



Procedimiento Nº: A/00206/2017

### RESOLUCIÓN: R/02302/2017

En el procedimiento A/00206/2017, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad MOLI D'EN SOPA, S.L., vista la denuncia presentada por Don **B.B.B.**, y en virtud de los siguientes

#### ANTECEDENTES

**PRIMERO:** Con fecha 24 de enero de 2017, tuvo entrada en esta Agencia escrito remitido por Don **B.B.B.**, en el que expone lo siguiente:

*“Con fecha 8 de diciembre de 2016 realizó reserva para la cena del día 31 de diciembre de 2016 en el citado restaurante; varios días antes de la cena, se crea un grupo de whatsapp con las personas que participaban en dicha cena.*

*El denunciante salió del grupo pero fue incluido nuevamente por el administrador, recibiendo un mensaje privado, en el que le comunican que si sale del grupo se anulará la reserva.*

*Asimismo, en el citado grupo se publicó una lista de los asistentes con nombres y apellidos, las mesa donde se sentarían y cuantas personas le acompañaran.”*

Entre otra, anexa la siguiente documentación:

Copia de la pantalla del teléfono con mensajes de whatsapp.

Copia del listado, que al parecer fue remitido al grupo.

Copia del listado de participantes que aparece en la creación del grupo.

**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:

1. Con fecha 17 de abril de 2017, se remite requerimiento de información al domicilio del restaurante, (C/....., 1) (ILLES BALEARS), siendo devuelta la carta por el Servicio de Correos, figurando como causa “NO RETIRADO” (03/05/2017).
2. Con fecha 9 de mayo de 2017, el Inspector de Datos responsable de la tramitación de las Actuaciones Previas de Investigación se pone en contacto telefónico con el restaurante, número de teléfono \*\*\*TLF.1, manteniendo una conversación telefónica con una persona que se identifica como **C.C.C.** (dueña del restaurante), manifestando que le remitamos la carta a su domicilio particular, porque el restaurante está en una zona donde no llega el correo; (C/....., 2) ILLES BALEARS.



3. Con fecha 9 de mayo de 2017 se remite escrito a la dirección aportada en la conversación mantenida con la persona que se identificó como la dueña del restaurante, siendo devuelta por el Servicio de Correos figurando "Ausente" (16/05/2017 y "No Recogido" (25/05/2017).
4. Con fecha 2 de junio de 2017, se vuelve a contactar telefónicamente con el restaurante, en el número \*\*\*TLF.1, manteniendo una conversación con una persona que se identifica como **D.D.D.**, que manifiesta que **C.C.C.** no se puede poner, pero que si le dejo un número de teléfono se lo comunicará para que se ponga en contacto con la Agencia. No se ha recibido noticia alguna.

**TERCERO:** Consultada la aplicación de la AEPD que gestiona la consulta de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, a la entidad MOLI D'EN SOPA, S.L., no le constan registros previos.

**CUARTO:** Con fecha 27 de junio 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/00206/2017. Dicho acuerdo fue notificado al denunciado, que lo recibió el día 11 de julio de 2017, según la prueba de entrega emitida por Correos, sin que se hayan recibido alegaciones.

### **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO:** Don **B.B.B.**, realizó, el día 8 de diciembre de 2016, reserva para la cena del día 31 de diciembre de 2016 en el restaurante MOLI D'EN SOPA.

**SEGUNDO:** El responsable del restaurante creó un grupo de whatsapp con las personas que participaban en dicha cena, enviando un listado con el nombre y apellidos de quien hizo la reserva, el número de personas que cenarían y un plano del restaurante con la ubicación de la mesa.

**TERCERO:** Don **B.B.B.** salió del grupo pero fue incluido nuevamente por el administrador, recibiendo un mensaje privado, en el que le comunicaban que si sale del grupo se anulará la reserva.

### **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 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

#### **II**



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 entidad MOLI D'EN SOPA, S.L., es responsable de la creación de un grupo de whatsapp con las personas que participaban en la cena de Nochevieja. Asimismo, consta que en el mensaje de whatsapp, se insertó un listado con los datos personales de todos los comensales que

habían reservado mesa para la cena de esa noche, sin que el denunciante hubiera consentido con anterioridad dicho tratamiento de sus datos personales.

Por tanto, resulta que la entidad MOLI D'EN SOPA, S.L., no disponía del consentimiento del afectado para el tratamiento de datos realizados, consistente en la utilización de sus datos en un grupo de whatsapp.

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.”*

El principio cuya vulneración se imputa a la entidad MOLI D'EN SOPA, S.L., 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.

En este caso, la entidad MOLI D'EN SOPA, S.L., 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

Asimismo, procede determinar las responsabilidades que se derivan de la revelación de los datos que resulta de la divulgación en un grupo de whatsapp de los datos de todas las personas que han reservado una mesa para cenar el día 31 de diciembre.

El artículo 10 de la LOPD dispone:

*“El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”.*

El deber de confidencialidad obliga no sólo al responsable del fichero sino a todo aquel que intervenga en cualquier fase del tratamiento.

Este deber de secreto comporta que el responsable de los datos almacenados no pueda revelar ni dar a conocer su contenido, teniendo el *“deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”*. Este deber es una exigencia



elemental y anterior al propio reconocimiento del derecho fundamental a la libertad informática, a que se refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30/11, y, por lo que ahora interesa, comporta que los datos tratados no pueden ser conocidos por ninguna persona o entidad ajena fuera de los casos autorizados por la Ley, pues en eso consiste precisamente el secreto.

Este deber de sigilo resulta esencial en las sociedades actuales cada vez más complejas, en las que los avances de la técnica sitúan a la persona en zonas de riesgo para la protección de derechos fundamentales, como la intimidad o el derecho a la protección de los datos que recoge el artículo 18.4 de la Constitución Española. En efecto, este precepto contiene un *“instituto de garantía de los derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”* (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30/11). Este derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino que impida que se produzcan situaciones atentatorias con la dignidad de la persona, es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida.

En el presente caso, la entidad MOLI D'EN SOPA, S.L., con la incorporación de un listado con los datos personales de todos los que habían reservado una mesa para la cena del día 31 de diciembre, permitió el acceso por parte de terceros a datos personales relativos al afectado, según el detalle que conste en los hechos probados, cuestión que ha quedado acreditada en el presente procedimiento sin que el titular de los datos o sus representantes legales hubiesen prestado su consentimiento para ello.

Por tanto, queda acreditado que por parte de la entidad MOLI D'EN SOPA, S.L., responsable de la custodia de los datos en cuestión, se vulneró el deber de secreto, garantizado en el artículo 10 de la LOPD, al haber posibilitado el acceso no restringido por terceros a datos personales sin contar con el consentimiento del titular de tales datos.

La vulneración del deber de secreto aparece tipificada como infracción grave en el artículo 44.3.d) de la LOPD. En este precepto se establece lo siguiente:

*“d) La vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal al que se refiere el artículo 10 de la presente Ley”.*

En el presente caso, según ha quedado expuesto, consta acreditado que los datos personales del afectado fueron divulgados a terceros no interesados por la entidad MOLI D'EN SOPA, S.L., no habiéndose acreditado que aquél hubiesen prestado el consentimiento necesario para ello. Por tanto, se concluye que la conducta imputada a MOLI D'EN SOPA, S.L., se ajusta a la tipificación prevista en el 44.3.d) de la LOPD.

## V

Los hechos constatados, consistentes en tratar los datos del afectado, insertados en un listado que se incluyó en un grupo de whatsapp, constituye una base fáctica para

fundamentar la imputación a la entidad MOLI D'EN SOPA, S.L., de las infracciones de los artículos 6 y 10 de la LOPD.

No obstante, nos encontramos ante un supuesto de concurso medial, en el que un mismo hecho deriva en dos infracciones, dándose la circunstancia que la comisión de una implica, necesariamente, la comisión de la otra. Esto es, del tratamiento de datos que supone incorporar datos personales a un grupo de whatsapp, a su vez, deriva en una vulneración del deber de secreto; y procede subsumir ambas infracciones en una, procediendo imponer únicamente declarar la infracción más grave que, en este caso, corresponde a la prevista para la infracción del artículo 6 de la LOPD que, además, se trata de la infracción originaria que ha implicado la comisión de la otra.

## VI

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”.*

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 por la concurrencia de varios criterios de los enunciados en el artículo 45.4 de la LOPD, concretamente, la no vinculación de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, la ausencia de reincidencia y que no constan perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas, salvo las que se desprenden de la infracción cometida.

Asimismo, procede requerir a la entidad MOLI D'EN SOPA, S.L., para que adopte nuevas medidas que impidan que en el futuro pueda producirse una infracción de naturaleza similar. Teniendo en cuenta las circunstancias puestas de manifiesto en el presente procedimiento, se insta a la citada entidad para que no cree grupos de whatsapp de comensales, salvo que cuente con el consentimiento de los mismos para la finalidad pretendida.

De acuerdo con lo señalado,

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

**SE ACUERDA:**



**1.- APERCIBIR (A/00203/2017)** a la entidad MOLI D'EN SOPA, S.L., 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, y de conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 37.a), f) y n) de la LOPD, que atribuye la competencia a la Directora 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 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.

**2.- REQUERIR** a la entidad MOLI D'EN SOPA, S.L., 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 al denunciado a para que no cree grupos de whatsapp de comensales, salvo que cuente con el consentimiento de los mismos para la finalidad de ubicarles en sus mesas.

**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 que solo tratará los datos de las personas que reservan mesa en su restaurante, incluyéndolos en grupos de whatsapp si cuenta con su consentimiento en el sentido indicado.

**3.- NOTIFICAR** el presente Acuerdo a MOLI D'EN SOPA, 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 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 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