



Procedimiento Nº: A/00011/2018

RESOLUCIÓN: R/00578/2018

En el procedimiento A/00011/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad TRASTEROS MADRID-HORTALEZA LOS TRASTEROS DE TU BARRIO, S.L., vista la denuncia presentada por Doña **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 30 de agosto de 2017 tiene entrada en esta Agencia una denuncia presentada por Doña **A.A.A.** (en lo sucesivo, la denunciante), en la que manifiesta lo siguiente:

1. Con fecha 10 de julio de 2017 recibe una llamada de teléfono con fines comerciales de la empresa TRASTEROS MADRID-HORTALEZA LOS TRASTEROS DE TU BARRIO, S.L., a través de Don **B.B.B.**, antiguo trabajador de la empresa BLUESELF STORAGE, S.L.
2. La denunciante se pone en contacto vía correo postal y correo electrónico con la entidad denunciada a efectos de averiguar los motivos por los que ésta tenía conocimiento de sus datos personales. Con fecha 28 de agosto de 2017 recibe un correo electrónico de TRASTEROS MADRID-HORTALEZA LOS TRASTEROS DE TU BARRIO, S.L., a través de Don **B.B.B.**, en el que afirma conocer los datos de la denunciante por haber trabajado previamente en otras empresas, razón por la cual disponía de su número de teléfono.

Aporta copia del citado correo electrónico, entre otra documentación.

SEGUNDO: Con fecha 27 de octubre de 2017 tiene entrada en esta Agencia escrito de la denunciante, en el que aporta las cabeceras del correo electrónico recibido por la entidad denunciada el día 28 de agosto de 2017, entre otra documentación.

TERCERO: Consultada el 29 de enero de 2018 la aplicación de la AEPD que gestiona la consulta de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, a la entidad denunciada TRASTEROS MADRID-HORTALEZA LOS TRASTEROS DE TU BARRIO, S.L., no le constan registros previos.

CUARTO: Con fecha 12 de febrero de 2018, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente

procedimiento de apercibimiento A/00011/2018. Dicho acuerdo fue notificado a la entidad denunciada.

QUINTO: Con fecha 21 de marzo de 2018 se recibe en esta Agencia escrito de la entidad denunciada, en el que se comunica lo siguiente:

1. Reconocen los hechos presentados en el Acuerdo de audiencia previa respecto a los contactos mantenidos con la denunciante por vía telefónica y correo electrónico. Afirman no haber sido conscientes de las implicaciones de la normativa en materia de protección de datos para su organización, en concreto el utilizar datos personales con fines publicitarios sin consentimiento de los afectados.
2. Afirman que la apertura del trámite de audiencia ha contribuido a establecer un alto grado de sensibilización con la actual legislación y ante la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos y comunican la implantación de las siguientes medidas correctoras, entre otras:
 - a. Se ha eliminado físicamente (borrado) la base de datos de titulares sin consentimiento para realizar acciones promocionales y comerciales vía telefónica que habían confeccionado como consecuencia de haber prestado servicios anteriormente en terceras empresas.
 - b. Se ha modificado la condición general contractual relativa a la protección de datos a efectos de recabar el consentimiento de los futuros clientes para tratar sus datos personales con fines comerciales. Además, con respecto a los actuales clientes, se ha elaborado un comunicado con este mismo objetivo.
 - c. Se ha procedido a adecuar el tratamiento de las imágenes captadas a través de su sistema de videocámaras.
 - d. Se ha añadido una cláusula informativa relativa a la normativa de protección de datos al modelo de presupuesto que se envía a los potenciales clientes que lo solicitan.

Aportan copia de las mencionadas cláusulas y comunicados, entre otra documentación.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 10 de julio de 2017, Doña **A.A.A.** recibió una llamada de teléfono con fines comerciales de la empresa TRASTEROS MADRID-HORTALEZA

LOS TRASTEROS DE TU BARRIO, S.L., a través de Don **B.B.B.**, antiguo trabajador de la empresa BLUESELF STORAGE, S.L.

SEGUNDO: Doña **A.A.A.** se puso en contacto vía correo postal y correo electrónico con la entidad denunciada a efectos de averiguar los motivos por los que ésta tenía conocimiento de sus datos personales. Con fecha 28 de agosto de 2017 recibió un correo electrónico de TRASTEROS MADRID-HORTALEZA LOS TRASTEROS DE TU BARRIO, S.L., a través de Don **B.B.B.**, en el que afirmaba conocer los datos de la denunciante por haber trabajado previamente en otras empresas, razón por la cual disponía de su número de teléfono.

TERCERO: TRASTEROS MADRID-HORTALEZA LOS TRASTEROS DE TU BARRIO, S.L., ha implementado una serie de medidas correctoras. Entre otras, la eliminación física (borrado) de la base de datos de titulares sin consentimiento para realizar acciones promocionales y comerciales vía telefónica que habían confeccionado como consecuencia de haber prestado servicios anteriormente en terceras empresas; la modificación de la condición general contractual relativa a la protección de datos a efectos de recabar el consentimiento de los futuros clientes para tratar sus datos personales con fines comerciales (y, con respecto a los actuales clientes, la elaboración un comunicado con este mismo objetivo), la adecuación del tratamiento de las imágenes captadas a través de su sistema de videocámaras o la introducción de una cláusula informativa relativa a la normativa de protección de datos en el modelo de presupuesto que se envía a los potenciales clientes que lo solicitan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (en lo sucesivo, LOPD).

II

Se imputa en este caso a la entidad denunciada la comisión de una infracción del artículo 6 de la LOPD, que dispone:

"El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa".

Dicho principio conlleva la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, el consentimiento

permite así al afectado ejercer el control sobre sus datos de carácter personal (la autodeterminación informativa), ya que es el propio interesado quien tiene que otorgar su consentimiento para que se pueda realizar el tratamiento de los citados datos.

Se trata de una garantía fundamental que solo encuentra como excepciones a ese consentimiento del afectado las establecidas en una ley, recogándose en el apartado 2 del citado artículo 6 LOPD una serie de excepciones a la prestación del citado consentimiento:

“No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.

El tratamiento de datos sin consentimiento constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, (F.J. 7 primer párrafo), *“...consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)”.*

Son pues elementos consustanciales al derecho fundamental a la protección de datos personales la facultad que tiene el afectado de consentir en la recogida y tratamiento de sus datos personales y el conocimiento de la finalidad y del uso posterior que se va a dar a sus datos, así como de la identidad del que realiza el tratamiento.

En el presente caso, ha quedado acreditado que TRASTEROS MADRID-HORTALEZA LOS TRASTEROS DE TU BARRIO, S.L., no ha contado con el consentimiento de la denunciante para el tratamiento de sus datos de carácter personal, realizando una llamada telefónica con fines comerciales.

III

El artículo 44.3.b) de la LOPD califica como infracción grave:

“Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”.

De acuerdo con los fundamentos anteriores, TRASTEROS MADRID-HORTALEZA LOS TRASTEROS DE TU BARRIO, S.L., ha tratado datos de carácter personal sin consentimiento de la afectada, lo que procede calificar como infracción grave.

IV

La disposición final quincuagésima sexta de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible (BOE 5-3-2011) ha añadido un nuevo apartado 6 al artículo 45 de la Ley 15/1999 de Protección de Datos en lugar del existente hasta su promulgación del siguiente tenor:

“Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador, y en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

- a) que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.*
- b) que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.*

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento”.

Trasladando las consideraciones expuestas al supuesto que nos ocupa, se observa que la infracción de la LOPD de la que se responsabiliza a la entidad denunciada es una infracción “grave”; que la entidad denunciada no ha sido sancionada o apercibida por esta Agencia en ninguna ocasión anterior; y que concurren de manera significativa varias de las circunstancias descritas en el artículo 45.4 de la LOPD: el volumen de negocio de la entidad denunciada y la ausencia de

beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción. Todo ello, unido a la naturaleza de los hechos que nos ocupan, justifica que la AEPD no acuerde la apertura de un procedimiento sancionador y que opte por aplicar el artículo 45.6 de la LOPD.

Ahora bien, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que sobre el apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD y a propósito de su naturaleza jurídica advierte que *“no constituye una sanción”* y que se trata de *“medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción”* que *sustituyen* a la sanción. La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la AEPD una *“potestad”* diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella y cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando no se requieran medidas correctoras, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

En este caso concreto, atendida la naturaleza de la infracción y vistas las medidas ya adoptadas por el responsable de la misma, debe procederse, en consecuencia, a resolver el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, en aplicación de la interpretación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica. Recordando que la reiteración en conductas como la denunciada constituye un supuesto sobre el que concurren las circunstancias previstas para la aplicación del régimen sancionador contemplado en la LOPD.

A la vista del pronunciamiento recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec.455/2011) de acuerdo con lo señalado se debe proceder al archivo de las actuaciones.

De acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR (A/00011/2018) las actuaciones practicadas a TRASTEROS MADRID-HORTALEZA LOS TRASTEROS DE TU BARRIO, S.L., con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con relación a la denuncia por infracción de su artículo 6, tipificada como **grave** en el artículo **44.3.b)**.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a TRASTEROS MADRID-HORTALEZA LOS TRASTEROS DE TU BARRIO, S.L.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

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