

Procedimiento N°: A/00147/2016

RESOLUCIÓN: R/01615/2016

En el procedimiento A/00147/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la D. **A.A.A.**, vista la denuncia presentada por Dña. **B.B.B.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 11 de mayo de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito remitido por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil adjuntando una denuncia interpuesta por Dña. **B.B.B.** (en lo sucesivo la denunciante) en la que se pone de manifiesto los siguientes hechos:

Ha denunciado ante la Dirección General de la Guardia Civil que el día 20 de abril de 2015 a las 20:00 horas ha recibido una llamada telefónica de una persona que se identifica como antiguo empleado de SECURITAS DIRECT y que trabaja actualmente en AEGON ofertando un seguro, sin poder indicar la línea de teléfono llamante. En la conversación telefónica detecta que la persona conoce todos los aspectos de su vivienda y su familia, motivo por el cual contacta con SECURITAS DIRECT que confirma que la persona que ha realizado la llamada no es ya empleado de la compañía y le informa que todos los datos de su vivienda constan en el expediente de la empresa al instalar las alarmas.

Con fecha 28 de abril de 2015, la Dirección General de la Guardia Civil contacta con D. **A.A.A.** el cual manifiesta haber sido empleado de SECURITAS DIRECT y haber contactado con diferentes personas para ofertar productos de AEGON. Asimismo manifiesta desconocer a la persona que le ha podido denunciar pero que en su agenda tiene muchos contactos de clientes de SECURITAS DIRECT aportados por ellos mismos. También manifiesta no haber obtenido ninguna información de SECURITAS DIRECT.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se ha tenido conocimiento de los siguientes extremos conforme al informe de actuaciones de inspección E/03973/2015 que se transcribe:

“ACTUACIONES PREVIAS DE INSPECCIÓN

- 1. En la denuncia no se ha aportado la línea de teléfono llamante ni la línea a la que se ha realizado la llamada por lo que no se puede acreditar la recepción de la misma.*

Tal y como consta en la documentación remitida por SECURITAS DIRECT con

fecha de registro de entrada a esta Agencia 30 de octubre de 2015 y la documentación remitida por **A.A.A.** con fecha de registro de entrada 13 de octubre de 2015, se desprende:

1. **A.A.A.** manifiesta que es comercial/corredor de seguros e instalador de alarmas, siendo visitador a domicilio para ofrecer un producto a los clientes trabajando para **SECURITAS DIRECT** y aporta copia del contrato suscrito con esta compañía en fecha 15 de marzo de 2009.

A este respecto **SECURITAS DIRECT** manifiesta que el denunciado ha sido empleado de su compañía hasta el 1 de marzo de 2013 y aporta anexo al contrato de trabajo en el que figura una cláusula de confidencialidad. "El trabajador viene obligado a guardar el secreto respecto a las actividades de la empresa, tanto durante la vigencia del Contrato como una vez extinguido éste. En consecuencia no divulgará ni dará a conocer a nadie, ni utilizará en beneficio propio o de terceros, los conocimientos que obtenga respecto a los Clientes de la compañía....Todos los registros, documentos, informes y papeles en poder del trabajador realizados en relación a actividad son propiedad de la Empresa, por lo que el trabajador viene obligado a entregar a totalidad de los mismos en la fecha de extinción del Contrato"

2. **A.A.A.** manifiesta que la denunciante contrató la alarma de su vivienda cumplimentado el contrato en el que aparecen sus datos personales, y aporta copia del contrato de instalación y servicios de fecha 24 de noviembre de 2011.

SECURITAS DIRECT manifiesta que **A.A.A.** fue el empleado que llevó a cabo la comercialización e instalación del sistema de seguridad en el domicilio de la denunciante por lo que tuvo acceso a los datos del cliente, para dejarlos reflejados en el contrato, no teniendo acceso a esos datos de forma posterior a la firma del contrato

3. **A.A.A.** manifiesta que es totalmente falso que llamara a la denunciante para ofrecerle productos de la empresa **AEGON**."

TERCERO: D. **A.A.A.** aportó copia de contrato de fecha 24/01/2011 de instalación de servicio de alarma de **SECURITAS DIRECT** en el que constan los datos personales de la denunciante y su esposo, entre ellos sendos números de líneas móviles. Dicho contrato fue efectuado en su condición de trabajador de **SECURITAS DIRECT** conservando en su poder dicho documento.

CUARTO: Con fecha 15/04/2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, por virtud de lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, acordó someter al denunciado a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.2.b) de la citada Ley Orgánica.

CUARTO: Notificado el acuerdo de audiencia previa al apercibimiento D. **A.A.A.** formuló las siguientes alegaciones:

1ª.- Nunca llamó a la denunciante a su número de teléfono para ofrecerle unos productos de **AEGON** por lo que no habiendo aportado prueba de la llamada debe archivar el procedimiento en atención a la presunción de inocencia.

2º.- Había un contrato cumplimentado recogiendo el consentimiento inequívoco de la denunciante y su esposo para el tratamiento de sus datos.

3º.- No tiene inconveniente alguno en devolver a SECURITAS DIRECT la documentación de la denunciante para que procedan a cancelar sus datos.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: D. **A.A.A.** fue empleado de SECURITAS DIRECT desde fecha 15/09/2008 hasta fecha 01/03/2013 desempeñando las funciones de comercial-instalador.

SEGUNDO: El Anexo al contrato de trabajo suscrito el 15/08/2008 por D. **A.A.A.** con SECURITAS DIRECT establece en sus cláusulas adicionales:

"Séptima: El trabajador viene obligado a guardar el secreto respecto a las actividades de la empresa, tanto durante la vigencia del Contrato como una vez extinguido éste. En consecuencia no divulgará ni dará a conocer a nadie, ni utilizará en beneficio propio o de terceros, los conocimientos que obtenga respecto a los Clientes de la compañía.....Todos los registros, documentos, informes y papeles en poder del trabajador realizados en relación a actividad son propiedad de la Empresa, por lo que el trabajador viene obligado a entregar a totalidad de los mismos en la fecha de extinción del Contrato"

TERCERO: D. **A.A.A.** fue el empleado de SECURITAS DIRECT que en fecha 24/01/2011, gestionó el contrato de instalación de alarma en la vivienda del denunciante para lo cual tanto ella como su marido facilitaron sus datos personales para confeccionar el contrato.

CUARTO: En fecha 14/10/2015 D. **A.A.A.** aportó a la Agencia copia obrante en su poder del contrato de instalación y servicio de alarma de SECURITAS DIRECT de fecha 24/01/2011, en el que constan los datos personales de la denunciante y de su marido

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

El artículo 6 de la LOPD, determina:

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

2. 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 negocial, 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.

3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos.

4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una Ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”.

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 característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales, los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y tratamiento de sus datos personales y a saber de los mismos.

Se puede afirmar, tal y como tiene sentado consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo - por todas las Sentencias de 8 de febrero de 1.964, 26 de mayo de 1.986 y 11 de junio de 1.991 - en interpretación del artículo 1.253 del Código Civil, que existen tres modos o formas básicas del consentimiento: expreso, manifestado mediante un acto positivo y declarativo de la voluntad; tácito, cuando pudiendo manifestar un acto de voluntad contrario, éste no se lleva a cabo, es decir, cuando el silencio se presume o se presupone como un acto de aquiescencia o aceptación; y presunto, que no se deduce ni de una declaración ni de un acto de silencio positivo, sino de un comportamiento o conducta que implica aceptación de un determinado compromiso u obligación. A efectos de la Ley Orgánica 15/1999 y con carácter general, son admisibles las dos primeras formas de prestar el consentimiento.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2007 (Rec 356/2006) en su Fundamento de Derecho Quinto señala que “ *por lo demás, en cuanto a los requisitos del consentimiento, debemos señalar que estos se agotan en la necesidad de que este sea “inequívoco”, es decir, que no exista duda alguna sobre la prestación de dicho consentimiento, de manera que en esta materia el legislador, mediante el artículo 6.1 de la LO de tanta cita, acude a un criterio sustantivo, esto es, nos indica que cualquiera que sea ,la forma que revista el consentimiento éste ha de aparecer como evidente, inequívoco – que no admite duda o equivocación- , pues éste y*

no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar al consentimiento. Por tanto, el establecimiento de presunciones o la alusión a la publicidad de sus datos en otro lugar resulta irrelevante, pues dar carta de naturaleza a este tipo de interpretaciones pulverizaría esta exigencia esencial del consentimiento, porque dejaría de ser inequívoco para ser “equivoco”, es decir, su interpretación admitiría varios sentidos y, por esta vía, se desvirtuaría la naturaleza y significado que desempeña como garantía en la protección de los datos, e incumpliría la finalidad que está llamado a verificar, esto es, que el poder de disposición de los datos corresponde únicamente a su titular”

III

De conformidad con lo expuesto *ut supra*, la jurisprudencia y el propio artículo 6 de la LOPD, exige que el responsable del tratamiento de los datos cuente con el consentimiento para el tratamiento de dichos datos personales, entendido estos de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo 3 de la LOPD como:

Responsable del fichero o tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.”

Consentimiento del interesado como “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

Tratamiento de datos: Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (art. 43), concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d). Este precepto, innovando respecto de la Ley Orgánica 5/1992, incluye en el concepto de responsable tanto al que lo es del fichero como al del tratamiento de datos personales.

Es preciso, por tanto, determinar si en el presente caso la actividad desarrollada por D. **A.A.A.** puede subsumirse o no en tales definiciones legales, es decir, si es responsable del fichero y/o tratamiento, y en caso afirmativo si está o no legitimado para el tratamiento de datos de la denunciante, y por ende verificar la prestación del consentimiento de ésta o la ausencia del mismo.

IV

En el presente caso D. **A.A.A.** en su condición de empleado de SECURITAS DIRECT, en fecha 24/01/2011 realizó la instalación de un sistema de alarma en la vivienda de la denunciante confeccionándose el correspondiente contrato de servicio. Recordemos que el contrato que regía la relación laboral entre SECURITAS DIRECT y D. **A.A.A.** contemplaba en la cláusula séptima de su anexo que “.....Todos los registros, documentos, informes y papeles en poder del trabajador realizados en relación a actividad son propiedad de la Empresa, por lo que el trabajador viene obligado a entregar a totalidad de los mismos en la fecha de extinción del Contrato”

Recordemos que D. **A.A.A.** cesó su relación laboral con SECURITAS DIRECT en fecha 01/03/2013, así como que en fecha 13/10/2015 éste aportó a la Agencia copia del contrato de alarma suscrito por la denunciante con SECURITAS DIRECT, por lo que es obvio que no entregó a la entidad dicho documento como así lo exigía el clausulado de su contrato laboral al extinguirse su contrato.

Debe aclararse que dicho contrato otorgaba a SECURITAS DIRECT el consentimiento para el tratamiento de los datos de la denunciante y su marido, pero en ningún caso dicho consentimiento puede extenderse al trabajador que confeccionó el contrato, más aún cuando éste ya no forma parte de la empresa, y conserva sin amparo legal alguno copia del contrato suscrito por la denunciante cuando él era trabajador de SECURITAS DIRECT. Por tanto esta conservación del contrato con los datos personales de la denunciante y su marido suponen la vulneración por parte de D. **A.A.A.** del artículo 6.1 de la LOPD en la medida en que dicha conservación constituye un tratamiento sin consentimiento de sus datos personales

V

El artículo 44.3.b) de la LOPD, en su vigente redacción aprobada por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, tipifica como infracción grave: *“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”*.

Tomando en consideración los anteriores hechos y fundamentos de derecho cabe concluir que D. **A.A.A.** trató sin consentimiento los datos personales de la denunciante y su marido lo cual constituye la referida infracción del artículo 6.1 de la LOPD.

VI

Por otra parte, se tuvo en cuenta que el denunciado no ha sido sancionado o apercibido con anterioridad.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.6 de la LOPD, se acordó someter al denunciado a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción del artículo 6 de la LOPD.

El apartado 6 del artículo 45 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. En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado apartado 6. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del mismo con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, el grado de intencionalidad y la falta de acreditación de la obtención de beneficios por su parte como consecuencia de la

comisión de la infracción

Por otra parte, procede requerir al denunciado la adopción de medidas que impidan que en el futuro pueda producirse de nuevo una infracción de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la LOPD, cesando en el uso de datos personales de la denunciante y su marido.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00147/2015) a D. **A.A.A.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, en relación con la denuncia por infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica, y de conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 37.a), f) y n) de la LOPD, que atribuye la competencia a la **Directora de la Agencia Española de Protección de Datos**.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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.

2.- REQUERIR a D. **A.A.A.**, 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 6.1 de la LOPD. En concreto se insta al denunciado a adoptar medidas que eviten el tratamiento de los datos personales de Dña. **B.B.B.** y su marido, procediendo a devolver a SECURITAS DIRECT la copia del contrato de alarma suscrito por éstos y que obra en su poder.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido en el apartado anterior, aportando aquellos documentos en los que se ponga de manifiesto dicho cumplimiento.

Se le advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, para cuya comprobación se abre el expediente de investigación **E/03869/2016**, podría incurrir en una infracción del artículo 37.1.f) de la LOPD, que señala que *“son funciones de la Agencia de Protección de Datos: f) Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones.”*, tipificada como grave en el artículo 44.3.i) de dicha norma,

que considera como tal, *“No atender los requerimientos o apercibimientos de la Agencia Española de Protección de Datos o no proporcionar a aquélla cuantos documentos e informaciones sean solicitados por la misma”*, pudiendo ser sancionada con multa de **40.001 € a 300.000 €**, de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a D. **A.A.A.**.

4.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Dña. **B.B.B.** .

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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

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