

- **Procedimiento N°: PS/00003/2020**

RESOLUCIÓN R/00522/2020 DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR PAGO VOLUNTARIO

En el procedimiento sancionador PS/00003/2020, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a **PLAY ORENES, S.L.**, vista la reclamación presentada por **AYUNTAMIENTO DE ***LOCALIDAD.1**, y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 12 de marzo de 2020, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a **PLAY ORENES, S.L.**. Notificado el acuerdo de inicio y tras analizar las alegaciones presentadas, con fecha 29 de septiembre de 2020 se emitió la propuesta de resolución que a continuación se transcribe:

<<

Procedimiento n°: PS/00003/2020

926-300320

Del procedimiento instruido por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 16 de octubre de 2019, tuvo entrada en esta Agencia Española de Protección de Datos un escrito presentado por **AYUNTAMIENTO DE ***LOCALIDAD.1** (en lo sucesivo, el reclamante), mediante el que formula reclamación contra **PLAY ORENES, S.L.** con NIF B73002099 (en adelante, el reclamado), por la instalación de un sistema de videovigilancia instalado en **CALLE ***DIRECCIÓN.1**, respecto al que existen indicios de un posible incumplimiento de lo dispuesto en la normativa de protección de datos.

Los motivos que fundamentan la reclamación son los siguientes:

*«Que distintos vecinos de esta localidad han manifestado reiterativamente ante este Ayuntamiento que la mercantil Play Orenes S.L.U, con NIF B73002099, empresa dedicada a las apuestas deportivas, ha instalado en su local sito en *****LOCALIDAD.1**, Calle *****DIRECCIÓN.1**, cámaras de videovigilancia que por su posicionamiento y características parece están abarcando una parte importante de la vía pública, más*

allá del estricto acceso que por la vigilancia de la fachada del inmuebles podría considerarse adecuado.

Ante esta situación, y tras valorar la situación con la Policía Municipal, se decidió acudir a comprobar este extremo a dicho local, al objeto de confirmar la existencia de máscaras de privacidad. Personados en el local, en fecha 9 de agosto, no se nos permitió el acceso a las imágenes, a cuyo efecto se acompaña acta de la policía municipal de la fecha.»

SEGUNDO: Con carácter previo a la admisión a trámite de esta reclamación, se trasladó al reclamado, de conformidad con lo establecido en el artículo 65.4 la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo, LOPDGDD), siendo notificada el 21/11/2019. El día 18/12/2019 tuvo entrada escrito de contestación del reclamado en el que señala que:

«[...] 4. Número y características de las cámaras. En el caso de que se trate de cámaras ficticias deberán aportar la factura, ticket de compra o cualquier otro documento que sirva para acreditar que son ficticias.

El citado establecimiento dispone de un total de 16 Cámaras de CCTV. En cuanto a Cámaras ficticias informar que, el establecimiento no dispone de ninguna de ellas. (Ver ANEXO Nº1: Croquis de la instalación y cuadrante de capturas de las cámaras).

5. Alcance de las cámaras y lugares donde están instaladas, acreditando mediante fotografía de las imágenes captadas por las cámaras, tal y como se visualizan en el monitor o sistema equivalente, que se ha limitado el espacio de captación para no afectar a terrenos y viviendas colindantes, la vía pública o cualquier otro espacio ajeno o reservado.

De las cuatro cámaras que dispone el establecimiento orientadas hacia los accesos, indicar que una de ellas, se encuentra instalada en el interior del establecimiento y las otras tres en la fachada enfocando únicamente a los dos accesos peatonales y de forma mínima la vía pública como se puede apreciar en los fotogramas adjuntos, fechados a 2.019-11-25/17:14 horas.

6. Indicar el plazo de conservación de las imágenes registradas.

El plazo de conservación de las imágenes del grabador es de 19 días; capacidad máxima programada en función de la calidad y número de cámaras que soporta dicho grabador.

En nuestra Política de Privacidad respecto a Videovigilancia de todos los centros de Play Orenes, S.L., se determina que las imágenes se conservarán un plazo máximo de 30 días.

(Ver ANEXO Nº 2: Política de privacidad de videovigilancia)

7. Cualquier otra información que considere de interés para valorar la adecuación de la instalación de las cámaras de videovigilancia a la normativa de protección de datos.

Cabe destacar que, por parte de nuestro Departamento de Seguridad, en lo que va de año se han tramitado un total de 760 Oficios Policiales, recibidos tanto del Cuerpo Nacional de Policía como de Guardia Civil. En gran parte de dichas solicitudes, iban encaminadas a intereses ajenos a esta Compañía, y si en pro de la Seguridad Ciudadana. Hacer mención a, que, en dichas solicitudes de colaboración, nos han requerido la aportación de las imágenes captadas por las cámaras exteriores accesos de los distintos establecimientos, pudiendo esclarecer como así se puede acreditar, numerosos hechos delictivos investigados por las Unidades policiales de toda España en favor de la seguridad de los ciudadanos.

En lo que respecta a protección de datos, adjunto la descripción del tratamiento, así como sus evaluaciones de impacto describiendo las medidas técnicas y organizativas que forman parte del tratamiento, así como los diferentes análisis de riesgo realizados sobre el mismo.

(Ver ANEXO Nº 3: Registro de actividades de tratamiento: Videovigilancia)

(Ver ANEXO Nº4: Análisis básico de riesgos: Videovigilancia)

(Ver ANEXO Nº 5. Análisis de riesgos y necesidad de EIPD: Videovigilancia).»

TERCERO: La reclamación fue admitida a trámite mediante resolución de 8 de enero de 2020.

CUARTO: Con fecha 12 de marzo de 2020, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador al reclamado, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), por la presunta infracción del Artículo 5.1.c) del RGPD, tipificada en el artículo 83.5 del RGPD.

QUINTO: Notificado el citado acuerdo de inicio, el reclamado presentó escrito de alegaciones el en el que pone de manifiesto que:

«[...]PRIMERA.- De la nulidad del procedimiento.

Se manifiesta en los antecedentes de la resolución notificada que por esta Administración, con carácter previo a la admisión a trámite de la reclamación que ha dado origen al presente procedimiento sancionador, se dio traslado a PLAY ORENES S.L. de la reclamación existente- presentada por el Ayuntamiento- y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 65.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), siendo notificada tal reclamación el 21/11/2019:

*Pues bien, lo cierto y verdad es que en nunca ha sido notificada a Play ORENES SL reclamación alguna, y únicamente en la fecha indicada (21/11/2019) se nos dio traslado de una "solicitud de información" (CVS: ***CVS.1), cuya copia se acompaña como documento nº1:*

En contestación a esa solicitud de información – y no a ninguna reclamación-, esta mercantil presentó escrito de contestación en fecha 18/12/2019, cuya copia se adjunta como documento nº2.

Por tanto, PLAY ORENES, nunca ha tenido conocimiento de reclamación alguna respecto de las cámaras instaladas en su establecimiento ni por tanto ha podido efectuar alegación alguna en su defensa.

A la vista de lo anterior, es evidente que esta Administración no ha actuado, tal y como indica, de conformidad con el artículo 65.4 de la LOPDGDD, vulnerando el derecho de defensa de mi representada, que ha visto como de contestar a una solicitud de información, le ha sido incoado un procedimiento sancionador fundado en una reclamación de la cual ni si quiera ha tenido conocimiento ni posibilidad de defenderse.

En este sentido, la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo tiene declarado que nadie puede ser condenado sin ser oído (Sentencias, entre otras, de 30 de noviembre de 1995, 5 de noviembre de 2001, 17 de junio de 2002 y 28 de junio de 2002), encontrándose la nulidad del acto del que deriva esta indefensión justificada en el hecho de que a mi representada no se le ha dado la oportunidad de hacer valer sus propios argumentos y de utilización de los pertinentes medios de prueba para la defensa de sus derechos e intereses legítimos amparados por el artículo. 24.1. de la Constitución Española.

Sirvan al respecto las Sentencias del Tribunal Constitucional números 31/1984, 48/1984, 70/1984, 48/1986, 155/1988 y 58/1989: [...]

Por todo lo anterior entendemos que este expediente no se ajusta al procedimiento legalmente establecido toda vez que no se ha dado cumplimiento al artículo 65. 4 LOPDGDD y ello a pesar de que esta Administración reitera en varias ocasiones -en la incoación de este sancionador- que sí ha procedido a ello.

Basta que esta Administración compruebe en su registro y contenido de la notificación telemática en su día efectuada (21/11/2019) para comprobar lo que

esta mercantil defiende: solo se trasladó a PLAY ORENES S.L. una solicitud de información.

El acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, recoge en sus antecedentes de hecho PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO la tramitación de un expediente previo de conformidad con el precitado artículo 65 LOPDGDD, admisión a trámite de una reclamación de un tercero y tras ello entiende que debe procederse a la incoación de este procedimiento sancionador.

Sin embargo, ello no es cierto y por tanto la resolución que inicia este expediente sancionador ni el expediente previo no se ajustan ni a la realidad de los hechos ni al artículo 65 LOPDGDD.

Por tanto, es conforme a derecho que se anule y deje sin efecto el acuerdo de inicio de procedimiento sancionador notificado, procediendo al archivo del procedimiento, toda vez que trae causa de un expediente previo que no se ajusta al procedimiento legalmente establecido (artículo 65 y concordantes), adoleciendo en consecuencia de un vicio de nulidad o en su defecto anulabilidad ex artículo 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

SEGUNDA.- Del cumplimiento de la excepción establecida por el artículo 22 de la LOPDGDD

*Manifiesta esta Administración que la reclamación que ha dado origen al presente procedimiento -insistir en que nunca nos fue notificada- se basa en la “presunta ilicitud de la instalación por parte de mi representada de un sistema de videovigilancia, compuesto por cuatro cámaras ubicadas en el local sito en CALLE *****DIRECCIÓN.1**, que podría captar imágenes de la vía pública de forma desproporcionada, captando no solo la totalidad el ancho de acera (si bien es estrecha) (en todas ellas) sino también a los vehículos aparcados colindando con esta (en dos de las instaladas en la fachada)”.*

En este sentido cabe recordar el artículo 22 de la LOPDGDD, que establece lo siguiente:

“1. Las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, podrán llevar a cabo el tratamiento de imágenes a través de sistemas de cámaras o videocámaras con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones.

2. Solo podrán captarse imágenes de la vía pública en la medida en que resulte imprescindible para la finalidad mencionada en el apartado anterior.

No obstante, será posible la captación de la vía pública en una extensión superior cuando fuese necesario para garantizar la seguridad de bienes o instalaciones estratégicos o de infraestructuras vinculadas al transporte, sin que en ningún caso pueda suponer la captación de imágenes del interior de un domicilio privado.”

Pues bien, debido a la naturaleza del negocio de esta mercantil y siguiendo las indicaciones de la LOPD, mi representada se ajusta a la excepción

contemplada por el artículo 22 que permite la grabación de una porción mínima de la vía pública siempre que resulte imprescindible para garantizar la finalidad de la seguridad.

Sirva a modo de justificación, que en algunas ocasiones y debido al diseño de la vía pública, cuando se procede a la instalación de cámaras en la fachada, éstas captan mínimamente o parcialmente las aceras, toda vez que no son pocas las ocasiones que los delincuentes aprovechan los vehículos aparcados en la entrada del establecimiento para esconderse y atracar o agredir a nuestros empleados y clientes en la entrada o salida del establecimiento. En este sentido cabe recordar que estamos ante un establecimiento que combina la actividad de hostelería y la de juego, siendo necesaria la recaudación casi diaria de las máquinas instaladas en el mismo provocando que el personal de recaudación -e incluso clientes- sean o puedan ser objeto de atracos a su salida. Es por ello que el cumplimiento de la finalidad de seguridad de las cámaras exige un plus o reforzamiento siempre en los márgenes permitidos por el artículo 22.

En prueba de lo anteriormente expuesto, se adjunta como documento nº3, informe del departamento de seguridad de mi representada donde se justifica la necesidad de garantizar la seguridad del establecimiento mediante la colocación de determinadas cámaras y el cumplimiento por las mismas de las medidas exigidas legalmente.

Tal y como se indica en el informe adjunto, la implantación de las medidas de seguridad en cada establecimiento es decisión del departamento de seguridad en colaboración con el responsable de protección de datos del Grupo Orenes, garantizando así el cumplimiento de las exigencias legales en ambos ámbitos normativos. Es una decisión que responde a un criterio técnico y especializado, midiendo en todo caso el alcance de la excepción regulada en el artículo 22.

TERCERA.- Desproporcionalidad de la sanción

De manera subsidiaria, y para el caso de que por parte de esta Administración se apreciara la comisión de algún tipo de infracción por parte de esta mercantil, resultaría flagrante la desproporcionalidad de una sanción de 20.000 euros, la cual es absolutamente desmesurada y carente de toda motivación, resultando ser arbitraria.

No se justifica por esta Administración los motivos que amparen la gravedad de tal sanción, teniendo en cuenta que:

- Nunca fue notificada reclamación de ningún tipo -impidiendo a mi representada poder ejercer su derecho de defensa-

- No existe reincidencia alguna

Se contraviene por ello el principio de proporcionalidad establecido por el artículo 29.3 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que dispone que, en la imposición de las sanciones, las

Administraciones Públicas deberán observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer, y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción; operando para la graduación la culpabilidad, intencionalidad, la persistencia, los perjuicios causados, o la reincidencia. En este sentido, advertir a esta Administración de que no procede intentar justificar la graduación y gravedad de la sanción aquí propuesta trayendo a colación la existencia de 16 expedientes – que como bien indica son de naturaleza no sancionadora – relacionados con sistemas de videovigilancia instalados en establecimientos titularidad de mi representada.

- Absoluta buena fe por mi representada. Si lo anterior no bastase, nos encontramos con que el presente procedimiento deviene de la contestación exhaustiva por parte de mi representada de un requerimiento de información, el cual y sorprendentemente, según manifiesta esta Administración se trataba de una reclamación (Vid. documento nº1).

No resultaría ocioso recordar que el principio de proporcionalidad desempeña, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, un papel capital y ello no sólo en cuanto expresión de unos abstractos poderes de aplicación de la Ley en términos de equidad, sino por el hecho concreto de que las sanciones a imponer se encuentran definidas en nuestro ordenamiento, por lo general, de forma sumamente flexible, de tal modo que una misma conducta puede merecer la imposición de sanciones muy diversas y que se mueven en márgenes muy amplios y que, por lo mismo, pueden resultar, en la práctica, de cuantía y período extraordinariamente diversos. El principio de proporcionalidad impone que al no ser la actividad sancionadora de la Administración una actividad discrecional, sino una actividad típicamente jurídica o de aplicación de las normas, (así lo reconoce nuestro Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de diciembre de 1981 [RJ 1981, 5453] , 3 de febrero de 1984 [RJ 1984, 1027] y 19 de abril de 1985 [RJ 1985, 1716]), los factores que han de presidir su aplicación estén en función de lo que disponga el Ordenamiento Jurídico en cada sector en particular y, muy especialmente, en las circunstancias concurrentes.

Tiene declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de julio de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), respecto del principio de proporcionalidad, que:

“El principio de proporcionalidad desempeña, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, un papel capital y ello no sólo en cuanto expresión de unos abstractos poderes de aplicación de la Ley en términos de equidad, sino por el hecho concreto de que las sanciones a imponer se encuentran definidas en nuestro ordenamiento, por lo general, de forma sumamente flexible, de tal modo que una misma conducta puede merecer la imposición de sanciones muy diversas y que se mueven en márgenes muy amplios y que, por lo mismo, pueden resultar, en la práctica, de cuantía y período extraordinariamente diversos. El principio de proporcionalidad impone que al no ser la actividad sancionadora de la Administración una actividad discrecional, sino una actividad típicamente jurídica o de aplicación de las normas, (así lo reconoce nuestro Tribunal Supremo en Sentencias de 23 de

diciembre de 1981 [RJ 1981, 5453] , 3 de febrero de 1984 [RJ 1984, 1027] y 19 de abril de 1985 [RJ 1985, 1716]), los factores que han de presidir su aplicación estén en función de lo que disponga el Ordenamiento Jurídico en cada sector en particular y, muy especialmente, en las circunstancias concurrentes.”

Debe recordarse, tal y como refiere la Sentencia del TSJ de Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 25 de julio de 2006, que: “la Constitución, que ha reconocido la legitimidad de las sanciones administrativas, ha tenido buen cuidado de subrayar el carácter reglado de la potestad sancionadora de la Administración: no que la Administración tenga “libertad” para elegir entre soluciones distintas, pero igualmente justas -indiferentes jurídicamente-. Toda la actuación de la Administración en el terreno sancionador resulta pues reglada.”

Es evidente que en el presente caso no concurre ninguna circunstancia que justifique la imposición de tan grave sanción y quizás por ello tampoco se motive por esta Administración

Sea como fuere, y pese a no mediar requerimiento expreso por parte de esta Administración, en aras a demostrar la buena fe de mi representada se manifiesta que procedió a la retirada de las cámaras exteriores del establecimiento, tal y como se acredita con el documento nº 4. [...]».

El informe emitido por D. **A.A.A.**, miembro del Departamento de Seguridad y responsable del Tratamiento de imágenes de los establecimientos del Grupo Orenes, adjuntado como documento nº 3 señala, de manera fundamental, que la mercantil se ajusta a la normativa de protección de datos en la instalación de sus sistemas de videovigilancia siendo en ocasiones necesario captar una porción mínima de vía pública para garantizar la seguridad de bienes y personas, que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad han requerido su la aportación de imágenes para la investigación de hechos delictivos, que Madrid se erige como la zona con mayor índice de hechos delictivos que afectan a clientes y empleados y que por cuestiones técnicas, no es posible redireccionar el ángulo de captación de las cámaras instaladas.

SEXTO: Con fecha 03/09/2020, el instructor del procedimiento acordó la apertura de un período de práctica de pruebas, teniéndose por reproducidos, a efectos probatorios la reclamación interpuesta por el reclamante, los datos obtenidos y generados por la Subdirección General de Inspección de Datos y las alegaciones presentadas por el reclamado.

SÉPTIMO: Se acompaña como anexo relación de documentos obrantes en el procedimiento.

De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento y de la documentación obrante en el expediente, han quedado acreditados los siguientes:

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Existencia de un sistema de videovigilancia instalado en un establecimiento de juego sito en CALLE *****DIRECCIÓN.1**, compuesto por 16 cámaras, 4 de ellas orientadas hacia el exterior (3 situadas en las fachadas y 1 en el soportal del acceso de entrada) tal y como se refleja en el contenido del escrito y las fotografías que acompañan la contestación efectuada por el reclamado al traslado previo de la reclamación presentada. Se acredita, mediante los fotogramas extraídos del monitor de visionado del sistema y aportados por el reclamante, que, a través de las mencionadas 4 cámaras orientadas hacia el exterior, se capta la totalidad del ancho de acera (si bien estrecha), así como a los vehículos aparcados en 2 de ellas.

SEGUNDO: El responsable del sistema de videovigilancia es PLAY ORENES S.L.

TERCERO: El reclamado ha procedido a la retirada de 3 de las 4 cámaras orientadas hacia el exterior (concretamente las 3 instaladas en las fachadas), tal y como se acredita en las fotografías que acompañan el escrito, de alegaciones al acuerdo de inicio, presentado el 11 de junio de 2020.

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 art. 58.2 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD y en los art. 47 y 48.1 de LOPDGDD.

II

En el presente caso procede examinar la reclamación presentada por el Ayuntamiento de *****LOCALIDAD.1** el 16 de octubre de 2019 en el que se señala la instalación de un sistema de videovigilancia en un establecimiento de PLAY ORENES S.L. ubicado en la CALLE *****DIRECCIÓN.1** de la localidad que *«que por su posicionamiento y características parece están abarcando una parte importante de la vía pública, más allá del estricto acceso que por la vigilancia de la fachada del inmuebles podría considerarse adecuado»*.

El artículo 5.1.c) del RGPD dispone que los datos personales serán *«adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados (“minimización de datos”).»*

Esta infracción se tipifica en el Artículo 83.5 del RGPD:

«Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20 000 000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:

- a) los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9;*
- b) los derechos de los interesados a tenor de los artículos 12 a 22; [...].»*

A efectos del plazo de prescripción de la infracción, la misma se considera muy grave y prescribe a los tres años, conforme al artículo 72.1 de la LOPDGDD, que establece que:

«En función de lo que establece el artículo 83.5 del Reglamento (UE) 2016/679 se consideran muy graves y prescribirán a los tres años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquel y, en particular, las siguientes:

- a) El tratamiento de datos personales vulnerando los principios y garantías establecidos en el artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/679.*

III

De conformidad con las evidencias de las que se dispone en el presente procedimiento sancionador, se considera que el reclamado ha dispuesto un sistema de videovigilancia mal orientado en lo relativo a 4 cámaras orientadas hacia el exterior. De las referidas cámaras 3 de ellas (las colocadas en las fachadas) han sido retiradas, como consta en el Hecho Probado Tercero; subsistiendo presuntamente la ubicada en el soportal del acceso al local, cámara que capta imágenes no solo de la entrada al establecimiento y de un mínimo de acera adyacente, sino que también alcanza en su enfoque a los vehículos aparcados frente dicha entrada.

Respecto a las alegaciones presentadas, corresponde realizar las siguientes consideraciones:

- Por lo que se refiere a la solicitud de anulación del procedimiento motivada en una supuesta vulneración del derecho de defensa del reclamado al considerar que no se le ha trasladado la reclamación, es preciso señalar, en primer lugar, que el traslado de la reclamación recogido en el artículo 65.4 de la LOPDGDD se configura como un trámite potestativo a juicio de la Agencia Española de Protección de Datos en un intento de poner en conocimiento del responsable o encargado que a dicho organismo se le han hecho llegar unos hechos que podrían suponer la vulneración de la normativa de protección de datos, y todo ello con el objetivo de que por parte de dicho responsable o encargado se pueda aportar información o justificación que permita adoptar una decisión motivada acerca de la admisión o no a trámite de la reclamación o denuncia y de la posterior apertura de oficio de un expediente de investigación o de un procedimiento sancionador.

En este trámite, lo nuclear es proporcionar al responsable o encargado de la oportunidad de defenderse respecto a los hechos recogidos en la reclamación y esto es lo que se ha cumplido en el presente caso con el escrito remitido el día 21/11/2019, donde se comunica a PLAY ORENES S.L. que *«Esta Agencia ha tenido conocimiento de la existencia de cámaras de videovigilancia ubicadas en CALLE ***DIRECCIÓN.1, que podrían estar incumpliendo la normativa de protección de datos [...] Por este motivo se le solicita que, en el plazo de un mes desde la recepción de este escrito, acredite que la instalación de las cámaras es conforme a la normativa de protección de datos dando respuesta, al menos, a los siguientes puntos [...]»*. Es decir, si bien no se ha dado traslado de la reclamación en toda su como tal, sí se le ha solicitado información en base a los hechos que tienen relación respecto a la normativa de protección de datos debidamente identificados. En este caso, por tanto, no se ha producido indefensión, ya que el reclamado ha tenido conocimiento preciso de la situación presuntamente susceptible de vulnerar la normativa de protección de datos que el reclamante ha puesto en conocimiento de la AEPD.

La doctrina que ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional en relación con la indefensión es que para que esta pueda invocarse es necesario que se trate de una indefensión material que implica que haya causado un perjuicio real y efectivo. (entre otras, SSTC 90/1988, 43/1989, STC, 105/1995, 118/1997, 91/2004).

Además, es necesario puntualizar que en este caso lo que se solicita es una contestación a la AEPD y no que el responsable o encargado responda a quien ha presentado la reclamación o denuncia.

- En lo atinente a la posibilidad, amparada en el artículo 22 de la LOPDGDD de que, con la finalidad de garantizar la seguridad de personas y bienes, que faculta la captación de vía pública en la medida en que resulte imprescindible, señalar que, efectivamente, esta posibilidad se recoge para, atendiendo al apartado 1 del mencionado artículo «personas físicas o jurídicas, públicas o privadas».

Ahora bien, lo determinante en este punto, para que se produzca una conjunción con el principio de minimización de datos enunciado en el artículo 5.1.c) del RGPD, es que ha de ser «*en la medida en que resulte imprescindible*», lo que significa que, si por razones de seguridad fuese necesario captar vía pública —facultad que con carácter general está atribuida a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1997 por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos y su normativa de desarrollo—por tratarse del espacio adyacente al bien (zona de acceso o perímetro) este habrá de reducirse al mínimo; tratándose de una acera podrá captar una porción de ella en la parte adyacente a ese acceso o perímetro, pero no será proporcionado captar la totalidad del ancho de la misma ni alcanzar los automóviles aparcados para que los transeúntes y automovilistas que aparcen sus vehículos no vean afectado de manera excesiva su derecho a la protección de la imagen física..

La posibilidad de ampliación de captación de vía pública que establece el artículo 22.2, se refiere a bienes o entidades estratégicos (debiendo entender estos a los definidos como tal en el Catálogo Nacional de Infraestructuras Estratégicas) o a infraestructuras de transporte, categoría en la que no se encuentra un negocio dedicado al juego. Por tanto, no perteneciendo el negocio del reclamado a la categoría de bien o entidad estratégico o de infraestructura de transporte, ha de respetar el criterio de captación mínima de la vía pública, y ello con independencia de la zona donde se ubique el negocio (aspecto este que ha resultado de una decisión libre y voluntaria de la empresa), ya que una aplicación desigual del mencionado criterio conllevaría una consideración desigual (y por lo tanto una posible discriminación) en los derechos de las personas que transitan por una determinada zona respecto a los de otras.

Por tanto, de acuerdo con lo anterior, el reclamado está facultado para disponer de un sistema de videovigilancia orientado hacia el exterior (e incluso situado en el exterior) cuya finalidad sea garantizar la seguridad del bien, empleados y clientes, pero debiendo tener en cuenta que, en el supuesto de necesitar captar vía pública, esta captación debe circunscribirse al mínimo imprescindible que se encuentra adyacente al acceso y perímetro.

- Por lo que se refiere a la alegación relacionada con la desproporcionalidad de la sanción pecuniaria propuesta, es necesario traer a colación lo recogido en el acuerdo de inicio del presente procedimiento. En este acuerdo de inicio no se ha recogido en ningún momento la agravante de reincidencia, sino que las circunstancias concurrentes consideradas a efectos de modular la sanción propuesta son: como agravantes, la intencionalidad o negligencia en la infracción (artículo 83.2.b) RGPD) y la falta de medidas tomadas por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados (artículo 83.2.c); como atenuantes, la colaboración con esta Agencia en el seno del presente procedimiento al haber contestado al traslado de la reclamación (artículo 83.2.f) RGPD), no existencia la de vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales (artículo 76.2.b) LOPDGDD), no existencia de beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción (artículo 76.2.c) LOPDGDD) y disponer de la figura del delegado de protección de datos aun no perteneciendo al conjunto de entidades obligadas a disponer de la citada figura (artículo 76.2.g) LOPDGDD).

En cuanto a las agravantes mencionadas, la motivación descansa, como se señala en el acuerdo de inicio, en una previa existencia del acta-denuncia levantada por la Guardia Civil de *****LOCALIDAD.2** y que fue presentada ante la AEPD el 11 de febrero de 2019 por la existencia de un sistema de videovigilancia en el local sito en C/ *****DIRECCIÓN.1** (el mismo sistema del que es objeto el presente procedimiento sancionador) que vulneraría lo dispuesto en la normativa de protección de datos. El día 26 del mismo mes se remitió al reclamado una comunicación en la que se le informaba de ese extremo, de dónde consultar los requisitos al respecto y de que, de no adoptar las medidas necesarias, se podría estar incurriendo en una infracción tipificada en la normativa de protección de datos que podría dar inicio a actuaciones investigadoras y sancionadoras. A esta comunicación el reclamado contestó, el 26 de marzo de 2019, que el sistema cumplía los requisitos.

Pues bien, de los hechos que han motivado el presente procedimiento sancionador, se pone en evidencia que el reclamado no implementó ninguna medida al respecto que le hubieran permitido comprobar y, por tanto, corregir, la grabación excesiva de la vía pública que se recoge en el Hecho Probado Primero.

Asimismo, la mención a los 16 expedientes no sancionadores abiertos al reclamado sirve para incidir en la idea de falta de diligencia del reclamado en la falta de revisión de una política de instalación de sistemas de videovigilancia que ha sido advertida en esas ocasiones desde la AEPD acerca de su posible falta de adecuación a la normativa de protección de datos.

En base a lo anterior, y habida cuenta de que según las últimas cuentas anuales presentadas (ejercicio 2018) consta que la mercantil tuvo un importe neto de la cifra de negocios de **XXX** €. y contó con un número medio de personas empleadas fijas de 317,28 y de no fijas de 174,58 —lo que la excluye de la definición de PYME de acuerdo con el Reglamento (UE) nº 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, se consideró proporcionado proponer una sanción de 20.000 euros.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el reclamado ha procedido a retirar 3 de las 4 cámaras (las situadas en la fachadas) que captaban en exceso vía pública, se considera que la circunstancia concurrente del artículo 83.2.c) ha de tornar de agravante a atenuante, toda vez que por aquel se han adoptado medidas tendentes a evitar el daño en los afectados que verían vulnerado su derecho a la protección de datos personales al verse captados por el sistema de videovigilancia.

IV

A tenor de lo dispuesto por el RGPD en su art. 83.2, al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrán en cuenta los factores agravantes y atenuantes que se relacionan en el artículo señalado, así como cualquier otro que pueda resultar aplicable a las circunstancias del caso.

En consecuencia, se han tenido en cuenta, como agravantes:

- La intencionalidad o negligencia en la infracción (artículo 83.2.b) RGPD),

Por otra parte, se han tomado en consideración, como atenuantes:

- La adopción de medidas tomadas por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados (artículo 83.2.c) RGPD)
- La colaboración con esta Agencia en el seno del presente procedimiento al haber contestado al traslado de la reclamación (artículo 83.2.f) RGPD)
- No existencia de vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales (artículo 76.2.b) LOPDGDD)
- No existencia de beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción (artículo 76.2.c) LOPDGDD)
- Disponer de la figura del delegado de protección de datos aun no perteneciendo al conjunto de entidades obligadas a disponer de la citada figura (artículo 76.2.g) LOPDGDD).

En base a lo anterior, procede proponer graduar la sanción a imponer a la reclamada y fijarla en la cuantía de CINCO MIL EUROS (5.000 €).

De confirmarse la infracción, podría acordarse imponer al responsable la adopción de medidas adecuadas para ajustar su actuación a la normativa mencionada en este acto, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 58.2 d) del RGPD, según el cual cada autoridad de control podrá *«ordenar al responsable o encargado del tratamiento que las operaciones de tratamiento se ajusten a las disposiciones del presente Reglamento, cuando proceda, de una determinada manera y dentro de un plazo especificado»*.

En tal caso, en la resolución que se adopte, esta Agencia podrá requerir al responsable para que en el plazo que se determine:

- Acredite haber procedido a la retirada de la cámara situada en el soportal de entrada (espacio privado del establecimiento pero exterior al local) de su emplazamiento actual, o bien a la reorientación de la misma reduciendo el ángulo de captación.

Se advierte que no atender a los requerimientos de este organismo puede ser considerado como una infracción administrativa conforme a lo dispuesto en el RGPD, tipificada como infracción en su artículo 83.5 y 83.6, pudiendo motivar tal conducta la apertura de un ulterior procedimiento administrativo sancionador.

A la vista de lo expuesto se procede a emitir la siguiente

PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

Que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a **PLAY ORENES, S.L.**, con NIF B73002099, por una infracción del Artículo 5.1.c) del RGPD, tipificada en el Artículo 83.5 del RGPD, una multa de CINCO MIL EUROS (5.000 €).

Que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 58.2.d) del RGPD, se le ORDENE al reclamado que, en el plazo UN MES desde la fecha en la que la resolución en que así lo acuerde le sea notificada, proceda a la retirada de la cámara situada en el soportal de entrada de su emplazamiento actual, o bien a la reorientación de la misma reduciendo el ángulo de captación.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 85.2 de la LPACAP, se le informa de que podrá, en cualquier momento anterior a la resolución del presente procedimiento, llevar a cabo el pago voluntario de la sanción propuesta, lo que supondrá una reducción de un 20% del importe de la misma. Con la aplicación de esta reducción, la sanción quedaría establecida en CUATRO MIL EUROS (4.000 €) y su pago implicará la terminación del procedimiento. La efectividad de esta reducción estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

En caso de que optara por proceder al pago voluntario de la cantidad especificada anteriormente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 85.2 citado, deberá hacerla efectiva mediante su ingreso en la cuenta restringida nº **ES00 0000 0000 0000 0000 0000** abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en la entidad bancaria CAIXABANK, S.A., indicando en el concepto el número de referencia del procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento y la causa, por pago voluntario, de reducción del importe de la sanción. Asimismo, deberá enviar el justificante del ingreso a la Subdirección General de Inspección para proceder a cerrar el expediente.

En su virtud se le notifica cuanto antecede, y se le pone de manifiesto el procedimiento a fin de que en el plazo de DIEZ DÍAS pueda alegar cuanto considere en su defensa y presentar los documentos e informaciones que considere pertinentes, de acuerdo con el artículo 89.2 de la LPACAP).

B.B.B.
JEFA DE ÁREA
INSTRUCTORA DEL PROCEDIMIENTO

ANEXO: Índice del Expediente PS_00003_2020

1. Reclamación de **C.C.C.**
2. Traslado reclamación a PLAY ORENES, S.L.
3. Contestación requerimiento de **D.D.D.**
4. Admisión a trámite a **C.C.C.**
5. E/02186/2019
6. Consulta antecedentes
7. Diligencia
 - A. apertura a PLAY ORENES, S.L.
8. Alegaciones de PLAY ORENES SL
9. Notif. p. pruebas a PLAY ORENES, S.L.

>>

SEGUNDO: En fecha 16 de octubre de 2020, **PLAY ORENES, S.L.** ha procedido al pago de la sanción en la cuantía de **4.000 euros** haciendo uso de la reducción prevista en la propuesta de resolución transcrita anteriormente.

TERCERO: El pago realizado conlleva la renuncia a cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción, en relación con los hechos a los que se refiere la propuesta de resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del RGPD reconoce a cada autoridad de control, y según lo establecido en el art. 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo LOPDGDD), la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para sancionar las infracciones que se cometan contra dicho Reglamento; las infracciones del artículo 48 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo LGT), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.3 de la LGT, y las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en lo sucesivo LSSI), según dispone el artículo 43.1 de dicha Ley.

II

El artículo 85 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP), bajo la rúbrica "*Terminación en los procedimientos sancionadores*" dispone lo siguiente:

“1. Iniciado un procedimiento sancionador, si el infractor reconoce su responsabilidad, se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.

2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.

3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí. Las citadas reducciones, deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente.”

De acuerdo con lo señalado, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la terminación del procedimiento **PS/00003/2020**, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 de la LPACAP.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **PLAY ORENES, S.L.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa según lo preceptuado por el art. 114.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer 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 este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

968-150719

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