



Procedimiento N°: A/00306/2015

RESOLUCIÓN: R/00015/2016

En el procedimiento A/00306/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad LA ELITE DE LA DEHESA, S.L, vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.**, y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 18 de marzo de 2015, tuvo entrada en esta Agencia un escrito remitido por Don **A.A.A.**, en el que declara que contrató una prestación de servicios informáticos con la empresa WEBSOFT y posteriormente recibió un correo de la empresa de jamones La Élite de la Dehesa, con la que no tiene relación. Piensa que ha habido una cesión de datos de la primera empresa WEBSOFT a La Élite de la Dehesa. Aporta copia del correo recibido de@laelitedeladehesa.com a su correo@gmail.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 siguientes extremos:

Con fecha 19 de mayo de 2015, se solicitó información a la empresa La Elite de la Dehesa, S.L., acompañando copia del correo citado en los antecedentes y de la información recibida a dicha solicitud se desprende lo siguiente:

1. La empresa se dedica a la comercialización de embutidos y productos ibéricos. Utilizan las tecnologías para facilitar el contacto con los clientes y para que puedan hacer pedidos a través de la web. Los clientes pueden registrarse a través de la web o dar una dirección de correo para que le envíen sus claves para entrar en la zona de clientes de la web.
2. Los únicos datos que tienen de Don **A.A.A.** es su correo electrónico.
3. El origen de esta dirección de correo es la persona a la que se dirige, que nos lo facilitó en la tienda para enviarle la clave y poder comprar por internet y beneficiarse de los descuentos que se obtienen. El correo remitido no es publicitario, como los que ellos envían con todos los productos, solo le remiten la clave y contraseña, en respuesta a su solicitud.
4. Añaden que el correo electrónico aparece en la página web del Consejo General de Procuradores de España, tal y como se comprueba en el documento aportado. En dicho documento se observa que consta la siguiente información:

A.A.A., colegiado en el Ilustre Colegio de Procuradores de Cáceres, número de colegiado, teléfono móvil, dirección y en el apartado correo electrónico consta

.....@gmail.com además de otra dirección.

5. Manifiestan que el correo electrónico es un dato obtenido de fuentes accesibles al público, es decir de una lista de personas pertenecientes a grupos de profesionales y por tanto no necesitan del consentimiento.

TERCERO: Con fecha 26 de agosto de 2015, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos resolvió el archivo de las actuaciones previas de investigación realizadas al entender que los datos de carácter personal objeto de tratamiento provenían de fuentes de acceso público, ya que sus datos se encuentran en el listado del Consejo General de Procuradores de España.

CUARTO: En fecha 24 de septiembre de 2015, se recibió recurso de reposición remitido por Don **A.A.A.**, fundamentándolo básicamente, en que si bien su nombre, apellidos y correo electrónico sí se encuentran en fuentes de acceso público, no es así con su DNI. La única forma de acceder a ese dato es que se lo haya cedido Websot, S.L., que se lo facilitó el día 5 de julio de 2012, a la entidad denunciada, ya que los administradores de las dos empresas están casados.

QUINTO: Con fecha 3 de noviembre de 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

SEXTO: Con tal motivo, se concedió al denunciado plazo para formular alegaciones, recibándose escrito en el que expone que la Directora de la Agencia ya resolvió archivar la denuncia presentada por Don **A.A.A.** por la utilización de su correo electrónico sin consentimiento. El denunciante interpuso recurso de reposición refiriéndose al número de su DNI que no estaba en una fuente de acceso público. La entidad Websoft, S.L. envía una felicitación de Navidad a sus clientes y sortea productos ibéricos de la Élite de la Dehesa. En la felicitación (acompañan una plantilla de la misma) Websoft anuncia una promoción del 15% entre los clientes que se registren en la zona privada de la Élite de la Dehesa, indicando que debe utilizar un código específico que le identificará como cliente de Websoft y con el que se aplicará el descuento anunciado. Una vez que el cliente entra en la página web y se registra con el código que se le facilita, puede cambiar sus datos de usuario y contraseña por otros de su preferencia. Ello permite afirmar que ha sido el propio denunciante quien ha cambiado sus datos una vez que ha realizado el registro.

HECHOS PROBADOS

1. Con fecha 2 de diciembre de 2013, el denunciante recibió el correo electrónico siguiente:

*"Hola **A.A.A.***

Hemos creado una cuenta de usuario para usted. Utilice la información siguiente para identificarse en nuestro sitio web.

*Dirección de correo: **B.B.B.***

*Su contraseña: **C.C.C.***

Puede acceder a nuestro sitio web desde aquí:

<http://laelitedeladehesa.....>

Fdo:..."

2. Don **A.A.A.**, declaró que contrató una prestación de servicios informáticos con la empresa WEBSOFT y posteriormente recibió un correo de la empresa de jamones La Élite de la Dehesa, con la que no tiene relación. Piensa que ha habido una cesión de datos de la primera empresa WEBSOFT a La Élite de la Dehesa. Aporta copia del correo recibido de@laelitedeladehesa.com a su correo@gmail.com.

3. La Élite de la Dehesa indicó que el origen de esta dirección de correo es la persona a la que se dirige, que lo facilitó en la tienda para enviarle la clave y poder comprar por internet y beneficiarse de los descuentos que se obtienen. Añadían que el correo electrónico aparece en la página web del Consejo General de Procuradores de España.

4. La Agencia Española de Protección de Datos archivó la denuncia ya que el dato del correo electrónico utilizado por la Élite de la Dehesa constaba en una fuente de acceso público.

5. El denunciante recurrió la Resolución de archivo alegando que si bien su nombre, apellidos y correo electrónico sí se encuentran en fuentes de acceso público, no es así con su DNI.

6. La entidad imputada ha indicado que Websoft, S.L. envía una felicitación de Navidad a sus clientes y sortea productos ibéricos de la Élite de la Dehesa. En la felicitación, Websoft anuncia una promoción del 15% entre los clientes que se registren en la zona privada de la Élite de la Dehesa, indicando que debe utilizar un código específico que le identificará como cliente de Websoft y con el que se aplicará el descuento anunciado. Una vez que el cliente entra en la página web y se registra con el código que se le facilita, puede cambiar sus datos de usuario y contraseña por otros de su preferencia. Ello permite afirmar que ha sido el propio denunciante quien ha cambiado sus datos una vez que ha realizado el registro.

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

El artículo 4.2 de la LOPD, que dispone lo siguiente:

“Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.”

El artículo 3.d) de la LOPD, define como responsable del fichero a la *“persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”*, en este caso en concreto la denunciada es responsable del tratamiento de los datos de la denunciante, que conoce por haber recibido como parte un procedimiento judicial y, según ha reconocido, fue ella misma quién publica estos datos en un tablón de anuncios público sin contar con el consentimiento de la titular de los mismos.

El principio de calidad que prohíbe utilizar datos para una finalidad incompatible o distinta de aquella para la que los mismos fueron recabados, se contiene en el Título II de la LOPD, como uno de los principios básicos de la protección de datos.

Asimismo, el apartado 2 del artículo 4 de la LOPD está muy relacionado con el consentimiento regulado en el artículo 6 de la Ley Orgánica mencionada, que ha acentuado las garantías precisas para el tratamiento de los datos personales en lo relativo a los requisitos del consentimiento, de la información previa a éste, y de las finalidades para las que los datos pueden ser recabados y tratados.

El artículo 6.1 de la LOPD dispone 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"*.

En el presente caso, consta acreditado que La Élite de la Dehesa es responsable del envío del correo electrónico denunciado, en el cual se creaba una cuenta de usuario para Don **A.A.A.** para identificarse en su sitio web. En dicho correo se incluía su DNI. En las alegaciones presentadas por el imputado señala que: *una vez que el cliente entra en la página web y se registra con el código que se le facilita, puede cambiar sus datos de usuario y contraseña por otros de su preferencia. Ello permite afirmar que ha sido el propio denunciante quien ha cambiado sus datos una vez que ha realizado el registro.*

No obstante, el correo denunciado, previo a la identificación del usuario en el sitio web ya incluía el número del DNI como "dirección de correo". En consecuencia, la Élite de la Dehesa ha utilizado un dato personal del denunciante sin poder acreditar el origen del mismo.

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.

Por tanto, el denunciado realizó un tratamiento de los datos personales del afectado sin su consentimiento, sin estar habilitado para ello y sin que concurra ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD. Ha quedado acreditado que la denunciante no prestó el necesario consentimiento previo para el tratamiento de los datos, y tampoco concurre ninguno de los supuestos exentos de prestar tal consentimiento, de modo que se considera infringido el citado artículo 6.1 de la LOPD.

Resulta, por tanto, evidente la existencia de, al menos, una falta de la diligencia debida en los hechos imputados plenamente imputable al denunciado.

En consecuencia, por todo lo que antecede se considera infringido el artículo 6.1 de la LOPD por parte del denunciado, que es responsable de dicha infracción.

III

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 por la que se sanciona al imputado vulnera el citado principio, toda vez que ha quedado acreditado el tratamiento de los datos personales del denunciante, al incluirlo en sus bases de datos y en el correo remitido 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.

IV

El artículo 45.6 de la LOPD, introducido a través de la reforma operada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dispone:

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 a la Élite de la Dehesa 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 su actividad con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad, el grado de intencionalidad apreciado y el volumen de tratamientos de datos personales afectados por la infracción.

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.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00306/2015) a la Élite de la Dehesa, 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 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) 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 la entidad la Élite de la Dehesa, 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 de la LOPD.

En concreto se insta al denunciado a adoptar, de manera efectiva, las medidas

necesarias para evitar el tratamiento de datos personales sin consentimiento, en concreto que mantenga constancia de la solicitud de envío de las cuentas de usuario para poder acreditar el consentimiento en el tratamiento de los datos personales.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando copia del modelo de solicitud de cuenta de usuario.

Se le advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, para cuya comprobación se abre el expediente de investigación **E/00038/2016**, 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 LA ELITE DE LA DEHESA, 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.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos