

RESOLUCIÓ del procediment sancionador núm. PS 25/2011, referent a Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA i Transports de Barcelona, SA.

Antecedents

Primer.- En data 05/11/2010, va tenir entrada en aquesta Autoritat, un escrit d'una persona pel qual formulava denúncia contra les empreses Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA i Transports de Barcelona, SA (en endavant, TMB per referir-se a ambdues entitats de forma conjunta) amb motiu d'un presumpte incompliment de la normativa reguladora de la protecció de dades de caràcter personal.

En concret, la persona denunciant exposava que, en el marc de la recollida de dades personals dels participants de la promoció "Subtravelling Festival Microcurts", 2a Mostra Internacional de curtmetratges al metro, i en especial a les bases reguladores d'aquest concurs, TMB no informava de la finalitat per a la qual es destinarien les dades personals una vegada conclusa la promoció.

La persona denunciant aportava amb el seu escrit dues impressions de pantalla del web de la promoció i còpia de les bases d'aquesta.

Segon.- L'Autoritat Catalana de Protecció de Dades va iniciar una fase d'informació prèvia (IP 174/2010) d'acord amb el que preveu l'article 7 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, en relació amb disposició transitòria segona de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, per tal de comprovar la realitat dels fets denunciats i d'obtenir més informació sobre les circumstàncies dels fets i els subjectes responsables.

Tercer.- En el si d'aquesta fase d'investigació, el 09/11/2010 l'Àrea d'Inspecció de l'Autoritat va efectuar una sèrie de comprovacions a través d'Internet en relació amb els fets objecte de denúncia. Així, a l'accedir al web de la promoció (<http://subtravellingfestival.tmb.cat/>), es va constatar que es podia participar en el concurs a través de votació per un dels microcurts preseleccionats fins al 21/10/2010. En accedir a l'apartat de votacions (<http://subtravellingfestival.tmb.cat/microcurts>), va aparèixer el següent missatge: "Votacions tancades", no essent possible continuar amb el procés de votació.

Així mateix, a partir de la pàgina esmentada es va accedir a les bases legals de la promoció (http://subtravellingfestival.tmb.cat/uploads/files/bases_microcurts.pdf) i se'n va imprimir una còpia.

Quart.- També en el marc de les actuacions prèvies, el 18/11/2010 es va requerir a TMB, per tal que informessin sobre els aspectes següents: per a quina finalitat haurien conservat les dades de caràcter personal recollides, un cop finalitzada la promoció; com s'hauria informat a les persones afectades d'aquesta finalitat, tot aportant-ne acreditació documental; i finalment, atès que en les bases s'informava que una vegada acabada la promoció TMB crearia un fitxer, es demanava que indiquessin si havien creat aquest fitxer, així com l'entitat responsable

d'aquest, les finalitats de la recollida de les dades, i si havien notificat la seva inscripció al Registre de Protecció de Dades de Catalunya.

Aquest requeriment va ser contestat mitjançant escrit de 25/11/2010 signat conjuntament per ambdues entitats requerides, en què es donava resposta a les sol·licituds d'informació formulades per aquesta Autoritat.

TMB exposava, entre d'altres, el següent:

- Que en data 08/11/2001, les societats Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA i Transports de Barcelona, SA van inscriure a l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (AEPD) el fitxer denominat "Promociones".
- Que en data 28/08/2002 es va modificar el fitxer esmentat, ampliant les dades a determinats tipus de clients i canviant la seva denominació a "Comercial".
- Que és cert que en les bases del concurs s'informa que TMB crearà un fitxer.
- Que quan les bases preveuen la creació d'un fitxer, es refereixen a una base de dades, no al terme fitxer regulat per la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal (en endavant, LOPD), atès que com consta en el fitxer inscrit, les finalitats del mateix són gestionar la promoció i remetre publicitat, fer enquestes, etc.
- Que aquesta finalitat està configurada al web de la promoció, que és el lloc on efectivament es recullen i sol·liciten les dades personals de la promoció (<http://subtravellingfestival.tmb.cat/registrat>).
- Que mitjançant la marcació prèvia i necessària s'obté el consentiment del participant a la política de privacitat.
- Que per un error involuntari, les bases del concurs no es corresponen amb el format del web, que inclou expressament l'autorització per a utilitzar les dades, prèvia marcació, per a usos comercials i de publicitat.
- Que per tant, les dades personals dels participants de la promoció consten en el fitxer Comercial mentre es gestioni la promoció, i si una vegada acabada aquesta, l'Autoritat considera que el consentiment obtingut no és correcte per aquesta discrepància, es cancel·laran les dades o se sol·licitarà autorització d'acord amb la LOPD.

TMB aportava còpia dels documents acreditatius de la creació del fitxer "Promociones" tant per Transports de Barcelona, SA com per Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA i la modificació per part d'aquesta darrera societat del fitxer referit, el qual passa a denominar-se "Comercial".

Cinquè.- En data 30/11/2010, l'Àrea d'Inspecció de l'Autoritat va accedir al web que indicava TMB en l'escrit pel qual donava compliment al requeriment formulat per aquesta Autoritat (<http://subtravellingfestival.tmb.cat/registrat>), als efectes de comprovar com es donava compliment al deure d'informació en el moment de procedir a la recollida de les dades personals dels participants del concurs "Subtravelling Festival Microcurts".

Així, es va comprovar que a la pàgina esmentada apareixia un qüestionari a emplenar pels participants, en el qual se sol·licitaven diverses dades personals, així com hàbits d'ús del

transport públic. Al final d'aquest qüestionari hi havien dues caselles amb el següent contingut:

1. *"He llegit i accepto les condicions de les bases de participació del Concurs."*
2. *"Treballo a TMB."*

A l'introduir les dades requerides i una vegada es premia la tecla "Envia", apareixia una pantalla amb el mateix formulari de registre, però on s'inclouïa el següent missatge: *"Formulari enviat correctament! Gracies per registrar-te a TMB."*

D'altra banda, en el cas de no prémer la primera de les caselles referent a l'acceptació de les bases de participació, es va constatar que, a diferència, del que es sol·licitava en el qüestionari, apareixia el següent missatge:

"Formulari incomplet!

Si vols registrar-te tens que omplir tots el següents camps obligatoris: (...)

- Has d'acceptar les condicions de l'avís legal i les bases del concurs per poder participar-hi."

A efectes de constatació dels fets, es van realitzar 5 impressions de pantalla de tot el procés de registre.

D'altra banda, es va comprovar que al donar l'ordre d'impressió del formulari –opció voluntària i no forçada en el procés de recollida de les dades-, a diferència del que es visionava a través del web, la versió impresa del formulari incloïa la política de privacitat del grup TMB, la qual es corresponia amb la inclosa dins l'"Avís Legal" del web relatiu a la promoció. Així, en la política de privacitat s'informava, entre d'altres, del tractament de les dades personals recollides amb finalitats comercials i publicitàries, i per fer enquestes, estadístiques i anàlisis de tendències de mercat. Aquesta informació però no era coincident amb la que figurava en les bases de la promoció, les quals de conformitat amb el que figurava en la primera de les caselles del formulari electrònic, eren les que s'acceptaven.

Sisè.- En el marc de la informació prèvia iniciada es va comprovar que al Registre General de Protecció de Dades depenent de l'AEPD hi consta que, entre d'altres fitxers, Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA i Transports de Barcelona, SA van inscriure, cadascuna, el fitxer *"Comercial"*, el qual en ambdós casos té la finalitat de *"Tratamiento de datos para cumplir las obligaciones contractuales y para acciones de marketing y publicidad"*.

Setè.- També en el si d'aquesta fase d'informació, mitjançant ofici notificat el 20/01/2011 a la persona denunciant, se li va sol·licitar que informés sobre si després d'haver facilitat les seves dades personals a TMB per tal de participar en la promoció "subtravelling", havia rebut per part d'aquesta entitat o qualsevol altra, alguna comunicació promocional o publicitària que considerés se li pogués haver dirigit fent ús de les dades que havia facilitat en participar en la dita promoció. En cas afirmatiu, se sol·licitava que aportés la documentació acreditativa. Un cop transcorregut el termini concedit a l'efecte, la persona denunciant no va donar resposta a aquesta sol·licitud d'informació.

Vuitè.- En data 17/03/2011, la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades va acordar iniciar procediment sancionador contra TMB, per una presumpta infracció lleu prevista a l'article 44.2 d) de la LOPD, en relació amb l'article 5 LOPD. Així mateix, va nomenar instructor de l'expedient al funcionari de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, XXX.

Aquest acord d'inici es va notificar, juntament amb el plec de càrrecs, a l'entitat imputada el 21/03/2011. Respecte a la persona denunciant, s'han dut a terme diversos intents de notificació al domicili que assenyalava a la seva denúncia, en dies i hores diferents, però tots ells han resultat infructuosos.

Novè.- Durant el termini per formular al·legacions, en data 23/03/2010 es va donar vista de l'expedient a la persona representant de TMB, prèvia ocultació de les dades identificatives de la persona denunciant.

Posteriorment, TMB va formular al·legacions al plec de càrrecs mitjançant escrit de 25/03/2011.

Desè.- En data 28/04/2011 l'instructor d'aquest procediment va formular proposta de resolució, per la qual proposava que la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades que imposés a TMB la sanció consistent en una multa de 1.500 euros com a responsable d'una infracció lleu prevista a l'article 44.2 d) LOPD en relació amb l'article 5 del mateix text legal. Aquesta proposta de resolució fou notificada a TMB en data 03/05/2011.

Respecte a la persona denunciant es van dur a terme diversos intents de notificació al domicili que assenyalava a la seva denúncia, en dies i hores diferents, però tots ells han resultat infructuosos.

Onzè.- Mitjançant escrit dipositat a l'oficina de Correus en data 09/05/2011, TMB formulava al·legacions a la proposta de resolució. Aquestes al·legacions s'analitzen a l'apartat segon dels fonaments de dret.

Del conjunt de les actuacions practicades en aquest procediment es consideren acreditats els fets que seguidament es detallen com a fets provats.

Fets Provats

Primer.- En el marc de la promoció "Subtravelling Festival Microcurts", 2a Mostra Internacional de curtmetratges al metro, Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA i Transports de Barcelona, SA van recollir –conjuntament– a través d'Internet, i en concret al web "www.subtravellingfestival.tmb.cat", les dades personals dels participants de la dita promoció durant el període comprès entre el 08/10/2010 i el 21/10/2010.

Segon.- D'acord amb el formulari electrònic emprat per registrar-se a la dita promoció (www.subtravellingfestival.tmb.cat/registra), de conformitat amb el que va constatar l'Àrea d'Inspecció en data 30/11/2011, per participar-hi només es requeria l'acceptació de les bases de la promoció, les quals es trobaven disponibles abans d'accedir al formulari electrònic (www.subtravellingfestival.tmb.cat/microcurts).

En la base número 10 s'informava que TMB recollia les dades dels participants i guanyadors de la promoció amb *“la finalitat de gestionar la participació i remetre el premi obtingut.”* Així mateix, també s'informava que *“Un cop finalitzada la PROMOCIÓ, TMB conservarà les dades que li hagin facilitat els participant i crearà un fitxer del que TMB no en farà difusió externa”.*

Les bases de la promoció no informaven de manera expressa, precisa i inequívoca de la finalitat per a la qual es destinarien les dades personals recollides, i en concret, respecte l'eventual finalitat de fer enquestes, estadístiques i anàlisis de tendències de mercat o en relació a finalitats comercials i publicitàries. Així mateix, tampoc no s'informava sobre l'existència dels dos fitxers que ambdues entitats tenen registrats per separat, amb idèntic nom (“COMERCIAL”), als quals s'incorporaven les dades de caràcter personal recollides en el marc de la promoció.

Tercer.- En el procés de recollida de dades, si es donava l'ordre d'impressió del formulari electrònic –opció voluntària i no forçada en el procés de recollida de les dades- es visualitzava el contingut de la *“política de privacitat”*. A aquest contingut també s'hi accedia si es premia l'enllaç que figurava en el mateix formulari electrònic relatiu a les *“bases de participació”*, ja que en comptes de mostrar-se aquestes, s'obria una finestra amb el contingut de la política de privacitat esmentada. Val a dir que al contingut de la política de privacitat s'hi accedia també prement l'enllaç de *“avis legal”* que figurava al web de la promoció. Aquest contingut de la política de privacitat en cap cas no es visualitzava automàticament quan s'enviava el formulari, ni resultava obligatori prémer el dits enllaços per registrar-se en la promoció.

Quart.- A diferència del que figurava a les bases de la promoció acceptades per les persones participants, en el contingut de l'avis legal o política de privacitat s'informava que les seves dades recollides de les persones participants s'incorporaven al fitxer denominat *“PROMOCIONS”* –fitxer que va ser objecte de modificació, passant-se a denominar *“COMERCIAL”*–, així com s'informava també de la recollida de les seves dades de caràcter personal amb les següents finalitats: *“(i) prestar els serveis als que tindrà accés a través del Portal de TMB (compravendes, promocions, concursos i esdeveniments), (ii) comercials i publicitaris, i (iii) fer enquestes, estadístiques i anàlisis de tendències de mercat.”*

Al seu torn, l'avis legal o política de privacitat subjectava el tractament de les dades personals per a les finalitats en els apartats *“(ii)”* i *“(iii)”*, a l'autorització expressa de les persones interessades, fins i tot en el cas que les dades fossin recollides *“via internet”*, mitjançant marcació, però en el procés de recollida de les dades no s'oferia la possibilitat de marcar una casella per autoritzar el tractament amb les finalitats descrites en els punts esmentats.

Fonaments de Dret

Primer.- És d'aplicació al present procediment el previst al Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat, segons el previst a la DT 2^a de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades. De conformitat amb l'article 5 i 8 de la Llei 32/2010, la resolució del procediment sancionador correspon a la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades.

Segon.- En el curs del procediment sancionador TMB va formular al·legacions davant el plec de càrrecs, les quals es van abordar de forma motivada a la proposta de resolució, i també ha formulat al·legacions TMB davant aquesta proposta de resolució, les quals procedeix abordar tot seguit.

2.1.- Sobre l'obtenció de les dades dels participants per gestionar la promoció.

TMB al·lega que no era necessària l'obtenció del consentiment de les persones de qui es recollien dades personals, atès que existia una relació contractual. A aquest respecte, cal deixar palès que en el present procediment sancionador no s'imputa a TMB el tractament de les dades de caràcter personal dels participants de la promoció amb la *"finalitat de gestionar la participació i remetre el premi obtingut"* sense el consentiment d'aquests, motiu pel qual no és necessari efectuar cap consideració al respecte.

Afegeix TMB que les bases del concurs, *"de obligado cumplimiento, informaban de la finalidad inicial, la de gestionar la promoción, así como del resto de los requisitos del referido artículo 5."* Pel que fa al contingut de les bases del concurs, tal com exposava la persona instructora en la proposta de resolució –i tal com consta en el segon fet provat-, TMB no informava de manera expressa, precisa i inequívoca de l'existència dels dos fitxers que ambdues entitats tenen registrats per separat, amb idèntic nom ("COMERCIAL"), als quals s'incorporaven les dades de caràcter personal recollides en el marc de la promoció.

D'acord amb el que s'ha exposat, aquesta al·legació no pot prosperar.

2.2.- Pel que fa a la utilització de les dades recollides per a altres finalitats.

TMB admet que en les bases de la promoció s'anunciava la creació d'un nou fitxer, la finalitat del qual no s'especificava. Així mateix, considera que la informació sobre la titularitat dels fitxers resultava evident de la lectura de les bases. Entén TMB que aquestes deficiències s'esmenen en la fulla d'inscripció a la promoció, a l'obtenir-se el consentiment de les persones afectades per mitjà de la marcadó d'una casella. Davant això, considera que s'hauria produït un *"simple error material"* que no permetria imposar una sanció, per a la qual s'exgeix –segons TMB- la presència de dol o culpa. Finalment, TMB manifesta que si bé estan d'acord en que no es poden tractar les dades obtingudes per a una altra finalitat, atès que *"podimos inducir a error en el participante al obtener su consentimiento"*, no ha utilitzat les dades obtingudes per a cap altra finalitat diferent a la gestió de la promoció, ni ha creat un nou fitxer.

Primerament, s'ha de posar de manifest que ni en la proposta de resolució ni en el plec de càrrecs no s'imputava a TMB la manca d'informació en allò referent a la identificació del responsable del tractament (article 5.1.e de la LOPD).

Assentat l'anterior, en relació a l'esmena de les deficiències relatives a la creació d'un nou fitxer i la finalitat d'aquest, com exposava la persona instructora en la proposta de resolució, quan es premia l'enllaç inclòs en la primera de les caselles (*"He llegit i accepto les condicions de les bases de participació del concurs"*) del qüestionari mitjançant el qual les persones facilitaven les seves dades personals, apareixia la informació referent a la política de

privacitat. Ara bé, cal remarcar que l'enviament del formulari electrònic complimentat amb les dades personals no estava condicionat a l'accés previ al dit enllaç, motiu pel qual no es garantia que les persones afectades estiguessin informades dels extrems continguts a la política de privacitat. A més, cal tenir en compte que segons s'inferia del literal d'aquesta casella, a les persones que emplenaven correctament el formulari, se les informava que amb la seva participació acceptaven les condicions fixades a les bases del concurs, les quals podien haver consultat al mateix web amb caràcter previ a la formalització del registre. I en les bases de la promoció la informació allà facilitada no coincidia amb la que figurava a la política de privacitat, a la qual certament s'accedia si es premia l'enllaç de "bases de participació" o si s'imprimia el formulari electrònic.

Per tant, les mancances referides no quedaven esmenades durant el procés d'inscripció, doncs com constava del literal de la casella esmentada, eren les bases de la promoció el que havien d'acceptar els participants.

Pel que fa a la manifestació referent a que l'error material no seria suficient per sancionar, ja que hauria de concórrer dol o culpa, com ja s'indicava a la proposta de resolució a l'abordar aquesta qüestió des de la perspectiva del principi de culpabilitat, l'article 130.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques, determinar el següent:

"1. Només poden ser sancionades per fets constitutius d'infracció administrativa les persones físiques o jurídiques que en resultin responsables, encara que només sigui per simple inobservança."

En relació a aquest principi, l'Audiència Nacional en la seva Sentència de 03/10/2007, també relativa a la matèria de protecció de dades personals, exposa que:

"El principio de culpabilidad previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 dispone que solo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia.

Aquí, sin embargo, no nos encontramos ante un supuesto de caso fortuito sino de falta de diligencia de la entidad demandante para detectar e impedir dicho fallo grave de seguridad, fallo que se hubiera impedido de haberse adoptado eficazmente las medidas de seguridad adecuadas, con lo que la protección en orden a la seguridad de los datos no fue eficaz, vulnerándose el artículo 9 LOPD y en definitiva el bien jurídico protegido por la infracción apreciada que es la seguridad de los datos."

Així, com assenyalava l'instructor, el fet imputat en el present procediment sancionador consistent en què TMB no va informar de manera expressa, precisa i inequívoca de la finalitat per a la qual es destinarien les dades personals recollides –la qual cosa admet l'entitat imputada–, així com tampoc no va informar de l'existència dels dos fitxers en els quals s'inclourien aquestes, ha quedat suficientment acreditat. Així les coses, l'error al qual s'aferra TMB per intentar justificar els fets imputats no els desvirtua ni impedeix la seva consideració com a fets provats i constitutius d'infracció, ja que si hagués actuat amb la diligència que li era exigible, aquell error s'hauria detectat a temps, la qual cosa hauria evitat que es consumés la vulneració del dret d'informació de les persones participants.

Al seu torn, en relació a l'al·legació formulada per TMB referent a que no ha utilitzat les dades obtingudes per a cap altra finalitat diferent a la gestió de la promoció ni ha creat un nou fitxer, cal fer les següents consideracions.

Tal com s'indicava a la proposta de resolució, atès que TMB no informava als afectats de manera expressa, precisa i inequívoca, prèviament a la recollida de les seves dades personals, del tractament de les seves dades per a finalitats de fer enquestes, estadístiques, d'anàlisis de tendències de mercat, comercials o publicitàries, no entraria en joc el consentiment tàcit esgrimit conforme als articles 14 i 15 del Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de desplegament de la LOPD (en endavant, RLOPD), i en conseqüència, una eventual utilització de les dades personals per a les dites finalitats, podria ser constitutiva d'una infracció greu. Així les coses, l'ús per a les finalitats descrites requeriria l'obtenció del consentiment de les persones afectades.

En qualsevol cas, es fa necessari insistir en què en el present procediment sancionador no s'imputa a TMB el tractament de les dades de caràcter personal obtingudes per a la finalitat de gestionar la promoció "Subtravelling" per a qualsevol altra finalitat diferent –com les abans esmentades–, al no tenir constància que s'hagi dut a terme aquest tractament amb finalitat diferent.

No obstant això, és evident que TMB ha conservat les dades de les persones participants en la promoció una vegada conclosa aquesta, o el que és el mateix, un cop assolida la finalitat informada. I arribats a aquest punt, resulta d'interès transcriure el que l'entitat imputada manifestava en l'escrit 25/11/2010 en resposta al requeriment formulat per aquesta Autoritat. En aquesta resposta de TMB, efectuada gairebé un mes després d'haver-se assolit la finalitat informada a les persones afectades –gestionar la participació i remetre el premi obtingut–, s'afirmava el següent:

"Aunque no se diga nada expresamente, es evidente que la finalidad para la que se pretenden guardar los datos de los participantes es la publicidad o dar a conocer los productos y servicios de TMB a los participantes.

Es cierto que, en las bases transcritas, se habla de la creación de un fichero, pero viene a referirse a una base de datos, no al término fichero regulado por la LOPD, pues legalmente, y como consta en el fichero inscrito, las finalidades del mismo son gestionar la promoción y remitir publicidad, hacer encuestas, etc.."

De conformitat amb el que s'ha transcrit, és inqüestionable que les finalitats per a les quals es pretenien conservar -i s'han conservat segons ha manifestat TMB- les dades personals dels participants de la promoció una vegada assolida la finalitat informada en les bases de la promoció, com a mínim, eren per a finalitats comercials i publicitàries. A aquestes finalitats s'haurien d'afegir les de fer enquestes, estadístiques i anàlisis de tendències de mercat si es tenen en compte les descrites a la política de privacitat que, segons TMB, era la informació que en realitat es volia donar als participants.

En definitiva, que fins i tot per al cas que no s'hagi efectuat el tractament descrit a la política de privacitat –que no a les bases de la promoció acceptades per les persones interessades-, es considera acreditat que TMB ha conservat les dades de caràcter personal a fi d'utilitzar-les per a unes finalitats diferents a les que havia informat a les bases de participació, en el moment de la seva recollida. En conseqüència, un cop assolida la finalitat que fou informada en el moment de la recollida, no era procedent la seva conservació ni cap altre ús diferent, tret que s'hagi obtingut a l'efecte el consentiment de les persones afectades. TMB es refereix a aquesta possibilitat per evitar la mesura correctora proposada, i en concret a l'eventual tractament de les dades amb finalitats publicitàries, cosa que s'abordarà en el següent apartat.

Per tot el que s'ha exposat, no poden reeixir el conjunt d'al·legacions analitzat en aquest punt.

2.3.- Pel que fa a la mesura correctora.

En relació amb la mesura proposada per l'instructor consistent en la supressió de les dades de caràcter personal, atès que ja s'hauria assolit la finalitat informada en el moment de la recollida, TMB manifesta que *“hay una serie de participantes que optaron por abrir la política de privacidad (aunque ésta estuviera por error con otro nombre), leerla, y marcar el expreso consentimiento para que sus datos fueran utilizados para remitir información de TMB”*. Considera TMB que en aquests casos no procediria la supressió proposada per l'instructor, ja que conforme els articles 14 i 15 del RLOPD i 21 de la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (en endavant, LSSICE), el consentiment per al tractament de les dades amb finalitats de publicitat i màrqueting es pot obtenir amb posterioritat.

En primer lloc, pel que fa a l'afirmació referent a que una sèrie de participants haurien obert i llegit la política de privacitat, així com que haurien marcat *“el expreso consentimiento”* per tal que les seves dades es tractessin amb finalitats que figuraven a la política de privacitat (comercials, publicitàries, anàlisi de tendències de mercat, etc.) cal advertir que fins i tot en l'eventual supòsit en què TMB pogués acreditar que determinades persones havien marcat la casella que figurava en el procés de recollida de les dades, s'ha de considerar invàlid als efectes pretesos per TMB, ja que allò consentit amb la marcació d'aquella casella era el tractament informat a les bases de participació del concurs, que com s'ha exposat reiteradament, es referia a *“la finalitat de gestionar la participació i remetre el premi obtingut”*, la qual no coincidia amb les finalitats incloses a la política de privacitat. En aquest sentit, l'article 3 h) LOPD defineix el consentiment com *“qualsevol manifestació de la voluntat, lliure, inequívoca, específica i informada, mitjançant la qual l'interessat consenti el tractament de dades personals que el concerneixen.”*

En altres paraules, segons el literal del contingut de la casella referida, la seva marcació només podia implicar el consentiment per al tractament de les dades per a les finalitats informades a les bases de la promoció. Altra cosa és que TMB pugui acreditar que en determinats casos va obtenir el consentiment inequívoc i exprés de les persones afectades per als tractaments informats en la política de privacitat –tot i la dificultat aparent per acreditar-ho atès els defectes que s'han exposat pel que fa a la informació facilitada-, cas en el qual no procediria la supressió de les dades personals d'aquests.

D'altra banda, com s'ha avançat, la finalitat per a la qual es van recollir les dades personals dels participants de la promoció era la gestió d'aquesta i la remissió del premi.

En aquest sentit, l'article 4.5 de la LOPD, referent al principi de qualitat de les dades, estableix el següent:

"5. Les dades de caràcter personal han de ser cancel·lades quan hagin deixat de ser necessàries o pertinents per a la finalitat per a la qual han estat recollides o registrades. No han de ser conservades de manera que permetin identificar l'interessat durant un període superior al necessari per a les finalitats d'acord amb les quals hagin estat recollides o registrades. (...)"

D'acord amb el precepte transcrit, en aparença, TMB tenia el deure de cancel·lar les dades recollides una vegada finalitzada la promoció.

Al seu torn, l'article 8.6 del RLOPD, que desenvolupa el principis relatius a la qualitat de les dades, disposa que:

"6. Les dades de caràcter personal s'han de cancel·lar quan han deixat de ser necessàries o pertinents per a la finalitat per a la qual han estat sol·licitades o registrades. No obstant això, es poden conservar durant el temps en què es pugui exigir algun tipus de responsabilitat derivada d'una relació o obligació jurídica o de l'execució d'un contracte o de l'aplicació de mesures precontractuals sol·licitades per l'interessat. Una vegada complert el període a què es refereixen els paràgrafs anteriors, les dades només poden ser conservades amb la seva dissociació prèvia, sense perjudici de l'obligació de bloqueig que preveuen la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, i el present Reglament."

Així doncs, aquestes dades de caràcter personal recollides en el transcurs de la promoció, en principi només es podrien conservar durant el temps en què es puguin exigir algun tipus de responsabilitat derivada de la relació generada amb la participació en el concurs esmentat. En conseqüència, tenint en compte que la normativa reguladora del dret fonamental a la protecció de dades limita la conservació de les dades de caràcter personal a les finalitats abans descrites, podria no resultar adequat el tractament de les dades de caràcter personal per a obtenir el consentiment en els termes establerts als articles 14 i 15 del RLOPD.

No obstant això, es considera adient abordar el contingut dels preceptes en els quals es fonamenta TMB. En primer lloc, l'article 15 del RLOPD, referent a la sol·licitud del consentiment en el marc d'una relació contractual per a fins que no s'hi relacionin directament, estableix el següent:

"Si el responsable del tractament sol·licita el consentiment de l'afectat durant el procés de formació d'un contracte per a finalitats que no tinguin una relació directa amb el manteniment, desenvolupament o control de la relació contractual, ha de permetre a l'afectat que manifesti expressament la seva negativa al tractament o comunicació de dades. (...)"

Així les coses, la sol·licitud del consentiment en el marc d'una relació contractual per a altres fins es restringeix únicament per al procés de formació del contracte. En el present cas, aquest període temporal ja hauria transcorregut, per la qual cosa TMB ja no podrà acollir-se al disposat en aquest precepte per recollir el consentiment de les persones participants en la promoció.

D'altra banda, l'article 14.1 del RLOPD, relatiu a la forma d'obtenir el consentiment, disposa:

"1. El responsable del tractament pot sol·licitar el consentiment de l'interessat a través del procediment que estableix aquest article, excepte quan la Llei li exigeixi l'obtenció del consentiment exprés per al tractament de les dades."

Així, sens perjudici del que s'ha dit en vers la idoneïtat d'utilitzar dades bloquejades per a obtenir el consentiment dels afectats per a una altra finalitat, el procediment establert a l'article 14 del RLOPD no podrà emprar-se quan la llei exigeixi el consentiment exprés per al tractament de les dades.

En aquest sentit, l'article 21 de la LSSICE –al qual es remet l'entitat imputada-, es refereix a la prohibició de comunicacions comercials fetes mitjançant el correu electrònic o un altre mitjà de comunicació electrònica equivalents, en els següents termes:

"1. Queda prohibida la tramesa de comunicacions publicitàries o promocionals per correu electrònic o un altre mitjà de comunicació electrònica equivalent que prèviament no hagin estat sol·licitades o expressament autoritzades pels destinataris d'aquestes.

2. El que disposa l'apartat anterior no és aplicable quan hi hagi una relació contractual prèvia, sempre que el prestador hagi obtingut de forma lícita les dades de contacte del destinatari i les emprés per a la tramesa de comunicacions comercials referents a productes o serveis de la seva pròpia empresa que siguin similars als que inicialment van ser objecte de contractació amb el client.

En tot cas, el prestador ha d'oferir al destinatari la possibilitat d'oposar-se al tractament de les seves dades amb finalitats promocionals mitjançant un procediment senzill i gratuït, tant en el moment de recollida de les dades com en cada una de les comunicacions comercials que li adreci."

De conformitat amb el precepte transcrit, tret que les comunicacions comercials o publicitàries electròniques (correu electrònic, SMS, MMS, etc.) siguin requerides per la persona interessada –supòsit que no concorre en el present cas-, serà necessària l'obtenció del consentiment exprés d'aquest, motiu pel qual TMB tampoc no podria sol·licitar el consentiment exprés a través del procediment descrit a l'article 14 del RLOPD. A més, el precepte transcrit – en termes similars al que disposa l'article 15 del RLOPD- exigeix que en el moment de la recollida de les dades s'ofereixi a la persona afectada la possibilitat d'oposar-se al tractament amb finalitats promocionals, circumstància que tampoc no es donava en el present cas.

D'altra banda, quant a l'excepció al consentiment exprés recollida al segon apartat de l'article 21 de la LSSICE, aquesta només serà aplicable quan les comunicacions que es pretenguin dirigir estiguin relacionades amb productes o serveis de la seva pròpia empresa que siguin similars als que inicialment van ser objecte de contractació amb el client, motiu pel qual a TMB

no li seria exigible l'obtenció del consentiment exprés per a dirigir comunicacions referents a altres promocions similars a les que van donar lloc a la recollida de les dades, però en cap cas, relacionades amb activitats de màrqueting o publicitat.

D'acord amb tot el que s'ha exposat, aquesta al·legació s'ha de desestimar.

Tercer.- L'article 44.2.d) de la LOPD, en la seva redacció vigent al moment dels fets i d'iniciar-se aquest procediment, tipificava com a infracció lleu –en consonància amb el previst actualment a l'article 44.2.c) després de la reforma operada per la Llei 2/2011-:

“d) Recollir dades de caràcter personal dels mateixos afectats sense proporcionar-los la informació que assenyala l'article 5 d'aquesta Llei.”

En relació amb aquest tipus infractor, l'article 5 LOPD relatiu al dret d'informació estableix el següent:

“1. Els interessats als quals se sol·licitin dades personals han de ser prèviament informats de manera expressa, precisa i inequívoca:

- a) De l'existència d'un fitxer o un tractament de dades de caràcter personal, de la finalitat de la recollida de les dades i dels destinataris de la informació.*
- b) Del caràcter obligatori o facultatiu de la resposta a les preguntes que els siguin plantejades.*
- c) De les conseqüències de l'obtenció de les dades o de la negativa a subministrar-les.*
- d) De la possibilitat d'exercir els drets d'accés, rectificació, cancel·lació i oposició.*
- e) De la identitat i la direcció del responsable del tractament o, si s'escau, del seu representant.*

Quan el responsable del tractament no estigui establert en el territori de la Unió Europea i utilitzi en el tractament de dades mitjans situats en territori espanyol, ha de designar, llevat que aquests mitjans s'utilitzin amb finalitats de tràmit, un representant a Espanya, sens perjudici de les accions que es puguin emprendre contra el mateix responsable del tractament.

2. Quan s'utilitzin qüestionaris o altres impresos per a la recollida, han de figurar-hi, de manera clarament llegible, les advertències a què es refereix l'apartat anterior. (...)”

Com exposava l'instructor, l'Audiència Nacional s'ha pronunciat envers el dret d'informació en la seva sentència d'11/12/2008, en els següents termes:

“La exigencia de dicha información constituye un derecho del afectado que es objeto de protección por sí mismo, aunque también es, lógicamente, un complemento previo de la prestación del consentimiento. El derecho a la información constituye el pilar necesario para el ejercicio de otros derechos que la Ley reconoce.

El TC en la STC 292/2000 ha resaltado la relevancia de este derecho a la información, señalando que “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 que “...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 estos, pues solo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales (...) 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 SAN, Sec. 1ª, 15-6-2001 (Rec. 158/2000) señala que se trata de un “derecho importantísimo porque es el que permite llevar a cabo el ejercicio de otros derechos, y así lo valora el texto positivo al pormenorizar su contenido, y establecer la exigencia de que el mismo sea expreso, preciso e inequívoco”.

Així doncs, com s'assenyalava a la proposta de resolució, prestar als interessats una informació equívoca o confusa en relació als requisits legals establerts a l'article 5 LOPD, tals com la finalitat per a la qual s'ha previst destinar les dades de caràcter personal o la seva inclusió en un fitxer, disminueix la facultat de control i disposició de les seves dades personals als afectats, així com impedeix a les persones interessades exercir altres facultats que se'n deriven, per la qual cosa resulta exigible que la informació proporcionada sigui expressa, precisa i inequívoca.

En conseqüència, i en base al que s'ha exposat fins aquí, a criteri d'aquest instructor, es considera acreditat que amb l'omissió de part dels requisits del dret d'informació, s'hauria comès la infracció tipificada com a lleu per l'article 44.2 d) en relació amb l'article 5, ambdós de la LOPD.

Quart.- A efectes de determinar la sanció a imposar, com exposava l'instructor, l'article 45.1 de la LOPD, que havia previst per a les infraccions lleus una multa d'entre 601,01 i 60.101,21 euros, s'ha modificat per la Llei 2/2011, de 4 de març, d'Economia Sostenible, en virtut de la qual les infraccions lleus ara es sancionen amb una multa d'entre 900 i 40.000 euros.

Pel que fa a la graduació de la sanció a imposar, l'article 45.4 de la LOPD relaciona un seguit de criteris que també s'han modificat per la llei esmentada. Ara bé, cal assenyalar que en el present cas, ambdues versions legislatives condueixen al mateix resultat.

Sobre la base de l'anterior, i d'acord amb el principi general d'irretroactivitat que regeix en l'exercici de la potestat sancionadora (art. 102.2 Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya i art. 128 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques), s'han d'aplicar les disposicions sancionadores vigents en el moment de produir-se els fets que constitueixen infracció administrativa, tret que les noves disposicions afavoreixin al presumpte infractor, circumstància que no es dona en el present cas. És per això que s'aplica en bloc el règim vigent al moment dels fets, de manera que procedeix una sanció d'entre 601,01 i 60.101,21 euros; així com els criteris de graduació previstos abans de la reforma legislativa referida.

Així, pel que fa a la graduació de les sancions que estableix l'article 45.4 de la LOPD, de conformitat amb el principi de proporcionalitat consagrat a l'article 131 de la Llei 30/1992, en els mateixos termes que proposava l'instructor del present procediment sancionador, s'imposa la sanció consistent en una multa de 1.500 euros, en base al volum dels tractaments efectuats per TMB en el marc de la promoció referida –en concret, els fets que aquí s'imputen afectaven

a 810 persones, segons consta al web de TMB (http://www.tmb.cat/ca/sala-de-premsa/-/seccio/noticies/cultura_oci/noticies-tmbcultura-premis-subtravelling-20101024-cultura-i-oci)-.

Cinquè.- Davant la constatació de les infraccions previstes a l'article 44 de la LOPD, per al cas de fitxers o tractaments de titularitat privada, l'article 21.3 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, faculta a la directora de l'Autoritat per tal que en la resolució per la qual es declari la infracció, a més d'imposar les sancions que corresponguin -segons el que s'ha exposat en el fonament de dret anterior- pugui establir les mesures que escau adoptar perquè cessin o es corregeixin els efectes de la infracció. Atès que la finalitat per la qual s'haurien recollit les dades de caràcter personal dels afectats – gestió de la participació i remissió del premi- ja s'hauria assolit, tal com proposava l'instructor, és procedent requerir a l'entitat imputada per tal que al més aviat possible, i com a màxim en el termini de deu dies, procedeixi a la supressió de les dades personals que va recollir en el marc de la promoció "Subtravelling Festival Microcurts", 2a Mostra Internacional de curtmetratges al metro, sens perjudici que l'entitat imputada consideri procedent el seu bloqueig, de conformitat amb el que disposa l'article 4.5 LOPD i 8.6 RLOPD, tenint en compte que en la recollida de les dades, no s'hauria informat a les persones afectades, de manera expressa, precisa, i inequívoca, dels extrems esmentats a l'article 5.1 de la LOPD.

En aquest sentit, aquestes mesures correctores no seran d'aplicació en relació a les dades de caràcter personal d'aquells afectats respecte els quals l'entitat imputada pugui acreditar l'obtenció del seu consentiment per al tractament de les seves dades de caràcter personal per a una finalitat diferent a la inicialment informada en les bases de participació del concurs, que era respecte a la qual es manifestava el consentiment amb la marcació de la casella ja esmentada.

Un cop s'hagi fet efectives les mesures correctores, en el mateix termini de 10 dies TMB haurà de donar-ne compte a l'Autoritat.

Fent ús de les facultats que em confereixen l'article 13 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat de Catalunya,

RESOLC

Primer.- Imposar a Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA i Transports de Barcelona, SA, la sanció consistent en una multa de 1.500 euros, com a responsables solidaris d'una infracció lleu prevista a l'article 44.2 d) en relació amb l'article 5, ambdós de la LOPD.

Segon.- Requerir a Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA i Transports de Barcelona, SA, per tal que dugui a terme les mesures correctores descrites al fonament de dret cinquè, en el termini allà assenyalat.

Tercer- Notificar aquesta resolució a Ferrocarril Metropolità de Barcelona, SA i Transports de Barcelona, SA i a la persona denunciant.

Quart.- Comunicar aquesta resolució al Síndic de Greuges, mitjançant el seu trasllat literal, segons el que especifica l'Acord Tercer del Conveni de Col·laboració entre el Síndic de Greuges de Catalunya i l'Agència Catalana de Protecció de Dades de data 23 de juny de 2006.

Cinquè.- Ordenar la publicació de la Resolució al web de l'Autoritat (www.apd.cat), de conformitat amb l'article 17.2 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre.

Contra aquesta resolució, que posa fi a la via administrativa d'acord amb els articles 26.2 de la Llei 32/2010, de l'1 d'octubre, de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades i 14.3 del Decret 48/2003, de 20 de febrer, pel qual s'aprova l'Estatut de l'Agència Catalana de Protecció de Dades, les parts interessades poden interposar, amb caràcter potestatiu, recurs de reposició davant la directora de l'Autoritat Catalana de Protecció de Dades, en el termini d'un mes a comptar de l'endemà de la seva notificació, d'acord amb el que preveu l'article 116 i següents de la Llei 30/1992 o bé interposar directament recurs contenciós administratiu davant els Jutjats del Contenciós Administratiu, en el termini de dos mesos a comptar de l'endemà de la seva notificació, d'acord amb els articles 8, 14 i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.

Igualment, les parts interessades poden interposar qualsevol altre recurs que considerin convenient per a la defensa dels seus interessos.

La directora

Esther Mitjans i Perelló

Barcelona, 23 de juny de 2011