



Procedimiento N°: A/00162/2016

RESOLUCIÓN: R/01201/2016

En el procedimiento A/00162/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **EURO-MONDE GLOBAL SERVICES, S.L.**, vista la denuncia presentada por Don **B.B.B.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 21 de abril de 2015, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Don **B.B.B.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que declara que al cambiar de destino dentro de la Guardia Civil recibió a su nombre, en la Intervención de Armas de la Comandancia de Vizcaya, dos cartas enviadas por las empresas de mudanzas Caballero Moving S.L. y Euro-Monde.

Según indica el reclamante no ha dado consentimiento a estas entidades para utilizar sus datos que se publican en el Boletín Oficial de la Guardia Civil

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se solicitó información a las entidades denunciadas que informaron lo siguiente:

1. Los representantes de la entidad Caballero Moving manifiestan que no disponen de ningún dato de D. **B.B.B.**.

Desconocen el origen de los datos que hubieren podido servir para remitir la comunicación comercial a Don **B.B.B.**, no obstante Caballero Moving mantiene anuncios en la revista de la Guardia Civil y lleva muchos años trabajando y colaborando con el Cuerpo, habiendo trasladado a más de dos mil agentes, por lo que dispone de un gran número de clientes que, a título personal, les recomiendan a sus colegas y amigos.

Asimismo, dado el tiempo que lleva Caballero trabajando con el Cuerpo son incontables las ocasiones en que es un compañero el que nos facilita datos de otro compañero quien nos recomienda a título personal para que se ponga en contacto con nosotros y/o le informemos de nuestros servicios.

En ningún caso se incorpora a ningún fichero ni queda registro alguno en la empresa de los datos de personas que no sean clientes, es decir, aquellos que han contratado algún servicio.

No existen datos del denunciante en la empresa, ni por tanto documentación sobre consentimientos.

2. Los representantes de Euro Monde, S.L. manifiestan que no existen datos del Sr. **B.B.B.** en los archivos de la empresa y se desconoce el origen de los datos al no disponer de ficheros ni información relativa a esta persona. La empresa no dispone de un fichero o sistema de datos que puedan utilizarse para labores comerciales.

No es política comercial habitual de la compañía la remisión de publicidad por correo, ni existe fichero ni sistema de tratamiento de datos en la empresa para labores comerciales o de publicidad.

TERCERO: Respecto a la entidad **Caballero Moving, S.L.** se acordó iniciar el procedimiento de referencia PS/00160/2016.

CUARTO: Con fecha 6 de abril de 2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00162/2016.

QUINTO: Con fecha 28 de abril de 2016, Euro Monde, S.L. presentó alegaciones en las que, básicamente, reiteró lo ya manifestado en las actuaciones previas de investigación insistiendo que manifiestan que no existen datos de D. **B.B.B.** en los archivos de la empresa y se desconoce el origen de los datos al no disponer de ficheros ni información relativa a esta persona. La empresa no dispone de un fichero o sistema de datos que puedan utilizarse para labores comerciales.

No es política comercial habitual de la compañía la remisión de publicidad por correo, ni existe fichero ni sistema de tratamiento de datos en la empresa para labores comerciales o de publicidad.

Respecto a las medidas correctoras adoptadas, manifestó lo siguiente: “...Como se ha indicado en el apartado anterior, las medidas correctoras que mi mandante ha implementado tienen por objeto evitar situaciones idénticas o similares a las que han motivado el procedimiento que nos ocupa. Siendo así que EURO-MONDE no lleva a cabo como actividad principal tratamientos de datos de carácter personal con finalidades publicitarias o de marketing ni consecuentemente dispone de ficheros, bases de datos ni recursos o sistemas informatizados en soporte papel, mi mandante ha considerado que la mejor forma de alcanzar dicha finalidad la remisión de una comunicación interna a todos los empleados a modo de circular en la que, básicamente, se informa a los mismos sobre:

- La prohibición expresa de llevar a cabo actuaciones de índole comercial o

publicitario sin autorización o permiso de la gerencia de la compañía.

• La necesidad de acudir a dicha gerencia si, con ocasión de una actividad de networking o simplemente, en caso de que por el razón o motivo que sea se tiene conocimiento de un posible interesado en contratar los servicios de EURO-MONDE, y pretende hacer uso de los datos personales de dicho posible interesado para remitir publicidad por cualquier medio.

• La recomendación, en caso de que acontezca el supuesto del apartado anterior, de obtener la autorización, consentimiento o conformidad del posible interesado para la remisión de publicidad de los servicios de EURO-MONDE a través de cualquier medio que permita poder acreditar el mismo”.

Adjunto a sus alegaciones aportó copia de una comunicación, que fue remitida a todos los empleados el pasado 27 de abril del corriente 2016, mediante correo electrónico y/o en mano.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Don **B.B.B.** denunció ante la AEPD que, al cambiar de destino dentro de la Guardia Civil recibió a su nombre, en la Intervención de Armas de la Comandancia de Vizcaya, un envío publicitario de la empresa de mudanzas Euro-Monde. Asimismo, manifiesta no ha dado consentimiento a esta entidad para utilizar sus datos que se publican en el Boletín Oficial de la Guardia Civil.

SEGUNDO: Consta en el expediente copia de un envío postal con matasellos de fecha 18/03/2015 que lleva por destinatario Don **B.B.B.**, **A.A.A.**. El sobre contiene un documento sin que se incluya información relativa al origen de los datos personales utilizados para la confección de la publicidad:

- Mudanzas nacionales e internacionales para las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado
- El escrito publicita los servicios de mudanzas con una oferta especial por el traslado y ayuda en la gestión de la tramitación de ITR (Indemnización Traslado de Residencia),
- Consta el nombre del contacto de la empresa, la dirección de correo y teléfono.

TERCERO: **EURO-MONDE GLOBAL SERVICES, S.L.**, no ha acreditado contar con el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios.

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 EURO-MONDE GLOBAL SERVICES, S.L., 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 legitimada para el tratamiento de datos de la denunciante, y por ende verificar la prestación del consentimiento de ésta o la ausencia del mismo.

En el presente caso el denunciante formuló denuncia ante esta AEPD constando en el expediente copia de un sobre matasellado por el servicio de correos en fecha 18/03/2015 que lleva por destinatario al denunciante Don **B.B.B.**, **A.A.A.**. El sobre contiene un documento de contenido publicitario sin que se incluya información relativa al origen de los datos personales utilizados para la confección de la publicidad. EURO-MONDE GLOBAL SERVICES, S.L., no ha acreditado contar con el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios.

IV

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 EURO-MONDE GLOBAL SERVICES, S.L. trató sin consentimiento los datos personales del denunciante lo cual constituye la referida infracción del artículo 6.1 de la LOPD.

V

Por otra parte, se tuvo en cuenta que la entidad denunciada no ha sido sancionada o apercibida con anterioridad.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.6 de la LOPD, se acordó someter a la citada entidad a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción del artículo 6.1 de la LOPD.

VI

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 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”.

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 imputado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

VII

La sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso 455/2011, de 29/11/2013, analiza el apercibimiento como un acto de naturaleza no sancionadora, como se deduce del fundamento de derecho SEXTO:

“Debe reconocerse que esta Sala y Sección en alguna ocasión ha calificado el apercibimiento impuesto por la AEPD, en aplicación del artículo examinado, como sanción (SAN de 7 de junio de 2012, rec. 285/2010), y en otros casos ha desestimado recursos contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones análogas a la recurrida en este procedimiento, sin reparar en la naturaleza no sancionadora de la medida expresada (SSAN de 20 de enero de 2013, rec. 577/2011, y de 20 de marzo de 2013, rec. 421/2011). No obstante, los concretos términos en que se ha suscitado la controversia en el presente recurso contencioso-administrativo conducen a esta Sala a las conclusiones expuestas, corrigiendo así la doctrina que hasta ahora venía presidiendo la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD.”

Además, la sentencia interpreta o liga apercibimiento o apercibir con el requerimiento de una actuación para subsanar la infracción, y si no existe tal requerimiento, por haber cumplido las medidas esperadas relacionadas con la infracción, no sería apercibimiento, sino archivo como se deduce del fundamento de derecho SEXTO:

“Pues bien, en el caso que nos ocupa el supuesto concreto, de entre los expresados en el apartado quinto del artículo 45, acogido por la resolución administrativa recurrida para justificar la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD es el primero, pues aprecia “una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción”, tal y como expresa su fundamento de derecho VII.

Por ello, concurriendo las circunstancias que permitían la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD, procedía “apercibir” o requerir a la denunciada para que llevara a cabo las medidas correctoras que la Agencia Española de Protección de Datos considerase pertinentes, en sustitución de la sanción que de otro modo hubiera correspondido.

No obstante, dado que resultaba acreditado que la denunciada por iniciativa propia había adoptado ya una serie de medidas correctoras, que comunicó a la Agencia

Española de Protección de Datos, y que esta había verificado que los datos del denunciante no eran ya localizables en la web del denunciado, la Agencia Española de Protección de Datos no consideró oportuno imponer a la denunciada la obligación de llevar a cabo otras medidas correctoras, por lo que no acordó requerimiento alguno en tal sentido a ésta.

Recuérdese que al tener conocimiento de la denuncia la entidad denunciada, procedió por iniciativa propia a dirigirse a Google para que se eliminara la URL donde se reproducían la Revista y el artículo, a solicitar a sus colaboradores que suprimieran cualquier nombre de sus artículos o cualquier otra información susceptible de parecer dato personal y que revisaran las citas del área privada de la web para borrar cualquier otro dato sensible, y, por último, a revisar la configuración de los accesos para que los buscadores no tuvieran acceso a las Revistas.

En consecuencia, si la Agencia Española de Protección de Datos estimaba adoptadas ya las medidas correctoras pertinentes en el caso, como ocurrió, tal y como expresa la resolución recurrida, la actuación administrativa procedente en Derecho era al archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, pues así se deduce de la correcta interpretación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

Por el contrario, la resolución administrativa recurrida procedió a “apercibir” a la entidad PYB ENTERPRISES S.L., aunque sin imponerle la obligación de adoptar medida correctora alguna, lo que solo puede ser interpretado como la imposición de un “apercibimiento”, entendido bien como amonestación, es decir, como sanción, o bien como un mero requerimiento sin objeto. En el primer caso nos hallaríamos ante la imposición de una sanción no prevista en la LOPD, con manifiesta infracción de los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora, previstos en los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el segundo supuesto ante un acto de contenido imposible, nulo de pleno derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 62.1.c) de la misma Ley.”

En el presente supuesto, de la información contenida en el expediente se desprende que la entidad EURO-MONDE GLOBAL SERVICES, S.L. ha procedido a adoptar y a comunicar las medidas correctoras implementadas cumpliendo la finalidad del apercibimiento, por lo que procede el archivo del presente procedimiento, dada la naturaleza del mismo.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

- 1.- ARCHIVAR** el procedimiento.
- 2.- NOTIFICAR** el presente Acuerdo a la entidad **EURO-MONDE GLOBAL SERVICES, S.L.**

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Don **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 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 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.

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