REALIZAR COMUNICACIONES COMERCIALES A DIESTRO Y SINIESTRO PUEDE TENER UN COSTE MILLONARIO*

A propósito de la Resolución de la Agencia Española de Protección de datos del proceso sancionador incoado contra Vodafone con referencia PS/00059/2020

Alba García Hernández
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 19 de abril de 2021

1. Introducción

La Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) ha sancionado con más de ocho millones de euros a Vodafone, empresa de telefonía, servicios de internet y televisión, como consecuencia de la infracción de diversos preceptos previstos en el marco normativo en materia de protección de datos. En este sentido, tal sanción radica en la realización de acciones de marketing y prospección comercial por medio de comunicaciones electrónicas –tanto por correo electrónico, como por mensaje– y llamadas telefónicas a una multitud de consumidores y usuarios, entre los cuales, se han interpuesto alrededor de 200 reclamaciones ante la AEPD en un periodo aproximado de dos años –literalmente indica la resolución del presente procedimiento sancionador que

* Trabajo realizado en el marco del Contrato con referencia 2020-COB-9996 financiado con cargo a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana; en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social", dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC).

"desde el segundo trimestre del año 2018 se han recibido en esta Agencia 191 reclamaciones a la fecha del acuerdo de inicio 26/02/2020"–, debido a la falta de observancia de las reglas más elementales de la protección de datos personales, por ejemplo, el consentimiento del titular de los datos o el control y seguimiento de las actividades subcontratadas con el fin de avalar la licitud de las mismas, etc.

En su resolución, la AEPD ha acordado la imposición de cuatro sanciones:

- La más cuantiosa, 4 millones de euros, es la referida a la vulneración del art. 24 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 (Reglamento general de protección de datos) (en adelante, RGPD), relativo a la responsabilidad del responsable del tratamiento.
- Una segunda por valor de 2 millones de euros con motivo de la infracción del art. 44 del RGPD, referido a la transferencia de datos personales.
- Una tercera sanción, también por valor de 2 millones de euros, por contravenir el art. 48.1. de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGT), por el que se reconoce el derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas, con los datos de tráfico y de localización y con las guías de abonados.
- Una multa en concepto de inobservancia del art. 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de los Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante, LSSICE) por importe de 150.000 euros. En este sentido, se prohíben las comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes que no hubieran sido expresamente autorizadas por el destinatario.

La operadora, por su parte, ha manifestado su pleno desacuerdo con el pronunciamiento de la AEPD por considerarlo desproporcionado e instrumento con tintes ejemplarizantes, pues, de acuerdo con lo declarado por Vodafone, defiende el respeto, la confidencialidad y la privacidad de los datos personales no solo de sus clientes, sino de todo aquel con el que pudiera entablar cualquier tipo de comunicación.

Con la imposición de esta sanción, definitivamente, la AEPD bate récords, pues esta ha sido la más elevada multa impuesta por el órgano de control hasta el momento. Anteriormente, las sanciones de mayor importe habían recaído sobre organizaciones pertenecientes al sector bancario, como es el caso de CaixaBank, entidad sancionada con 6 millones de euros, o de BBVA, condenada al pago de una multa por valor de 5 millones de euros.

2. Punto de partida y resultados de las investigaciones efectuadas

Antes de entrar al análisis pormenorizado de los hechos denunciados, como hecho axial del presente supuesto, cabe destacar la concurrencia de dos rasgos determinantes para la posterior resolución condenatoria:

- Se trata de una conducta repetida en el tiempo, afectando a una amplia extensión de interesados, es decir las acciones de mercadotecnia prosiguen desarrollándose, lo que las convierte en una potencial técnica de vulneración continuada de los derechos de los usuarios y consumidores. En estos términos, desde el segundo trimestre de 2018, la AEPD ha recibido 191 reclamaciones contra la empresa de telecomunicaciones Vodafone España S.A.U. Los usuarios reclamantes denuncian el ejercicio de acciones de prospección comercial y de mercadotecnia en nombre y por cuenta de Vodafone, mediante el empleo de instrumentos telefónicos y electrónicos. La utilización de tales técnicas pone en jaque el marco normativo configurado en torno a la protección de datos en el ámbito de los servicios de las telecomunicaciones, ya que se advierte que estas se han llevado a cabo sin haber sido previamente solicitadas o autorizadas por los destinatarios y, en consecuencia, a estos no se le ha ofrecido la posibilidad de ejercer su derecho de oposición. Igualmente, se denuncia la falta de adecuación de los procedimientos de actuación de los encargados de tratamiento, cuando dicha función se ejecuta por medio de la modalidad contractual de subcontratación, por no contar con las garantías suficientes para velar por los derechos e intereses de los titulares de los datos tratados.
- Asimismo, se ha de destacar la falta de colaboración de la operadora telefónica, ya que, en otras cuestiones, no esclarece los motivos por lo que, a pesar de anteriores apercibimientos, las conductas denunciadas no cesan en el tiempo o, de otra parte, no se aporta explicación alguna sobre el hecho de que, pese a que determinados usuarios habían sido anteriormente incluidos en las listas Robinson y habían ejercido válidamente su derecho de oposición, hayan sido estos destinatarios, nuevamente, de acciones comerciales por parte de Vodafone. En este punto, se ha de recalcar que, no solo no se han clarificado las cuestiones pertinentes planteadas por la AEPD, sino que, a mayor abundamiento, la entidad ha decido atender tales cuestiones con posterioridad al vencimiento de los plazos legalmente establecidos.

Se ha hecho alusión a las –*listas Robinson*–, las cuales representan el único fichero de exclusión publicitaria en funcionamiento en España, gestionado por la Asociación Española de la Economía. La utilidad fundamental de este sistema es que el consumidor restrinja el uso de los datos de los que es titular ante el potencial envío de publicidad no

deseada, de manera que las comunicaciones recibidas únicamente se circunscribirán a las empresas a las que haya prestado consentimiento expreso para ello. De este modo, la actividad se enmarca en el ámbito de la publicidad personalizada –entendida esta como aquella dirigida a un consumidor identificado y concreto–, teniendo como propósito principal la reducción de la cantidad de publicidad recibida por los usuarios.

Tal inscripción es de carácter potestativo y gratuito y, en cualquier momento, puede ser objeto de modificación, mediante, por ejemplo, la revocación del consentimiento para comunicaciones comerciales, así como la baja o cese de la lista. Además, la inclusión en las listas Robinson posibilita al consumidor y usuario a elegir el canal de comunicación por el que se limite el uso de sus datos personales, esto es, el sujeto se encuentra facultado para decidir cuál es el medio por el que pretende evitar la recepción de publicidad –correo electrónico, comunicaciones telefónicas, mensajes, entre otros–.

En estos términos, conviene conocer cuál es el procedimiento para formar parte de este fichero. Respecto a la legitimación, cualquier persona física que así lo desee puede inscribirse en el servicio, incluso los menores de 14 años podrán ejercitar tal derecho, aunque, en este caso, será los progenitores o tutores quienes deban realizar este trámite. La inscripción se formaliza mediante formulario en el que se deberán incluir los datos de la persona que desea oponerse y referenciar los medios o canales por los que se pretende evitar la publicidad no deseada[1]. No obstante, se ha de tener en cuenta que la inscripción en la lista Robinson no es eficaz inmediatamente, sino que comienza a ser efectiva en el plazo de dos meses desde que esta tuviera lugar.

De otra parte, en lo que concierne a las empresas, las organizaciones empresariales deberán consultar estos sistemas siempre que quieran realizar campañas publicitarias con destinatarios de los que no se ha recabado el consentimiento. Para acceder a la lista Robinson con fines de consulta, las empresas pueden emplear la plataforma proporcionada por la Asociación Española de Economía Digital, utilizar mecanismos ofrecidos por terceros o, incluso, elaborar su propia herramienta de conexión de sus bases de datos internas con la lista Robinson.

Retomando la cuestión que aquí ocupa, a la luz de las precedentes circunstancias, la AEPD acordó el inicio de las actuaciones de investigación pertinentes con objeto de confirmar la concurrencia de una conducta persistente, que supusiera una importante

[1] La AEPD facilita el siguiente enlace para la inscripción electrónica: https://bit.ly/3dgsORR, dando dos opciones al consumidor: 1) registro del usuario (en su propio nombre) que desear ejercer su derecho de oposición frente a acciones publicitarias no deseadas, siempre que fuera mayor de 14 años y 2) inscripción de otra persona, cuando se pretenda la inclusión en el sistema de una persona menor de 14 años y el actuante sea mayor de edad.

transgresión del ordenamiento en materia de protección de datos. Con esto se trata de dilucidar el origen de los datos objeto de tratamiento, la relación existente con los encargados de tratamiento, los procedimientos de control efectuados y el grado de cumplimiento alcanzado. A este respecto, se ha de considerar que las averiguaciones no solamente se han focalizado en la actividad de Vodafone, sino en entidades externas que colaboran con esta para la efectiva prestación de sus servicios de telefonía, internet y televisión.

De acuerdo con las pesquisas realizadas, de manera sucinta, los resultados arrojados fueron los siguientes:

- Son empleadas múltiples variedades de técnicas para el desarrollo de acciones de marketing, ya sea por cuenta propia o mediante la colaboración con agentes.
- Como consecuencia de lo anterior, se observa que el origen de los datos tratados es sumamente diverso.

Teniendo en cuenta tales resultados, respecto al primero de ellos puede decirse que las acciones de mercadotecnia desarrolladas por la empresa de telecomunicaciones responden a diversas modalidades, en función del grado de intervención de Vodafone en cada una de las campañas efectuadas:

- Campañas realizadas y gestionadas directamente por Vodafone. En este supuesto, las bases de datos con la información personal de los destinarios de tales técnicas y acciones se articulan desde el seno de la organización, pues son los departamentos de Televenta y el de Marketing los encargados del tratamiento de la mencionada información. No obstante, el departamento de Televenta cuenta con otras plataformas subcontratadas con las que existe un acuerdo marco de protección de datos, de forma que cualquier organización que pretenda convertirse en colaborador deberá someterse a una homologación previa, mediante la cumplimentación del debido formulario.
- Campañas gestionadas por otros agentes en nombre de Vodafone. Realizadas por diversidad de agentes, colaboradores o distribuidores que, incluso, pueden subcontratar el servicio con terceros. Resulta especialmente relevante para el caso que aquí ocupa saber que las bases de datos, en este caso, son proporcionadas por Vodafone o se pueden corresponder con otras bases propias, ajenas a la entidad de telecomunicaciones y, en consecuencia, alejándose del control efectivo del tratamiento por parte de esta. Podría hablarse de un control meramente formal, basado en el cumplimiento de las condiciones contractuales, pero no se observa control material o real más allá de un seguimiento a *posteriori*.

Con todo, la complejidad es suma si se tiene en cuenta que, en las acciones realizadas por colaboradores, agentes y distribuidores, el canal de venta responde a diversas tipologías:

- Agentes que desarrollan sus funciones en virtud de contrato de agencia en el que se recogen específicamente cuestiones referidas a la protección de datos.
- Canal del vendedor a domicilio. En este supuesto, se captan clientes con la técnica conocida como "a puerta fría". Los usuarios, tras la aceptación de la oferta, son informados de las condiciones contractuales de los potenciales servicios contratados, que, posteriormente, se confirman mediante llamada telefónica.
- Canal de venta *online*.
- Córneres físicos. Es habitual que se lleve a cabo la subcontratación del tratamiento con otras entidades que, en esta ocasión, no se someten a un proceso de homologación como sucedía en otras modalidades. Además, puede darse la circunstancia –y, de hecho, es lo más habitual–, de que Vodafone desconozca la identidad de estos colaboradores, por lo que la posibilidad de control queda diluida de manera considerable.

En relación con el origen de los datos tratados, cabe mencionar que, si el grado de dificultad era enormemente elevado respecto al ejercicio de las campañas, no cabe esperar menos en esta ocasión. De esta forma, la AEPD, a la luz de las investigaciones realizadas, distingue cuatro fuentes diferentes de información:

- Numeraciones aleatorias. Mediante el empleo de diversos rangos numéricos, Vodafone genera numeraciones al azar de potenciales clientes, lo que puede conllevar que un usuario que haya ejercido debidamente su derecho de oposición vuelva a formar parte del público objetivo de nuevas campañas posteriores. No obstante, se trata de evitar esta circunstancia mediante la comprobación a *priori* de las listas Robinson, aunque no siempre se logra el objetivo plenamente.
- Bases de datos de terceros "en régimen de alquiler". Presumiblemente, los consumidores incluidos en tales bases han consentido el tratamiento de sus datos, sin embargo, la AEPD manifiesta que no ha evidenciado de forma suficiente tal autorización, particularmente, en relación con el hecho de recibir ofertas por vía electrónica.
- Registros *web*. Por medio de la utilización de *banners*, los usuarios interesados en las propuestas de Vodafone aceptan la política de privacidad y facilitan sus datos personales. La información recopilada es tratada por Vodafone desde los departamentos de Marketing y Televenta, quienes se encargan de filtrar los datos en observancia de las listas Robinson o de otras plataformas en las que se recojan los usuarios que han ejercido sus derechos de oposición o supresión.

- Bases de datos propiedad de los colaboradores. El principal inconveniente que se genera en este caso es que Vodafone es ajena al tratamiento de tales datos, por lo que desconoce la legalidad y licitud de las mismas. En este sentido, puede suceder que no se produzca comprobación alguna por parte de los colaboradores de los usuarios ejercitantes de los derechos de supresión y oposición y sean incluidos, de nuevo, estos usuarios en las campañas.
- Bases de datos empleadas por los agentes colaboradores y proporcionadas por Vodafone. Los datos aquí contenidos se encuentran ya filtrados, aunque la AEPD manifiesta que no acredita de manera suficiente la existencia de mecanismos por los que se garantiza la exclusividad del uso por parte de los colaboradores de Vodafone, de forma que no sean estas bases cedidas a agentes externos.

Pues bien, ante este panorama tan poco halagüeño, tras las primeras manifestaciones de la AEPD, Vodafone opta por realizar cambios en su organización, pese a que entiende que la mayoría de las reclamaciones presentadas se residencian en actuaciones gestionadas por terceros.

- Respecto al uso de las bases de datos propiedad de Vodafone por parte de terceros, la organización ha establecido un tiempo de uso limitado a la duración de la campaña específica para la que han sido proporcionadas.
- Cuando las bases de datos son propiedad de los colaboradores, estas deberán ser revisadas por Vodafone *ex profeso*.

3. Infracciones producidas por Vodafone y alegaciones del reclamado

Tras la realización de las pesquisas anteriores, la AEPD acuerda iniciar procedimiento sancionador contra la empresa de telecomunicaciones como consecuencia de la vulneración de los siguientes preceptos:

- Art. 28 RGPD en relación con el art. 24 de la misma norma. En el primero de los preceptos citados se alude a la figura del encargado de tratamiento, mientras que lo dispuesto en el art. 24 se refiere a la responsabilidad del responsable de tratamiento.
- Art. 21 de la LSSICE, por el que se prohíbe la realización de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes, referenciando los siguientes aspectos:
    1. *Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.*

2. *Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.*

   En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

   Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.

– Art. 48.1.b) LGT por el que se reconoce el derecho a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas, con los datos de tráfico y de localización y con las guías de abonados en los siguientes términos:

   1. *Respecto a la protección de datos personales y la privacidad en relación con las comunicaciones no solicitadas los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán los siguientes derechos:*
      a. *A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de comunicación comercial sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.*
      b. *A oponerse a recibir llamadas no deseadas con fines de comunicación comercial que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en la letra anterior y a ser informado de este derecho.*

Naturalmente, Vodafone se muestra disconforme con las sanciones propuestas por entender que:

- La diligencia debida respecto a la "fiscalización" de las funciones del encargado del tratamiento se residencia en las fases de la relación contractual catalogadas como iniciales, esto es, únicamente se vincula a la etapa de contratación y no respecto del potencial seguimiento ulterior.
- Entiende la entidad prestadora de servicios de telecomunicaciones que los proveedores contratados e integrados en el departamento de Televenta se encuentran sujetos a un proceso de validación y auditorias continuo. Por su parte, los proveedores externos que emplean bases de datos propias no desempeñan el rol de encargados, sino que, por el contrario, actúan como responsables de las bases de su propiedad. Por último, aquellos proveedores externos que emplean bases de datos facilitadas por Vodafone, a la luz de la política interna de la organización en materia de protección de datos, se ajustan a los requerimientos expuestos en el art. 28 RGPD y, de esa forma, se da por satisfecha la diligencia debida.
- En términos generales, los datos tratados son previamente contrastados y cribados con las listas Robinson, por lo que la información tratada es siempre de carácter actualizado y tiene presentes, en todo momento, los derechos ejercitados por los usuarios.
- Se han implementado relevantes medidas de carácter organizativo y técnico, entre las que cabe destacar las vinculadas al control de la actividad de los proveedores, particularmente, aquellos que emplean bases de datos propias.
- Desde la organización, se muestra un profundo respeto a los derechos de los consumidores, por lo que no se imponen medidas o actuaciones que encaminadas a obstaculizar el ejercicio de los derechos de aquellos.

A la luz de tales circunstancias, Vodafone manifiesta, nuevamente, su desacuerdo con los resultados de las investigaciones arrojados por la AEPD y considera desproporcionada la sanción impuesta, ya que expone que, las potenciales infracciones dilucidadas se corresponden con un total de 191 reclamaciones, muestra escasamente representativa si se consideran los 200 millones de acciones comerciales realizadas.

Con todo, han sido probados los posteriores hechos:

- Vodafone actúa como responsable del tratamiento de los datos personales realizado por medio de actuaciones ejercitadas tanto desde el seno de la organización, como por entidades ajenas a esta.
- La entidad no cuenta con procedimiento de validación de la licitud de los datos sometidos a tratamiento, especialmente, cuando dicha función se refiere a la desempeñada por terceros.

- Los procesos de validación de los proveedores se reducen a la cumplimentación de un formulario, por el que no se pueden averiguar las garantías que ofrecen los proveedores contratados. Asimismo, el control y fiscalización de terceros en esta materia es ínfimo, llegando incluso a destacar el desconocimiento total de la red de acreedores externos con los que se entablan relaciones de servicios.
- No existen canales suficientes por lo que se pueda acreditar de manera fehaciente los derechos ejercidos por los usuarios frente a la organización. A mayor abundamiento, no se prevé como obligación contractual la consulta obligada de terceros de las listas de exclusión publicitaria.

4. Fundamentos de la decisión

4.1. Contratación y control de proveedores

En primer lugar, se refiere la AEPD al proceso de contratación de proveedores, entre los que se diferencian diversas modalidades:

- Proveedores contratados por medio del departamento de televenta, los cuales han de superar un proceso de selección basado en la cumplimentación de un formulario tendente a verificar el grado de ajuste a la normativa de tales empresas. A este respecto, la Agencia considera insuficiente el seguimiento realizado, pues este se limita a un breve control a *priori*, pero, en ningún caso, se aprecian monitoreos posteriores que contribuyan a un seguimiento real.
- Proveedores que actúan como agentes y distribuidores, en cuyo caso, no se someten a un proceso auténtico de homologación, siquiera similar al del anterior grupo. De esta forma, se observa que la verificación, autenticación y control de sus medios organizativos y técnicos es inexistente.

A este respecto, el órgano de control entiende que la supervisión no solamente se limita, en este supuesto, a cuestiones organizativas o técnicas, sino a una vigilancia y dirección absoluta en todo el proceso. De la misma forma que se desconocen las garantías que acreditan la idoneidad de las entidades contratadas, se ignora si estas encargan sus servicios a terceros. Tal circunstancia presenta una relevancia crucial en el ámbito de la protección de datos. En este contexto, el art. 28.2. RGPD establece que "*el encargado del tratamiento no recurrirá a otro encargado sin la autorización previa por escrito, específica o general, del responsable. En este último caso, el encargado informará al responsable de cualquier cambio previsto en la incorporación o sustitución de otros encargados, dando así al responsable la oportunidad de oponerse a dichos cambios*".

De tal precepto se deducen las siguientes notas:

- La "delegación" de funciones atribuidas al encargado del tratamiento a otro encargado diferente deberá realizarse, inexcusablemente, por medio de autorización del responsable. Por tanto, puede decirse que la autorización previa es siempre preceptiva. Así, tal anuencia deberá ser recogida por escrito, pudiendo ser de dos tipos: 1) de carácter general, por la que el responsable acepta la existencia de diversos encargados en los términos expresados arriba y 2) específica, de conformidad con la cual, se especifica la entidad concreta que desempeñará estas tareas.
- Cualquier alteración o modificación en este sentido habrá de ser comunicada al responsable, cuando la autorización sea específica.

Así pues, la autorización del responsable se muestra como un auténtico instrumento de fiscalización en el ámbito de la contratación de encargados de tratamiento. Tal y como recoge la resolución, no se entiende como "una simple comunicación de índole formal, sino que constituye un verdadero requisito material de cumplimiento del RGPD[2]".

4.2. Diligencia requerida

Fruto de la llamativa ausencia de inspección y de la aplicación de sólidas medidas de dirección y control sobre los proveedores, se deduce la falta de contrastación de los datos de contacto de los usuarios con los listados de exclusión publicitaria y derechos de oposición, particularmente, cuando tales acciones se ejecutan de forma externa al seno de Vodafone. Igualmente, Vodafone tampoco ocupa una posición activa respecto a la reclamación a los proveedores colaboradores de los derechos ejercitados por los usuarios, por lo que actualización de la información es prácticamente imposible.

Considerando esta cuestión, se observa una importante falta de diligencia en las funciones del responsable de tratamiento de datos, cuya función esencial es la garantía de una protección absoluta de los titulares de los datos personales. Esta cuestión se ha de reflejar en cualquier tipo de actuación, de manera independiente a que el responsable desempeñe sus tareas por medio de un encargado. La AEPD considera que, de no ser así, se estaría produciendo una huida inminente del derecho de protección de datos. El responsable debe ejercer funciones de dirección y ordenación del desempeño del encargado, que no se excusa por el uso de información propia recopilado por el encargado, es decir, Vodafone ha de controlar, como responsable de

[2] FJ 8 de la Resolución.

tratamiento, las actividades realizadas por sus encargados, incluso cuando estos hacen uso de bases de datos propias. A esta cuestión se ha de añadir lo dispuesto en la STS 1562/2020, por la que se considera que una organización actúa como encargado y no como responsable a pesar de que emplee en el desarrollo de las funciones que le son encargadas sus propias bases de datos.

4.3. Encargado del tratamiento vs. responsable del tratamiento

Por consiguiente, el rasgo que diferencia al responsable del encargado es la capacidad de decisión sobre los fines e instrumentos del tratamiento. Esta cuestión es aclarada en el Informe 0064/2020 del Gabinete Jurídico de la AEDP (de fecha 18/12/2020) por el que se concluye que "en todo caso, deberá analizarse detenidamente y en profundidad la relación jurídica establecida entre las partes al objeto de identificar quién determina los fines y los medios. […] La palabra "determinar" implica ejercer realmente una influencia sobre los fines y medios, para lo que no es óbice que el servicio se defina de una manera específica por el encargado, siempre que al responsable se le presente una descripción detallada y pueda tomar la decisión final sobre la forma en la que se realiza el tratamiento y poder solicitar cambios en caso de ser necesario, sin que el encargado pueda introducir posteriormente modificaciones en los elementos esenciales del tratamiento sin la aprobación del responsable […] o que se reconozca un cierto margen de maniobra al encargado[…] pudiendo dejarse al encargado la toma de decisiones sobre medios no esenciales […]". A la luz de tal explicación, queda aclarado que Vodafone actúa como responsable, mientras que sus colaboradores son jurídicamente encargados. En conclusión, Vodafone ha infringido de manera grave, reiterada y sistemática las obligaciones impuestas en calidad de responsable de los tratamientos.

4.4. Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes

También aprecia la Agencia una infracción del art. 21 LSSICE que, en palabras de Vodafone, no podría ser tal por justificarse la satisfacción del interés legítimo. Sin embargo, dicho argumento no puede ser considerado por requerirse, de nuevo, una autorización expresa, en este caso de los usuarios, respecto a las comunicaciones electrónicas con fines publicitarios recibidas. Acerca de este asunto, ha de tenerse presente que tales comunicaciones se realizan partiendo de números generados de manera aleatoria, por lo que ha quedado patente que los destinatarios de tales comunicaciones no eran clientes directos de la compañía telefónica o, aun siéndolo, había ejercitado derecho de oposición. Asimismo, en línea con lo anterior, se denuncia la transgresión de las disposiciones de la LGT en relación con el derecho de oposición

previsto en el art. 21 del RGPD y del art. 23 de la LOPDGDD y es que ha quedado probado que Vodafone y sus colaboradores no cribaron los datos de contacto excluidos por el ejercicio de oposición de sus titulares a efectos de recepción de acciones publicitarias. De ambas cuestiones se infiere la comisión de infracciones tipificadas como grave en la normativa con motivo de su expresa intencionalidad, la persistencia prolongada en el tiempo, la reincidencia de las acciones típicas, la repercusión social de las infracciones cometidas, la entidad de los perjuicios causados y el lucro obtenido.

4.5. Otras cuestiones

En atención al incumplimiento del principio general de transferencias, se ha descubierto que la compañía Vodafone cedía información de sus clientes a un colaborador de origen peruano sin que tal traspaso responda a las medidas previstas en la normativa europea en materia de protección de datos, por lo que la inobservancia del art. 44 del RGPD es flagrante.

Por otro lado, aunque tal puntualización podría considerarse secundaria en el análisis de lo que aquí se propone, la AEPD reconoce la voluntad de mejora y cumplimiento de Vodafone; no obstante, entiende que los esfuerzos alegados por la compañía no son tales, ya que, en el momento de la instrucción, no habían sido implementados en la organización.

Por último, en relación con la desproporción de la condena impuesta, la AEPD lo tiene claro: la muestra tomada para la investigación de los hechos aquí expuestos demuestra un patrón de conducta basado en la injerencia continuada e indiscriminada sobre los derechos y libertades de los afectados. Por tanto, el número de reclamaciones interpuestas podría resultar insignificante a razón de las múltiples acciones de marketing realizadas, sin embargo, se ha de considerar que no todos los perjudicados han ejercido sus derechos por vía de la interposición de reclamaciones, ya fuera ante Vodafone o ante la AEPD.

5. Resolución

En consideración a lo expuesto, la AEPD condena a Vodafone con la imposición de las siguientes sanciones:

- Por infracción del art. 28 del RGPD en relación con el art. 24 del RGPD, tipificada conforme el art. 83.4.a) del RGPD con sanción administrativa de cuantía cuatro millones de euros (4.000.000 €).
- Por infracción del art. 44 del RGPD tipificada conforme el art. 83.5.c) del RGPD, con sanción administrativa de cuantía dos millones de euros (2.000.000 €).

- Por infracción del art. 21 de la LSSICE, tipificada como grave en el art. 38.3.d) y c) de dicha norma con sanción de cuantía ciento cincuenta mil euros (150.000€)
- Por infracción del art. 48.1.b) de la LGT, en relación con el art. 21 del RGPD y art. 23 de la LOPDGDD, tipificada como grave en el art. 77.37 de la LGT con sanción de cuantía dos millones de euros (2.000.000€).

Asimismo, se conmina a la entidad telefónica a que, en el plazo de seis meses a contar desde la notificación de la Resolución, se acredite la realización de los ajustes y mejoras necesarios para satisfacer las disposiciones previstas en la normativa de protección de datos.

6. Conclusiones

Conviene apreciar dos bloques de reflexiones a este respecto en función de sus destinatarios:

6.1. Consideraciones dirigidas a empresas

En términos generales, la AEPD manifiesta que:

1º) Acerca de las figuras de los responsables y encargados de tratamiento, el Ordenamiento aprecia una marcada diferencia de roles entre ambos, que radica en las distintas facultades y responsabilidades atribuidas a cada uno de ellos. Así pues, en función de las prerrogativas directivas y fiscalizadoras reconocidas, se observa la concurrencia de un mayor grado de dirección en el primero sobre el segundo, dándose la circunstancia, incluso, de que la función del encargado queda reducida al cumplimiento de las instrucciones marcadas por el responsable, salvo cierto margen de discrecionalidad de carácter meramente instrumental y secundario. Además, de acuerdo con lo apuntado por la AEPD en esta Resolución, tal diferenciación de posiciones se aplicará de manera independiente a la procedencia de los datos tratados, es decir, no es óbice, en este punto, quién ostente la titularidad de las bases con la información tratada.

2º) Si el encargado de tratamiento optara por contratar o subcontratar sus servicios con terceros, tales operaciones deberán ser informadas, en todo caso, al responsable mediante comunicación expresa.

3º) Cuando tengan lugar actividades de tratamiento que impliquen la transferencia de datos, especialmente cuando éstos revistan carácter personal, se ha de ser particularmente cuidadosos. Ha de estar sujeta esta operación al cumplimiento

de restrictivas garantías de seguridad y protección de la información como instrumento de defensa articulado en beneficio de sus titulares.

4º) La AEPD, reitera que, frente a incumplimientos manifiestos, la voluntad de mejora o la propuesta de cambio no son elementos suficientes para probar el cumplimiento de las normas infringidas, sino que se exige un comportamiento real: activo y presente.

Respecto al envío de comunicaciones con fines publicitarios:

1º) La realización de comunicaciones con fines publicitarios en base a la promoción del interés legítimo no es motivo eximente para la exigencia del consentimiento expreso del destinatario sobre la recepción de tales informaciones. Las empresas quedan obligadas a recabar el consentimiento expreso, claro e inequívoco por parte del usuario respecto a la recepción de contenido publicitario.

2º) En observancia del art. 23.4. de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos Digitales *"quienes pretendan realizar comunicaciones de mercadotecnia directa, deberán previamente consultar los sistemas de exclusión publicitaria que pudieran afectar a su actuación, excluyendo del tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa al mismo. A estos efectos, para considerar cumplida la obligación anterior será suficiente la consulta de los sistemas de exclusión incluidos en la relación publicada por la autoridad de control competente"*. Tomando en consideración este precepto, toda vez que una entidad empresarial realice acciones o campañas publicitarias deberá consultar, a *priori*, los sistemas en los que se contiene la información sobre aquellos consumidores que, en ejercicio de su derecho de oposición, hayan sido integrados en las conocidas como listas Robinson. Asimismo, junto con la consulta de este sistema, deberán informarse sobre qué usuarios han revocado su consentimiento respecto a la recepción de llamadas publicitarias. Los agentes que podrán acceder a las listas son tanto anunciantes como responsables de ficheros, entre otros.

3º) La transparencia, el consentimiento y el respeto a los derechos reconocidos a los usuarios son los tres pilares cruciales sobre los que debe erigirse la política de publicidad interna de cualquier organización.

6.2. Plan de actuación para consumidores frente a la publicidad no deseada

1º) Se reconoce a los consumidores el derecho de oposición, así como la práctica de cualquier otra técnica jurídica que implique la exclusión de sus datos

personales de las actividades de tratamiento desarrolladas por parte de organizaciones empresariales.

2º) En todo caso y sin excepción alguna, el consumidor ha de consentir el envío de comunicaciones comerciales de manera expresa.

3º) El consentimiento prestado es revocable en cualquier momento.

4º) Cuando el usuario fuera destinatario de comunicaciones comerciales no consentidas, podrá ejercer el derecho de oposición y acogerse al servicio gratuito de exclusión publicitaria mediante la inclusión en las listas Robinson. Para ello, deberá cumplimentar un formulario *web* e indicar los canales por los que desea dejar de ser destinatario de acciones publicitarias, ya fuera por vía electrónica, telefónica, etc.