

Procedimiento N°: PS/00278/2019

938-051119

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 3 de abril de 2019 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos. La reclamación se dirige contra Vodafone España, S.A.U. con NIF A80907397 (en adelante, el reclamado). Los motivos en que basa la reclamación son en que solicitó a la operadora la supresión de sus datos, y le manifiestan: *“que una vez analizados los hechos descritos por el reclamante no mantiene servicio alguno activo en Vodafone, ni importes pendientes de pago”*.

Así las cosas, continúo recibiendo comunicaciones de dicha entidad.

Adjunta a la reclamación la siguiente documentación:

- Respuesta del reclamado a la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital de fecha 24 de diciembre de 2018.
- Correos electrónicos recibidos por el reclamante del reclamado de fechas 28 de noviembre de 2018, 27 de febrero y 28 de marzo de 2019.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

Con fecha 28 de agosto de 2019, el reclamado ha remitido a esta Agencia la siguiente información en relación con los hechos denunciados:

Manifiesta que: *“debido a un error informático en sus sistemas, el correo electrónico del reclamante se quedó “enganchado” y continuó constando en la ficha de envío de comunicaciones informativas relativas a las facturas electrónicas emitidas por Vodafone, siendo ese el motivo por el que ha recibido dichas comunicaciones”*.

Señalan que: *“dicho error fue solucionado, por lo que el reclamante no volverá a recibir ninguna comunicación relativa a la facturación electrónica de Vodafone ni ninguna otra que no haya consentido previamente”*.

Por otro lado, aportan copia del correo electrónico que han remitido al reclamante para informarle de los aspectos anteriormente indicados.

TERCERO: Con fecha 4 de octubre de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador al reclamado, 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 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD.

CUARTO: Notificado el citado acuerdo de inicio, el reclamado presentó escrito de alegaciones mediante escrito de fecha 16 de octubre de 2019, formuló en síntesis las siguientes alegaciones; *“que tal y como dio contestación al requerimiento de información recibido de la Agencia, los hechos se debieron a un error en el proceso de supresión de datos de nuestros sistemas. Todos los datos fueron efectivamente suprimidos de todos los sistemas de la compañía a excepción de la cuenta de correo en el sistema de envío de avisos de facturación. Es decir, no existió intencionalidad alguna por parte de mi representada en cometer los hechos producidos.*

Por otro lado, es importante resaltar que por el hecho de que el reclamante recibiera estos avisos no significa que mi representada le estuviera facturando por ningún servicio. Eso no ocurrió. Los envíos de avisos de facturación son un proceso automático que se dispara unos días antes del día del mes en el que cumple el ciclo de facturación de un cliente.

Este error ya fue corregido y así se le notificó al reclamante mediante correo electrónico, la cual se adjunta.

En este sentido, es relevante resaltar la derogación del artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Su sustitución por el artículo 28.1 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público elimina la mención a la “simple inobservancia” haciendo prevalecer la regla “nullum poena sine culpa”.

Lo anterior, no viene sino a poner de manifiesto la falta de cabida de la responsabilidad sin culpa, principio que rige o ha de regir en el ámbito administrativo sancionador, pues en la medida que es manifestación de “ius puniendi” del Estado, resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico un régimen de responsabilidad sin culpa.

En este sentido, indica Sentencia del Tribunal Constitucional número 219/1988, y ello por resultar inadmisibles un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa como igualmente viene a señalar la Sentencia 246/1991. No podrá ser sancionada mi representada por infracción del artículo 6.1. del RGPD, sin que se haga referencia al elemento subjetivo del tipo, no demostrándose ni dolo, ni culpa, ni negligencia.

Adicionalmente, teniendo en cuenta la especial naturaleza del Derecho sancionador que determina la imposibilidad de imponer sanciones sin tener en cuenta la voluntad del sujeto actor o los factores que hayan podido determinar el incumplimiento de una obligación legal, esta parte mantiene la improcedencia de la imposición de sanción alguna.

Así, el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de diciembre de 1998 (RJ1998/10226) (Recurso de Apelación 9074/1991), 27 enero 1996 (RJ 1996\926) (Recurso de Apelación 640/1992) y 20 enero 1997 (RJ 1997\257) (Recurso de Apelación 2689/1992)". También señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de julio de 1990, Ar. 6163,

Pues bien, como puede apreciarse, en la conducta descrita no concurre intencionalidad alguna, ni a título de dolo, ni a título de culpa. Por consiguiente, no existiendo culpabilidad alguna, resulta de todo punto improcedente imponer sanción alguna a mi representada, en cuanto falta uno de los requisitos esenciales del Derecho Administrativo sancionador.

Por todo ello, ni representada entiende que lo procedente es que la AEPD acuerde el sobreseimiento del presente expediente y el archivo de las actuaciones ya que los hechos se han producido sin intencionalidad alguna por parte de mi representada y parece que debido a algún tipo de error. Subsidiariamente y para el caso de que a pesar de las explicaciones anteriormente facilitadas, la Agencia entendiera que mi representada es merecedora de una sanción por la comisión de una infracción del art. 6.1. del RGPD, la cuantía de dicha sanción deberá moderarse, imponiéndose en su cuantía mínima, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias recogidas en el art. 83.2 del RGPD:

Se solicita, por tanto, acordar: El sobreseimiento del expediente, con el consiguiente archivo de las actuaciones. Subsidiariamente y para el caso de que a pesar de las explicaciones anteriormente facilitadas, la Agencia entendiera que mi representada es merecedora de una sanción por la comisión de una infracción del artículo 6.1 del RGPD, la cuantía de dicha sanción deberá moderarse, imponiéndose en su cuantía mínima".

QUINTO: Con fecha 25 de octubre de 2019, se inició el período de práctica de pruebas, acordándose: a).- dar por reproducidos a efectos probatorios la reclamación interpuesta por el reclamante y su documentación, los documentos obtenidos y generados que forman parte del expediente E/05024/2019 y b).- dar por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio del PS/00278/2019, presentadas por la entidad denunciada.

SEXTO: Con fecha 29 de noviembre de 2019, se dictó y se notificó el 3 de diciembre del mismo año a Vodafone la Propuesta de Resolución, por presunta infracción del artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5 del RGPD, proponiéndose una multa de 75.000€.

Vodafone presentó alegaciones a la Propuesta de Resolución, manifestando que se reitera en las alegaciones ya realizadas al Acuerdo de Inicio.

De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento, de la información y documentación presentada por las partes, han quedado acreditados los siguientes:

HECHOS PROBADOS

De la información y documentación aportada por las partes en este procedimiento, se acreditan de los siguientes hechos:

1º Con fecha 3 de abril de 2019, el reclamante interpone reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos, manifestando que solicitó la supresión de sus datos, y le manifiestan: *“que una vez analizados los hechos descritos por el reclamante no mantiene servicio alguno activo en Vodafone, ni importes pendientes de pago”*. Sin embargo, continuó recibiendo comunicaciones de dicha entidad.

2º Respuesta del reclamado a la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital de fecha 24 de diciembre de 2018, donde manifiestan que el reclamante no mantiene servicio alguno activo en Vodafone, importes pendientes de pago.

3º Correos electrónicos recibidos por el reclamante del reclamado de fechas 28 de noviembre de 2018, 27 de febrero y 28 de marzo de 2019.

4º Fechada el 16 de octubre de 2019, el reclamado aporta, en el periodo de alegaciones, entre otras, correo electrónico que envía al reclamante, donde indica: *“Nos ponemos en contacto con usted en relación con su reclamación que nos ha sido trasladada por la Agencia Española de Protección de Datos en el seno del expediente E/05024/2019. Por medio de la presente carta, queremos informarle de que el envío de los correos electrónicos a su cuenta de correo electrónico en los que se informa de que su factura electrónica se encuentra disponible, se deben a un error informático dado que dichas comunicaciones no se corresponden a ningún servicio contrastado por Usted. Hemos corregido dicho error a fin de evitar que vuelva a recibir dichos correos electrónicos”*.

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 al reclamado 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 solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;

b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;

(...)"

En el artículo 4 del RGPD, Definiciones, en su apartado 11, señala que:

"11) «consentimiento del interesado»: toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen".

También el artículo 6, *Tratamiento basado en el consentimiento del afectado*, de la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), señala que:

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

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

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

La infracción se tipifica en el artículo 83.5 a) del RGPD, considera que la infracción de *"los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9"* es sancionable, de acuerdo con el apartado 5 del mencionado artículo 83 del citado Reglamento, *"con multas administrativas de 20.000.000€ 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"*.

Por otra parte, la LOPDGDD a efectos de prescripción señala en su artículo 72: *"Infracciones consideradas muy graves:*

1. En función de lo que establece el artículo 83.5 del Reglamento (UE) 2016/679 se consideran muy graves y prescribirán a los tres años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquel y, en particular, las siguientes:

(...)

b) El tratamiento de datos personales sin que concurra alguna de las condiciones de licitud del tratamiento establecidas en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679.

(...)"

III

La documentación obrante en el expediente ofrece indicios evidentes de que el reclamado vulneró el artículo 6 del RGPD, puesto que la citada entidad trató de manera ilícita los datos personales del reclamante, al no constar el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, materializado en la remisión a su dirección de correo electrónico comunicaciones con origen en *"vodafone@corp.vodafone.es"* y cuyo asunto es *"ya tienes disponible tu factura electrónica"*.



La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en supuestos similares ha considerado que cuando el titular de los datos niega el consentimiento corresponde la carga de la prueba a quien afirma su existencia debiendo el responsable del tratamiento de datos de terceros recabar y conservar la documentación necesaria para acreditar el consentimiento del titular. Así, la SAN de 31/05/2006 (Rec. 539/2004), Fundamento de Derecho Cuarto.

El reclamante ha aportado entre otros documentos copia de la contestación de Vodafone a la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital, en el cual le manifiestan, *“una vez analizados los hechos descritos por el reclamante, que no mantiene servicio alguno activo en Vodafone, ni importes pendientes de pago”*, no habiendo autorizado a dicha entidad para el uso de su correo electrónico, como se reconoce por el propio reclamado.

En definitiva, hay que señalar que el respeto al principio de licitud de los datos exige que conste acreditado que el titular de los datos consintió en el tratamiento de los datos de carácter personal y desplegar una razonable diligencia imprescindible para acreditar ese extremo. De no actuar así el resultado sería vaciar de contenido el principio de licitud.

IV

A fin de establecer la multa administrativa que procede imponer han de observarse las previsiones contenidas en los artículos 83.1 y 83.2 del RGPD, que señalan:

“1. Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 5 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.

2. Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:

a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;

b) la intencionalidad o negligencia en la infracción;

c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados;

d) el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32;

e) toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento;

f) el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción;

g) las categorías de los datos de carácter personal afectados por la infracción;

h) la forma en que la autoridad de control tuvo conocimiento de la infracción, en particular si el responsable o el encargado notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida;

i) cuando las medidas indicadas en el artículo 58, apartado 2, hayan sido ordenadas previamente contra el responsable o el encargado de que se trate en relación con el mismo asunto, el cumplimiento de dichas medidas;

j) la adhesión a códigos de conducta en virtud del artículo 40 o a mecanismos de certificación aprobados con arreglo al artículo 42, y

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

En relación con la letra k) del artículo 83.2 del RGPD, la LOPDGDD, en su artículo 76, “Sanciones y medidas correctivas”, establece que:

“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 en el presente caso por la infracción tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD de la que se responsabiliza al reclamado, se estiman concurrentes los siguientes factores:

El alcance meramente local del tratamiento llevado a cabo por la entidad reclamada.

Solo se ha visto afectada una persona por la conducta infractora.

El perjuicio causado al reclamante puesto que tuvo que interponer denuncia ante la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital y fueron varias las ocasiones en las que se dirigió a la entidad para informarle de los hechos sin que adoptara decisión alguna.

No se tiene constancia de que la entidad hubiera obrado dolosamente, aunque la actuación revela falta de diligencia.

La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal número de personas afectadas.

La entidad reclamada tiene la consideración de una gran empresa.

De acuerdo con los preceptos indicados, a efectos de fijar el importe de la sanción a imponer en el presente caso, se considera que procede graduar la sanción a imponer de acuerdo con los siguientes criterios que establece el artículo 76.2 de la LOPDGDD:

- La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales, (apartado b).

El balance de las circunstancias contempladas en el artículo 83.2 del RGPD, con respecto a la infracción cometida al vulnerar lo establecido en su artículo 6.1 del RGPD permite fijar una sanción de 75.000 euros (sesenta y cinco mil euros), considerada como “muy grave”, a efectos de prescripción de la misma, en el 72.1.a 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 **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**, con NIF **A80907397**, por una infracción del Artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD, una multa de 75.000,00 € (setenta y cinco mil euros).

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **VODAFONE ESPAÑA, S.A.U.**.

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 el Banco 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