia de defectos formales, ha de intentarse mantener el procedimiento siempre, obviamente, que no se hubiera causado indefensión a los afectados ... y además, en el caso de autos, una vuelta atrás de las actuaciones en nada alteraría los términos de la litis y por ello los principios de seguridad y de econo-*

mía procesal obligan a mantener lo actuado. Debiendo en fin recordar, que esta Sala, en supuestos incluso de omisiones del trámite de audiencia, valorando las circunstancias de cada caso, ha declarado que tal omisión no siempre genera indefensión y estima que lo trascendente es la indefensión material de la parte afectada.”

Aplicando la anterior doctrina al presente caso, cabe deducir que no se ha producido la indefensión alegada, y la resolución reflejó y contestó y motivó con fundamento en todo momento sus alegaciones, sin que se estime que se ha vulnerado su derecho a la defensa o se haya producido indefensión.

Por otro lado, la manifestación de que *“recibieron la solicitud del interesado ejerciendo el derecho de supresión el 7/02/2019”* carece de exactitud, de acuerdo con las manifestaciones que figuran en la tutela por parte de la misma reclamada que indica que no llegaron a recibir la solicitud del ejercicio del reclamante porque se dirigió a una dirección de e mail no habilitada.

Sobre la otra indefensión alegada de que:

- a) No disponía con anterioridad al día 25/11/2021 de certificado electrónico, que es nueva y no se hizo en el procedimiento, y
- b) Las comunicaciones de la Agencia Española de Protección de Datos le han causado una indefensión, toda vez que *“unas se han comunicado vía postal y otras, vía telemática, a sabiendas que AD735 DATA MEDIA ADVERTISING no podía acceder a ellas ni tenía dirección electrónica habilitada,”*

Se ha de indicar que en la resolución ya se contesta a un aspecto relacionado con las notificaciones electrónicas y su falta de realización por no figurar en su buzón.

Ante la alegación de ahora, se ha de indicar que las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica necesariamente han de someterse a las notificaciones electrónicas, pues a todas ellas el legislador les presume la suficiente dotación de medios para ello, con independencia de su actividad o fines sociales. Se debe significar, que no disponer de certificado electrónico no exime de la obligación de la entidad de relacionarse con la administración en dicha modalidad, que se establece como obligatoria en el artículo 14 de la LPCAP, ni la AEPD tiene porque saber si dispone o no dispone del mismo cuando va a notificar, entendiéndose que además la disposición lleva tiempo aplicándose.

El art. 41.1 de la LPCAP señala la preferencia por la práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos, práctica ésta que se impone cuando el interesado resulta obligado a recibir las por esta vía. El art. 43 de la misma norma, la *“práctica de proceder”* y sus efectos, como más importante el de los efectos de cumplimiento de la obligación. Aparte de ello, el envío por vía postal no es obligación alguna de la Administración, se realiza en casos excepcionales y su envío por ese medio, habiéndose cursado previamente la vía obligatoria no supone una indefensión o arbitrariedad, habiéndose antes cumplido el acto de notificar, como sucede en este caso. Como consecuencia, tampoco esta alegación puede ser estimada.

III

En relación con la atención del derecho, ni el de acceso ni el de supresión que manifiesta haber llevado a cabo, no se acredita atención y envío alguno al reclamante y de hecho no figura alusión a ello ni en la tutela de derechos, el 28/11/2019, cuando efectúa sus manifestaciones, señalando que no había recibido tal solicitud, ni contestó aspecto alguno cuando se le dio el tramite de audiencia un mes después en diciembre de ese mismo año, por lo que estas alegaciones no pueden ser estimadas.

Además, frente a la manifestación del desconocimiento de datos del reclamante para atender su derecho, se reitera el contenido de la resolución, parte del fundamento de derecho III, que precisaba:

“además, por otro lado, hubo mas notificaciones en el procedimiento de la tutela que si que figuran enviadas y recogidas por la reclamada:

- Así, figura tras haberse realizado el envío electrónico, aparece notificado escrito de salida de fecha de 8/07/2019, el traslado de la reclamación a la reclamada, aunque no de su contenido, por correo postal, recogiénolo el 24/07/2019. Escrito al que contestó la reclamada en escrito de 28/11/2019 en el seno del procedimiento de tutela.

-También consta por el mismo motivo, que se dio traslado del escrito del reclamante en la tutela, para que efectuara las alegaciones, en el denominado tramite de “audiencia responsable”, que contiene los extremos de su denuncia, en los que figuraban su dirección, e mail, teléfono, entre otros datos, enviado por correo postal, en escrito de 16/12/2019 recibido el 20/12/2019.

En ambas notificaciones que si recibió, se le indicaba, reiteraba y aludía a que ese tipo de comunicación era excepcional, dada la obligatoriedad de comunicarse en la modalidad electrónica con los literales: “Dado que no ha accedido a la citada notificación, de forma excepcional y a título informativo procedemos a su remisión por correo postal, recordándole que, en lo sucesivo, las notificaciones se practicarán electrónicamente conforme a la LPACAP”.

Así, pues, la reclamada si disponía de los elementos necesarios para atender el derecho, y no se ha producido vulneración del derecho en las notificaciones o indefensión, cuando está obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.”

Por lo demás, que figure a nivel interno la supresión por haberse remitido escrito por parte de un encargado de tratamiento, además de no haberse señalado en el tramite de audiencia del procedimiento de tutela referido, pone de manifiesto la ausencia del cumplimiento de la medida requerida de atención del derecho solicitado por el afectado, que es el que debe atender y responder.

IV

En cuanto a la ausencia de dolo o culpa, la Ley 40/2015, de 1/10 de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, señala en su artículo 28.1 y 4:

“1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.”

Los principios del ámbito del derecho penal son aplicables, con ciertos matices, en el ámbito administrativo sancionador, entre otras, la STS de 18/03/2005, Rec. 7707/2000, recuerda *“que no podría estimarse cometida una infracción administrativa, si no concurriera el elemento subjetivo de la culpabilidad o lo que es igual, si la conducta típicamente constitutiva de infracción administrativa, no fuera imputable a dolo o a culpa”*. Cabe indicar que el principio de culpabilidad impide la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, también es cierto, que la ausencia de intencionalidad resulta secundaria ya que este tipo de infracciones normalmente se cometen por una actuación culposa o negligente, lo que es suficiente para integrar el elemento subjetivo de la culpa. Desde el punto de vista material, la culpabilidad consiste en la capacidad que tiene el sujeto obligado para obrar de modo distinto y, por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Por tanto, lo relevante es la diligencia desplegada en la acción por el sujeto, lo que excluye la imposición de una sanción, únicamente en base al mero resultado, es decir al principio de responsabilidad objetiva.

Considerando el carácter y tipo de la infracción, las circunstancias que acontecieron durante la tutela y la cuestión de la dejación en el cumplimiento de las notificaciones electrónicas, cabe deducir que al menos si concurre culpa imputable directamente a la reclamada.

En consecuencia, en el presente recurso de reposición, el recurrente no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **AD735 DATA MEDIA ADVERTISING, S.L.** contra la resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 26/04/2022, en el procedimiento sancionador PS/00210/2021.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **AD735 DATA MEDIA ADVERTISING, S.L.**

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la LPCAP, en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29/07, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17/12, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº **ES00 0000 0000 0000 0000 0000**, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. o 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 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 13/07, 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 LPACAP. 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.

180-050422

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