

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

RESOLUCIÓ del procediment sancionador núm. PS 6/2015, referent a Aqualia Gestión Integral del Agua, SA

Antecedents

1.- En data 15/07/2014 va tenir entrada a l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades un escrit d'una persona pel qual formulava denúncia contra Aqualia Gestión Integral del Agua, SA (en endavant, Aqualia), amb motiu d'un presumpte incompliment de la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD).

En concret, la persona denunciant exposava que Aqualia, concessionària del servei municipal d'aigües a Molins de Rei, li hauria enviat al seu domicili una carta intitulada "*CARTA OBTENCIÓ DEL CONSENTIMENT (ART. 14 RLOPD)*", en la qual se sol·licitava el seu consentiment per realitzar determinats tractaments de dades de caràcter personal, que segons s'indicava en la carta es durien a terme si no manifestava la seva negativa en un termini de 45 dies. La persona denunciant qualificava d'irregular aquesta conducta anunciada en la carta, de la qual aportava una còpia i en la que s'informava a les persones destinatàries que les dades personals respecte les quals s'anunciaven determinats tractaments si no s'hi oposaven, "*es troben incorporades en un fitxer titularitat de l'Ajuntament on vostè resideix*".

2.- L'Autoritat va obrir una fase d'informació prèvia (IP 259/2014), d'acord amb el que preveu l'article 7 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, en relació amb la DT 2^a de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, per tal d'obtenir més informació sobre les circumstàncies dels fets i els subjectes responsables.

En el si d'aquesta fase d'informació, per mitjà d'ofici de data 15/10/2014 es va requerir a Aqualia per tal que informés sobre determinats aspectes vinculats a les comunicacions dirigides als usuaris del servei municipal d'aigües de Molins de Rei.

Aqualia va respondre l'anterior requeriment a través d'escrit de data 28/10/2014, pel qual s'exposava, entre d'altres, el següent:

- Que la comunicació es va dirigir a 9.410 clients domèstics de Molins de Rei.
- Que dita comunicació es va remetre juntament amb les factures del 2n trimestre del 2014, la qual s'hauria rebut entre l'1 i el 20 de juliol.
- Que 688 persones es van oposar als tractaments indicats a la comunicació rebuda.
- Que d'acord amb el plec de càrrecs i el contracte administratiu de concessió signat entre l'Ajuntament de Molins de Rei i Aqualia, aquesta última actua com a concessionària del servei públic de gestió integral de l'aigua, i en aquesta condició, contracta amb els usuaris del servei i els factura per la prestació del mateix.
- Que Aqualia es configura com a responsable del fitxer d'acord amb l'art. 20.1 del Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desplegament de la LOPD.
- Que les dades personals dels usuaris del servei municipal estan incloses en un fitxer d'Aqualia, sens perjudici que l'Ajuntament de Molins de Rei tingui els seus propis fitxers.

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

- Que Aqualia no ha remés als usuaris cap informació “sobre novetats, activitats o serveis” que s’anunciava a la carta que donà lloc a la denúncia.
- Que no s’ha procedit a la cessió de dades dels usuaris a tercers anunciada a la carta controvertida, atès que l’Ajuntament de Molins de Rei es va dirigir a Aqualia sol·licitant que no es duqués a terme.

3.- També en el si d’aquesta fase d’informació prèvia, per mitjà d’ofici de data 15/10/2014 es va requerir a l’Ajuntament de Molins de Rei per tal que informés, entre d’altres, si Aqualia tracta les dades de caràcter personal incorporades al fitxer de l’Ajuntament “*usuaris proveïment d’aigua*”, com a encarregat del tractament. En aquest cas, es requeria a l’Ajuntament per tal que aportés còpia del contracte a través del qual es regula l’accés per compte de tercers; així com per tal que informés si havia autoritzat l’ús de les dades personals incorporades en el fitxer esmentat amb la finalitat que dita empresa pogués sol·licitar als usuaris del servei municipal d’aigües el consentiment per als tractaments anunciats per Aqualia en la comunicació objecte de denúncia.

L’Ajuntament de Molins de Rei va respondre l’anterior requeriment a través d’escrit de data 28/10/2014, pel qual s’exposava, entre d’altres, el següent:

- Que Aqualia és el concessionari dels serveis de la gestió del Servei de Cicle Integral d’aigua a l’Ajuntament de Molins de Rei, la qual cosa comporta que dita empresa té accés a les dades dels seus ciutadans, motiu pel qual existeix un contracte formalitzat entre l’Ajuntament i Aqualia, en virtut del qual aquesta empresa actua com encarregat del tractament, d’acord amb l’art. 12 LOPD.
- Que Aqualia no va sol·licitar en cap moment a l’Ajuntament autorització per utilitzar les dades a les que té accés amb una finalitat diferent a l’establerta al contracte de serveis.
- Que en el moment que l’Ajuntament va tenir coneixement -a través de queixes dels ciutadans- de les cartes enviades per Aqualia, es va remetre una comunicació exigint a l’empresa el cessament immediat de les accions efectuades per utilitzar les dades personals dels ciutadans.

L’Ajuntament de Molins de Rei aportava amb el seu escrit còpia del contracte subscrit per l’Ajuntament i Aqualia el 16/03/2012 d’acord amb allò establert a l’art. 12 LOPD; així com còpia de la comunicació adreçada a l’entitat denunciada el 30/07/2014. En aquest darrer escrit, l’Ajuntament de Molins de Rei exigia a Aqualia que “*es cancel·lin els enviaments i en cap cas es procedeixi a la cessió de les dades dels usuaris a l’empresa tercera a la qual fa menció el comunicat*”, per considerar que la única “*finalitat per a la que poden utilitzar les dades personals dels usuaris és per prestar el servei concessionat, no podent fer ús diferent d’aquestes ni realitzar comunicacions a tercers i molt menys cedir les dades per a finalitats diferents*”. D’altra banda, en aquell mateix escrit l’Ajuntament posava de manifest que en la comunicació controvertida dirigida a les persones usuàries es mencionava expressament al Consistori “*com a particip del canvi de finalitats comunicades quan en cap moment el citat document ha estat (...) validat ni aprovat per aquesta entitat, podent causar (...) confusió a la ciutadania en l’origen i responsabilitat real del comunicat.*”

4.- En data 12/02/2015 la directora de l’Autoritat Catalana de Protecció de Dades va acordar iniciar procediment sancionador contra Aqualia per una presumpta infracció greu prevista a l’article 44.3.c) en relació amb l’article 4 LOPD. Així mateix, va nomenar persona instructora de l’expedient

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

al funcionari de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, (...). Aquest acord d'inici, juntament amb el plec de càrrecs, es va notificar a l'entitat imputada el 19/2/2015.

En el plec de càrrecs es concedia a l'entitat imputada un termini de deu dies hàbils comptadors a partir del dia següent de la notificació per formular al·legacions i proposar la pràctica de proves que considerés convenientes per a la defensa dels seus interessos.

5.- Aqualia va formular al·legacions al plec de càrrecs mitjançant escrit de 27/02/2015.

6.- En data 02/06/2015 la persona instructora d'aquest procediment va formular proposta de resolució, per la qual proposava que la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades imposés a Aqualia la sanció consistent en una multa de 60.000 euros com a responsable d'una infracció greu prevista a l'article 44.3.c), en relació amb l'article 4, tots ells de la LOPD. Aquesta proposta de resolució fou notificada en data 08/06/2015, i es concedia un termini de 10 dies per formular al·legacions.

7.- Per mitjà d'escrit de 18/06/2015 l'entitat imputada ha formulat al·legacions a la proposta de resolució.

Del conjunt de les actuacions practicades en aquest procediment es consideren acreditats els fets que seguidament es detallen com a fets provats.

Fets Provats

En data 16/03/2012 l'Ajuntament de Molins de Rei va subscriure amb Aqualia un contracte que regulava l'accés per part d'aquesta empresa, com a encarregat del tractament, a les dades dels fitxers de l'Ajuntament següents: "Usuaris proveïment d'aigua", "Gestió tributària" i "Padró d'habitants" –aquest últim, només "en la mesura i grau que ho requereixi per a la prestació del servei, tot adreçant una petició motivada a l'Ajuntament"–. Segons consta en el dit contracte, les finalitats de l'encàrrec són les següents:

- a) *Explotació del servei públic municipal d'abastament d'aigua*
- b) *Facturació i recaptació de la taxa municipal de clavegueram*
- c) *Facturació i recaptació del cànon d'aigua en base al Decret 132/1995, de 12 de desembre, que desenvolupa la Llei 9/1991 de 27 de novembre*
- d) *Facturació i recaptació de la taxa metropolitana de tractament de residus*

I en el mateix contracte es fa constar, en la clàusula 3a, intitulada "Obligacions d'AQUALIA", el següent:

- 1r.- *AQUALIA només tractarà les dades obtingudes o a les que tingui accés d'acord amb les instruccions de l'AJUNTAMENT.*
- 2.- *Les dades facilitades no s'aplicaran ni utilitzaran amb finalitat diferent a la que figura a aquest document, ni AQUALIA les comunicarà, ni tan sols a efectes de la seva conservació, a tercers (...).*

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

Durant la vigència del contracte esmentat, i per tant mentre Aqualia actuava com encarregat del tractament amb accés a dades incloses en fitxers de l'Ajuntament de Molins de Rei, va destinar les dades de 9.410 persones usuàries del servei municipal d'aigües de Molins de Rei a una finalitat diferent a les estipulades en el dit contracte, i en concret, per sol·licitar als usuaris del servei municipal d'aigües de Molins de Rei el seu consentiment per a remetre'ls-hi determinada informació, així com per cedir les seves dades a "*Reparalia Direct SL i qualsevol altra empresa del seu Grup*".

Fonaments de Dret

1.- És d'aplicació al present procediment el previst al Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, segons el previst a la DT 2ª de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades. De conformitat amb els articles 5 i 8 de la Llei 32/2010, la resolució del procediment sancionador correspon a la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades.

2.- En el si d'aquest procediment sancionador, l'entitat imputada va formular al·legacions davant el plec de càrrecs i també davant la proposta de resolució. El primer escrit d'al·legacions ja fou analitzat en la proposta de resolució formulada per la persona instructora, si bé es considera procedent fer-hi una menció en la present resolució, atès que en les al·legacions formulades davant la proposta de resolució es reproduïen en part les formulades prèviament davant el plec de càrrecs. Tot seguit s'analitzen doncs el conjunt d'al·legacions formulades per l'entitat imputada.

2.1.- Sobre la condició de responsable del fitxer

En el primer apartat del seu escrit d'al·legacions a la proposta de resolució, Aqualia considera que és responsable del fitxer ja que, com a concessionària, gestiona el servei al seu propi risc i ventura, mitjançant l'abonament d'una contraprestació econòmica que factura amb el seu CIF. Afegeix l'entitat imputada que no presta cap servei a l'Ajuntament, sinó als usuaris del servei d'abastament d'aigua; així com que només és encarregada del tractament en relació al cobrament dels tributs municipals. Val a dir que aquesta mateixa al·legació ja s'havia esgrimit davant el plec de càrrecs.

Doncs bé, tal com assenyalava la persona instructora en la proposta de resolució en donar resposta a aquesta mateixa al·legació, l'element clau en el present supòsit per determinar si Aqualia és responsable o encarregat del tractament és que l'administració contractant – l'Ajuntament de Molins de Rei – és responsable del fitxer "*usuaris proveïment d'aigua*", el qual es troba inscrit en el Registre de Protecció de Dades de Catalunya dependent d'aquesta Autoritat, que té com a finalitat la gestió del servei de proveïment d'aigua. I que fou precisament en base a tal condició de responsable del fitxer en què figuren les dades personals utilitzades en les cartes controvertides, que va subscriure el contracte esmentat amb Aqualia en data 16/02/2012 en què li atorgava la condició d'encarregat de tractament, tant pel que fa a la facturació i recaptació dels tributs municipals (la taxa municipal de clavegueram, el cànon de l'aigua i la taxa metropolitana de tractament de residus), com també en allò referent a l'explotació del servei públic d'abastament d'aigua.

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

I en aquest punt, s'ha de ressaltar que la condició d'Aqualia com a encarregat del tractament com a conseqüència de la prestació dels serveis esmentats a l'Ajuntament de Molins de Rei, que impliquen l'accés a dades personals, fou assumida expressament per la pròpia entitat aquí imputada quan va subscriure l'esmentat contracte.

Així mateix, val a dir que en la carta controvertida que Aqualia dirigí a les persones usuàries del servei d'abastament municipal de Molins de Rei, la mateixa entitat imputada afirmava que les dades que tractava *“es troben incorporades en un fitxer titularitat de l'Ajuntament on vostè resideix”*.

Sobre la base de l'anterior, tal com indicava la persona instructora en la proposta de resolució, cal acudir a la disposició addicional 26a del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), en la qual s'estableix que *“En cas que la contractació impliqui l'accés del contractista a dades de caràcter personal del tractament de les quals sigui responsable l'entitat contractant, aquell té la consideració d'encarregat del tractament. (...)”*

Així doncs, quan l'administració contractant sigui responsable de les dades a les quals accedeix el contractista –com és el cas–, aquest tindrà la consideració d'encarregat del tractament. I això, amb independència que sigui la concessionària qui estableixi el contacte amb els usuaris del servei públic –com es preveu en el contracte pel qual Aqualia assumeix la condició d'encarregada del tractament–, ja que ni la disposició addicional 26a de LCSP ni l'art. 12 de la LOPD preveuen que en tal supòsit es perdi la condició d'encarregat del tractament.

En la mateixa línia argumental, Aqualia sosté en el seu escrit d'al·legacions davant la proposta de resolució que el fet de facturar als usuaris del servei municipal d'abastament d'aigua de Molins de Rei amb el seu CIF, li atorga la condició de responsable del fitxer. Doncs bé, a criteri d'aquesta Autoritat, la percepció d'una taxa o preu públic per part dels usuaris del servei no altera la condició d'encarregat del tractament, atès que tal condició resulta independent de la remuneració que pugui percebre aquest, tal com assenyala l'art. 20.1 RLOPD i que determina que el servei prestat per l'encarregat del tractament pot tenir o no caràcter remunerat. L'art. 20.1 del RLOPD -invocat per Aqualia- regula les relacions entre el responsable i l'encarregat del tractament, en els següents termes:

“1. L'accés a les dades per part d'un encarregat del tractament que sigui necessari per a la prestació d'un servei al responsable no es considera comunicació de dades, sempre que es compleixi el que estableixen la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, i el present capítol.

El servei prestat per l'encarregat del tractament pot tenir o no caràcter remunerat i ser temporal o indefinit.

No obstant això, es considera que existeix comunicació de dades quan l'accés tingui per objecte l'establiment d'un nou vincle entre el qui accedeix a les dades i l'afectat.”

Tal com assenyalava la persona instructora en la proposta de resolució, la menció al terme *“nou vincle”* en el 3r paràgraf del precepte que s'acaba de transcriure, ha estat analitzada pel Tribunal Suprem en la seva Sentència de 15/07/2010 en els termes següents:

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

“El párrafo tercero del artículo 20.1, único impugnado como ya anunciamos, constituye una excepción a la previsión del párrafo primero que se limita a ratificar el artículo 12.1 de la Ley.

Aunque el término "nuevo vínculo" no se encuentra definido y se introduce por primera vez en la disposición reglamentaria impugnada, en modo alguno puede compartir esta Sala la afirmación de la recurrente relativa a que crea inseguridad jurídica. En atención a su contexto es posible afirmar, sin ningún género de duda, que el término hace referencia a aquellos supuestos en que el responsable del tratamiento encarga a un tercero un servicio que excede de la actividad propia y exclusiva de aquel.

Constituye un ejemplo paradigmático el contemplado en la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Nacional, de fecha 13 de septiembre de 2002. Se trataba de un caso en el que una compañía aseguradora firma un contrato con otra compañía entre cuyas actividades está la venta de carburantes en estaciones de servicio, para que esta segunda compañía remita a los clientes de la primera una tarjeta gratuita para pagar la adquisición de carburantes, encargándose esta segunda compañía de la gestión del uso de la tarjeta, asumiendo el riesgo correspondiente.

Y la recurrente tiene conocimiento del ejemplo o de otros análogos, como lo demuestra su afirmación relativa a que la norma impugnada trata de dar cobertura a resoluciones de la Agencia Estatal de Protección de Datos y su reconocimiento de que en el caso de que se estableciera una nueva relación jurídica con el interesado se produciría una cesión de datos.”

En el present cas, els serveis que Aqualia considera comportarien l'establiment d'un nou vincle (contractació amb les persones usuàries del servei d'abastament d'aigua, la facturació del servei, l'atenció a l'usuari o la solució d'incidències o avaries), no fan referència a uns serveis que excedeixin l'activitat pròpia i exclusiva de l'Ajuntament de Molins de Rei, com a titular del servei i responsable del fitxer corresponent. Així, els serveis invocats s'han de considerar que són inherents a la prestació del servei públic municipal d'abastament d'aigua –és a dir, vinculats al manteniment, desenvolupament i control de la prestació encarregada–, motiu pel qual no es pot considerar que existeixi un nou vincle amb les persones usuàries, atès que aquests són necessaris per a l'assoliment de la finalitat objecte d'encàrrec.

Així les coses, en aquells casos en què Aqualia es relacioni amb una persona per tal de donar-la d'alta com a nou usuari del servei de subministrament d'aigua, facturar-li el servei, atendre'l o resoldre-li aquelles incidències o avaries que puguin sorgir, no està creant un vincle diferent a l'originari entre la persona usuària i l'Ajuntament, qui manté en tot moment la seva condició de titular del servei d'abastament d'aigua. En altres paraules, les relacions existents entre Aqualia i les persones usuàries vinculades a l'execució del servei encomanat per l'Ajuntament, de cap manera poden tenir la consideració de “nou vincle”.

Per contra, els tractaments per als quals Aqualia sol·licitava el consentiment a les persones afectades en la comunicació controvertida, sí que tenien per finalitat l'establiment d'un nou vincle, malgrat que finalment no es materialitzés.

2.2.- Sobre la forma d'obtenir el consentiment

Aqualia adduïa en el seu escrit d'al·legacions davant el plec de càrrecs que, com a responsable del fitxer –premissa que no s'admet per les raons exposades al punt 2.1-, estava facultada per sol·licitar el consentiment de conformitat al previst a l'art. 14 RLOPD, que és el que es feia amb les cartes controvertides. I afegia que finalment no va procedir a la cessió de les dades anunciada en aquelles cartes.

Tal com assenyalava la persona instructora en la proposta de resolució, l'article 14 del RLOPD, regula un procediment que el responsable del fitxer o tractament pot seguir per tal d'obtenir el consentiment de les persones afectades. En concret, el 1r apartat d'aquest precepte, disposa:

“1. El responsable del tractament pot sol·licitar el consentiment de l'interessat a través del procediment que estableix aquest article, excepte quan la Llei li exigeixi l'obtenció del consentiment exprés per al tractament de les dades.”

Ara bé, tal com s'ha argumentat en el punt 2.1, Aqualia tractava les dades personals dels usuaris del servei d'abastament d'aigua de Molins de Rei com a encarregat del tractament, i no com a responsable. És per això que Aqualia no es podia acollir al procediment previst a l'art. 14 RLOPD, que descriu la forma en què el responsable del fitxer o tractament pot sol·licitar el consentiment a les persones afectades, llevat quan s'exigeixi l'obtenció del consentiment exprés per a aquell tractament.

Per aquest motiu no procedeix pronunciar-se en el present procediment sancionador sobre les garanties addicionals a les quals fa referència Aqualia en el seu escrit d'al·legacions davant el plec de càrrecs sobre l'art. 14 RLOPD, al no resultar d'aplicació aquest precepte.

I pel que fa a la circumstància que esgrimia Aqualia en el seu escrit d'al·legacions davant el plec de càrrecs, relativa al fet que finalment no va procedir a la cessió de les dades de les persones usuàries a cap tercer, tal com ressaltava la persona instructora en la proposta de resolució, és suficient advertir que en el present procediment sancionador no s'ha imputat a Aqualia el dit tractament, sinó el que es va dur a terme amb motiu de l'elaboració i enviament de les cartes controvertides.

3.- En relació als fets descrits a l'apartat de fets provats, cal acudir a l'article 4 de la LOPD, el qual es refereix al principi de qualitat de les dades, que té diferents vessants, una de les quals és el principi de finalitat expressament recollit en l'article 4.2 de la LOPD, i el qual disposa el següent:

“2. Les dades de caràcter personal objecte de tractament no es poden utilitzar per a finalitats incompatibles amb aquelles per a les quals les dades hagin estat recollides. No es considera incompatible el tractament posterior d'aquestes dades amb finalitats històriques, estadístiques o científiques.”

D'altra banda, l'article 12.4 de la LOPD, relatiu a l'accés a les dades per compte d'un tercer en concepte d'encarregat de tractament, disposa el següent:

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

“4. En cas que l'encarregat del tractament destini les dades a una altra finalitat, les comuniqui o les utilitzi incomplint les estipulacions del contracte, també ha de ser considerat responsable del tractament, i ha de respondre de les infraccions en què hagi incorregut personalment.”

De conformitat amb l'anterior, l'encarregat del tractament que destini les dades a una altra finalitat, també ha de ser considerat responsable del tractament i ha de respondre de les infraccions en què hagi incorregut personalment. Tal com recorda l'Audiència Nacional en la seva Sentència de 13/04/2005 *“El término “también” que utiliza el precepto deja claro que no se establece allí un mecanismo de sustitución ni de derivación de responsabilidades sino de agregación, pues el responsable del fichero no pierde su condición de tal ni queda exonerado de responsabilidad por el hecho de que al encargado del tratamiento que incumpla lo estipulado se le atribuya “también” la consideración de responsable del tratamiento.”*

Al seu torn, l'apartat 2n de l'article 4 de la LOPD prohibeix que les dades personals puguin ser utilitzades per a finalitats incompatibles amb aquelles per a les quals van ser recollides. Aquest precepte, i en concret la menció a les *“finalitats incompatibles”*, l'ha interpretat la jurisprudència en el sentit que quan les dades s'utilitzin amb una finalitat diferent, serà necessari el consentiment de la persona afectada (per totes, la Sentència de l'Audiència Nacional núm. 1344/2006, de 29 de març).

En el present cas, Aqualia tractava com a encarregat del tractament les dades de les persones usuàries del servei d'abastament d'aigua del municipi de Molins de Rei, incloses en el fitxer *“usuarios proveïment d'aigua”*, del qual n'és responsable l'Ajuntament d'aquesta localitat. I tal com s'especificava en el punt 2n de la clàusula 3a del contracte subscrit amb l'Ajuntament de Molins de Rei el 16/03/2012, ambdues parts van acceptar que *“Les dades facilitades no s'aplicaran ni utilitzaran amb finalitat diferent a la que figura a aquest tractament”*. Així les coses, contravé el principi de qualitat, en la seva vessant de finalitat, la utilització que va fer Aqualia de les dades de 9.410 persones usuàries del servei esmentat per a una finalitat diferent a les estipulades en el dit contracte, i en concret, per elaborar i enviar unes cartes en què sol·licitava a les persones usuàries del servei municipal d'aigües de Molins de Rei el seu consentiment per remetre'ls-hi determinada informació, així com per cedir les seves dades a *“Reparalia Direct SL i qualsevol altra empresa del seu Grup”* –la identificació de les quals no s'arribava a concretar–.

Doncs bé, tal com indicava la persona instructora en la proposta de resolució, durant la tramitació d'aquest procediment s'ha acreditat degudament el fet descrit a l'apartat de fets provats, el qual es considera constitutiu de la infracció greu prevista a l'article 44.3.c) de la LOPD, que en la seva redacció donada per la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible (en endavant, LES), tipifica com a tal:

“c) Tractar dades de caràcter personal o utilitzar-les posteriorment amb conculcació dels principis i les garanties que estableixen l'article 4 d'aquesta Llei i les disposicions que el despleguen, excepte quan sigui constitutiu d'infracció molt greu.”

4.- Arribats a aquest punt, és procedent determinar la sanció aplicable a la infracció que ha comès Aqualia. Al tractar-se Aqualia d'una entitat de dret privat, resulta d'aplicació el règim sancionador general previst a l'article 45 de la LOPD.

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

L'article 45.2 de la LOPD, en la seva redacció donada per la LES, preveu per a les infraccions de caràcter greu, una sanció de multa de 40.001 fins a 300.000 euros. I l'art. 45.4 de la LOPD relaciona un seguit de criteris a tenir en compte en la determinació de la quantia de la multa. Aquests criteris venen a ser una concreció sectorial dels previstos amb caràcter general a l'art. 131 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC), precepte dedicat al principi de proporcionalitat.

En la proposta de resolució la persona instructora va argumentar les raons per les quals es descartava l'aplicació en el present cas de la figura de l'advertència, prevista a l'article 45.6 de la LOPD, segons el redactat donat per la LES. En les al·legacions formulades per Aqualia davant la proposta de resolució no es qüestiona en cap moment les consideracions d'aquesta Autoritat en el sentit de descartar l'advertència, motiu pel qual resulta innecessari reiterar aquí aquella argumentació, i procedeix entrar a determinar la graduació de la sanció aplicable, aspecte al qual Aqualia dedica gran part del seu escrit d'al·legacions a la proposta de resolució.

A aquest respecte, Aqualia considera que correspon aplicar la rebaixa d'un grau prevista a l'article 45.5 LOPD, per considerar que quan va tenir coneixement de la denúncia va cessar immediatament en el tractament de les dades controvertides i atès que va col·laborar amb l'Autoritat per tal d'aclarir els fets objecte de denúncia, mostrant la seva bona fe. L'art. 45.5 de la LOPD –esgrimit per Aqualia- determina el següent:

“5. L'òrgan sancionador ha d'establir la quantia de la sanció i aplicar l'escala relativa a la classe d'infraccions que precedeixi immediatament en gravetat aquella en què s'integra la considerada en el cas de què es tracti, en els supòsits següents:

- a) Quan s'aprecii una qualificada disminució de la culpabilitat de l'imputat o de l'antijuridicitat del fet com a conseqüència de la concurrència significativa de diversos dels criteris enunciats a l'apartat 4 d'aquest article.*
- b) Quan l'entitat infractora hagi regularitzat la situació irregular de manera diligent.*
- c) Quan es pugui apreciar que la conducta de l'afectat ha pogut induir a cometre la infracció.*
- d) Quan l'infractor hagi reconegut espontàniament la seva culpabilitat.*
- e) Quan s'hagi produït un procés de fusió per absorció i la infracció sigui anterior a aquest procés, de manera que no és imputable a l'entitat absorbent.”*

Aquest precepte permet, doncs, la possibilitat d'aplicar l'escala de sancions prevista per a les infraccions de grau inferior a la imputada; és a dir, que permet imposar una sanció lleu per la comissió d'una infracció greu. Ara bé, aquesta especial atenuació de la multa només procedeix quan concorri algun dels supòsits previstos a l'art. 45.5 LOPD.

Doncs bé, tal com assenyalava la persona instructora en la proposta de resolució, no procedeix l'aplicació en el present cas de la solució prevista a l'art. 45.5 LOPD, que permet aplicar l'escala de sancions prevista per a les infraccions de grau inferior a la imputada. Aquesta especial atenuació de la multa només procedeix en els supòsits concrets relacionats a l'art. 45.5 LOPD, que no es consideren aplicables al present cas, per les raons que s'exposen a continuació.

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

Al respecte Aqualia vindria a sostenir que ha regularitzat la situació irregular de manera diligent (45.5.b LOPD), per haver cessat en els tractaments respecte els quals se sol·licitava el consentiment als usuaris del servei municipal d'aigua de Molins de Rei mitjançant l'escrit controvertit. Doncs bé, tal com ja s'ha reiterat, en el present cas s'imputa a Aqualia el tractament de les dades personals dels usuaris del servei, a les quals tenia accés per la seva condició d'encarregat del tractament, amb motiu de l'elaboració i enviament de les cartes controvertides. És per això que les actuacions posteriors efectuades per Aqualia consistents en aturar els tractaments posteriors respecte els quals se sol·licitava el consentiment a través de l'escrit esmentat, no permeten considerar que hagués regularitzat la situació irregular que és objecte del present procediment sancionador, ja que el tractament que aquí se sanciona ja s'havia consumat.

D'altra banda, respecte la invocació que fa Aqualia a l'actitud mostrada de col·laboració amb aquesta Autoritat, val a dir que aquesta circumstància no es pot emmarcar en cap de les causes previstes a l'art. 45.5 LOPD. En qualsevol cas, cal subratllar aquí que l'article 19 de la Llei 32/2010 contempla l'obligació d'auxiliar l'Autoritat, amb caràcter preferent i urgent en les seves investigacions si aquesta els ho demana. I en connexió amb aquest precepte, cal recordar que la manca de col·laboració de les entitats compreses dins l'àmbit d'actuació de l'Autoritat en l'exercici de la seva potestat d'inspecció i control, com ara no atendre els requeriments de l'Autoritat o no proporcionar tots els documents i informacions requerits, podria ser constitutiva de la infracció greu prevista a l'art. 44.3.i) LOPD.

En definitiva, que les dues circumstàncies esgrimides per Aqualia no encaixen, per les raons exposades, en cap dels cinc supòsits relacionats a l'article 45.5 LOPD, dels quals només podria ser aplicable aquí, en un pla teòric, el supòsit previst a la lletra a) de l'art. 45.5 LOPD, relatiu a la concurrència significativa de diversos dels criteris enunciats a l'art. 45.4 LOPD, lògicament sempre que aquests puguin operar amb finalitat atenuant. I el que succeeix aquí és que es dona la concurrència significativa de diversos criteris que operen de forma agreujant, la qual cosa impedeix aplicar la rebaixa de grau esmentada, tal com va argumentar la persona instructora en la proposta de resolució, argumentació respecte la qual Aqualia manifesta discrepar "*absolutament*", en allò referent a l'aplicació al present cas de determinats criteris agreujants, els quals s'aborden a continuació.

a) Sobre el caràcter continuat de la infracció (art. 45.4.a LOPD)

Considera Aqualia que la infracció no pot ésser considerada com a continuada, ja que l'enviament de les cartes es va efectuar una sola vegada.

El primer que cal dir al respecte és que la persona instructora no havia tingut en compte com a criteri agreujant en la graduació de la sanció proposada aquesta circumstància prevista a l'art. 45.4.a LOPD. En efecte, no es considera l'aplicació com a agreujant del criteri esmentat, però tampoc no pot operar com a causa atenuant, atès que els fets que aquí es consideren constitutius d'infracció, comprenen un seguit de tractaments successius en el temps (extracció de les dades personals, elaboració de la carta i enviaments) que impliquen una sèrie d'accions efectuades en cadena, de tal manera que encaixaria millor en el concepte d'infracció continuada, que en el d'infracció instantània o fet puntual. En tot cas, cal insistir en què no s'aplica com a agreujant aquesta circumstància.

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

b) Sobre el volum dels tractaments (art. 45.4.b LOPD)

Considera l'entitat imputada que el volum dels tractaments que aquí es consideren constitutius d'infracció, és molt baix.

En aplicació d'aquest criteri relatiu al volum dels tractaments il·lícits, es té en compte que Aqualia actuava en la seva condició d'encarregada del tractament d'un fitxer de l'Ajuntament de Molins de Rei que inclou les dades de les persones usuàries del servei d'abastament d'aigua.

Doncs bé, tal com reconeix Aqualia en el seu escrit d'al·legacions davant la proposta de resolució, hi ha *"poco más de 9.000"* usuaris del servei municipal d'abastament d'aigua a Molins de Rei. Així doncs, l'enviament d'una comunicació per la qual se sol·licitava el consentiment per efectuar determinats tractaments, en concret a 9.410 persones usuàries d'aquest municipi, ha de tenir forçosament la consideració d'un volum de tractaments elevat, tenint en compte que s'ha d'entendre que el tractament aquí imputat afectava a totes les persones usuàries del servei municipal esmentat que era objecte d'encàrrec. En conseqüència, aquest criteri ha d'operar com agreujant, tal com assenyalava la persona instructora en la proposta de resolució.

c) La vinculació de l'activitat de l'infractor amb la realització de tractaments de dades de caràcter personal (45.4.c LOPD)

Aqualia assevera davant la proposta de resolució que *"no es una entidad vinculada al tratamiento de datos personales"* i afegeix que en tot cas aquest tractament de dades personals és accessori, si bé en el seu escrit d'al·legacions admet que té un *"volumen aproximado de 2.500.000 de clientes domésticos"*.

En contra de l'asseveració d'Aqualia, aquesta Autoritat considera acreditat que la vinculació de l'activitat d'Aqualia amb els tractaments de dades personals és òbvia, com s'infereix del fet admès per Aqualia que gestiona les dades personals de 2.500.000 clients domèstics. En efecte, és evident que en el desenvolupament de la prestació dels serveis d'abastament d'aigua, Aqualia està obligada a un continu tractament de dades personals, com a mínim, dels usuaris del servei que tenen la consideració de persona física. Per tant, s'ha de concloure que l'activitat d'Aqualia està estretament relacionada amb el tractament de dades de caràcter personal. En la seva sentència de 15/04/2014, l'Audiència Nacional apreciava la concurrència en sentit agreujant del criteri que aquí s'analitza, quan *"es notoria la vinculación de la actividad de la infractora con la realización de tratamientos de datos de carácter personal y que la recurrente es una entidad que por su actividad está en permanente contacto y trata gran volumen de datos personales, lo que, en vez de atenuar su responsabilidad, le impone un mayor deber de diligencia en su tratamiento."* Així mateix, també l'Audiència Nacional en la seva sentència de 31/01/2014, manifestava en un cas semblant al que ens ocupa, que [l'entitat infractora] *"por la actividad que realiza, debe tratar un gran volumen de datos personales en sus ficheros, lo que hace que deba extremar el cuidado en el manejo de dichos datos para lograr una protección eficaz, máxime si se tiene en cuenta que está en juego un derecho fundamental autónomo, el derecho a la protección de datos personales del art. 18.4 de la Constitución."*

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

En definitiva, quan l'activitat de l'entitat infractora estigui estretament vinculada amb el tractament de dades personals, el criteri establert a l'art. 45.4.c) de la LOPD haurà d'operar com a circumstància agreujant, com indicava la persona instructora en la seva proposta.

d) El volum de negoci o activitat de l'infractor (45.4.d LOPD)

L'entitat imputada estima que en aplicació d'aquest criteri de graduació, el que s'ha de valorar és el volum de negoci que suposa l'Ajuntament de Molins de Rei, respecte al total del volum de negoci d'Aqualia, i al respecte afirma que *"se podrá comprender que con un volumen aproximado de 2.500.000 de clientes domésticos gestionados por AQUALIA, el caso de Molins de Rei, con poco más de 9.000 clientes, supone una parte muy pequeña del total de actividad"*.

És evident que no pot reeixir tal pretensió i per tant aquest criteri ha d'operar amb caràcter agreujant, ja que es refereix a la capacitat econòmica general de l'infractor, motiu pel qual s'ha de tenir en compte el volum de negoci d'Aqualia en el seu conjunt, i no únicament el preu del servei en el qual s'ha comès la infracció. I val a dir que el volum de negoci o activitat d'Aqualia és notòriament elevat, tal com reconeix la pròpia entitat en el seu escrit d'al·legacions davant la proposta de resolució.

e) Els beneficis obtinguts com a conseqüència de la comissió de la infracció (art. 45.4.e LOPD)

Aqualia manifesta que no ha obtingut cap benefici amb l'acció realitzada, sinó que en tot cas va suposar una despesa.

El primer que cal dir al respecte és que en la proposta de resolució elaborada per la persona instructora no es va incloure com a circumstància agreujant –ni tampoc com atenuant-. I això perquè si bé no es van arribar a consumir els tractaments esmentats en la comunicació controvertida adreçada als usuaris del servei públic d'abastament d'aigua de Molins de Rei (i per això no s'aplica com a agreujant), és evident que aquesta actuació tenia per objectiu disposar del consentiment –tàcit- de les persones usuàries per cedir les seves dades a Reparalia Direct SL i altres empreses del grup, a fi que aquestes poguessin oferir determinats serveis. I tot apunta a que el fi últim perseguit era l'obtenció de beneficis, la qual cosa impedeix l'aplicació d'aquest criteri en sentit atenuant.

f) El grau d'intencionalitat (art. 45.4.f)

Aqualia manifesta que *"no se puede atribuir a mi mandante intencionalidad alguna cuando ha obrado en todo momento y ocasión de buena fe, en la firme consideración de la adecuación a Derecho de su actuación"*.

Tal com assenyalava la persona instructora en la proposta de resolució, en el present cas no ofereix cap mena de dubte que concorre dol en l'actuació que s'imputa a Aqualia i que es considera constitutiva d'infracció, de tal manera que el criteri que ens ocupa ha d'actuar en sentit agreujant. Amb això no es vol dir que Aqualia, quan duia a terme dita activitat, ho va fer amb la plena consciència que estava vulnerant la LOPD. El que és rellevant a efectes de l'aplicació d'aquest criteri de graduació, és el fet que el tractament de dades personals que es declara il·lícit,

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

és a dir el tractament de dades personals (elaboració i enviament de les cartes controvertides) amb una finalitat diferent a l'estipulada en el contracte formalitzat amb l'Ajuntament de Molins de Rei, no es pot qualificar com un fet involuntari o fruit d'una activitat poc diligent, sinó que es tracta d'una activitat duta a terme per Aqualia de manera totalment intencionada i voluntària.

g) La reincidència per comissió d'infraccions de la mateixa naturalesa (art. 45.4.g LOPD)

Aqualia es refereix a aquest criteri de graduació de la sanció, però ho vincula al fet que en la proposta de resolució es descartà l'aplicació de la figura de l'advertència prevista a l'art. 45.6 LOPD, pel fet que Aqualia havia estat sancionada amb anterioritat, de tal manera que no es podia aplicar tal solució, al no donar-se el requisit de l'art. 45.6.b) LOPD, requisit que no és coincident amb la causa de graduació de la reincidència.

Sigui com sigui, en les al·legacions a la proposta de resolució Aqualia no qüestiona la decisió de descartar l'advertència, sinó que ve a dir que la reincidència no es podria aplicar en el present cas per no haver-se acreditat respecte cap sanció precedent, la concurrència d'identitat de fets i circumstàncies, així com la seva ferma.

Certament, no consta acreditada la comissió d'infraccions de la mateixa naturalesa per part d'Aqualia, motiu pel qual el criteri de reincidència s'ha d'apreciar com a atenuant.

h) La naturalesa dels perjudicis causats a les persones interessades o a terceres persones (art. 45.4.h LOPD)

L'entitat imputada estima que en el present cas no consten acreditats els perjudicis causats.

L'Audiència Nacional, en la seva sentència de 31/01/2014, en abordar una al·legació de l'entitat allà recurrent sobre el criteri graduador relatiu a la naturalesa dels perjudicis causats a les persones interessades o a terceres persones (art. 45.4.h), dictaminava el següent:

"En este mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional en varias sentencias, entre otras la de fecha 11/03/2010, rec. 429/2009, señalando que "Por otra parte, esta Sala también ha declarado con reiteración que son irrelevantes los perjuicios económicos toda vez que, el interés jurídico protegido por la LOPD es la privacidad, sin que sea necesaria lesión o daño patrimonial sino que basta que el comportamiento enjuiciado incida en la esfera privada de los afectados por los datos tratados"."

Així doncs, és evident que el tractament de dades personals que aquí es considera contrari a la LOPD incidia en el dret fonamental a la protecció de dades de les persones afectades. En aquest sentit, cal tenir en compte que diverses persones usuàries del servei municipal es van dirigir a l'Ajuntament de Molins de Rei per manifestar la seva queixa en relació a l'escrit que Aqualia els havia remès, tal com exposava l'Ajuntament en els escrits de 28/10/2014 (a través del qual l'Ajuntament donava resposta a un requeriment de l'Autoritat) i de 30/07/2014 (a través del qual l'Ajuntament instava a Aqualia a cancel·lar els enviaments controvertits i la cessió de dades que allí s'anunciava).

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

En conseqüència, no es pot apreciar en el cas concret l'absència de danys i perjudicis en les persones afectades. I això perquè com s'ha dit es vulnera el dret fonamental a la protecció de dades de caràcter personal dels usuaris del servei municipal. En qualsevol cas, cal subratllar que aquesta circumstància no es va tenir en compte en la proposta de resolució com a agreujant, ni tampoc es té en compte aquí en el sentit esmentat.

i) Sobre la circumstància d'haver-se reproduït la conducta imputada en altres ocasions i circumstàncies (en connexió amb l'art. 45.4.j LOPD).

Aqualia considera que les informacions publicades en diversos mitjans de comunicació respecte la denúncia efectuada per una determinada associació per uns fets similars als que aquí se sancionen, i als quals es feia menció a la proposta de resolució, no són rellevants per determinar el grau d'antijuridicitat i de culpabilitat. Al respecte, cal recordar que l'art. 45.4.j) LOPD preveu com a darrer criteri de graduació de la sanció, "*Qualsevol altra circumstància que sigui rellevant per determinar el grau d'antijuridicitat i de culpabilitat presents en l'actuació infractora concreta*".

Certament, s'ha de convenir en aquest punt amb Aqualia que en l'expedient no consta prou acreditat que la conducta aquí sancionada s'hagués reproduït en altres casos, la qual cosa ha de comportar que aquesta circumstància no es tingui en compte en sentit agreujant en aplicació del previst a l'art. 45.4.j) LOPD. Cal precisar però que la supressió d'aquest criteri en sentit agreujant no comporta la seva aplicació en sentit atenuant, ja que per a tal opció caldria apreciar la concurrència d'alguna circumstància rellevant en la determinació del grau d'antijuridicitat o culpabilitat en sentit que afavorís a Aqualia, la qual no s'aprecia aquí.

Així les coses, el fet que no concorri com a agreujant el criteri graduador aquí abordat –el qual sí s'havia tingut en compte com a tal en la proposta de resolució– i que concorri com a atenuant el criteri relatiu la manca de reincidència per la comissió d'infraccions de la mateixa naturalesa –que no s'havia apreciat en la proposta de resolució–, ha de comportar una rebaixa en la sanció que la persona instructora havia proposat.

Un cop analitzats els criteris graduadors de l'art. 45.4 LOPD, s'ha de concloure que no s'aprecia aquí una qualificada disminució de la culpabilitat o de l'antijuridicitat del fet com a conseqüència de la concurrència significativa de diversos criteris que operessin de forma atenuant, la qual cosa al seu torn impedeix aplicar la rebaixa de grau prevista a l'art. 45.5.a) LOPD. Igualment, tampoc no concorre cap altre supòsit dels previstos a l'art. 45.5 LOPD, a l'efecte de la rebaixa de grau esmentada.

Assentat l'anterior, cal determinar la quantia de la multa que procedeix imposar, dins dels límits previstos per a les sancions greus (de 40.001 a 300.000 euros).

Sobre la base de l'anterior, és procedent la imposició d'una sanció consistent en una multa, dins la franja baixa del previst per a les infraccions greus, de 50.000 euros. I això, atès que s'observa la concurrència de quatre dels criteris establerts a l'art. 45.4 com a agreujants i només d'un com a atenuant, tal com s'ha argumentat en aquest apartat.

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

5.- Davant la constatació de les infraccions previstes a l'article 44 de la LOPD, per al cas de fitxers o tractaments de titularitat privada, l'article 21.3 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, faculta a la directora de l'Autoritat per tal que en la resolució per la qual es declari la infracció, a més d'imposar les sancions que corresponguin -segons el que s'ha exposat en el fonament de dret anterior- pugui establir les mesures que escau adoptar perquè cessin o es corregeixin els efectes de la infracció. En el present cas, tal com exposava la persona instructora en la proposta de resolució, es considera que la infracció que hauria comès Aqualia obeeix a un fet ja consumat, per la qual cosa no procedeix requerir l'adopció de cap mesura correctora.

Fent ús de les facultats que em confereixen l'article 15 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat de Catalunya,

RESOLC

Primer.- Imposar a Aqualia Gestión Integral del Agua, SA, la sanció consistent en una multa de 50.000.- euros, (cinquanta mil euros), com a responsable d'una infracció greu prevista a l'article 44.3.c) en relació amb l'article 4, ambdós de la LOPD.

Segon.- Notificar aquesta resolució a Aqualia.

Tercer.- Ordenar la publicació de la Resolució al web de l'Autoritat (www.apd.cat), de conformitat amb l'article 17 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre.

Contra aquesta resolució, que posa fi a la via administrativa d'acord amb els articles 26.2 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades i 14.3 del Decret 48/2003, de 20 de febrer, pel qual s'aprova l'Estatut de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, l'entitat imputada pot interposar, amb caràcter potestatiu, recurs de reposició davant la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, en el termini d'un mes a comptar de l'endemà de la seva notificació, d'acord amb el que preveu l'article 116 i següents de la Llei 30/1992 o bé interposar directament recurs contenciós administratiu davant els Jutjats del Contenciós Administratiu, en el termini de dos mesos a comptar de l'endemà de la seva notificació, d'acord amb els articles 8, 14 i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

Carrer de la Llacuna, 166, 7a. Planta
08018 Barcelona

Igualment, l'entitat imputada pot interposar qualsevol altre recurs que consideri convenient per a la defensa dels seus interessos.

La directora

M. Àngels Barbarà i Fondevila

Barcelona, 17 de juliol de 2015