



Procedimiento N°: A/00077/2013

RESOLUCIÓN: R/00851/2013

En el procedimiento A/00077/2013, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a **B.B.B.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 5 de noviembre de 2012 tiene entrada en esta Agencia a través de su sede electrónica, una denuncia de **A.A.A.**, en adelante la denunciante, en el que manifiesta lo siguiente:

1. Recibió el día 30 de octubre de 2012 en la dirección de correo **D.D.D.** una invitación a una reunión para una posible oferta de trabajo en nombre de una empresa llamada "ORGANO GOLD", multinacional americana.
2. La persona que le remite el correo electrónico, desde la cuenta1@hotmail.es, es la Sra. **B.B.B.**, en adelante LA REMITENTE, a la que no conoce de nada.
3. En respuesta a sus correos, en los que solicita información sobre el origen de sus datos, le informan de que ella misma entregó al marido de LA REMITENTE, a quien tampoco conoce, su currículum profesional sin llegar a identificar la empresa a la que ella presentó su candidatura.

LA REMITENTE le manifestó que por motivos personales decidieron montar un negocio dedicado a la venta piramidal de productos naturales y que decidieron dirigirse a las personas de cuyos datos disponían, como en su caso.

4. Al no facilitar más información ha solicitado la cancelación de sus datos y le responde que "voluntariamente yo he presentado mis datos" y que promete que no hará nada con ellos.
5. Nunca entregó su currículum para trabajar en el negocio expuesto ya que no se parece en nada a sus trabajos hasta el momento.

En respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia, la denunciante remitió un escrito que tuvo entrada el 4 de enero de 2013 que adjuntaba los correos electrónicos recibidos junto con sus cabeceras completas.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. El 30 de octubre de 2012 la denunciante recibió un correo electrónico comercial cuya



dirección IP de origen era **E.E.E.**.

El correo electrónico fue remitido el mismo día a las 11:49 horas desde la dirección1@hotmail.es y contenía una convocatoria para una presentación promocional de ORGANO GOLD, en la que LA REMITENTE aparece como persona de contacto.

El correo no dispone de información alguna sobre el procedimiento que los remitentes pueden utilizar para oponerse al envío de posteriores comunicaciones.

Ese mismo día, en respuesta a la solicitud de información sobre el proyecto de ORGANO GOLD y sobre el origen de sus datos que le hace la denunciante, ésta recibe un nuevo correo electrónico remitido desde la dirección1@hotmail.es a las 18:24 horas, que tiene como origen la dirección IP **F.F.F.**.

En respuesta a un nuevo correo electrónico de la denunciante, ésta recibe el 31 de octubre de 2012 un nuevo correo de remitido desde la dirección1@hotmail.es a las 11:24 horas, que tiene como origen la dirección IP **E.E.E.**. En este correo LA REMITENTE le informa de que su dirección de correo electrónico procede de un currículum que debió dejar “en algún lugar”.

2. La denunciante remitió el mismo día 31 de octubre a la dirección1@hotmail.es un correo electrónico en el que solicitaba los datos del responsable del fichero de datos para poder solicitar ante ésta la cancelación de sus datos.

La denunciante no aporta copia de la respuesta dada por LA REMITENTE dicho correo electrónico.

3. La dirección IP **E.E.E.** es una de las direcciones que el operador VODAFONE ESPAÑA, S.A.U. asigna de forma dinámica entre sus clientes.

En el caso que nos ocupa, y durante los hechos descritos, la dirección IP estuvo asignada a una línea contratada a nombre de LA REMITENTE.

4. La dirección IP **F.F.F.** es una de las direcciones que el operador TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. asigna de forma dinámica entre sus clientes.

En el caso que nos ocupa, y durante los hechos descritos, la dirección IP estuvo asignada a una línea contratada a nombre de Dña. **C.C.C.**, con domicilio de instalación en la calle (C/.....1) (Barcelona).

El domicilio de instalación de la línea corresponde con una casa ocupada por completo por un restaurante denominado “XXXXXXXXXXXX”.

5. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, LA REMITENTE remitió dos correos electrónicos en el que manifestó, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que:

- 5.1. El origen del dato de la dirección de correo electrónico es la propia denunciante, quien lo entregó en una fecha que no puede determinar en el restaurante “XXXXXXXXXXXX”, que cesó en su actividad el mes de diciembre de 2012 debido a la crisis económica.

Nunca fue incluido en ningún fichero automatizado.

- 5.2. El restaurante “XXXXXXXXXXXX”, del que era propietaria la hermana de su marido, y en el que éste realizaba labores de gerencia que incluían la gestión de



los currículos, no publicó en sus 20 años de existencia ninguna oferta de trabajo pero sí que recibió currículos como el de la denunciante.

- 5.3. Al cerrar el restaurante, su marido y ella misma comenzaron una nueva actividad como distribuidores independientes y ofrecieron de buena fe una oportunidad económica a quienes en su momento la solicitaron y que entonces no pudieron atender.
6. LA REMITENTE aporta copia de un currículo escaneado en el que aparecen los datos de la denunciante.
7. En respuesta a las solicitudes de información realizadas por el inspector actuante, la denunciante remitió dos correos electrónicos en el que manifestó, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que:
 - 7.1. El currículo aportado por LA REMITENTE es efectivamente suyo.
 - 7.2. No recuerda haber estado nunca en el restaurante por lo que no puede precisar la fecha exacta en la que lo pudo entregar pero debió de ser en durante el tiempo que residió en La Garriga, y reside en otra población desde el año 2009.
 - 7.3. En cualquier caso, ella entregó su datos para un fin determinado y no para que LA REMITENTE los utilice para otras finalidades.
 - 7.4. Desea que sus datos sean cancelados.
8. No se ha podido localizar ningún fichero inscrito en el Registro General de Protección de Datos en el que conste LA REMITENTE como titular.

TERCERO: De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento, han quedado acreditados los siguientes

HECHOS PROBADOS

UNO.- En fecha de 30/10/2013 la denunciante recibe en su cuenta de correo electrónico una comunicación enviada por LA REMITENTE, donde proponen una oferta de trabajo.

DOS.- La denunciante afirma que no ha dado el consentimiento a la REMITENTE, señalando ésta que el origen de los datos de aquella es la aportación voluntaria de su curriculum vitae, del que aporta copia, al RESTAURANTE PIZZERIA XXXXXXXXXXXX que gestionaba un familiar.

TRES.- La denunciante ha reconocido el curriculum vitae aportado por la REMITENTE y que pudo haberlo aportado al restaurante.

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 presente procedimiento tiene por objeto determinar las responsabilidades que se derivan del tratamiento de los datos personales de la denunciante. Señala el art. 6 de la LOPD:

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

2. 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 subrayado es de la AEPD)

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 30/11 (FJ. 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 (...)*”.

En el presente caso ha resultado probado que LA REMITENTE del correo electrónico de 30/10/2012 tenía el *currículum* de la denunciante, donde constan sus datos personales, sin que haya acreditado el consentimiento para el tratamiento de datos, o alguna de las causas de exención del consentimiento tal como señala el apartado 2 del artículo 6.

III

El artículo 3 de la LOPD lo define como:

Responsable del fichero o tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.”

LA REMITENTE es la entidad responsable del tratamiento de los datos personales de la denunciante, pues ha reconocido el envío del correo electrónico.



Asimismo el RESTAURANTE PIZZERIA XXXXXXXXXXXX es el responsable del tratamiento y fichero donde se almacenaron los datos personales de la denunciante, en este caso, un curriculum vitae. Téngase en cuenta que el propio Real Decreto 1720/2007, de desarrollo de la LOPD, prevé la figura del fichero no automatizado, es decir, en formato papel.

Lo que evidencia un tratamiento de datos personales por parte de LA REMITENTE y del RESTAURANTE PIZZERIA XXXXXXXXXXXX, y les dota del estatus de responsable del fichero y tratamiento, y por tanto susceptible de generar responsabilidad por infracción de la LOPD de conformidad con su artículo 43.

IV

Dispone el artículo 11 de la LOPD, que señala que *“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”*

La Audiencia Nacional en Sentencia de 04/03/2013 ha analizado la comunicación de un *curriculum vitae* de una entidad a otra considerando una cesión de datos personales, (...) *en el caso ahora examinado se sanciona por una cesión de datos, entendida como una “revelación de datos” a persona distinta del interesado ex art. 3.1 LOPD, sin que precise de un tratamiento previo o posterior, y que para que resulte conforme a la ley hubiera necesitado simplemente el “previo consentimiento” del afectado, es art. 11 de la LO de tanta cita (...)En definitiva, la contravención prevista en la ley se consume por la revelación de datos a persona distinta del interesado sin su previo consentimiento”(...*)

La propia REMITENTE reconoce que el origen de los datos personales de la denunciante es un *curriculum* entregado en el restaurante XXXXXXXXXXXX cuyo responsable era un familiar. De lo que no se puede establecer la legitimación para el tratamiento de los datos ni para su cesión.

V

Tal como se desprende del artículo 6 de la LOPD, LA REMITENTE, no puede efectuar el tratamiento de los datos de carácter personal sin el consentimiento *“inequívoco “del interesado, o sin la concurrencia de algunos de los supuestos que el apartado 2 lo dispensa. La propia REMITENTE reconoce que el origen de los datos personales de la denunciante es un curriculum entregado en el restaurante XXXXXXXXXXXX cuyo responsable era un familiar. De lo que no se puede establecer la legitimación para el tratamiento de los datos.*

Por ello, una vez acreditado el tratamiento de los datos por la Agencia, y negado por la interesada, dicho consentimiento inequívoco, corresponde a la parte imputada que efectúa el tratamiento justificar que contaba con el repetido consentimiento que sirviera de cobertura al tratamiento realizado. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11/05/2001 dispone que *“...quien gestiona la base, debe estar en condiciones de*

acreditar el consentimiento del afectado, siendo carga de la prueba del mismo su justificación, y la entidad recurrente en ningún momento ha realizado esfuerzo probatorio tendente a la acreditación del consentimiento de las personas en las que se basa la sanción” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

En aquellos supuestos en que resulta necesario el consentimiento inequívoco para el tratamiento de los datos personales, pero la prestación de dicho consentimiento se niega por el titular de los datos, se traslada al responsable del fichero/tratamiento, la carga de acreditar que cuenta con el consentimiento del interesado para dicho tratamiento, o que concurren alguno de los supuestos que el apartado 2 del artículo 6 de la LOPD.

VI

Dispone el artículo 44.3. b) de dicha norma que considera con infracción grave: *“Tratar 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 el presente caso se cumplen los supuestos de hecho que tipifica el precepto, es decir, resulta acreditado un tratamiento de datos personales por parte de LA REMITENTE y la exigibilidad del consentimiento viene dada en la norma aplicable sin ser aplicables las excepciones previstas.

VII

Dispone en el artículo 44.3.K de dicha norma que *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 cumplen los supuestos de hecho que tipifica el precepto, es decir, resulta acreditada una cesión de datos personales por parte del RESTAURANTE XXXXXXXXXXXX a LA REMITENTE y la exigibilidad del consentimiento viene dada en la norma aplicable sin ser aplicables las excepciones previstas.

VIII

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 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”.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 14) recoge “*los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia*”- consagra el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable estableciendo en el artículo 128.2 que “*las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor*”.

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 antijuricidad de los hechos y de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que no consta graves perjuicios (Art. 45.4 h LOPD), la aportación voluntaria del curriculum (Art. 45.5 c) LOPD) y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción. (Art. 45.4 e) LOPD)

De acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00077/2013) a B.B.B. 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, y de conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 37.a), f) y n) de la LOPD, que atribuye la competencia al Director de la Agencia Española de Protección de Datos.

2.- APERCIBIR (A/00077/2013) a RESTAURANTE PIZZERIA XXXXXXXXXXXX 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 11 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 k) de la citada Ley Orgánica, y de conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 37.a), f) y n) de la LOPD, que atribuye la competencia al Director de la Agencia Española de Protección de Datos.



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.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **D. A.A.A. , B.B.B.**, y a **RESTAURANTE PIZZERIA XXXXXXXXXXXX**.

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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos