

Expediente Nº: E/03432/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades ADMINISTRADORA SU MENSAJERIA GIJON, S.A., GIJON DIRECTO, S.L., PORTE URGENTE 3000, S.L., y SU MENSAJERIA GIJON, S.A., en virtud de denuncias presentadas por 6 denunciantes, y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fechas 25 y el 26 de abril de 2016, se recibieron en esta Agencia 6 denuncias, remitidas por los denunciantes referenciados en el Anexo I, en las que exponen lo siguiente:

Que la empresa SU MENSAJERIA GIJON, S.A., ha remitido escrito a la empresa PORTE URGENTE 3000, S.L., conteniendo datos personales de los denunciantes y en el que se informa que remiten contrato laboral y recibos del salario, sin su consentimiento.

Que los denunciantes mantenían relación laboral con la sociedad SU MENSAJERIA GIJON, S.A., hasta el 1 de abril de 2016, que fueron dados de baja y que nunca han mantenido relación contractual con la compañía PORTE URGENTE 3000, S.L.

Que según los denunciantes los hechos tuvieron lugar en marzo de 2016.

Se adjunta con las denuncias escrito remitido por la compañía SU MENSAJERIA GIJON, S.A., a la compañía PORTE URGENTE 3000, S.L., de fecha 15 de marzo de 2016, en el que comunican lo siguiente:

“La entidad FITMAN, S.L. ha dirigido a esta empresa en su condición de AGENCIA MRW la comunicación de que llegado el contrato a su vencimiento no se procederá a su renovación a partir del día 2 de abril de 2016.

Paralelamente la empresa FITMAN, S.L. ha dirigido a la clientela de SU MENSAJERIA GIJON, S.A. otra comunicación “Le comunicamos que a partir del 2 de abril de 2016 la gestión en la zona en la que se encuentra su empresa será realizada por la franquicia PORTE URGENTE 3000, S.L. (...).”

Entendemos, que son de aplicación normas imperativas que no pueden eludirse y que, en consecuencia, a partir del día 2 de abril de 2016, la actividad de esta empresa como AGENCIA DE MRW, contra nuestra voluntad, es asumida por PORTE URGENTE 3000, S.L., habiendo sido privados por FITMAN, S.L. de nuestra organización empresarial, apropiado de nuestro fondo de comercio, y apropiado de nuestra clientela, esas empresas como principal GRUPO MRW y la agencia subordinada asumen la sucesión empresarial de SU MENSAJERIA GIJON, S.A., por lo que a dicha fecha se cursará la baja de afiliación de los trabajadores por causa de la sucesión empresarial en los que queda subrogada la entidad PORTE URGENTE 3000, S.L. y cuya relación es la siguiente:

Relación de “8” personas: nombre, apellidos, nº de afiliación, NIF, antigüedad y categoría, entre las que se encuentran los denunciantes.

Paralelamente se remiten por correo los contratos laborales y los últimos recibos de salarios. Tal y como dispone el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores las obligaciones laborales hasta el 1 de abril de 2016 corresponden a SU MENSAJERIA GIJON, S.A. y las que se generen a partir del día 2 de abril de 2016 son de cargo de PORTE URGENTE 3000, S.L.

También, aportan “5” denunciante *Informe de Vida Laboral – Situaciones*: en los que se refleja la fecha de alta y de baja en la compañía SU MENSAJERIA GIJON, S.A.

SEGUNDO: En el periodo comprendido entre el 22 de junio y el 11 de julio de 2016 tienen entrada en esta AEPD nuevos escritos de 4 denunciante, que coinciden con las anteriores denuncias.

Denuncian a: SU MENSAJERIA GIJON, S.A., y GIJON DIRECTO, S.L.

Por los siguientes hechos según manifestaciones de los denunciante:

Que la empresa SU MENSAJERIA GIJON, S.A., ha remitido escrito a la empresa GIJON DIRECTO, S.L., conteniendo datos personales de los denunciante y en el que se informa que remiten contrato laboral y recibos del salario, sin su consentimiento.

Que los denunciante mantenían relación laboral con la sociedad SU MENSAJERIA GIJON, S.A., hasta el 1 de abril de 2016, que fueron dados de baja y que nunca han mantenido relación con la compañía GIJON DIRECTO, S.L.

Que según los denunciante tuvieron lugar los hechos el 6 de abril de 2016.

Se adjunta con las denuncias escrito remitido por la compañía SU MENSAJERIA GIJON, S.A. a la compañía GIJON DIRECTO, S.L., de fecha 6 de abril de 2016, en el que comunican lo siguiente:

La entidad FITMAN, S.L. ha dirigido a esta empresa en su condición de AGENCIA MRW la comunicación de que llegado el contrato a su vencimiento no se procederá a su renovación a partir del día 2 de abril de 2016.

Paralelamente la empresa FITMAN, S.L. ha dirigido a la clientela de SU MENSAJERIA GIJON, S.A. otra comunicación “Le comunicamos que a partir del 2 de abril de 2016 la gestión en la zona en la que se encuentra su empresa será realizada por la franquicia PORTE URGENTE 3000, S.L. (...)”.

Pero la realidad es que desde el día 2 de abril de 2016 su empresa publicita que “la nueva franquicia operativa es GIJON DIRECTO, S.L. (...)”.

Entendemos, que son de aplicación normas imperativas que no pueden eludirse y que, en consecuencia, a partir del día 2 de abril de 2016, la actividad de esta empresa como AGENCIA DE MRW, contra nuestra voluntad, ha sido asumida por GIJON DIRECTO, S.L., habiendo sido privados por FITMAN, S.L. de nuestra organización empresarial, apropiado de nuestro fondo de comercio, y apropiado de nuestra clientela, transmitiéndosela a Vds., de todo lo que resultan Vds. ser los beneficiarios de dicho fondo de comercio, esas empresas como principal GRUPO MRW y la agencia subordinada asumen la sucesión empresarial de SU MENSAJERIA GIJON, S.A., por lo que a dicha fecha se cursará la baja de afiliación de los trabajadores por causa de la sucesión empresarial en los que queda subrogada Vd. con la entidad GIJON DIRECTO, S.L. y cuya relación es la siguiente:

Relación de “8” personas: nombre, apellidos, nº de afiliación, NIF, antigüedad y

categoría, entre las que se encuentran los 4 denunciantes.

Paralelamente se remiten por correo los contratos laborales y los últimos recibos de salarios de los trabajadores afectados. Tal y como dispone el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores las obligaciones laborales hasta el 1 de abril de 2016 corresponden a SU MENSAJERIA GIJON, S.A. y las que se generen a partir del día 2 de abril de 2016 son de cargo de GIJON DIRECTO, S.L.

TERCERO: 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:

1. Las compañías PORTE URGENTE 3000, S.L., y GIJON DIRECTO, S.L., han informado a la Inspección de Datos en relación con los datos personales de los denunciantes que les ha facilitado la sociedad SU MENSAJERIA GIJON lo siguiente:

Desconocen los motivos por los cuales les facilitaron los datos personales, ya que no han tenido contacto alguno con los representantes de SU MENSAJERÍA GIJON, los cuales sin aviso previo hicieron llegar la información.

Como empresas ajenas a la gestión de SU MENSAJERIA GIJON, S.A., desconocen si ha existido consentimiento por parte de las “8” personas para la cesión de sus datos personales a PORTE URGENTE 3000, S.L., y GIJON DIRECTO S.L., que no fueron solicitados por ninguna de las citadas compañías.

En cuanto al consentimiento para el tratamiento de los datos personales de los denunciantes por parte de PORTE URGENTE 3000, S.L y/o GIJON DIRECTO S.L., no se han hecho tratamientos de dichos datos y se ha incorporado la incidencia al Documento de Seguridad.

2. La administradora de la compañía SU MENSAJERIA GIJON, S.A., que se encuentra en liquidación, ha comunicado a la Inspección de Datos en relación con la comunicación de datos personales de los denunciantes a las compañías PORTE URGENTE 3000, S.L. y GIJON DIRECTO, S.L. lo siguiente:

La compañía FITMAN, S.L., franquiciadora del nombre MRW, con efectos de fecha 2 de abril de 2016, resolvió unilateralmente el contrato que le vinculaba con SU MENSAJERIA GIJON, S.A., y comunicó a los clientes que pasaban a ser atendidos por PORTE URGENTE 3000, S.L., y por GIJON DIRECTO, S.L., para ejercer como agencia MRW. Se adjuntan dichas comunicaciones.

El Estatuto de los Trabajadores, artículo 44, establece para los supuestos de transmisión empresarial la obligación de comunicación de los datos de los trabajadores, a efectos de subrogación tanto a los representantes legales como a la empresa cesionaria, al objeto de que proceda a formalizar la documentación necesaria en que se instrumentalicen los contratos.

Las obligaciones de información y consulta se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedentes y cesionarios o por la empresa que ejerza el control sobre ellos.

La empresa SU MENSAJERIA GIJON, S.A., ha efectuado la comunicación que le viene impuesta legalmente tras informar a los trabajadores los hechos que

motivaban la subrogación empresarial.

Por lo que SU MENSAJERIA GIJON, S.A., entendió que para la comunicación no era preciso el consentimiento expreso del trabajador, vinculado por una relación laboral, que pasa a depender de otra empresa, y se ha efectuado con el fin de preservar la integridad de sus derechos laborales, en ejecución de una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico, y tampoco le ha sido comunicada por el trabajador la voluntad contraria a la comunicación. Por lo que entendió que su acción era completamente lícita tanto en el derecho laboral como en el de protección de datos.

Toda la documentación de las relaciones laborales y comerciales de SU MENSAJERIA GIJON, S.A., ha sido accedido y apropiado por la franquiciadora FITMAN, S.L. y entregado y transmitido a GIJON DIRECTO, S.L., que con ella ha podido continuar la actividad. Así el acceso a la información se realizó entre franquiciadora y nueva franquiciada.

La situación actual es que la sociedad SU MENSAJERIA GIJON ha perdido su capacidad de obtención de ingresos, dando por finalizado el objeto social y cesado en su actividad, habiendo iniciado el proceso de liquidación y carece de personal.

Se ha extinguido la relación laboral de siete de los ocho trabajadores y un trabajador ha sido integrado en la compañía GIJON DIRECTO, S.L., habiendo optado por la extinción contractual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

El artículo 11. 1 y 2 de la LOPD, relativo a la cesión de datos, señala lo siguiente:

“1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

a) Cuando la cesión está autorizada en una Ley.

b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.

c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique.

d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de

Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas.

e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones Públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica.”

En el supuesto denunciado, los trabajadores de Su Mensajería Gijón denuncian a la misma por haber cedido sus datos a otras dos sociedades Gijón Directo, S.L., y Porte Urgente 3000, s.l., sin contar con sus consentimientos.

La empresa denunciada ha alegado que si existía una habilitación legal para proceder a la comunicación de sus datos: el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

El mencionado artículo 44, apartados 1 y 2, referido a la sucesión de empresa, determina lo siguiente:

“1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.”

La empresa Su Mensajería Gijón no sufrió un cambio de titularidad, sino que la Agencia MRW rescindió el contrato con ellos, a través de Fitman, S.L., y continuaban dos franquiciadas con las que trabajaba MRW con anterioridad. En consecuencia, no se daba el supuesto habilitante para la cesión de datos sin consentimiento de los afectados.

III

La cesión de datos sin consentimiento constituye una infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.k) de la LOPD, que considera como tal: *“La comunicación o cesión de los datos de carácter personal sin contar con legitimación para ello en los términos previstos en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo, salvo que la misma sea constitutiva de infracción muy grave”.*

En el presente caso, se ha producido la cesión de los datos de los trabajadores de la sociedad Su Mensajería Gijón a otras dos entidades al entender que los mismos iban a continuar su trabajo en las empresas cesionarias.

No obstante, 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.

Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso 455/2011, de 29/11/2013, analiza el apercibimiento como un acto de naturaleza no sancionadora, como se deduce del fundamento de derecho Sexto:

<<...Debe reconocerse que esta Sala y Sección en alguna ocasión ha calificado el apercibimiento impuesto por la AEPD, en aplicación del artículo examinado, como sanción (SAN de 7 de junio de 2012, rec. 285/2010), y en otros casos ha desestimado recursos contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones análogas a la recurrida en este procedimiento, sin reparar en la naturaleza no sancionadora de la medida expresada (SSAN de 20 de enero de 2013, rec. 577/2011, y de 20 de marzo de 2013, rec. 421/2011). No obstante, los concretos términos en que se ha suscitado la controversia en el presente recurso contencioso-administrativo conducen a esta Sala a las conclusiones expuestas, corrigiendo así la doctrina que hasta ahora venía presidiendo la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD...>>

Además, la sentencia interpreta o liga apercibimiento o apercibir con el requerimiento de una actuación para subsanar la infracción, y si no existe tal requerimiento, por haber cumplido las medidas esperadas relacionadas con la infracción, no sería apercibimiento, sino archivo, como se deduce del citado fundamento de derecho: *<<...Pues bien, en el caso que nos ocupa el supuesto concreto, de entre los expresados en el apartado quinto del artículo 45, acogido por la resolución administrativa recurrida para justificar la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD es el primero, pues aprecia “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”, tal y como expresa su fundamento de derecho VII.

Por ello, concurriendo las circunstancias que permitían la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD, procedía “apercibir” o requerir a la denunciada para que llevara a cabo las medidas correctoras que la Agencia Española de Protección de Datos considerase pertinentes, en sustitución de la sanción que de otro modo hubiera correspondido.

No obstante, dado que resultaba acreditado que la denunciada por iniciativa propia había adoptado ya una serie de medidas correctoras, que comunicó a la Agencia Española de Protección de Datos, y que esta había verificado que los datos del denunciante no eran ya localizables en la web del denunciado, la Agencia Española de Protección de Datos no consideró oportuno imponer a la denunciada la obligación de llevar a cabo otras medidas correctoras, por lo que no acordó requerimiento alguno en tal sentido a ésta.

Recuérdese que al tener conocimiento de la denuncia la entidad denunciada, procedió por iniciativa propia a dirigirse a Google para que se eliminara la URL donde se reproducían la Revista y el artículo, a solicitar a sus colaboradores que suprimieran cualquier nombre de sus artículos o cualquier otra información susceptible de parecer dato personal y que revisaran las citas del área privada de la web para borrar cualquier otro dato sensible, y, por último, a revisar la configuración de los accesos para que los buscadores no tuvieran acceso a las Revistas.

En consecuencia, si la Agencia Española de Protección de Datos estimaba adoptadas ya las medidas correctoras pertinentes en el caso, como ocurrió, tal y como expresa la resolución recurrida, la actuación administrativa procedente en Derecho era al archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, pues así se deduce de la correcta interpretación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

Por el contrario, la resolución administrativa recurrida procedió a “apercibir” a la entidad PYB ENTERPRISES S.L., aunque sin imponerle la obligación de adoptar medida correctora alguna, lo que solo puede ser interpretado como la imposición de un “apercibimiento”, entendido bien como amonestación, es decir, como sanción, o bien como un mero requerimiento sin objeto. En el primer caso nos hallaríamos ante la imposición de una sanción no prevista en la LOPD, con manifiesta infracción de los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora, previstos en los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el segundo supuesto ante un acto de contenido imposible, nulo de pleno derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 62.1.c) de la misma Ley...>>

Debe señalarse que, si bien los hechos denunciados serían identificados como contrarios a la LOPD, lo anterior conllevaría el inicio de un Procedimiento de Apercibimiento al responsable de la cesión, por infracción en materia de protección de datos, no es menos cierto que dicho procedimiento tiene como objeto la reparación de la infracción producida, mediante la propuesta de medidas correctoras sobre los hechos denunciados, estando ante correcciones que, de hecho, no se pueden exigir al tratarse de una actuación puntual, y que harían innecesario el desarrollo del referido

procedimiento, en la medida en que, tal y como se desprende de la documentación aportada, la cesión controvertida se realizó buscando un beneficio laboral de los afectados, sin que se produjera ningún perjuicio.

Ha de ponerse de manifiesto, por tanto, que dado que la potestad administrativa con la que cuenta esta Agencia tiene una dimensión reparadora más allá de las capacidades sancionadoras que integran sus competencias en materia de protección de datos, y dado que nos encontramos ante una situación en la que se produjo una cesión que afectaba a los datos personales de 8 trabajadores, sin que hayan sido tratados por los cesionarios de los mismos, sería contrario a los principios de intervención mínima y de proporcionalidad, como principios que informan el ejercicio de la potestad sancionadora, el iniciar el citado procedimiento de apercibimiento por los hechos denunciados, dado que éste tiene como objeto la reparación de la situación contraria a la LOPD, hecho que ya se ha producido de antemano, de ahí que, al haberse reparado la situación controvertida, no quepa en el presente caso activar el citado procedimiento.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a Doña **B.B.B.**, ADMINISTRADORA SU MENSAJERIA GIJON, S.A., y a cada uno de los denunciantes con su propio Anexo.

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 los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 del referido texto legal.

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos

