

Procedimiento N°: A/00199/2015

RESOLUCIÓN: R/02680/2015

En el procedimiento A/00199/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a D. **B.B.B.**, vista la denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 22 de agosto de 2014 tiene entrada en esta Agencia denuncia interpuesta por D. **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante), manifestando que: *"Hoy día 22/08/2014 a las 15:52 he recibido un SMS en mi número **E.E.E.** de publicidad supuestamente de Herbalife en el que me ofrecían trabajos. Yo no he solicitado dichos SMS ni estoy inscrito en ninguna lista de empleo, ni de recepción de publicidad. No recuerdo haber tenido relación con esta empresa y no he autorizado dichas comunicaciones. Me he intentado poner en contacto con el número **C.C.C.** a que hace referencia el SMS sin éxito por salir un contestador automático para que dejen de mandar publicidad"*. Adjunta fotografía del SMS e impresión de pantalla del Servicio Lista Robinson de la FECEMD confirmando que con fecha 19/7/2010 se han registrados los datos correspondientes a número de teléfono **E.E.E.**.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, se solicita información a diversas entidades, teniendo conocimiento de los siguientes hechos:

a) El denunciante aporta una fotografía del mensaje recibido en su línea de teléfono número **E.E.E.**, en la que aparece como número emisor del mensaje el *****TEL.1**, y el siguiente contenido: *"Trabaja a tiempo completo/parcial. Incorporamos personas a nuestro equipo de trabajo. No necesaria experiencia previa. Distribuidor Indep Herbalife. Tlf **D.D.D.**"* Manifiesta que el mensaje ha sido recibido el día 22/8/2014 a las 15:52 horas y que el operador con el que tiene contratado el servicio de dicha línea móvil es Tuenti Móvil. No consta información de baja.

b) TUENTI TECHNOLOGIES, S.L. informa de que consta en sus sistemas la recepción de un mensaje de texto en la línea **E.E.E.** procedente de la línea *****TEL.1** el día 22/8/2014 a las 15:52.

c) En la fecha de envío de los mensajes, el operador de la línea *****TEL.1** era TELEFÓNICA MOVILES ESPAÑA, S.A. Dicha compañía, en respuesta al requerimiento de la Inspección de Datos informa de que en la fecha de la recepción del SMS era titular de dicha línea D. **B.B.B.** (en lo sucesivo, el denunciado.)

d) El denunciado ha remitido dos escritos en los que manifiesta en referencia al envío del mensaje en cuestión manifestaron que:

1.1. Adjunta una impresión de pantalla con los datos relativos al titular de la línea

telefónica **E.E.E.**, incluyendo nombre, apellidos, fecha de nacimiento, dirección postal, teléfono fijo, teléfono móvil y e-mail. Manifiesta que el denunciante dejó sus datos en su página web el 25/06/2007 solicitando información acerca de Herbalife que es la empresa con la que trabaja como Distribuidor Independiente.

- 1.2. Manifiesta que cuando una persona deja sus datos en su web solicitando información se ponen en contacto con él primero vía correo electrónico y después telefónicamente cosa que supone que hicieron en su día allá por el año 2007. A partir de ahí la web gestiona todos los datos y contactos que reciben, envía periódicamente e-mails y SMS de manera automática para que todas las personas que se han interesado puedan estar informados de todas las noticias y novedades respecto a su negocio y productos.
- 1.3. Cree recordar que la página web donde el denunciante dejaría los datos era www.trabajalibre.com porque este dominio hará como 5 años que ya no lo tiene puesto que en el año 2010 dejó de trabajar Herbalife por Internet para hacerlo desde una Oficina atendiendo a la gente cara a cara.
- 1.4. La gente que veía esta web dejaba sus datos en la misma. Toda la base de datos de esas personas las tiene almacenadas en otra web donde gestiona y tiene almacenados todos los datos de sus contactos que es www.micentrodenegocio.com.
- 1.5. En cuanto a la IP desde la que fueron registrados los datos del denunciante adjunta un pantallazo de los datos que tiene almacenados del denunciante en la que consta la IP *****IP.1**.

e) Según consta en los repertorios públicos de asignaciones de direcciones IP la dirección *****IP.1** está actualmente asignada al operador CABLEUROPA.

TERCERO: Con fecha 24 de julio de 2015, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00199/2015, por presunta infracción del artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD). Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha de 22 de agosto de 2014 tiene entrada en esta Agencia denuncia interpuesta por el denunciante, manifestando que: *"Hoy día 22/08/2014 a las 15:52 he recibido un SMS en mi número **E.E.E.** de publicidad supuestamente de Herbalife en el que me ofrecían trabajos. Yo no he solicitado dichos SMS ni estoy inscrito en ninguna lista de empleo, ni de recepción de publicidad. No recuerdo haber tenido relación con esta empresa y no he autorizado dichas comunicaciones. Me he intentado poner en contacto con el número **C.C.C.** a que hace referencia el SMS sin éxito por salir un contestador automático para que dejen de mandar publicidad"*. Adjunta fotografía del

SMS e impresión de pantalla del Servicio Lista Robinson de la FECEMD confirmando que con fecha 19/7/2010 se han registrados los datos correspondientes a número de teléfono **E.E.E.** (folios 1 a 4).

SEGUNDO: El remitente, reconoce el envío y su operador lo confirma.

El denunciado manifiesta que el denunciante facilitó sus datos en el año 2007 a través de la web www.trabajalibre.com solicitando información sobre Herbalife. Manifiesta que la web ya no funciona y que no es ya el titular del dominio desde hace cinco años. No aporta ningún documento del que se desprenda que el denunciado fue titular del citado dominio, ni la información que se facilitaba cuando se dio de alta el denunciante, ni qué consintió cuando se dio de alta, ni que se diera de alta en ese sitio web.

Aporta impresión de pantalla de los datos que obran en su fichero que incluyen una dirección IP, teléfonos, dirección y nombre y apellidos del denunciante. Los datos de registro que aporta coinciden con los del denunciante, pero no acredita el origen de los datos, que el denunciante se diera de alta en su sitio web y no en otro, ni qué consintió el denunciante el tratamiento de sus datos personales (folios 27 a 31, 39 a 42).

TERCERO: Mediante escrito de 18/11/2014 el denunciado comunica que: *“...hoy mismo he procedido yo mismo de manera manual a dar de baja sus datos de nuestra web para que no vuelva a recibir ningún tipo de notificación nuestra de ahora en adelante...”* (folio 27).

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 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.

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.

III

La Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), dedica su Título III a las “Comunicaciones comerciales por vía electrónica” y atribuye a la AEPD competencia sancionadora por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3.c, d, e i, y 38.4.d, g, y h, de la citada Ley.

El Anexo de la Ley 34/2002, “Definiciones”, en su apartado f) indica que “A los efectos de esta ley se entenderá por: (...) Comunicación comercial: toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.”

Como se ha señalado, el SMS recibido por el denunciante, no tenía como finalidad promocionar la imagen o los servicios de una empresa u organización, sino ofertar un puesto de trabajo. Por tal razón esta comunicación, no puede calificarse de “comercial” ni subsumirse en el concepto que de ella ofrece el apartado f) del Anexo de la LSSI.

IV

El art. 3 apartados d) y g) de la LOPD definen:

“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.”

Por su parte el art. 5.1.q) del citado RDLOPD establece que el responsable del fichero o del tratamiento es *Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente.*

Podrán ser también responsables del fichero o del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados.

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros y a los encargados del tratamiento (art. 43), “Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley” concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d) y 3.g).

En el presente caso, el responsable del tratamiento es el denunciado, de conformidad con la definición del art. 3 d) de la LOPD y 5.1.q) del RDLOPD.

V

Por lo tanto, los hechos expuestos suponen una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, por cuanto no ha quedado acreditado que el denunciado contase con el

consentimiento para el tratamiento de datos personales del denunciante, además de que los datos del denunciante se encontraban en Listas Robinson desde 2010.

La citada infracción está tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la LOPD, que considera como tal *“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”*. Dicha infracción podría ser sancionada con multa de 40.001 a 300.000 euros, de acuerdo con el artículo 45.2 de la LOPD.

VI

No obstante, 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. Así mismo, debe tenerse en cuenta que el denunciado ha cancelado de sus ficheros los datos personales del denunciante durante las actuaciones previas, por lo que no procede la adopción de medida correctora alguna.

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 citado fundamento de derecho:

<<...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...>>

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.-ARCHIVAR el procedimiento **A/00199/2015** seguido contra D. **B.B.B.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, en relación con la denuncia por la infracción del artículo 6.1 de la citada ley.

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.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a D. **B.B.B.**.

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

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