

Procedimiento N°: A/00276/2018

RESOLUCIÓN: R/01776/2018

En el procedimiento A/00276/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **CONSULTING INMOBILIARIO VAGUADA, S.L.**, vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 28 de marzo de 2018, tiene entrada en esta Agencia una denuncia presentada por D. **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante), manifestando que el día 19 de marzo 2018 una agencia de TECNOCASA, situada en el Barrio del Pilar de Madrid, le remitió un envío postal publicitario a una dirección de Barcelona en la que no vive desde diciembre del 2013. El denunciante indica que, aunque tiene un piso en el mencionado barrio de Madrid, nunca ha acudido a TECNOCASA ni les ha proporcionado su dirección.

El denunciante, aporta la siguiente documentación:

Fotocopia de un escrito publicitario en el que "**B.B.B.**, asesor de la inmobiliaria Tecnocasa Zona Norte" ofrece los servicios de venta o alquiler de propiedades prestados por dicha agencia, ubicada en la ***DIRECCION.1.

En el encabezamiento del folleto postal junto al logotipo de TECNOCASA, FRANCHISING NETWORK figuran los siguientes datos:

CONSULTING INMOBILIARIO VAGUADA, S.L.

***DIRECCION.1

Tno: ***TELEFONO.1 - *****TELEFONO.2**- *****TELEFONO.3**,

Mail: *****EMAIL.1**

Fotocopia de una tarjeta con los datos de contacto del asesor inmobiliario **B.B.B.**, con teléfono *****TELEFONO.2**, encabezada por el logotipo de TECNOCASA, FRANCHISING NETWORK y el dato correspondiente al dominio *****DOMINIO.1**. Asimismo, aparece la siguiente información:

Franquiciado. Consulting Inmobiliario Vaguada SL

***DIRECCION.1

Tel. ***TELEFONO.1

*****EMAIL.1**

Fotocopia de la información recogida en el anverso del sobre en el que, con fecha 16/03/2018, se remitió el citado folleto postal a través del Servicio de

Correos al denunciante, cuyo nombre y apellidos aparecen manuscritos junto al siguiente domicilio postal: ***DIRECCION.2

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:

2.1 Con fecha 30 de abril de 2018 se constata que los datos del denunciante no están registrados en "Paginas Blancas.es"

2.2 Con fecha de registro de entrada en esta Agencia de 18 de octubre de 2018, CONSULTING INMOBILIARIO VAGUADA, S.L., en adelante CIV, contestó el requerimiento de información efectuado desde la Inspección de Datos de esta Agencia indicando que:

- Tras recibir una llamada telefónica del denunciante en marzo de 2018 se procedió a la destrucción de los ficheros relativos a este cliente, por lo que a la recepción del requerimiento de la Agencia Española de Protección de Datos ya no disponían de información relativa al mismo.

- El origen de los datos relativos a dicha persona se remonta al contacto establecido en octubre del 2.014 por el propio denunciante con CIV con la finalidad de que esa entidad le orientase en una posible venta o arrendamiento de su propiedad situada en Madrid.

- Que con motivo de la residencia del denunciante en la ciudad de Barcelona, éste mismo les comunicó su domicilio postal y su teléfono de contacto para ser informado del valor de su propiedad en Madrid, ya que esta propiedad no se encontraba habitada en ese momento y era su intención la venta o alquiler de la misma, motivo por el cual la empresa ha informado periódicamente al denunciante de las transacciones realizadas en la zona, del número de potenciales compradores o inquilinos y de los números de su oficina en la zona, por si era su intención seguir adelante con la Operación de venta o arrendamiento de esta propiedad con su empresa.

2.3 Dicha entidad, en adelante, la denunciada, no ha aportado ningún elemento de prueba acreditativo de tales manifestaciones.

TERCERO: Consultada el 12 de noviembre de 2018 la aplicación de la AEPD que gestiona la consulta de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, se verifica que a la entidad CONSULTING INMOBILIARIO VAGUADA, S.L., en adelante CIV, no le constan registros previos.

CUARTO: Con fecha 19 de noviembre 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/00276/2018, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, con relación a la denuncia por infracción de su artículo 6.1, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

El mencionado trámite de audiencia fue notificado con fecha 20 de noviembre de 2018 a través del Servicio de Notificaciones Electrónicas y Dirección Electrónica Habilitada.



QUINTO: Con fecha 28 de noviembre de 2018 se recibe en esta Agencia escrito de alegaciones en el que CIV, en síntesis, expone que no ha existido intencionalidad en su conducta ni ha obtenido beneficio económico alguno a raíz de la misma, habiéndose visto afectados tan sólo los datos del denunciante, cuya conducta, a juicio de CIV, ha podido inducir a la comisión de la infracción al solicitar, cuando residía en Barcelona, el asesoramiento comercial de la inmobiliaria, dando lugar al envío periódico de información al denunciante relacionada con la consulta.

Alega también la denunciada que la situación se ha solucionado en forma diligente, ya que tras recibir la llamada telefónica del denunciante en marzo de 2018 se procedió a la destrucción inmediata de los ficheros relativos a dicho cliente. Asimismo, se indica que se ha procedido a solicitar el consentimiento expreso de los clientes de la entidad para el tratamiento de sus datos personales.

Asimismo, solicita la aplicación de lo previsto en el artículo 45.6 por cumplirse los requisitos recogidos en dicho precepto.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: La entidad CONSULTING INMOBILIARIO VAGUADA, S.L. remitió en marzo de 2018, un envío postal publicitario a Don **A.A.A.** dirigido a la ***DIRECCION.2, en el que le ofertaba los servicios inmobiliarios de venta y alquiler de propiedades en la zona norte de Madrid.

SEGUNDO: El denunciante ha aportado copia de la siguiente documentación:

Escrito publicitario en el que “**B.B.B.**, asesor de la inmobiliaria Tecnocasa Zona Norte” ofrece los servicios de venta o alquiler de propiedades prestados por dicha agencia, ubicada en la ***DIRECCION.1. En el encabezamiento del folleto postal junto al logotipo de TECNOCASA, FRANCHISING NETWORK figuran los datos de contacto de CONSULTING INMOBILIARIO VAGUADA, S.L. .

Una tarjeta con los datos de contacto de contacto del asesor inmobiliario **B.B.B. GUERRERO**, encabezada por el logotipo de TECNOCASA, FRANCHISING NETWORK y donde, entre otra, aparece la siguiente información: Franquiciado. Consulting Inmobiliario Vaguada SL.

Fotocopia del anverso de un sobre en el que consta estampado un sello del Servicio Postal de Correos de fecha 16/03/2018 y constan como datos del destinatario del envío el nombre y apellidos del denunciante y el domicilio de Barcelona señalado en el Hecho Probado Primero anterior.

TERCERO: CONSULTING INMOBILIARIO VAGUADA, S.L. ha manifestado haber adoptado una serie de medidas para evitar continuar tratando los datos del denunciante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En el presente supuesto resulta de aplicación lo previsto en el apartado 2 de la “Disposición transitoria primera. Régimen transitorio de los procedimientos” del Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, ya que al entrar en vigor el mencionado Real Decreto-ley ya se habían iniciado las actuaciones previas a las que se refiere la Sección 2ª del Capítulo III del Título IX del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

En consecuencia, 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 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (en lo sucesivo, LOPD).

II

Los hechos expuestos podrían suponer la comisión por parte de CIV de una infracción al principio del consentimiento recogido en el artículo 6 de la LOPD, que dispone:

“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”.

Dicho principio conlleva la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, el consentimiento permite así al afectado ejercer el control sobre sus datos de carácter personal (la autodeterminación informativa).

Se trata de una garantía fundamental que solo encuentra como excepciones a ese consentimiento del afectado, las establecidas en una ley, recogiendo en el apartado 2 del citado artículo 6 LOPD una serie de excepciones a la prestación del citado consentimiento:

“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”.

Son pues elementos consustanciales al derecho fundamental a la protección de datos personales, la facultad que tiene el afectado de consentir en la recogida y tratamiento de sus datos personales y el conocimiento de la finalidad y del uso posterior que se va a dar a sus datos, así como de la identidad del que realiza el

tratamiento.

Por lo cual, el responsable del tratamiento debe estar en disposición de probar que cuenta con el consentimiento del interesado para tratar sus datos personales, y, por lo tanto, asegurarse de que dicho consentimiento no ha sido revocado, o, en su caso, acreditar que se produce alguna de las excepciones al consentimiento previstas en el artículo 6.2 de la LOPD.

III

De las actuaciones practicadas y documentación obrante en el procedimiento, ha quedado probado que CIV trató los datos identificativos y señas de un antiguo domicilio del denunciante en Barcelona para remitirle una comunicación postal ofreciéndole los servicios inmobiliarios de venta y alquiler de propiedades en la zona norte de Madrid, donde, a su vez, el denunciante tiene una vivienda.

La citada empresa pretende exonerar su responsabilidad aduciendo que fue el propio denunciante quien, cuando residía en Barcelona, facilitó en octubre de 2014 a la inmobiliaria los datos tratados para ser asesorado sobre una posible venta o arrendamiento de una propiedad que tenía en Madrid, dando lugar con ello al envío periódico de información al denunciante relacionada con la consulta efectuada. Sin embargo, dicha entidad no ha acreditado por ningún medio de prueba tales manifestaciones relativas al origen de la información de carácter personal del denunciante tratada, ni tampoco ha probado la obtención del consentimiento inequívoco del mismo para poder usar sus datos personales para remitirle publicidad de sus servicios.

En consecuencia, no consta probado en el procedimiento que el denunciante otorgará a CIV su consentimiento inequívoco para la realización tratamiento publicitario denunciado. Igualmente, la citada empresa no ha justificado que el tratamiento analizado estuviera amparado por una norma legal, conforme contempla el apartado 1 del artículo 6 de la LOPD, o respondiera a alguna de las excepciones recogidas en el apartado 2 del artículo 6 de la LOPD que lo hubieran eximido de dicho requisito del consentimiento.

En el presente caso, ha quedado acreditado que CIV no mostró la diligencia que le resultaba exigible para asegurarse de que contaba con el consentimiento del afectado para tratar sus datos con la finalidad descrita. Por tanto, realizó un tratamiento de los datos personales del denunciante sin el consentimiento del mismo, vulnerando lo dispuesto en el artículo 6.1 de la LOPD.

IV

El artículo 44.3.b) de la LOPD califica como 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.”*

En este caso, de acuerdo con lo expuesto, CIV ha incurrido, a título de culpa, en la infracción descrita al vulnerar el principio del consentimiento citado, consagrado en el artículo 6.1 de la LOPD, puesto que no ha acreditado disponer del consentimiento inequívoco del denunciante para tratar sus datos personales para

remitirle una comunicación postal publicitaria, conducta que encuentra su tipificación en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica,

V

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:

“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 artículo 45.6 de la LOPD. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado por la concurrencia de varios criterios de los enunciados en el artículo 45.4 de la LOPD, concretamente, que la citada entidad no tiene como actividad principal el tratamiento de datos de carácter personal, el volumen de tratamientos al que afectan los hechos denunciados limitado en este caso a los del denunciante y la falta de constancia de beneficios como consecuencia de la infracción. Todo ello, justifica que la AEPD no acuerde 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 cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando no se requieran medidas correctoras, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

En este caso, la entidad denunciada ha informado sobre la adopción de una serie de medidas tendentes a subsanar la situación denunciada, que se concretan, según señala, en la cancelación de los datos del denunciante en sus ficheros en marzo de 2018 y en la solicitud del consentimiento expreso de los clientes de la entidad para el tratamiento de sus datos personales.

Por lo que, atendida la naturaleza de la infracción y vistas las medidas que la entidad responsable de la misma ha comunicado haber adoptado, debe procederse en consecuencia, a resolver el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, en aplicación de la interpretación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

Sin perjuicio de lo cual, se recuerda a dicho responsable la obligación que le resulta exigible desde el 25 de mayo de 2018, fecha en que entró en vigor el Reglamento General de Protección de Datos, Reglamento (UE) 2016/679, de adecuar su conducta en esta materia a las exigencias previstas en dicha norma.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR (A/0276/2018) las actuaciones practicadas a la entidad **CONSULTING INMOBILIARIO VAGUADA, 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 6.1 de la LOPD.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a la entidad **CONSULTING INMOBILIARIO VAGUADA, S.L.** .

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa según lo preceptuado por el art. 114.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de conformidad con lo establecido en los arts. 112 y 123 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, 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 de la referida Ley.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos