

Procedimiento N°: A/00240/2015

RESOLUCIÓN: R/02806/2015

En el procedimiento A/00240/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a ALTERNATIVA DOS VECIÑOS, vista la denuncia presentada por Doña **A.A.A.**, y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 30 de abril de 2015, tuvo entrada en esta Agencia un escrito remitido por Doña **A.A.A.**, en el que declaraba que, el día 20 de abril de 2015, recibió en su domicilio un sobre procedente del partido político "*alternativa dos veciños*". Mediante dicho envío se solicitaba la participación en un acto denominado "*cena fría*". Dicha carta no contiene ninguna referencia al origen de sus datos personales por lo que no es posible ejercitar sus derechos de acceso, rectificación y cancelación recogidos en la LOPD, tampoco se identifica al responsable del fichero.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase previa de investigación, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se llevaron a cabo tuvo conocimiento de los siguientes extremos:

Con fecha 8 de junio de 2015 se solicitó información a Alternativa dos veciños y de la respuesta facilitada se desprende lo siguiente:

1. No existe ningún dato en poder de Alternativa dos veciños relativo a Doña **A.A.A.**.
2. Los datos utilizados para el envío objeto de la denuncia fueron obtenidos de un trabajo minucioso del partido político que se completó con el censo electoral entregado a la formación en las pasadas elecciones municipales.
3. Que todo el trabajo así como los datos del censo electoral entregado a la formación han sido destruidos después del 24/5/2015 cumplimentando las disposiciones de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General y por lo dispuesto en la LO 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal.
4. El envío se realizó con anterioridad al comienzo de la campaña electoral del proceso de elecciones de mayo de 2015.

TERCERO: Con fecha 18/09/2015, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, por virtud de 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 lo sucesivo LOPD), acordó someter al denunciado a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción del artículo 6 de dicha norma, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica

Dicho acuerdo fue notificado al denunciado, concediéndosele plazo para formular alegaciones a la apertura del procedimiento, que transcurre sin que en esta Agencia haya tenido entrada escrito alguno.

CUARTO: Con fecha 14/10/2015, se recibió escrito de alegaciones de Alternativa dos vecinos en el que reiteran las manifestaciones indicadas con anterioridad, añadiendo que se trataba de un acto preelectoral destinado a presentar las candidaturas y las propuestas. Los datos que se utilizaron se destruyeron tras el proceso electoral. Por ello, añaden que no procede iniciar procedimiento sancionador. _

HECHOS PROBADOS

1. Doña **A.A.A.**, recibió en su domicilio un sobre procedente del partido político “*alternativa dos veciños*”, el día 20 de abril de 2015. En el envío se solicitaba la participación en un acto denominado “*cena fría*”.
2. Los datos utilizados para el envío objeto de la denuncia fueron obtenidos de un trabajo minucioso del partido político que se completó con el censo electoral entregado a la formación en las pasadas elecciones municipales.
3. Los datos del censo electoral entregado a la formación han sido destruidos después del 24/5/2015 cumplimentando las disposiciones de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General y por lo dispuesto en la LO 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal.

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 1 de la LOPD dispone: “*La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar*”.

En cuanto al ámbito de aplicación de la citada norma el artículo 2.1 de la misma señala: “*La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado*”; definiéndose el concepto de dato de carácter personal en el apartado a) del artículo 3 de la citada Ley Orgánica 15/1999, como “*Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*”, añadiendo el apartado 1.f) del artículo 5 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de

diciembre (RLOPD), que dato de carácter personal es *“cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*.

Por otra parte, el artículo 3 de la LOPD define en su letra c) el tratamiento de datos como aquellas *“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”*.

Por tanto, la garantía del derecho a la protección de datos conferida por la normativa de referencia requiere que exista una actuación que constituya un tratamiento de datos personales en el sentido expresado.

De acuerdo con aquella definición de tratamiento de datos personales, la incorporación de datos personales a un listado o censo se considera un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada, en la medida en que dicho tratamiento se efectúa sobre información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, por lo que debe concluirse la plena aplicabilidad de los principios y garantías expuestos en la normativa de protección de datos de carácter personal.

Por tanto, el denunciado realizó un tratamiento con los datos personales de la afectada, que registró en soporte físico puesto que los incorporó en un sobre postal y los completó con el censo electoral.

III

Los hechos expuestos podrían suponer la comisión, por parte del mismo, de una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, que establece lo siguiente: *“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”*.

Por su parte, el apartado 2 del mencionado artículo contiene una serie de excepciones a la regla general contenida en aquel apartado 1, estableciendo que: *“No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”*.

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 7 primer párrafo) *“...*

consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)".

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

Por otra parte, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste. A este respecto, la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 31/05/2006 señaló lo siguiente: *"Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la ley"*.

IV

La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, establece el momento en que los representantes de las candidaturas obtienen el censo electoral. El artículo 41.5 establece:

"Los representantes de cada candidatura podrán obtener dentro de los dos días siguientes a la proclamación de su candidatura una copia del censo del distrito correspondiente, ordenado por mesas, en soporte apto para su tratamiento informático, que podrá ser utilizado exclusivamente para los fines previstos en la presente Ley. Alternativamente los representantes generales podrán obtener en las mismas condiciones una copia del censo vigente de los distritos donde su partido, federación o coalición presente candidaturas. Asimismo, las Juntas Electorales de Zona dispondrán de una copia del censo electoral utilizable, correspondiente a su ámbito."

La proclamación de candidaturas a las últimas elecciones municipales tuvo lugar el día 27 de abril de 2015; por ello el censo pudo obtenerse el día 29 de abril de 2015, es decir, nueve días después de remitir la invitación a la cena fría por parte de Alternativa dos vecinos.

En el presente caso, consta acreditado que el denunciado es responsable de haber tratado los datos personales de la denunciante con la finalidad de enviarle una invitación. Este hecho constituye un tratamiento de datos de carácter personal que exige disponer del consentimiento inequívoco de los afectados, correspondiendo al denunciado acreditar esta circunstancia. Sin embargo, el denunciado no ha acreditado

que hubiese obtenido el preceptivo consentimiento para ello.

Por tanto, el denunciado realizó un tratamiento de los datos personales de la afectada, sin estar habilitado para ello y sin que concurra ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD, de modo que se considera infringido el citado 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”.

V

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.”

Concretamente, por lo que ahora interesa, el artículo 6 de la LOPD recoge el citado principio que exige la necesidad de consentimiento de los afectados para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, salvo en los casos a que se refiere su apartado 2.

La conducta del denunciado vulnera el citado principio, toda vez que ha quedado acreditado el tratamiento de los datos personales de la denunciante al enviarle una carta a su domicilio particular sin su consentimiento. Por tanto, el denunciado, que interviene en los hechos como responsable del tratamiento, realizado a su propia iniciativa, ha incurrido en la infracción descrita ya que ha vulnerado el citado principio, consagrado en el artículo 6.1 de la LOPD, por tratar los datos de los afectados sin consentimiento, que encuentran su tipificación en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

VI

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”.

Trasladando las consideraciones expuestas al supuesto que nos ocupa, se observa que la infracción de la LOPD de la que se responsabiliza al denunciado es una infracción “grave”; que el mismo no ha sido sancionado o apercibido por este organismo en ninguna ocasión anterior. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la imputada teniendo en cuenta que no consta vinculación de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad, el volumen de datos afectado por la presunta infracción, la ausencia de intencionalidad y la ausencia de reincidencia.

Todo ello, justifica que la AEPD no haya acordado la apertura de un procedimiento sancionador y que opte por aplicar el artículo 45.6 de la LOPD.

Ahora bien, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que sobre el apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD y a propósito de su naturaleza

jurídica advierte que *“no constituye una sanción”* y que se trata de *“medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción”* que *sustituyen* a la sanción. La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la AEPD una *“potestad”* diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella, y considerando que el objeto del apercibimiento es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando éstas ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

Como se ha señalado, en el asunto analizado, consta que los datos personales objeto de la denuncia han sido destruidos. Por tanto, a la vista del pronunciamiento recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) referente a los supuestos en los que **el denunciado ha adoptado las medidas correctoras oportunas**, de acuerdo con lo señalado **se debe proceder al archivo de las actuaciones**.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00240/2015** seguido contra ALTERNATIVA DOS VECIÑOS, 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.

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 este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo AALTERNATIVA DOS VECIÑOS.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Doña **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