

Procedimiento nº: PS/00320/2019

- **Recurso de reposición Nº RR/00043/2020**

Examinado el recurso de reposición interpuesto por **SHOP MACOYN SL (YBL ABOGADOS)** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00320/2019, y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 10/12/2019, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00320/2019, en virtud de la cual se imponía a una sanción de 5.000 € (cinco mil euros), por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 5.1.f) 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 en el artículo 83.5.a) del RGPD y considerada muy grave a efectos de prescripción en el artículo 72.1.a) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDPGDD).

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 17/12/2019, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en la LOPDPGDD, y supletoriamente en la LPACAP, en materia de tramitación de procedimientos sancionadores.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00320/2019, quedó constancia de los siguientes:

PRIMERO: El reclamante presentó escrito de reclamación el 09/05/2019 en la AEPD manifestando que tras recibir correos de tipo publicitario del reclamado, YBL ABOGADOS, les había solicitado que eliminaran sus datos para el envío de publicidad, no recibiendo contestación alguna ni formulario o procedimiento para solicitar la cancelación; posteriormente recibió otro correo publicitario del reclamado.

*SEGUNDO: El reclamante ha aportado copia del correo electrónico remitido desde la dirección de YBL ABOGADOS, de fecha *****FECHA.1**, recibido en su cuenta de correo *****EMAIL.2**, así como copia de la cabecera del mismo, relativo al asunto hacemos valer sus derechos, publicitando e informando de los servicios que presta sin que haya sido autorizado ni consentido para ello y sin copia oculta pudiéndose observar decenas de direcciones de correo electrónico incluidas las direcciones, *****EMAIL.1** y *****EMAIL.2** titularidad del reclamante.*

TERCERO: El reclamado no ha contestado al requerimiento de información realizado por la AEPD, ni ha presentado escrito de alegaciones al acuerdo de inicio.

TERCERO: SHOP MACOYN SL (YBL ABOGADOS) (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en fecha 10/01/2020, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo en que no habían tenido conocimiento del presente procedimiento hasta el 03/12/2019 por lo que no habían podido efectuar alegaciones contra la imposición de la sanción; que lamentan el error cometido adoptando las medidas necesarias para evitar se vuelva a producir la infracción cometida por error material; que solicitan no sea impuesta la sanción objeto del presente recurso o, subsidiariamente, se reduzca su cuantía por imposibilidad de hacer frente a la misma debido a la complicada situación económica por la que atraviesa dicha empresa estando dispuestos a aportar la documentación económica justificativa que la Agencia estime conveniente.

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 LOPDPGDD.

II

La resolución recurrida se basaba en los Fundamentos de Derecho del II a VI ambos inclusive, tal como se transcribe a continuación:

“II

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su artículo 64 “Acuerdo de iniciación en los procedimientos de naturaleza sancionadora”, dispone:

“1. El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor del procedimiento, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará a los interesados, entendiéndose en todo caso por tal al inculpado.

Asimismo, la incoación se comunicará al denunciante cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo prevean.

2. El acuerdo de iniciación deberá contener al menos:

- a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.*
- b) Los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.*
- c) Identificación del instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos.*
- d) Órgano competente para la resolución del procedimiento y norma que le atribuya tal competencia, indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos en el artículo 85.*

e) *Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante el mismo de conformidad con el artículo 56.*

f) *Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio, así como indicación de que, en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, éste podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada.*

3. *Excepcionalmente, cuando en el momento de dictar el acuerdo de iniciación no existan elementos suficientes para la calificación inicial de los hechos que motivan la incoación del procedimiento, la citada calificación podrá realizarse en una fase posterior mediante la elaboración de un Pliego de cargos, que deberá ser notificado a los interesados” (el subrayado corresponde a la AEPD).*

En aplicación del anterior precepto y teniendo en cuenta que no se han formulado alegaciones al acuerdo de inicio, procede resolver el procedimiento iniciado.

III

En el presente caso, se imputa a YBL ABOGADOS la vulneración del artículo 5.1.f) del RGPD, que establece:

“1. Los datos personales serán:

(...)

f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas («integridad y confidencialidad»).

(...)”

Por otro lado, el artículo 5, Deber de confidencialidad, 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. Los responsables y encargados del tratamiento de datos así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679.

2. La obligación general señalada en el apartado anterior será complementaria de los deberes de secreto profesional de conformidad con su normativa aplicable.

3. Las obligaciones establecidas en los apartados anteriores se mantendrán aun cuando hubiese finalizado la relación del obligado con el responsable o encargado del tratamiento”.

Los hechos denunciados se concretan en la vulneración del principio de integridad y confidencialidad consagrado en el artículo 5.1.f) del RGPD y materializado en la remisión a las direcciones de correo electrónico titularidad del reclamante por el reclamado, de e-mail publicitando sus servicios sin copia oculta revelando el listado de

decenas de direcciones de correos electrónicos a las que se habría enviado dicha información y publicidad.

IV

La documentación obrante en el expediente ofrece indicios evidentes de que el reclamado ha vulnerado el artículo 5 del RGPD, principios relativos al tratamiento, en relación con el artículo 5 de la LOPDGDD, deber de confidencialidad, al revelar a un tercero, en este caso el reclamante, los datos de decenas de cuentas de correo electrónico, al remitir sin copia oculta comunicaciones en las que informaba y publicitaba los servicios que presta y, además, para lo que no contaba con el consentimiento ni autorización del reclamado.

Este deber de confidencialidad, con anterioridad deber de secreto, debe entenderse que tiene como finalidad evitar que se realicen filtraciones de los datos no consentidas por los titulares de los mismos.

Por tanto, ese deber de confidencialidad es una obligación que incumbe no sólo al responsable y encargado del tratamiento sino a todo aquel que intervenga en cualquier fase del tratamiento y complementaria del deber de secreto profesional.

V

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 RGPD, “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”.

La LOPDGDD en su artículo 72 indica a efectos de prescripción: “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:

a) El tratamiento de datos personales vulnerando los principios y garantías establecidos en el artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/679.

(...)”

VI

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, y sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción del procedimiento, 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 a YBL, en una valoración inicial, se estiman concurrentes los siguientes factores:

El alcance meramente local del tratamiento llevado a cabo por la entidad reclamada y aunque se trate solo de dos correos electrónicos remitidos a las direcciones del reclamante, en los mismos se revelan y da a conocer el listado de las direcciones de correos electrónicos a las que se envió la información de los servicios que prestaba el reclamado publicitando los mismos.

Solo se ha visto afectada una persona por la conducta infractora, al tratarse del único reclamante.

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

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

La entidad reclamada es una pequeña empresa”.

IV

El recurrente ha alegado que no le sea impuesta la sanción señalada en la resolución objeto del presente recurso o, subsidiariamente, se reduzca su cuantía de la misma.

Sin embargo, es obvio que el recurrente ha vulnerado uno de los principios básicos de la normativa en materia de protección de datos por lo que ha de ser objeto de sanción y, por otra parte, la cantidad impuesta ha sido minorada sustancialmente si se tiene en cuenta los importes señalados en el artículo 83.5 a) del RGPD.

En consecuencia, en el presente recurso de reposición, el recurrente no ha aportado 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 **SHOP MACOYN SL (YBL ABOGADOS)** contra la resolución de esta Agencia Española de Protección

de Datos dictada con fecha 10 de diciembre de 2019, en el procedimiento sancionador PS/00320/2019.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **SHOP MACOYN SL (YBL ABOGADOS)**.

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 ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 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 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 LOPDPGDD, 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 LOPDPGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (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 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) 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.



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