



Procedimiento nº. PS/00144/2017

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00873/2017

Examinado el recurso de reposición interpuesto por D. **B.B.B.**, contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00144/2017, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 27/10/17, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00144/2017, en virtud de la cual se imponía a la entidad **A.A.A.-PROMINVA, S.L** una sanción de 3000 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 37.1.f) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.i, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 .2 .4 y .5 de la citada Ley Orgánica CO de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDO: D. **B.B.B.** (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en fecha 20/11/17, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en que no es administrador de dicha sociedad mercantil, ni existe en el edificio ningún establecimiento en funcionamiento en este momento. Generándose además indefensión al haberse notificado la resolución a través de publicación en el BOE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP).

II

La motivación del procedimiento sancionador fue establecida en los fundamentos de Derecho del (II al VII) ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<<<< II

Se inició el presente procedimiento sancionador al concluirse que, por parte del denunciado, no se han adoptado las medidas correctoras solicitadas y por consiguiente no se ha atendido el requerimiento efectuado, en la resolución de 18/4/16, por la Directora de la Agencia de Protección de Datos

Se comunicaba así mismo que dichos hechos podrían suponer infracción del artículo 37.1.f de la LOPD, infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.i de dicha norma,

III

El artículo 41 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas dispone que en su artículo 41: “Condiciones generales para la práctica de las notificaciones.”, lo siguiente: “1. Las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía. No obstante lo anterior, las Administraciones podrán practicar las notificaciones por medios no electrónicos en los siguientes supuestos: a) Cuando la notificación se realice con ocasión de la comparecencia espontánea del interesado o su representante en las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificación personal en ese momento. b) Cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante. Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente”.

En el presente caso consta notificado el Acuerdo de Inicio a través de su publicación en el BOE, de fecha 5/6/17 tal como se establece en el art. 44 de la Ley 39/15. Que dispone que: “Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentado ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado”

Y tal como se advertía en el citado Acuerdo, el transcurso del plazo concedido para alegaciones sin que se hayan recibido las mismas, implica que se eleve el procedimiento a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos a los efectos de dictar resolución al respecto, dado que en la notificación del acuerdo de apertura del procedimiento se informaba que, en caso de no realizar alegaciones contra dicho acuerdo, se entendería el mismo como propuesta de resolución.

La STS de 19 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 2617) recaída en recurso de casación en interés de ley, interpretando el artículo 13.2 del Real Decreto 320/1994 por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento Sancionador en Materia de Tráfico, circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, declara que basta que el interesado no haya formulado alegaciones sobre el contenido del boletín de denuncia que inicia el procedimiento, para que no sea preceptiva la notificación de la propuesta de resolución, ni necesario, en consecuencia, el trámite de audiencia, al servir el acuerdo de iniciación como propuesta de resolución.

En conclusión, se han observado las prescripciones citadas al respecto, por lo que es conforme a derecho considerar el citado acuerdo de iniciación como propuesta de resolución.



IV

El artículo 37.1.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal señala que “son funciones de la Agencia de Protección de Datos: a) Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos”.

En el presente procedimiento sancionador ha quedado acreditado que el denunciado fue apercibido según la posibilidad que ofrece el artículo 45.6 de la LOPD que permite excepcionalmente al órgano sancionador, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado 5 del mismo artículo, 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.

En el mismo acuerdo de apercibimiento la Agencia resolvió REQUERIR al denunciado de acuerdo con lo establecido en el apartado 6 del artículo 45 de la Ley 15/1999, para que acreditase en el plazo de un mes el cumplimiento de lo previsto en el artículo 6 de la LOPD; advirtiéndole que si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo determinado se procedería a la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.

Para constatar el cumplimiento de lo requerido se inició un Expediente de Actuaciones Previas de Investigación E/03525/2016. Del contenido de estas actuaciones previas de investigación se desprende que no consta que el denunciado haya adoptado las medidas correctoras solicitadas y no consta que se haya atendido el requerimiento efectuado, en la resolución de 18/4/16 al no haber acreditado –mediante algún medio de prueba válido en derecho-, que las cámaras tenían un carácter disuasorio y no grababan.

V

El artículo 44.3.i) de la LOPD considera que es infracción grave “no atender los requerimientos o apercibimientos de la Agencia Española de Protección de Datos o no proporcionar a aquélla cuantos documentos e informaciones sean solicitados por la misma.”

El hecho constatado de la falta de atención al requerimiento del Director de esta Agencia Española de Protección de Datos al imputado en este procedimiento, establece la base de facto para fundamentar la imputación de la infracción del artículo 37.1.f).

VI

Según el artículo 45.2 de la LOPD, “las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros”. Los apartados 4 y 5 del mismo artículo establecen que:

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 IIS 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:*

** 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.*

** Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.*

** Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.*

** Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*

** 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.”*

Respecto de la aplicación del artículo 45.5 considerando la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo, en especial no puede obviarse que la conducta infractora se realizó por una persona física no habituada al tratamiento de datos personales lo que lleva a apreciar la existencia de una cualificada disminución de la culpabilidad y procede imponer una sanción correspondiente a una infracción leve.

Por otro lado respecto de los criterios que recoge el art. 45.4 relativos a la aplicación del principio de proporcionalidad en la graduación del importe de la sanción, y según las indicaciones del art. 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que dispone: “3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer



y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios: a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad. b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora. c) La naturaleza de los perjuicios causados. d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.” se concluye que de la secuencia de hechos expuesta en esta resolución, valorada en aplicación de dichos criterios, permiten que en este caso se considere procedente la imposición de una sanción en la cuantía de 3.000 euros, en aplicación de los criterios contemplados por la Audiencia Nacional en la Sentencia de 5/5/16.>>>>

III

En el presente caso, procede analizar como motivo de recurso la alegación formulada por D. **A.A.A.** de que no es administrador de la Sociedad **Prominva SL** (con CIF **C.C.C.**) y en consecuencia no procede imputarle una infracción por el incumplimiento de las medidas correctoras establecidas en la resolución del Apercibimiento de 18/4/16, cuyo incumplimiento motivó la apertura del procedimiento sancionador PS/00144/2017, que finalizó con la imposición de una sanción de 3000 euros, por incumplimiento del art. 37.1.F) que atribuye como competencia de la AGPD la facultad de *“Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta “, sancionando el incumplimiento de dicha atribución, según lo establecido en el art. 44.3.i de la LOPD como infracción grave por “no atender los requerimientos o apercibimientos de la Agencia Española de Protección de Datos o no proporcionar a aquélla cuantos documentos e informaciones sean solicitados por la misma.”*

Ahora bien, debe tenerse en cuenta, a la hora de analizar el fondo del asunto, que la resolución 18/4/16 resolvió apercibir y requerir a D. **A.A.A.**, SL, en cuanto entidad titular del establecimiento La Panera para que “o bien retire la cámara instalada en el exterior del establecimiento, o bien la reoriente, de tal manera que no se capten imágenes desproporcionadas de la vía pública”. Es decir se entendía que el responsable de la instalación era una entidad jurídica y no una persona física; y por lo tanto, en base a lo establecido en el art. 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de Sector Público, que establece que: *“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”* y del art. 47 de la LOPD que establece que *“los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley”*; procede desestimar el motivo de recurso presentado, toda vez que la titularidad del responsable de la instalación, y por consiguiente del cumplimiento de las obligaciones derivadas del tratamiento de los datos personales, no se ha identificado en una persona física sino en una persona jurídica: **A.A.A.**, como entidad responsable que es la que tiene que soportar la sanción establecida en la resolución motivo del presente recurso.



Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

La Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE**:

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por D. **B.B.B.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 27 de octubre de 2017, en el procedimiento sancionador PS/00144/2017, indicando al sancionado que queda sin efecto la obligación de abonar la multa impuesta en la Resolución recurrida.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a D. **B.B.B.**.

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, se podrá interponer 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos