

Procedimiento N°: A/00413/2015

RESOLUCIÓN: R/01326/2016

En el procedimiento A/00413/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad CENTRO INFANTIL XXXX, CB, vista la denuncia presentada por Dña. **A.A.A.**, y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 17/02/2016, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que denuncia a la entidad CENTRO INFANTIL XXXX, CB (en lo sucesivo XXXX), con la que no mantiene relación alguna, por el envío a su línea de telefonía móvil **B.B.B.** de un SMS en fecha 01/01/2015 con el mensaje "*Centro Infantil XXXX les desea un Feliz año 2015!!! Gracias por confiar*". Añade que desconoce cómo ha conseguido sus datos personales y para que finalidad los mantiene.

Aporta una captura de pantalla del mensaje de texto recibido.

SEGUNDO: Con fecha 23/12/2015, 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 a la entidad XXXX a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por la presunta infracción del artículo 6 de dicha norma, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

TERCERO: Con tal motivo, se concedió a XXXX plazo para formular alegaciones, recibándose escrito de la misma en el que solicita el archivo de las actuaciones, considerando que la denunciante fue la anterior dueña de la empresa denunciada, con la que las titulares actuales mantuvieron una relación laboral como empleadas de la misma. El SMS objeto de la denuncia se remitió sin ninguna finalidad lucrativa, sin suponer ningún perjuicio y sin observar ninguna conducta culpable. Se trató de un gesto de atención y amabilidad, una felicitación entre personas que trabajaron juntas.

La entidad denunciada no aportó documentación alguna que acredite tales manifestaciones.

HECHOS PROBADOS

1. La denunciante es titular de la línea de telefonía móvil **B.B.B.**.
2. Con fecha 01/01/2015, la entidad XXXX envió a la línea de telefonía móvil **B.B.B.** un SMS con el mensaje "*Centro Infantil XXXX les desea un Feliz año 2015!!! Gracias por confiar*".
3. La denunciante ha manifestado que no ha existido relación contractual previa con la entidad

XXXX.

4. La entidad XXXX no ha aportado documentación alguna que acredite el origen del dato personal de la denunciante sometido a tratamiento, concretamente el relativo a la línea de telefónica móvil utilizado para el envío del SMS reseñado en el Hecho Probado Segundo.

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

En el presente caso, se imputa a la entidad XXXX una infracción de lo establecido en el artículo 6 de la LOPD, por el envío a la denunciante de un mensaje de texto (SMS) sin que conste ninguna acreditación sobre el origen del dato personal sometido a tratamiento que justifique dicha utilización.

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.

Además, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste, así, en este sentido la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 31 de mayo de 2006 señalaba: *“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”*.

El presente procedimiento tiene por objeto el examen de la denuncia formulada por el tratamiento realizado por la entidad XXXX de los datos personales del denunciante, concretamente el relativo a la línea de telefónica móvil utilizado para el envío del SMS, de fecha 01/01/2015, con el mensaje *“Centro Infantil XXXX les desea un Feliz año 2015!!! Gracias por confiar”*, el cual, según la denunciante, se realizó sin que existiera una relación contractual previa.

En el presente caso, la entidad XXXX no ha aportado documentación alguna que justifique el origen del dato personal sometido a tratamiento y la legitimidad para su utilización con la finalidad expresada. Cabe decir, por tanto, que la entidad XXXX no contaba con el consentimiento de la denunciante para el tratamiento de datos personales realizado, en concreto, la utilización de su línea de telefonía móvil para el envío de un mensaje de texto.

Por todo lo que antecede, se considera infringido el artículo 6.1 de la LOPD por parte de la entidad denunciada, que es responsable de dicha infracción.

En su escrito de alegaciones, XXXX ha reconocido el envío del SMS, si bien manifiesta que la denunciante fue la anterior dueña de la empresa, con la que las titulares actuales mantuvieron una relación laboral como empleadas de la misma, y que el SMS objeto de la denuncia se remitió como un gesto de atención y amabilidad. Sin embargo, no ha aportado ninguna acreditación sobre esta relación previa.

Ha de reiterarse que corresponde al responsable del tratamiento acreditar, en todo momento, que dispone del consentimiento de la afectada para el tratamiento de datos de que se trate.

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.”

El principio cuya vulneración se imputa a XXXX, el del consentimiento, se configura como principio básico en materia de protección de datos, y así se recoge en numerosas Sentencias de la Audiencia Nacional, entre otras, las de fechas 25/05/01 y 05/04/02.

En este caso, XXXX ha incurrido en la infracción descrita ya que ha vulnerado el principio

citado, consagrados en el artículo 6.1 de la LOPD, conducta que encuentra su tipificación en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

IV

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 artículo 45.6 de la LOPD. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la entidad denunciada por la concurrencia de varios criterios de los enunciados en el artículo 45.4 de la LOPD, concretamente, la no vinculación de la actividad de la entidad denunciada con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, el grado de intencionalidad, la ausencia de beneficio y la ausencia de perjuicios.

Asimismo, procede requerir a la entidad XXXX para que adopte las medidas necesarias para impedir que en el futuro puedan producirse infracciones de naturaleza similar. Teniendo en cuenta las circunstancias puestas de manifiesto en el presente procedimiento, se insta a la citada entidad para que revise el fichero utilizado para el envío de mensajes de texto con fines promocionales o de otro tipo y elimine los datos personales de la denunciante a fin de que no reciba nuevos SMSs.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00413/2015) a la entidad CENTRO INFANTIL XXXX, CB 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 infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

2.- REQUERIR a la entidad CENTRO INFANTIL XXXX, CB, de acuerdo con lo establecido en el apartado 6 del artículo 45 de la LOPD, 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 a la denunciada a revisar el fichero utilizado para el envío de mensajes de texto con fines promocionales o de otro tipo y proceda a eliminar los datos personales de la denunciante a fin de que no reciba nuevos SMSs.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando un escrito en el que se declare expresamente haber eliminado de sus ficheros la fotografía en cuestión, así como el formulario mencionado una vez rectificado en el sentido indicado.

Se advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, para cuya comprobación se abre expediente de investigación **E/02790/2016**, podría suponer una infracción del artículo 37.1.a) de la LOPD, que señala que “*son funciones de la Agencia de Protección de Datos: a) Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos.*”, 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 entidad CENTRO INFANTIL XXXX, CB.

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

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