



Procedimiento N°: A/00245/2018

RESOLUCIÓN: R/01581/2018

En el procedimiento A/00245/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **GRUPO EL ÁRBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.A.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 12/03/2018 tiene entrada en esta Agencia una denuncia presentada por **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante), contra **CASH & CARRY - GRUPO EL ÁRBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.A.**, manifestando que al comprobar que el importe de su nómina no le parecía correcto, solicitó información al servicio de recursos humanos de su empresa y en la contestación le informan de que tiene un embargo judicial, de lo que también informan al Jefe de tienda y al Jefe de zona.

Y, entre otra, anexa la siguiente documentación:

Copia del correo electrónico remitido por la denunciante, con fecha 27/02/2018, a M.M.M.@diagroup.com, en el que solicita información sobre el importe que ha recibido en su nómina.

Copia de la contestación al correo anterior, de la misma fecha, remitido desde M.M.M.@diagroup.com a la denunciante, con copia a B.B.B. y a C.C.C., informando que ha cobrado menos porque tiene una retención judicial de 130€.

Copia del correo electrónico de la misma fecha, remitido por la denunciante con posterioridad, a la dirección M.M.M.@diagroup.com en el que indica su disconformidad a que hayan puesto en copia a sus jefes en un tema tan personal.

SEGUNDO: Durante las presentes actuaciones se solicita a la denunciada los motivos de la respuesta enviada por correo electrónico a las dos personas,

GRUPO EL ÁRBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.A. ha remitido a la Agencia, en su escrito de fecha 8/05/2018, la siguiente información en relación con los hechos denunciados:

1. La denunciante prestaba sus servicios en la tienda de Cash&Carry de ****POBLACION.1**. Aportan copia impresa de los datos que figuran en sus ficheros relativos a la misma, entre los que figura una retención judicial mensual de 130,99 € de la Agencia Tributaria de Aragón, con fecha de inicio 1/02/2018 y fecha de fin 28/02/2018.



2. Respecto a la causa por la que el correo electrónico remitido por **M.M.M.** a la denunciante, el 27/02/2018, con copia a **B.B.B.** y a C.C.C., informando de la existencia a nombre de la denunciante de una retención judicial manifiestan que:

- a. D. **B.B.B.** es el jefe de la zona en la que está incluida la tienda en la que prestaba sus servicios la denunciante y D. **C.C.C.** es el jefe de la tienda de *****POBLACION.1**. Ambos son los responsables de la selección y contratación de la denunciante y ellos le comunicaron sus condiciones salariales. Aportan organigrama de la empresa donde figuran los cargos que ambos ocupan en ella.
- b. Mensualmente el Jefe de Zona informa al departamento de Recursos Humanos de los incentivos que hay que pagar a los comerciales para que se proceda a confeccionar la nómina.

En caso de producirse cualquier incidencia con la nómina, el procedimiento interno exige que el Jefe de Tienda canalice con Recursos Humanos lo que afecte a los empleados de su establecimiento.

Por dicha razón operativa, el correo remitido por M.M.M. (Recursos Humanos), conforme al procedimiento referido, se envía con copia al Jefe de Tienda y al Jefe de Zona.

TERCERO: Con fecha 24/07/2018, la directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00245/2018 contra GRUPO EL ÁRBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.A por infracción del artículo 10 de la LOPD tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma.

CUARTO: Con fecha 31/08/2018 se reciben alegaciones de la denunciada en las que indica que han adoptados las siguientes medidas para evitar que vuelva a suceder:

- a) A las personas que intervinieron en los hechos, se les han enviado correos electrónicos con advertencias, recomendaciones y modos de proceder en el futuro.
- b) Acompañan copia de un correo electrónico dirigido entre otros a los que intervinieron en los hechos denunciados con directrices de actuación, fechado a 31/08/2018.
- c) Han remitido a todos los responsables de recursos humanos de la sede y de los centros regionales correos electrónicos recordando la confidencialidad de los datos, y recomendando ajustarse a responder a la persona que consulta exclusivamente.
- d) En cuanto a las normas internas se ha insistido en la confidencialidad.



HECHOS PROBADOS

- 1) Con fecha 27/02/2018, una empleada de la empresa denunciada respondía en un e-mail a la denunciada sobre una información que esta había hecho, sobre el importe y composición de su nómina. En la respuesta, del mismo día, la empleada ponía en copia a dos empleados de la entidad su respuesta. El mensaje de dicho correo indicaba las cuantías de los incentivos de ventas, y añadía: *“Si bien en neto has cobrado menos dado que tienes una retención judicial de 130 euros (esto es un tema tuyo de embargo)*. Los empleados a los que se dirigió la copia del mensaje son el jefe de zona de la tienda y jefe de la tienda.

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

El artículo 45.6 de la LOPD, indica:

“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”.

Teniendo en cuenta que en el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado apartado 6, y **GRUPO EL ÁRBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.A.** no tiene como actividad principal el tratamiento de datos, se aplica el procedimiento de apercibimiento.



III

La infracción que se imputa a la denunciada es la del artículo 10 de la LOPD que señala: *"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"* tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha LOPD que indica: *"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."*

La denunciada indica que el protocolo interno establecido era que cada mes el jefe de zona informa a recursos humanos de los incentivos a pagar a los comerciales, y que *"en caso de producirse alguna cuestión sobre la nómina, el procedimiento interno exige que cada jefe de tienda canalice con RRHH lo que afecta a los empleados de su establecimiento"* Sin embargo, en este caso, fue la empleada de RRH la que ante una cuestión particular de la denunciante, comunicó la retención a los dos empleados y su cuantía, sin que se ajuste a dicho protocolo pues no se trata de la discusión de las comisiones, sino de forma genérica de la cuantía global, y sin necesidad de que dichas personas conocieran dicha circunstancia.

Se acredita la comisión de la citada infracción, que figura tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la LOPD que indica: *"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."*

IV

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 SEXTO:



“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..., 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.”

En el presente caso, ha quedado acreditado que la denunciado ha adoptado medidas para corregir y evitar que los datos personales se comuniquen a terceros



ajenos a la cuestión, considerando además la intervención humana en los envíos de los correos electrónicos.

En consecuencia, deben estimarse adoptadas ya las medidas correctoras pertinentes, por lo que procede resolver el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, en aplicación de lo establecido en el artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- **ARCHIVAR** el **APERCEBIMIENTO** (A/00245/2018) contra **GRUPO EL ÁRBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.A.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, con relación a la denuncia por infracción del artículo 10 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

3.- **NOTIFICAR** el presente Acuerdo a **GRUPO EL ÁRBOL DISTRIBUCIÓN Y SUPERMERCADOS, S.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 30/12, 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 22/12, 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 21/12.

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 1/10, 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 13/07, 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