



Procedimiento N°: A/00269/2015

RESOLUCIÓN: R/00746/2016

En el procedimiento A/00269/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **ECO INGENIERIA ASISTENCIA TECNICA S.L.**, vista la denuncia presentada por D, **B.B.B.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 29 de octubre de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **B.B.B.** en el que declara lo siguiente:

Con fecha 16-04-14 recibió un envío publicitario de ECO INGENIERÍA Y SERVICIOS TÉCNICOS, S.L. que adjunta a la denuncia, por correo postal dirigido a su dirección, indicando que dicha información no figura ni en el buzón exterior de su domicilio ni en ninguna fuente de acceso público, y está excluida del repertorio de abonados a servicios telefónicos.

Añade que ECO INGENIERÍA Y SERVICIOS TÉCNICOS, S.L. es una empresa totalmente desconocida para él y con la que no le une ni ha unido relación alguna, por lo que difícilmente le ha podido facilitar su consentimiento inequívoco para el tratamiento de sus datos personales.

Ni en el sobre ni en ninguno de los componentes del envío (una carta, un folleto y una tarjeta de visita adhesiva, todos ellos adjuntos) figuraba indicación alguna sobre el origen de los datos utilizados, ni la forma de poder ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición al tratamiento de los mismos.

Junto a la denuncia aporta la siguiente documentación:

Copia de su DNI.

Copia del envío postal con matasellos de fecha 14.4.2014 que lleva por destinatario **C.C.C.**, CL. **A.A.A.** y por remitente ECO INGENIERIA Y SERVICIOS TECNICOS SL, CALEFACCIÓN – (C/.....1), CIF B*****. El sobre contiene tres documentos sin que en ninguno de ellos se incluya información relativa al origen de los datos personales utilizados para la confección de la publicidad:

- o Una carta de presentación de la citada entidad dedicada al mantenimiento e instalaciones de calderas de gas y gasóleo
- o Una pegatina de las de adjuntar a la caldera con el teléfono para reparaciones.

- o Un folleto con información de precios de calderas.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia, se efectuó visita de inspección a la entidad denunciada, teniendo conocimiento de los siguientes extremos conforme al informe de actuaciones previas de inspección E/00998/2015, que se transcribe:

“ACTUACIONES PREVIAS

1. *Con fecha de 29/5/2015 se realiza una inspección al domicilio social de ECO INGENIERIA Y SERVICIOS TECNICOS SL, sito en la (C/.....1) del municipio de ***MUNICIPIO.1 donde los inspectores son informados que dicha empresa abandonó el citado local a primeros de 2014 sin que los actuales usuarios de dicho local dispongan de ningún dato de contacto válido de ECO INGENIERIA Y SERVICIOS TECNICOS SL.*
2. *Con posterioridad a la inspección anterior no se encuentra en Internet ningún dato nuevo asociado a la entidad ECO INGENIERIA Y SERVICIOS TECNICOS SL ni está a modificado su domicilio social en el Registro Mercantil, donde sigue figurando el domicilio ya citado de ***MUNICIPIO.1.”*

TERCERO: Con fecha 14 de octubre 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/00269/2015. Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado, sin que éste último efectuara alegaciones.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha de 29 de octubre de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **B.B.B.** en el que declara lo siguiente:

Con fecha 16-04-14 recibió un envío publicitario de ECO INGENIERÍA Y SERVICIOS TÉCNICOS, S.L. que adjunta a la denuncia, por correo postal dirigido a su dirección, indicando que dicha información no figura ni en el buzón exterior de su domicilio ni en ninguna fuente de acceso público, y está excluida del repertorio de abonados a servicios telefónicos.

SEGUNDO: Consta en el expediente un envío postal con matasellos de fecha 14.4.2014 que lleva por destinatario **C.C.C.**, CL. **A.A.A.** y por remitente ECO INGENIERIA Y SERVICIOS TECNICOS SL, CALEFACCIÓN – (C/.....1), CIF B*****. El sobre contiene tres documentos sin que en ninguno de ellos se incluya información relativa al origen de los datos personales utilizados para la confección de la publicidad:

- o Una carta de presentación de la citada entidad dedicada al mantenimiento e instalaciones de calderas de gas y gasóleo
- o Una pegatina de las de adjuntar a la caldera con el teléfono para reparaciones.

TERCERO: ECO INGENIERÍA Y SERVICIOS TÉCNICOS, 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 ECO INGENIERÍA Y SERVICIOS TÉCNICOS, 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 14/04/2014 que lleva por destinatario al denunciante D. **C.C.C.**, CL. **A.A.A.** y por remitente ECO INGENIERIA Y SERVICIOS TECNICOS SL, CALEFACCIÓN – (C/.....1), CIF B*****. El sobre contiene tres documentos de contenido publicitario sin que en ninguno de ellos se incluya información relativa al origen de los datos personales utilizados para la confección de la publicidad. ECO INGENIERIA Y SERVICIOS TECNICOS 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 ECO INGENIERIA Y SERVICIOS TECNICOS 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 el denunciado 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 6.1 de la LOPD.

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 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”.

A este respecto, procede considerar lo establecido en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD, que establece lo siguiente:

“4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

- a) El carácter continuado de la infracción.*
- b) El volumen de los tratamientos efectuados.*
- c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.*
- d) El volumen de negocio o actividad del infractor.*
- e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
- f) El grado de intencionalidad.*
- g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.*
- h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.*
- i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.*
- j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.*

5. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.*
- b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.*
- c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.*
- d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*
- e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente”.*

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 denunciado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del mismo con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, el grado de intencionalidad y la falta de acreditación de la obtención de beneficios por su parte como consecuencia de la comisión de la infracción

Por otra parte, procede requerir al denunciado la adopción de medidas que impidan que en el futuro pueda producirse de nuevo una infracción de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la LOPD, cesando en el uso de datos personales del denunciante.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00269/2015) a ECO INGENIERIA Y SERVICIOS TECNICOS S.L. con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, en relación con la denuncia por infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica, y de conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 37.a), f) y n) de la LOPD, que atribuye la competencia **a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.**

2.- REQUERIR a ECO INGENIERIA Y SERVICIOS TECNICOS 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 6.1 de la LOPD. En concreto se insta al denunciado a adoptar medidas que eviten el tratamiento de los datos personales del denunciante.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido en el apartado anterior, aportando aquellos documentos en los que se ponga de manifiesto dicho cumplimiento.

Se le advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, para cuya comprobación se abre el expediente de investigación **E/1784/2015**, 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 **ECO INGENIERIA Y SERVICIOS TECNICOS S.L.**

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