

Procedimiento N°: A/00175/2018

RESOLUCIÓN: R/01459/2018

En el procedimiento A/00175/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Don **A.A.A.**, vista la denuncia presentada por Don **B.B.B.**, y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 4 de diciembre de 2017 tiene entrada en esta Agencia una denuncia presentada por Don **B.B.B.**, en la que manifiesta que en verano de 2017 se inscribió en un sorteo que realizaba “El Elefante Azul”.

En fecha 19 de julio de 2017 solicitó a la entidad Petronet España S.A., organizadora del sorteo, la cancelación de sus datos. Según indica recibió respuesta de la entidad, pero no la aporta junto con su reclamación.

A pesar de lo anterior, sus datos figuran en www.sortea2.com como participante del sorteo.

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:

Con fecha 12 de diciembre de 2017 se ha acreditado que figura un listado de los participantes en un sorteo, publicado en la página web www.sortea2.com.

Según indican los representantes de Petronet se recibió por parte del denunciante solicitud de cancelación de datos personales el pasado 19 de julio de 2017 y se procedió a contestar por escrito el pasado 1 de agosto de 2017.

En relación a los datos que figuran en sus ficheros relativos al denunciante, los responsables de la entidad manifiestan que tras la solicitud de cancelación recibida el 19 de julio de 2017, se procedió a borrar todos sus datos por lo que en la actualidad PETRONET ESPAÑA, S.A., no tiene datos personales suyos en sus sistemas de información.

Los datos del reclamante se han cedido a AUTONET24 S.L., como se indica en las bases de la promoción “aparca el coche y embárcate” aceptadas por todos los participantes del sorteo organizado por PETRONET ESPAÑA, S.A.

Los datos se comunicaron a la mercantil AUTONET 24, S.L., por ser una sociedad del grupo englobado por nuestra marca “Elefante Azul” así como a la plataforma Sortea2 como herramienta objetiva para realizar el sorteo de forma independiente.

Según manifiestan los representantes de Petronet, los datos de los participantes se comunicaron a la plataforma Sortea2, esta entidad no debía almacenar dato alguno, es decir, se realiza el sorteo y los datos se eliminan. No obstante, en las condiciones legales de dicha página web, aportada en su escrito de respuesta consta que:

“Es responsabilidad de los usuarios el no publicar datos personales de los participantes, de acuerdo a la Legislación sobre Protección de Datos de carácter personal. Desde Sortea2 hemos habilitado formularios para la retirada automática de cualquiera de estos datos y los eliminamos de inmediato cuando recibimos consultas al respecto. Pero la responsabilidad final recae sobre los usuarios de la página que los hayan publicado. Esto en especial para los sorteos certificados y sorteos avanzados donde existe la opción de publicar el listado de participantes.”

En relación con el motivo por el que se han publicado los datos de todos los participantes en un sorteo que pueden accederse en la dirección ***URL.1, los representantes de la entidad manifiestan desconocer por qué Sortea2 publicó los datos insertados para realizar el sorteo; jamás se les autorizó para ello, y en sus condiciones manifiestan que no se guardan datos. En el proceso de alta de sorteo no había ninguna posibilidad de publicar los datos de los participantes, ni nos consta que la haya actualmente, de haber habido esa posibilidad nunca la habiéramos aceptado. Cuando PETRONET ESPAÑA, S.A., accedía desde su usuario y contraseña tan solo salía el nombre de usuario del ganador y suplentes, pero no de los participantes.

En las condiciones legales del sitio web Sortea2, figura como titular D. **A.A.A.**.

TERCERO: De las actuaciones practicadas y sin perjuicio de lo que se derive de la instrucción del presente procedimiento, se desprende que Petronet España S.A., ha cedido los datos de carácter personal del denunciante en el marco de un sorteo, a la plataforma Sortea2 sin que conste la existencia de un contrato entre ambas entidades, con las garantías previstas en el artículo 12 de la LOPD. Por ello se considera que se ha producido una cesión incontestada de datos personales por parte de Petronet y a su vez, los datos personales han sido tratados por parte del responsable de la plataforma Sortea2 sin el consentimiento de los afectados.

CUARTO: Consultada el 12 de abril de 2018 la aplicación de la AEPD que gestiona la consulta de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, al denunciado, no le constan registros previos.

QUINTO: Con fecha 29 de mayo 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/00175/2018. Dicho acuerdo fue notificado al denunciado a través del BOE del día 26 de junio de 2018.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Don **B.B.B.**, manifestó que en el verano de 2017 se inscribió en un sorteo que realizaba “El Elefante Azul”.

SEGUNDO: En fecha 19 de julio de 2017, el denunciante solicitó a la entidad Petronet España S.A., organizadora del sorteo, la cancelación de sus datos. Según indica

recibió respuesta de la entidad,

TERCERO: A pesar de lo anterior, sus datos figuran en la página www.sortea2.com como participante del sorteo.

CUARTO: En la actualidad, en la página ***URL.1, no figuran datos personales.

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 6.1 de la LOPD 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 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”*.

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.

En el presente caso, consta acreditado que el titular del sitio web Sortea2, en el que se incluyeron los datos de todos los participantes en el concurso denunciado era Don **A.A.A.**, quien procedió a la publicación de datos personales de los concursantes sin que contase con su consentimiento.

Por tanto, resulta que Don **A.A.A.** no disponía del consentimiento del afectado para el tratamiento de datos realizado, resultando, por tanto, evidente la existencia de, al menos, una falta de la diligencia debida en los hechos analizados plenamente imputable al denunciado, que trató y difundió los datos del afectado sin su consentimiento, en concreto su nombre, apellidos y su teléfono asociado a la participación en un concurso, procediendo considerar infringido el artículo 6.1 de la LOPD por parte del denunciado, que es responsable de dicha infracción.

Esta interpretación coincide con la mantenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia de 6 de noviembre de 2003, dictada en el asunto C-101/01, Caso Lindqvist, en el que se examina la aplicación de la Directiva 95/46/CE a un tratamiento consistente en publicar datos personales en Internet. Esta Sentencia, en sus apartados 24 y siguientes, señala:

“24. El concepto de “datos personales” que emplea el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46 comprende, con arreglo a la definición que figura en el artículo 2, letra a), de dicha Directiva “toda información sobre una persona física identificada o identificable”. Este concepto incluye, sin duda, el nombre de una persona junto a su número de teléfono o a otra información relativa a sus condiciones de trabajo o a sus aficiones.

25. En cuanto al concepto de “tratamiento” de dichos datos que utiliza el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46, éste comprende, con arreglo a la definición del artículo 2, letra b), de dicha Directiva, “cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales”. Esta última disposición enumera varios ejemplos de tales operaciones, entre las que figura la comunicación por transmisión, la difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos. De ello se deriva que la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a datos personales debe considerarse un tratamiento de esta índole.

26. Queda por determinar si dicho tratamiento está “parcial o totalmente automatizado”. A este respecto, es preciso observar que difundir información en una página web implica, de acuerdo con los procedimientos técnicos e informáticos que se aplican actualmente, publicar dicha página en un servidor, así como realizar las operaciones necesarias para que resulte accesible a las personas que están conectadas a Internet. Estas operaciones se efectúan, al menos en parte, de manera automatizada.

27. Por tanto, procede responder a la primera cuestión que la conducta que consiste

en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un “tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46”.

III

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

“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.”

El principio cuya vulneración se imputó a Don **A.A.A.**, el del consentimiento, se configura como principio básico en materia de protección de datos, y así se recoge en numerosas Sentencias de la Audiencia Nacional.

IV

De acuerdo con lo expuesto, se iniciaron actuaciones contra el denunciado por la presunta vulneración del principio del consentimiento recogidos en el artículo señalado.

Por otra parte, se tuvo en cuenta que Don **A.A.A.** 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 a la citada entidad a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción del artículo 6 de la LOPD.

El citado 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 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”.

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado artículo 45.6 de la LOPD.

V

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 citado 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..., 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 caso, ha quedado acreditado que Don **A.A.A.** ha adoptado medidas para evitar que los datos personales del afectado puedan ser accedidos por terceros. En concreto, han desaparecido de la página web denunciada los datos personales de todos los participantes en el concurso.

En consecuencia, deben estimarse adoptadas ya las medidas correctoras pertinentes, por lo que debe procederse a resolver el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, en aplicación de lo establecido en el artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00175/2018** seguido contra Don **A.A.A.**, 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, en relación con la denuncia por la infracción del artículo 6 de la LOPD.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Don **A.A.A.** y 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 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