



Procedimiento N°: A/00002/2017

RESOLUCIÓN: R/00796/2017

En el procedimiento A/00002/2017, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **REPAUT, S.L.**, vista la denuncia presentada por **CONSEJERIA DE SANIDAD DE CASTILLA LA MANCHA - SERVICIO DE SALUD PUBLICA, DROGODEPENDENCIA Y CONSUMO** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 8 de febrero de 2016, tiene entrada en esta Agencia un escrito de la CONSEJERÍA DE SANIDAD DE CASTILLA LA MANCHA - SERVICIO DE SALUD PÚBLICA, DROGODEPENDENCIA Y CONSUMO (en adelante el denunciante) en el que informa que la entidad REPAUT, S.L. (en adelante REPAUT) obtiene el consentimiento de los afectados a efectos de *“enviarle ofertas comerciales, catálogos, prospectos, etc. de los servicios de la empresa que pudieran ser de su interés”* sin ofrecerles la posibilidad de mostrar su negativa en el momento de facilitar la información.

Aporta copia del documento denominado *“orden de trabajo/resguardo de depósito”* en el que se recogen los datos del asesor del servicio, del cliente y del vehículo. El documento ha de ser firmado por el cliente y contiene la siguiente información, relacionada con el tratamiento de datos de carácter personal: *“En cumplimiento de lo establecido en la ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, REPAUT S.L. le informa que sus datos de carácter personal recogidos en la entidad serán objeto de tratamiento en nuestro fichero de CLIENTES, con la finalidad del mantenimiento de la relación contractual y/o prestación de servicios y gestión interna empresa-cliente, así como enviarle ofertas comerciales, catálogos, prospectos, etc. de los servicios de la empresa que pudieran ser de su interés. Asimismo, sus datos de carácter personal serán cedidos en todos aquellos casos en que sea necesaria la conexión con un tercero para el desarrollo de la relación contractual y/o prestación de servicios. Vd. Podrá en cualquier momento ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en la siguiente dirección: REPAUT, SL, (C/...1) – Albacete”*.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se ha tenido conocimiento de los siguientes extremos conforme al informe de actuaciones de inspección E/5160/2016 que se transcribe:

“ACTUACIONES PREVIAS

1. Desde la Inspección de Datos se solicita a REPAUT, SL que facilite a la Agencia un modelo del documento denominado *“orden de trabajo/resguardo de depósito”* y la cláusula informativa, relativa al tratamiento de datos de carácter personal, que facilita a los clientes cuando recoge sus datos personales.

2. REPAUT, SL en respuesta a la información solicitada, en escrito de fecha de entrada de 18 de octubre de 2016, aporta copia del documento “orden de trabajo/resguardo de depósito”, fechado el 28 de septiembre de 2016, que contiene la misma cláusula informativa que la recogida en el documento aportado por la CONSEJERÍA DE SANIDAD DE CASTILLA LA MANCHA - SERVICIO DE SALUD PÚBLICA, DROGODEPENDENCIA Y CONSUMO.”

TERCERO: Con fecha 23 de enero de 2017, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00002/2017. Dicho acuerdo fue notificado al denunciado.

CUARTO: Con fecha 14 de febrero de 2017 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica que se ha procedido a modificar la cláusula informativa siendo actualmente la que se reproduce:

“En cumplimiento de lo establecido en la ley orgánica de protección de datos de carácter personal, REPAUT, S.L., le informa que sus datos de carácter personal recogidos en la entidad serán objeto de tratamiento en nuestro fichero de CLIENTES con la finalidad del mantenimiento de la relación contractual y/o prestación de servicios y gestión interna empresa-cliente. Igualmente solicitamos su consentimiento para poder enviarle ofertas comerciales, catálogos o cualquier información relacionada con la empresa que pudiera ser de su interés.

Si está conforme, marque la siguiente casilla

Usted podrá ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en la dirección indicada más arriba.

dirección: REPAUT, SL, (C/...1) – Albacete”

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha de 08/02/2016, tuvo entrada en esta Agencia un escrito del denunciante en el que pone de manifiesto la existencia de presunta infracción en materia de protección de datos al apreciarse que la cláusula sobre tratamiento de datos personales de los clientes que figura en las ordenes de trabajo/resguardos de depósito emitidas por REPAUT contiene un consentimiento simultáneo para el tratamiento de los datos con fines publicitarios, lo que excede de lo necesario para el mantenimiento de la relación contractual entre las partes.

SEGUNDO: *Consta en el expediente copia del documento denominado “orden de trabajo/resguardo de depósito” en el que se recogen los datos del asesor del servicio, del cliente y del vehículo. El documento ha de ser firmado por el cliente y contiene la siguiente información, relacionada con el tratamiento de datos de carácter personal: “En cumplimiento de lo establecido en la ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, REPAUT S.L. le informa que sus datos de carácter personal recogidos en la entidad serán objeto de tratamiento en nuestro fichero de CLIENTES, con la finalidad del mantenimiento de la relación contractual y/o prestación de servicios y gestión interna empresa-cliente, así como enviarle ofertas comerciales, catálogos, prospectos, etc. de los servicios de la empresa que pudieran ser de su interés. Asimismo, sus datos de carácter personal serán cedidos en todos aquellos casos en que sea necesaria la conexión con un tercero para el desarrollo de la relación*



contractual y/o prestación de servicios. Vd. Podrá en cualquier momento ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en la siguiente dirección: REPAUT, SL, (C/...1) – Albacete”.

TERCERO: En fecha 14/02/2017 REPAUT aportó copia de la nueva clausula legal del formulario de recogida de datos denominado “orden de trabajo/resguardo de depósito”, con el siguiente contenido:

“En cumplimiento de lo establecido en la ley orgánica de protección de datos de carácter personal, REPAUT, S.L., le informa que sus datos de carácter personal recogidos en la entidad serán objeto de tratamiento en nuestro fichero de CLIENTES con la finalidad del mantenimiento de la relación contractual y/o prestación de servicios y gestión interna empresa-cliente. Igualmente solicitamos su consentimiento para poder enviarle ofertas comerciales, catálogos o cualquier información relacionada con la empresa que pudiera ser de su interés.

Si está conforme, marque la siguiente casilla

Usted podrá ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en la dirección indicada más arriba.

dirección: REPAUT, SL, (C/...1) – Albacete”

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

Se imputa a REPAUT una infracción del art. 5 de la LOPD. Los apartados 1, 2 y 3 del citado artículo 5 de la LOPD, establecen en cuanto el “Derecho de información en la recogida de datos”, lo siguiente:

“1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de tránsito, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse



contra el propio responsable del tratamiento.

2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.

3. No será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban”.

Dicho precepto fija el momento en que se ha de informar al interesado al que se recaben datos personales y el contenido de dicha información.

La obligación que impone el artículo 5 es, por tanto, la de informar al afectado en el momento de la recogida de datos, pues solo así queda garantizado el derecho del mismo a tener una apropiada información y a consentir o no el tratamiento, en función de aquella.

Así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 transcrito, el denunciado debe dar a sus usuarios la información prevista en el mismo, con carácter previo a la solicitud de sus datos personales, y deberá ser expresa, precisa e inequívoca.

La ley ha querido imponer una formalidad específica en la recogida de datos a través de cuestionarios u otros impresos que garantice el derecho a la información de los afectados. A tal efecto, impone la obligación de que la información figure en los propios cuestionarios e impresos y la refuerza exigiendo que conste de forma claramente legible.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, que delimita el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, se ha pronunciado sobre la vinculación entre el consentimiento y la finalidad para el tratamiento de los datos personales, en los siguientes términos: *“el derecho a consentir la recogida y el tratamiento de los datos personales (art. 6 LOPD) no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros, pues constituye una facultad específica que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos. Y, por tanto, la cesión de los mismos a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aun cuando puedan ser compatibles con éstos (art. 4.2 LOPD), supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado. Una facultad que solo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por ley, pues el derecho fundamental a la protección de datos personales no admite otros límites. De otro lado, es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de éstos, pues sólo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos concreta. Pues en otro caso sería fácil al responsable del fichero soslayar el consentimiento del interesado mediante la genérica información de que sus datos pueden ser cedidos. De suerte que, sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia”.*



En este sentido, la LOPD recoge las garantías precisas para el tratamiento de los datos personales en lo relativo a los requisitos del consentimiento, de la información previa a este, y de las finalidades para las que los datos pueden ser recabados y tratados.

La citada Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, al delimitar el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, ha considerado el derecho de información como un elemento indispensable del derecho fundamental a la protección de datos al declarar que *“...el contenido del derecho fundamental a la protección de datos 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. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.*

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional 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. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele”.

Por su parte el Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD) establece lo siguiente:

“Artículo 15. Solicitud del consentimiento en el marco de una relación contractual para fines no relacionados directamente con la misma.

Si el responsable del tratamiento solicitase el consentimiento del afectado durante el proceso de formación de un contrato para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos.

En particular, se entenderá cumplido tal deber cuando se permita al afectado la marcación de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se le entregue para la celebración del contrato o se establezca un



procedimiento equivalente que le permita manifestar su negativa al tratamiento.”

Corresponde pues analizar el contenido y alcance del consentimiento que el denunciado solicita a sus usuarios a través del referido formulario “orden de trabajo/resguardo de depósito”. En este punto señalar que los hechos denunciados y documentos aportados con la denuncia acreditan que REPAUT incumplió con el deber de información exigido por el artículo 5 de la LOPD en relación con el artículo 15 de RLOPD por cuanto la cláusula informativa incluida en el referido formulario no establecía la posibilidad de que el afectado al que se recogían los datos pudiera manifestar su negativa al tratamiento de sus datos para finalidades no relacionadas directamente con la relación contractual, en este caso, para fines comerciales.

III

El artículo 44.2.c) de la LOPD considera infracción leve: “*el incumplimiento del deber de información al afectado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando los datos sean recabados del propio interesado.*”

En este caso, el denunciado recabó datos personales sin facilitar a los usuarios la información que señala el artículo 5 de la LOPD, por cuanto no se ofrecía a los afectados la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos para fines no relacionadas directamente con la relación contractual (en este caso para fines publicitarios).

IV

El artículo 45.1, 4 y 5 de la LOPD establece que:

“1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 € a 40.000 €

(...)

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".

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 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".

Los criterios a los que alude el artículo 45.6 de la LOPD, vienen recogidos en el apartado 5 del mismo precepto, cuyo tenor literal es el siguiente:

"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 procedería apercibir al denunciado por cuanto 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 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.

V

Ahora bien, en el presente caso, no obstante lo anterior, debe analizarse la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el artículo 39 bis 2 de la LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida correctora alguna a adoptar por el denunciante toda vez que la infracción que se le imputada (art. 5 en relación con 15 RLOPD) fue corregida REPAUT mediante la inclusión en el formulario de recogida de datos (“orden de trabajo/resguardo de depósito”) de una nueva cláusula legal que cumple con los requisitos de información sobre el tratamiento de sus datos exigidos en los citados artículos de la normativa de protección de datos. Es decir, esta Agencia no podría apercibir al responsable de la infracción requiriéndole la adopción de medidas correctoras por cuanto estas ya han sido adoptadas permitiendo a los afectados a los que se recaban datos en el referido formulario, la posibilidad de manifestar su negativa al tratamiento de sus datos con fines no relacionados directamente con la relación contractual establecida con REPAUT (en este caso su negativa la tratamiento de sus datos con fines comerciales)

A la vista de dicha situación, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que aunque referida al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD también resulta extrapolable al apercibimiento regulado en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, advierte a propósito de la naturaleza jurídica de dicha figura que “no constituye una sanción”, tratándose de “medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción” que *sustituyen* a la sanción. Así, la Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la Agencia Española de Protección de Datos 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 la misma, la Sentencia de la Audiencia Nacional citada concluye que cuando las medidas correctoras objeto del apercibimiento ya hubieran sido adoptadas por el infractor, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

A la vista del pronunciamiento recogido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013 (Rec. 455/2011), y reforzado posteriormente en su Sentencia de fecha 10/06/2014 (Rec. 166/2013), referente a los supuestos en los que **el denunciado ha**



adoptado la medida correctora oportuna para subsanar la situación creada, de acuerdo con lo señalado **se debe proceder al archivo de las actuaciones.**

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

- 1. ARCHIVAR el procedimiento (A/00002/2017)** seguido a **REPAUT, S.L.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, con relación con la denuncia por infracción del artículo 5 de la LOPD, en relación con el artículo 15 del RLOPD.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **REPAUT, S.L.**

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 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 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