



Procedimiento N°: A/00258/2013

RESOLUCIÓN: R/03008/2013

En el procedimiento A/00258/2013, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad S&P TECNIASISTENCIA, S.L., vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.**, y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 22 de diciembre de 2012, tuvo entrada en esta Agencia un escrito remitido por Don **A.A.A.**, en el que declara en la páginas web que se relacionan a continuación, se recaban y tratan datos personales sin que se identifique ni el responsable del fichero ni se informe sobre los derechos que asisten a los afectados en relación al acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento de sus datos personales.

Las páginas web referidas son:

<http://www.asistenciatecnica.com.es>

<http://electrodomesticos.reparacionesgarantizadas.es>

<http://www.reparacionelectrodomesticos24h.com>

<http://electrodomesticos.reparacioneseconomicas.es>

<http://www.reparaciondeaverias.com>

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 extremos siguientes:

En relación a las páginas web siguientes:

Las páginas web <http://electrodomesticos.reparacionesgarantizadas.es/> y <http://www.reparaciondeaverias.com> pertenecen a la empresa **S&P TECNIASISTENCIA, S.L.**

Las páginas web <http://www.reparacionelectrodomesticos24h.com> y <http://electrodomesticos.reparacioneseconomicas.es/> pertenecen a la empresa **OSL PUNTO Y NUMERO CERO, S.L.**

1.1. Ambas empresas pertenecen a los mismos propietarios y operan conjuntamente en las mismas instalaciones con los mismos empleados. De la inspección realizada conjuntamente a ambas empresas se averiguó lo siguiente:

1.1.1. Ambas sociedades se dedican a la prestación de servicio de reparaciones de electrodomésticos de diferentes marcas y de averías e instalaciones para el hogar: cerrajería, fontanería, electricidad, persianas, etc

1.1.2. Para publicitar el servicio anterior, ambas sociedades han creado las mencionadas páginas web en las que por un lado se ofrecen los mencionados servicios y por otro la posibilidad de solicitar información o servicios mediante la llamada a los teléfonos que se ofrecen o mediante el envío de un email desde la propia página web, para ello se ha establecido un formulario que recaba datos de nombre, dirección de correo electrónico, teléfono y mensaje.

1.1.3. Los datos recabados tanto telefónicamente como a través de los email recibidos forman un fichero que es utilizado por ambas entidades exclusivamente para la prestación de los servicios solicitados incluyendo la facturación de los mismos.

1.1.4. La representante de ambas entidades manifiesta que no disponen de política de privacidad en las páginas web por desconocimiento, añadiendo que van a proceder a incorporarla a dichas páginas así como al servicio de atención telefónica.

1.1.5. Los inspectores constatan que en las dependencias compartidas por ambas sociedades existe un *call center* constituido por diversas personas dedicadas a la atención telefónica que recaban los datos de los clientes en fichas en papel.

1.1.6. Los inspectores solicitan y obtienen acceso al buzón de correo electrónico, siendo informados de que la entidad dispone de 12 cuentas de correo electrónicos relativos a diferentes páginas web en las que ambas sociedades ofrecen sus servicios remitidos por los clientes. Se selecciona uno de los buzones y se constata la recogida de correos electrónicos remitidos por clientes solicitando información y servicios.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Consta que, en fecha 22 de diciembre de 2012, tiene entrada en esta Agencia un escrito remitido por Don **A.A.A.**, en el que declara en la páginas web que se relacionan a continuación, se recaban y tratan datos personales sin que se identifique ni el responsable del fichero ni se informe sobre los derechos que asisten a los afectados en relación al acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento de sus datos personales.



SEGUNDO: Consta que dos de las páginas web a las que se refiere la denuncia son:
<http://electrodomesticos.reparacionesgarantizadas.es/>
<http://www.reparaciondeaverias.com>.

TERCERO: Se ha constatado que se trata de dos página web donde se ofrecen servicios de reparación de electrodomésticos. Para publicitar ese servicio, S&P TECNIASISTENCIA, S.L. y OSL PUNTO Y NUMERO CERO, S.L. han creado las mencionadas páginas web en las que por un lado se ofrecen los mencionados servicios y por otro la posibilidad de solicitar información o servicios mediante la llamada a los teléfonos que se ofrecen o mediante el envío de un email desde la propia página web, para ello se ha establecido un formulario que recaba datos de nombre, dirección de correo electrónico, teléfono y mensaje.

CUARTO: Los datos recabados tanto telefónicamente como a través de los email recibidos forman un fichero que es utilizado por ambas entidades exclusivamente para la prestación de los servicios solicitados incluyendo la facturación de los mismos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento el Director 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

Se imputa a la entidad denunciada S&P TECNIASISTENCIA, S.L. una infracción del art. 5 de la LOPD, en el que se establece lo siguiente:

“1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.*
- b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.*
- c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.*
- d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación,*

cancelación y oposición.

- e) *De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante (...)*

2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior."

La obligación que impone el art. 5 es, por tanto, la de informar al afectado en la recogida de datos, pues solo así queda garantizado el derecho del afectado a tener una apropiada información y a consentir o no el tratamiento, en función de aquella.

Así, de acuerdo con lo establecido en el art. 5 transcrito, la entidad S&P TECNIASISTENCIA, S.L. debe dar a sus clientes la información prevista en el art. 5.1 de la LOPD, y debe suministrarse a los clientes previamente a la solicitud de sus datos personales, y deberá ser expresa, precisa e inequívoca.

La ley ha querido imponer una formalidad específica en la recogida de datos a través de cuestionarios u otros impresos que garantice el derecho a la información de los afectados. A tal efecto, impone la obligación de que la información figure en los propios cuestionarios e impresos y la refuerza exigiendo que conste de forma claramente legible.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, que delimita el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, se ha pronunciado sobre la vinculación entre el consentimiento y la finalidad para el tratamiento de los datos personales, en los siguientes términos: *"el derecho a consentir la recogida y el tratamiento de los datos personales (art. 6 LOPD) no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros, pues constituye una facultad específica que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos. Y, por tanto, la cesión de los mismos a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aún cuando puedan ser compatibles con éstos (art. 4.2 LOPD), supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado. Una facultad que solo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por ley, pues el derecho fundamental a la protección de datos personales no admite otros límites. De otro lado, es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de éstos, pues sólo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos concreta. Pues en otro caso sería fácil al responsable del fichero soslayar el consentimiento del interesado mediante la genérica información de que sus datos pueden ser cedidos. De suerte que, sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia".*

La LOPD recoge las garantías precisas para el tratamiento de los datos personales en lo relativo a los requisitos del consentimiento, de la información previa a este, y de las finalidades para las que los datos pueden ser recabados y tratados.

La citada Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, al delimitar el

contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, ha considerado el derecho de información como un elemento indispensable del derecho fundamental a la protección de datos al declarar que *“...el contenido del derecho fundamental a la protección de datos 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. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.*

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional 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. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele”.

III

La manera en la que debe recabarse el consentimiento viene recogida en el art. 15 del RD 1720/2007, que establece:

“Artículo 15. Solicitud del consentimiento en el marco de una relación contractual para fines no relacionados directamente con la misma.

Si el responsable del tratamiento solicitase el consentimiento del afectado durante el proceso de formación de un contrato para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos.

En particular, se entenderá cumplido tal deber cuando se permita al afectado la marcación de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se le entregue para la celebración del contrato o se establezca un procedimiento equivalente que le permita manifestar su negativa al tratamiento.

Asimismo, el art. 45 del RD citado “Datos susceptibles de tratamiento e información al interesado” establece:

1. Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos,

publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, así como quienes realicen estas actividades con el fin de comercializar sus propios productos o servicios o los de terceros, sólo podrán utilizar nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos se encuentren en uno de los siguientes casos:

a) Figuren en alguna de las fuentes accesibles al público a las que se refiere la letra j) del artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y el artículo 7 de este reglamento y el interesado no haya manifestado su negativa u oposición a que sus datos sean objeto de tratamiento para las actividades descritas en este apartado.

b) Hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento para finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial, habiéndose informado a los interesados sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad.”

En el caso que nos ocupa se ha podido comprobar que la entidad denunciada S&P TECNIASISTENCIA, S.L. incumple lo dispuesto en el art. 5.1 LOPD en relación con el art. 15 y 45 del RD 1720/2007, en la medida en que se ha podido comprobar que carecen de cláusula informativa en su página web y tampoco informan al recabar los datos telefónicamente, accediendo a los datos no solo la empresa que los recaba sino que también se facilitan a OSL PUNTO Y NUMERO CERO, S.L.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 30 de enero de 2013, al señalar la misma que: “*no basta con informar en el catalogo de la posibilidad de recibir publicidad, sino que hay que informar y dar la posibilidad de que el afectado pueda mostrar su negativa al tratamiento de sus datos con dicha finalidad, como así lo exige el art. 15 del RD 1720/2007, en relación con el deber de información en la recogida de datos regulado en el citado art. 5.1 LOPD.*

Y en el caso de autos no se ha informado y dado la posibilidad al afectado de mostrar su negativa al tratamiento de sus datos personales con esos fines que no guardan relación directa con la relación contractual, ni en el momento de realizar el pedido telefónicamente, ni tampoco cuando se recibe el pedido en el domicilio en el talón de venta que tiene que ser firmado por el destinatario de la mercancía, como así hizo el denunciante.”

Asimismo, en esta sentencia se prosigue señalando “*la resolución impugnada considera que no se especifican las finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial y no se informa sobre los sectores específicos y concretos sobre los que podrá recibir información o publicidad comercial, vulnerando lo dispuesto en el art. 45 del Reglamento de desarrollo de la LOPD.”*

No obstante, la sentencia señala que “*para cumplir con el citado deber de información no es necesario que se reseñen los variados sectores o actividades a que se dedican (...), sino que bastará con la remisión a una página web.”*

Por tanto, en este caso concreto en el que no existe cláusula informativa ni se informa cuando se obtienen los datos telefónicamente, se produce una vulneración del

art. 5 LOPD, en relación con el art. 15 del RD 1720/2007. Asimismo, y de acuerdo con la sentencia, es necesario que informen, en algún momento, los sectores a los que se dedican las empresas a las que puedan cederse los datos, para que los clientes tengan la posibilidad de conocer a que sectores pueden ceder sus datos, teniendo en cuenta que esta actuación supone una vulneración del art. 5 de la LOPD, en relación con el 45 del RD 1720/2007.

IV

El artículo 44.2.c) de la Ley Orgánica 15/1999 considera infracción leve: *“el incumplimiento del deber de información al afectado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando los datos sean recabados del propio interesado.”*

En este caso, la entidad denunciada ha recabado datos personales sin facilitar a sus titulares la información que señala el artículo 5 de la LOPD, por lo que debe considerarse que ha incurrido en la infracción leve descrita.

V

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.

De acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00257/2013)

A **S&P TECNIASISTENCIA, S.L.** 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, con relación a la denuncia por infracción del artículo **5.1** de la LOPD, tipificada como **leve** en el artículo **44.2.c)** de la citada Ley Orgánica.

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 el Director 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 **S&P TECNIASISTENCIA, S.L.** 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 **5** de la LOPD.

En concreto se insta al denunciado a que incluya en su página web una cláusula informativa en la que consten todos los apartados indicados en el artículo 5.1 de la LOPD e informe cuando se obtengan los datos telefónicamente; asimismo deberá concretar las cesiones previstas, la entidad a la que se cederán y la finalidad de la misma.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando la cláusula informativa incluida en su página web.

Se le advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, para cuya comprobación se abre el expediente de investigación **E/7863/2013**, 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 **S&P TECNIASISTENCIA, S.L.**

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

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos