

Procedimiento N°: A/00106/2018

RESOLUCIÓN: R/00733/2018

En el procedimiento A/00106/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Don **E.E.E.** (E.E.E. ASESORES), vista la denuncia presentada por la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Burgos, y en virtud de los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 3 de noviembre de 2017, tiene entrada en esta Agencia una denuncia presentada por la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Burgos, en la que expone lo siguiente:

ANTOLIN ASESORIA GESTION NOTARIAL ha utilizado ficheros con datos personales para la remisión de escritos a particulares que, según manifiestan, le fueron facilitados por la entidad bancaria que contrató en su día los servicios de la empresa para la finalidad de tramitación profesional de la escritura de préstamo hipotecario de los destinatarios del citado escrito.

No consta que los titulares de los datos recabados por la Asesoría para la gestión de su hipoteca hayan autorizado para el tratamiento de los mismos con fines publicitarios. Es decir para ofrecer sus servicios en la reclamación contra la entidad bancaria de los gastos generados en la tramitación de la hipoteca.

Aportan copia de uno de los escritos remitidos a uno de los interesados, en los que la Asesoría informa de que en su día le tramitaron al destinatario la Escritura de Préstamo Hipotecario, cuyos gastos fueron pagados por el interesado y se ofrecen para reclamar la devolución de los mismos.

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

Don **E.E.E.** (E.E.E. Asesores), ha remitido a la Agencia la siguiente información:

1. Respecto a la denominación de la gestoría, informa de que se trata de E.E.E. ASESORES, especializada en Gestión Notarial, y que se trata de una persona física no jurídica.
2. Respecto al fichero utilizado para la remisión del escrito, manifiesta que es un fichero de su propiedad donde constan los datos de los clientes a los que ha gestionado algún documento.
3. Respecto a la autorización de los destinatarios del escrito remitido con la denuncia, manifiesta que no necesita ninguna autorización puesto que son sus clientes y reciben información sobre sus expedientes.

4. En particular, el escrito aportado por el denunciante, según manifiesta, figura dirigido a uno de sus clientes.
5. Aporta copia de una autorización de otro de sus clientes en los que le autoriza a reclamar ante la entidad bancaria los gastos de la hipoteca.

TERCERO: Consultada la aplicación de la AEPD que gestiona la consulta de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, al denunciado, no le constan registros previos.

CUARTO: Con fecha 15 de marzo 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/00106/2018. Dicho acuerdo fue notificado al denunciado.

QUINTO: Con fecha 9 de abril de 2018, se recibe en esta Agencia escrito del denunciado reitera las manifestaciones realizadas con anterioridad insistiendo en que ha utilizado sus propios ficheros para enviar la carta denunciada. Que tenía autorización de sus clientes, acompañando varias autorizaciones. Estas autorizaciones se han firmado tras la recepción de la carta objeto de denuncia; en ellas se autoriza para reclamar a una entidad bancaria concreta la nulidad de la cláusula suelo y los gastos al prestatario.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: La Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Burgos denunció a E.E.E. ASESORIA por haber utilizado ficheros con datos personales para la remisión de escritos a particulares que, según manifiestan, le fueron facilitados por la entidad bancaria que contrató en su día los servicios de la empresa para la finalidad de tramitación profesional de la escritura de préstamo hipotecario de los destinatarios del citado escrito.

Aportan copia del escrito remitido a Don **D.D.D.** en el que E.E.E. Asesoría, con fecha 11 de abril de 2017, le indica:

“Estimado cliente:

Nuestro despacho profesional le tramitó en su día Escritura de Préstamo Hipotecario cuyos gastos: impuestos, Notario, Registro y Gestión fueron sufragados por usted.

Según reciente Sentencia de Tribunal Supremo del Ordenamiento Jurídico Español, ha resuelto que todos esos gastos debió asumirlos la Entidad Bancaria prestamista.

Es por ello que le rogamos acuda a nuestro despacho con la copia de la Escritura de Préstamo Hipotecario y los justificantes de los gastos satisfechos, para proceder a reclamarlos a la Entidad Bancaria, aunque ya estuviera liquidado dicho Préstamo.

Detalle de los gastos...

Nuestros honorarios como Gestoría son: xx Euros, que deberá depositar en nuestro despacho haciéndoles entrega del Recibo correspondiente, excluyendo gastos judiciales en su caso...”

En el margen superior izquierdo consta la leyenda: “**PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL. AVISO IMPORTANTE: LOS BANCOS NO VAN A DEVOLVER NADA SIN RECLAMACIÓN PREVIA**”.

SEGUNDO: E.E.E. ASESORIA acompaña varias autorizaciones, fechadas a finales de 2017 y 2018, en las que Don **B.B.B.**, Don **C.C.C.** y Doña **A.A.A.** autorizan dicha Asesoría a que reclame la cláusula suelo y los gastos del préstamo del que son titulares cada uno de ellos.

TERCERO: No consta que los titulares de los datos recabados por la Asesoría para la gestión de su hipoteca hayan autorizado para el tratamiento de los mismos con fines publicitarios. Es decir para ofrecer sus servicios en la reclamación contra la entidad bancaria de los gastos generados en la tramitación de la hipoteca.

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 LOPD.

II

En el presente caso, se inició este procedimiento por una infracción de lo establecido en el artículo 6 de la LOPD, por haber enviado publicidad a los clientes de la Asesoría, sin que conste el preceptivo consentimiento para dicho tratamiento de datos debidamente prestado por los afectados.

Dicho artículo 6, en su apartado 1, dispone lo siguiente: “*El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa*”.

Por su parte, el apartado 2 del mencionado artículo contiene una serie de excepciones a la regla general contenida en aquel apartado 1, estableciendo que: “*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 de los afectados 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 característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

El presente procedimiento tiene por objeto el examen de los tratamientos de datos realizados por la Asesoría Antolín consistentes en enviar publicidad a clientes que le fueron facilitados por distintas entidades bancarias para la tramitación de la escritura del préstamo hipotecario, pero que no autorizaron el envío de publicidad posterior.

III

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, que delimita el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, se ha pronunciado sobre la vinculación entre el consentimiento y la finalidad para el tratamiento de los datos personales, en los siguientes términos: *“... es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de éstos, pues sólo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos concreta. Pues en otro caso sería fácil al responsable del fichero soslayar el consentimiento del interesado mediante la genérica información de que sus datos pueden ser cedidos. De suerte que, sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia”.*

De lo expuesto cabe concluir que la vigente LOPD ha acentuado las garantías precisas para el tratamiento de los datos personales en lo relativo a los requisitos del consentimiento, de la información previa a éste, y de las finalidades para las que los datos pueden ser recabados y tratados.

La citada Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, al delimitar el

contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, ha considerado el derecho de información como un elemento indispensable del derecho fundamental a la protección de datos al declarar que *“...el contenido del derecho fundamental a la protección de datos 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. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.*

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele”.

En este caso, según consta reseñado en los Hechos Probados, la entidad denunciada, no ha justificado que hubiese informado a los afectados en el momento de recoger sus datos de la posibilidad del envío de publicidad, y de que éstos hubiesen consentido. Los escritos que ha facilitado a esta Agencia son los consentimientos posteriores al tratamiento de sus datos con la finalidad de reclamar las cantidades a qué puedan tener derecho.

Por tanto, se considera infringido el artículo 6.1 de la LOPD por parte de la entidad denunciada, que es responsable de dicha infracción, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la LOPD, que considera como tal *“b) Tratar los 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.”*

IV

El artículo 45.6 de la LOPD establece lo siguiente:

“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 concurran 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”.

A este respecto, procede considerar lo establecido en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD, que establece lo siguiente:

“4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

a) El carácter continuado de la infracción.

b) El volumen de los tratamientos efectuados.

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

d) El volumen de negocio o actividad del infractor.

e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

f) El grado de intencionalidad.

g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.

h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.

i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.

j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

5. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente”.

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados

a) y b) del citado artículo 45.6 de la LOPD. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la denunciado por la concurrencia de varios criterios de los enunciados en el artículo 45.4 de la LOPD, concretamente, la ausencia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción, la naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas y el volumen de los tratamientos efectuados.

V

En el presente caso, la entidad E.E.E. Asesores no ha justificado ante esta Agencia haber adoptado ningún acuerdo dirigido a subsanar las deficiencias que han motivado el procedimiento.

Deberá conservar las cláusulas informativas facilitadas a sus clientes en los que les indique claramente la finalidad del tratamiento de sus datos y quien es el responsable de dicho tratamiento. Asimismo, deberá informar de la posibilidad de enviar publicidad y dar la opción de oponerse a que se le envíe.

Por tanto, procede requerir a la mencionada entidad la adopción de medidas para impedir que en el futuro pueda producirse de nuevo una infracción de lo dispuesto en el artículo 6 de la LOPD incumplido.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00106/2018) a Don **E.E.E.** (E.E.E. Asesores), 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 del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave, en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

2.- REQUERIR a Don **E.E.E.** (E.E.E. Asesores), de acuerdo con lo establecido en el apartado 6 del artículo 45 de la Ley 15/1999 para que en el plazo de un mes desde este acto de notificación:

2.1.- CUMPLA lo previsto en el artículo 6 de la LOPD. En concreto se insta al denunciado a que en la cláusula informativa que debe facilitar a las personas cuyos datos personales se recaben indique las finalidades del tratamiento de los datos y si va a enviarles publicidad solicite el consentimiento para ello y la posibilidad de oponerse a ese concreto tratamiento.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido.

Se le advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, podría incurrir en infracción tipificada en el artículo 44 de la LOPD y sancionable de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 de la citada Ley Orgánica.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Don **E.E.E.** (E.E.E. Asesores).

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