



Procedimiento Nº PS/00052/2012

RESOLUCIÓN: R/01230/2012

En el procedimiento sancionador PS/00052/2012, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **MEGA DATA INTEGRAL SERVICES S.L., SISTEMAS MEDICOS PROFESIONALES S.L., TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 7 de mayo de 2011 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara que ha recibido el envío publicitario de SISTEMAS MEDICOS PROFESIONALES, cuya copia aporta, por correo postal dirigido a su dirección, que no figura en ninguna fuente de acceso público y que solo ha podido ser obtenida de ficheros como el Censo o Padrón Municipal. Así mismo, se comprueba que en la dirección de envío figura piso y puerta.

En el escrito publicitario figura la siguiente leyenda: *“La información utilizada para este envío publicitario procede de ficheros propiedad de MEGA DATA INTEGRAL SERVICES S.L. – Apartado de Correos 10012 – 48080 BILBAO, donde usted podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición”*

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se solicita información a la entidad **MEGA DATA INTEGRAL SERVICES S.L., SISTEMAS MEDICOS PROFESIONALES S.L., TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, teniendo conocimiento de que:

Con fecha 23 de noviembre de 2011, **D. B.B.B.**, *****CARGO.1** único de MEGA DATA INTEGRAL SERVICES S.L. ha remitido a esta Agencia la siguiente información:

1. MEGA DATA INTEGRAL SERVICES S.L. no ha participado en el envío publicitario recibido por la denunciante, ni sus datos constan en los ficheros de ésta compañía, sin embargo, **la campaña publicitaria a la que corresponde el citado envío fue realizada por la empresa TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, de la que el Sr. **B.B.B.** también es *****CARGO.1** Único, la referencia a la primera en la leyenda informativa que figura en la publicidad probablemente se debe a un error tipográfico dada la similitud entre las dos denominaciones.
2. Aporta copia de contrato suscrito con fecha 2 de enero de 2010, entre TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L. y SISTEMAS MEDICOS PROFESIONALES S.L. (El Cliente), en el que se detallan los servicios de Marketing directo que se prestaran por la primera, entre los que figuran la segmentación de las bases de datos con los parámetros que determine el Cliente y la recopilación de los datos de carácter personal de los destinatarios de los envíos publicitarios así como la confrontación de los datos con la Lista Robinson de la FECEMD.

3. Respecto al origen de los datos de la denunciante, manifiesta que: **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.** obtiene los datos de los repertorios de servicios de telecomunicaciones, listados de personal pertenecientes a grupos profesionales, diarios oficiales o de información facilitada voluntariamente por los interesados al participar en promociones o concursos. La información se completa con la obtenida de las bibliotecas de calles de Correos y del INE. **Sin embargo, no han aportado información ni acreditación sobre el origen concreto de los datos de la denunciante.**

Con fecha 23 de noviembre de 2011, se accede a los ficheros que fueron facilitados por **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.** en la Inspección con referencia E/549/2010- I/1, comprobándose que en el que corresponde a la provincia de GERONA, figuran los datos de la denunciante que coinciden con los utilizados para el envío publicitario objeto de la denuncia.

Por otra parte, **SERVICIOS MEDICOS PROFESIONALES S.L.**, ha remitido a esta Agencia en su escrito de fecha 10 de enero de 2012, la siguiente información en relación con el envío publicitario recibido por el denunciante:

1. Aportan copia del contrato suscrito al efecto, con fecha 2 de enero de 2010, con la empresa **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, (que coincide en su totalidad con el aportado por **MEGA DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**) así como de la Hoja de Petición del servicio donde figura como proveedor **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**
2. Así mismo aportan una copia de la factura correspondiente de fecha 30 de abril de 2011, emitida por **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**

TERCERO: Con fecha 3 de febrero de 2012, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar, procedimiento sancionador a **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por las presuntas infracciones del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 b) de la citada Ley Orgánica.

CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio, **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.** mediante escrito de fecha 5/03/2012 formuló alegaciones, significando, que:

1. Vulneración del derecho de defensa, por no acceder al expediente.
2. Inexistencia de los datos de la denunciante en los ficheros de la entidad. la afirmación contraria proviene de esa Agencia en concreto que tales datos están en la base de datos proveniente de las Actuaciones de inspección E/546/2010, realizadas el 20/01/2011. Tras la referida inspección se cancelo el fichero y se genero uno nuevo desde diversas fuentes lícitas. Respecto del anterior no conoce esta parte si los datos de la denunciante se encontraban allí.
3. Falta de prueba de la constancia de los datos de la denunciante en los ficheros de la entidad. Reiterando las alegaciones que se formularon en el PS/114/2011 al respecto de la obtención del base de datos en dispositivo USB que realizaron los Inspectores de la Agencia.
4. Aplicación del interés legítimo, debido a la actuación comercial lícita de la entidad.
5. Parcialidad del instructor. Causa de recusación. Solicitud de procedimiento disciplinario.



QUINTO: Con fecha 06/03/2012 se inició el período de práctica de pruebas, en el que se dio por reproducidos a efectos probatorios la denuncia interpuesta por **A.A.A.** y su documentación, los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección ante **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, y el Informe de actuaciones previas de Inspección que forman parte del expediente E/03566/2011 y las alegaciones al acuerdo de inicio PS/00052/2012 presentadas por **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, y la documentación que a ellas acompaña.

SEXTO: En fecha de 28/03/2012, el Instructor del procedimiento emitió Propuesta de Resolución en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.** con multa de 100.000 € (cien mil euros) por la infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 b) de dicha norma.

SEPTIMO: En fecha de 28/04/2012, la representación de DATA INTEGRAL SERVICES, S.L. formuló alegaciones en las que se reiteraba en las presentadas al acuerdo de inicio relativas a la recusación del instructor, a la posible indefensión por no acceder al expediente, y la innecesaridad del consentimiento para el tratamiento de los datos y la ausencia de proporcionalidad en la sanción propuesta.

OCTAVO: De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento, han quedado acreditados los siguientes

HECHOS PROBADOS

UNO.- Resulta acreditado que la denunciante recibió publicidad postal en la que constaban sus datos personales, incluido el domicilio con piso y puerta, en la que se invitaba a un evento comercial. (Folios 1 y 2)

DOS.- En la leyenda del envío comercial consta lo siguiente: *“La información utilizada para este envío publicitario procede de ficheros propiedad de MEGA DATA INTEGRAL SERVICES S.L. – Apartado de Correos 10012 – 48080 BILBAO, donde usted podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición”*

TRES.- El representante legal de MEGA DATA INTEGRAL SERVICES, S.L. afirmó que la entidad responsable de la campaña publicitaria es TODO DATA INTEGRAL SERVICES,S.L y que la leyenda informativa tenía un error tipográfico.(folio 13)

CUATRO.- En fecha de 02/01/2010, SERVICIOS MEDICOS PROFESIONALES S.L y TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L, firman un contrato en virtud del cual **ésta proporciona una base de datos personales para realizar envíos publicitarios de un evento en el que participa aquella** (Folios 23 a 26). En el marco de ese contrato se emitió la factura de fecha 30/04/2011 (folios 27 y 28).

QUINTO.- El envío publicitario que recibe la denunciante esta dentro de las acciones comerciales contratadas por SERVICIOS MEDICOS PROFESIONALES S.L a TODO DATA INTEGRAL SERVICES,S.L., (Folio 13, 23 a 26, 27 y 28)

SEXTO.- Los datos personales de la denunciante no constan en el repertorio de abonados a servicios telefónicos. (Folio 73)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

II

Uno de los pilares básicos de la normativa reguladora del tratamiento automatizado de datos, es el principio del consentimiento o autodeterminación, cuya garantía estriba en que el afectado preste su consentimiento consciente e informado para que la recogida de datos sea lícita. Se trata de una garantía fundamental legitimadora del régimen de protección establecido por la Ley, en desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución Española, dada la notable incidencia que el tratamiento automatizado de datos tiene sobre el derecho a la privacidad en general, y que solo encuentra como excepciones al consentimiento del afectado, aquellos supuestos que, por lógicas razones de interés general, puedan ser establecidos por una norma con rango de ley.

Señala el art. 6 de la LOPD:

“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30/11 (FJ. 7 primer párrafo)... *“consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)”*.



Son pues elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

El tratamiento de datos de carácter personal tiene que contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público, que existe una Ley que ampara ese tratamiento o una relación contractual o negocial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

III

De conformidad con lo expuesto *ut supra*, la jurisprudencia y el propio artículo 6 de la LOPD, exige que el *responsable del tratamiento o del fichero donde se encuentren de los datos* cuente con el consentimiento para el tratamiento de dichos datos personales, entendido estos de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo 3 de la LOPD como:

Responsable del fichero o tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.”

Consentimiento del interesado como “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

Tratamiento de datos: Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

Asimismo es preciso señalar las definiciones contenidas en el art. 5 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en adelante RDLOPD:

k. Fichero: Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.

l. Ficheros de titularidad privada: los ficheros de los que sean responsables las personas, empresas o entidades de derecho privado, con independencia de quien ostente la titularidad de su capital o de la procedencia de sus recursos económicos, así como los ficheros de los que sean responsables las corporaciones de derecho público, en cuanto dichos ficheros no se encuentren estrictamente vinculados al ejercicio de potestades de derecho público que a las mismas atribuye su normativa específica.

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (art. 43), concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d.

En el presente caso existen circunstancias como las derivadas del contrato y factura aportado entre Servicios Médicos Profesionales SL y la denunciada que se analizan en el Fundamento de Derecho IV, que evidencia un tratamiento de datos personales en los ficheros de TODO DATA INTEGRAL SERVICES SL y la dota estatus de responsable del fichero y del tratamiento, y por tanto susceptible de generar responsabilidad por infracción de la LOPD de conformidad con su artículo 43.

IV

La representación de TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L. manifiesta en sus alegaciones la falta de prueba de que los datos de la denunciante se hallaran en sus ficheros pues esta Agencia ha utilizado la base de datos obtenida en las Actuaciones Previas de Inspección E/546/2010, realizadas el 20/01/2011, respecto de las cuales, reitera idénticos argumentos en cuanto a su no integridad, posible modificación y nulidad de la actuación inspectora.

Por cuestiones de economía procesal y habida cuenta de la identidad de fondo aducida, se transcribe a continuación los argumentos vertidos por esta Agencia en el procedimiento sancionador al que dio lugar tales actuaciones, el PS/114/2011 señala que:

<<<Con carácter previo a la valoración del derecho sustantivo implicado en los hechos acreditados, es preciso analizar las cuestiones formales o procedimentales alegadas por las denunciadas que de prosperar impedirían un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

A) Respecto a la primera cuestión relativa a la nulidad de las actuaciones inspectoras, hay que señalar que:

Sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá, hay que poner de manifiesto que el aviso de inspección fue debidamente notificado a las entidades denunciadas, tal como consta en los folios 138 a 139 bis, siendo facultad de los servicios de inspección realizar el previo aviso, sin que conste en norma legal o reglamentaria su exigibilidad, sin que pueda invalidar lo recogido en el acta lo manifestado por las entidades denunciadas.

No obstante lo anterior, no consta en norma legal o reglamentaria, la exigibilidad de autorización del inspeccionado para obtener la información relativa a unos hechos que revisten carácter de infracción administrativa. Las actuaciones previas pueden ser desarrolladas sin conocimiento ni intervención del posible imputado. Como resalta el Tribunal Supremo, por su naturaleza, estas actuaciones previas tienen carácter reservado, no pudiendo luego el imputado exigir su intervención en las mismas (Sentencias de 17 de mayo de 1999 (RJ 1999,4880) y de 5 de octubre de 1992 (RJ 1992,7748).

La falta de intervención del interesado en dichas actuaciones no es necesaria, ni por ello se genera indefensión, puesto que aún no se ha concretado la imputación contra el mismo (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1999, y de la Sala Militar de 14 de mayo y 15 de junio de 2002. Por ello no disfruta el imputado del derecho de audiencia y contradicción en estas, debiendo ser garantizados tales derechos en el seno del procedimiento sancionador, una vez se tengan cargos concretos, frente a los cuales ya tiene el imputado la posibilidad de ratificar o contradecir las declaraciones formuladas en dicha fase (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2003, de 10 de junio de 2003 y sentencia del Tribunal Constitucional 14/1999.

En cuanto a la obtención de copia de los ficheros, dicha facultad se encuentra en el propio art. 40 de la LOPD, al posibilitar la exhibición de documentos y su examen. El precepto recoge la posibilidad de inspeccionar los equipos físicos y lógicos utilizados, lo que implica necesariamente un soporte material, concretado tanto en captura de pantallas, como en obtención de soporte informático, tal como ha ocurrido en el presente caso. Admitiendo las argumentaciones de las entidades denunciadas, la administración inspectora carecería de soporte material alguno, lo que supondría dificultades graves para garantizar tanto los derechos de los denunciantes, como los propios derechos de los denunciados a la hora de realizarles la imputación que en su caso procediera y en última instancia, tanto para archivar las actuaciones como para sancionar los hechos constatados.

Asimismo la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 1ª, de 15 de diciembre de 2005,



Rec. 1543/2004, confirmó la legalidad de la sanción impuesta a la entidad actora como responsable de esta infracción grave, considerando la Sala que en el caso de autos los inspectores de la Agencia Española de Protección de Datos estaban legalmente habilitados para requerir la aportación de ciertos documentos a la demandante durante la investigación.

A mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de mayo de 1998, Rec. 615/1996, declaró que para las visitas de la Inspección no se requiere acuerdo de clase alguna, pues la Agencia esta apoderada por Ley para realizar esta función. Sentencia que fue confirmada por la del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2002.

Por otro lado, en cuanto a la posible alteración del soporte informático obtenido en las Actuaciones Previas de Inspección, los dispositivos y medios tecnológicos e informáticos que utiliza la Subdirección General de Inspección, tanto en funciones de Inspección como en funciones de Instrucción, cumplen rigurosamente las Medidas de Seguridad establecidas en el Título VIII del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por lo que la integridad y autenticidad de la información obtenida en las Actuaciones de Inspección esta garantizada, sin que sea posible su modificación o alteración.

Por tanto, las alegaciones relativas a la nulidad de las actuaciones inspectoras han de ser desestimadas.>>>

V

No obstante lo anterior, la obtención de los datos de la denunciante de los ficheros hallados en dicha inspección, no es la única prueba del tratamiento de datos realizado por la entidad denunciada, por lo que con independencia de la estimación o desestimación de las alegaciones vertidas a este respecto, existen hechos suficientemente acreditados que sitúan a la entidad denunciada como responsable de la infracción que se le imputa.

En concreto, **en la leyenda informativa del envío publicitario**, consta que es la entidad denunciada la propietaria de la base de datos donde están los datos personales utilizados para la misma. Sin perjuicio del “error tipográfico” que aduce el representante legal.

También es de extrañar que el representante de la entidad denunciada niegue la constancia de los datos personales de la denunciante en sus ficheros, y en el escrito obrante en el folio 13 reconozca que la campaña la realizó dicha entidad, concretamente señala que: “ *Esta campaña de marketing fue efectuada por la empresa Todo Data Integral Services, S.L. (...)*”

Asimismo tanto **en el contrato como en la factura aportada por la entidad anunciante** (folios 23 a 28) , se deduce sin género de dudas que la base de datos utilizada en la campaña publicitaria es propiedad y es proporcionada por la entidad denunciada. Basta con leer el apartado I. a. y b. y el apartado II c. del contrato entre Servicios Médicos Profesionales S.L. (CLIENTE) y Todo Data Integral Services, S.L. (PROVEEDOR) :

I. Constituye el objeto del presente Contrato la determinación de la forma y condiciones en que PROVEEDOR llevará a cabo la prestación a CLENTE, de los servicios de marketing directo siguientes:

a. La segmentación de las bases de datos a utilizar en las campañas de marketing directo del cliente de conformidad con los parámetros de selección de destinatarios que determine el propio cliente.

b. La recopilación de los datos de carácter personal de los destinatarios de los envíos publicitarios.

(...)

II

c. PROVEEDOR es la única propietaria y responsable de los ficheros de los que se obtienen los datos de los destinatarios de los documentos publicitarios. (...)

Asimismo, en el escrito aportado por las entidad denunciadas obrante en el folio 13, señalan como origen de los datos *"Todo Data Integral Services obtiene los datos de repertorios de servicios de telecomunicaciones, listados de personas pertenecientes a grupos profesionales, diarios oficiales o de información proporcionada voluntariamente por los interesados al participar en promociones comerciales o concursos. Dicha información se completa con la obtenida de las bibliotecas de calles de Correos y del INE."*

A) Es importante señalar que en los repertorios de abonados telefónicos **no consta piso y puerta**, tal como acontece en el presente caso, por lo que no se pueden entender obtenidos de dicha fuente. A mayor abundamiento, **los datos de la denunciante no constan en repertorios de abonados telefónicos.**

B) Respecto a su posible origen en Registros Públicos y Administraciones Públicas, las definiciones de la LOPD y del RDLOPD, relativas a las denominadas fuentes accesibles al público, son *numerus clausus*, **sin que aún entidad denunciada haya señalado alguna de ellas de manera concreta.** Asimismo ni el censo electoral ni el padrón municipal puede ser entendidos como tal.

El **censo electoral** no es una fuente de acceso público, conforme a lo establecido en el artículo 3.j) de la LOPD, que define como tales a *"Aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los Diarios y Boletines oficiales y los medios de comunicación"*.

El artículo 2.3.a) de la citada LOPD señala que se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica *"los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral"*.

El artículo 41 de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General (en lo sucesivo LOREG), establece en su párrafo 2 que *"Queda prohibida cualquier información particularizada sobre los datos personales contenidos en el censo electoral, a excepción de los que se soliciten por conducto judicial"*.

La Junta Electoral Central, en fecha 02/10/1995, en contestación a una consulta formulada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos señaló que *"en virtud de lo establecido en el artículo 41 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, está prohibida la información particularizada de los datos personales contenidos en el censo electoral, no estando permitida la recopilación de los datos existentes en las mismas por cualquier medio sea manual,*



fotográfico, informático o de cualquier otra naturaleza, bajo las responsabilidades legalmente procedentes".

A su vez, como consecuencia de la aprobación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y del tenor literal de su artículo 39.3, se volvió a formular consulta sobre la prohibición del artículo 41 de la LOREG, señalándose expresamente que << dado el carácter orgánico de la Ley de Régimen Electoral General, esta Junta Electoral Central considera que la Administración Electoral y la Oficina del Censo Electoral han de atenerse a lo dispuesto en el artículo 41.2 de la citada Ley, a cuyo tenor: "Queda prohibida cualquier información particularizada sobre los datos personales contenidos en el censo electoral, a excepción de los que se soliciten por conducto judicial". En el marco de dicho precepto se entiende que el nombre, apellidos y domicilio de los electores constituyen datos personales de los mismos, que únicamente pueden darse para los propios fines para los que han sido recogidos, con la única excepción prevista en el artículo referido de datos que se "soliciten por conducto judicial">>.

A este respecto, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 18/10/2000, 23/09/2002 y 15/12/2004, mantiene que **los datos de carácter personal provenientes del censo electoral, aunque durante su exposición se ponen a disposición del público en general, no son fuente de acceso público.**

En la primera de las Sentencias antes citadas, de fecha 18/10/2000, dictada con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 14/05/1996, por el que se resolvió la consulta de esta Agencia Española de Protección de Datos y de la Oficina del Censo Electoral sobre el carácter de los datos de los electores que constan en el censo electoral y el uso de los mismos, se declara lo siguiente:

"...el objeto de este pleito lo constituye la conformidad o no a Derecho del acto impugnado en cuanto declara que la Administración Electoral y la Oficina del Censo Electoral tienen legalmente prohibida cualquier información particularizada sobre el nombre, apellidos y domicilio de los electores a excepción de que se soliciten por conducto judicial, como establece el artículo 41.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, no obstante la vigencia del artículo 39.3 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, según la cual el nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral se consideran datos accesibles al público en los términos establecidos por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal dando la oportunidad a las personas de oponerse a recibir comunicaciones.

Esta Sala, si bien se planteó la posibilidad de que dicho precepto pudiera ser inconstitucional por incidir en materia reservada por el artículo 81. 1 de la Constitución a una ley orgánica, después de detenida reflexión, y una vez oídas las partes y el Ministerio Fiscal dentro del término legalmente establecido al efecto (artículo 35.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre) sobre la oportunidad de suscitar cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, desistió de tal planteamiento por entender que una interpretación sistemática de la mencionada norma no contradice el régimen de acceso a los datos censales, contenido en la Ley de Régimen Electoral General, ni lo dispuesto por los artículos 2.3a), 6.2, 11.28), 19.3 Y 29.1 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, sino que, por el contrario, el artículo 39.3 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, se incardina de forma natural en el sistema de cesión de los ficheros de titularidad pública previsto por la citada Ley reguladora del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.

(...)

Esta interpretación es acorde con lo establecido por el artículo 7 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las

personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que requiere el consentimiento del interesado de forma inequívoca para el tratamiento de datos personales con las salvedades establecidas en los apartados b) a f) del indicado artículo, entre las que no se incluye el interés de las empresas dedicadas a la publicidad o a la venta a distancia por más que éste sea legítimo, a lo que alude el apartado f) del mencionado artículo 7 de la expresada Directiva, pues, como este precepto establece, ha de prevalecer el interés o los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la propia Directiva, en el que se impone a los Estados miembros el deber de garantizar la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de aquéllas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, y hemos de convenir que el nombre, apellidos y domicilio de los electores están dentro de esa categoría de derechos que la mentada Directiva exige preservar.

(...)

De este sistema jurídico sobre protección de datos de carácter personal y su tratamiento automatizado se deduce, en nuestra opinión, que el nombre, apellidos y domicilio de los electores, que aparecen en el censo electoral, son datos accesibles al público y podrán cederse o transferirse siempre y cuando el interesado preste su consentimiento de forma inequívoca, de manera que el acuerdo de la Junta Electoral Central prohibiendo a la Administración Electoral y a la Oficina del Censo-Electoral facilitar sin más dichos datos a requerimiento de las empresas dedicadas a la publicidad y a la venta directa, transmitiéndoselo así a la Agencia de Protección de Datos para el cumplimiento de sus cometidos, es un acto ajustado a Derecho, lo que comporta la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo”.

Abundando en este sentido, la Audiencia Nacional ha declarado, en su sentencia de 05/10/2001, que el censo electoral no es una fuente de acceso público. Así establece que <<esta Sala comparte el criterio negativo ya expuesto en numerosas sentencias, en base a que el artículo 41.2 de la L.O. 5/1985 de 19 de junio, de Régimen Electoral General, establece que "Queda prohibida cualquier información particularizada sobre datos personales contenidos en el censo electoral, a excepción de los que se soliciten por conducto judicial", amén que la finalidad y destino del censo electoral no es otro que el registro de los electores, siendo su inscripción obligatoria, y la exposición pública de las listas durante ocho días no tiene otro objeto que permitir las rectificaciones oportunas>>.

Por otra parte, el **Padrón Municipal de Habitantes** es un registro de población de naturaleza administrativa, donde constan los vecinos del municipio y constituye elemento probatorio a efectos de acreditación de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo.

La disposición adicional segunda, apartado segundo, de la LOPD, indica: “Los ficheros o registros de población tendrán como finalidad la comunicación de los distintos órganos de cada administración pública con los interesados residentes en los respectivos territorios, respecto a las relaciones jurídico administrativas derivadas de las competencias respectivas de las Administraciones Públicas”.

Por su parte, el artículo 16.e de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, prevé que sólo procederá la cesión de los datos contenidos en el padrón municipal a otras Administraciones en los supuestos en que dicha cesión se refiera a los datos que en sentido propio sirven para atender a la finalidad a que se destina el Padrón municipal: la determinación del domicilio o residencia habitual de los ciudadanos, la atribución de la condición de vecino, la determinación de la población del municipio y la acreditación de la residencia y domicilio.

Asimismo, debe añadirse que los datos recogidos en el Padrón Municipal sólo podrán utilizarse en el ámbito de las competencias de las Administraciones destinatarias de los mismos, toda vez que éste es el límite establecido en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local,



indicando a su vez el artículo 4.2 de la LOPD que los datos *"no podrán utilizarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos"*.

En definitiva, el censo electoral y el padrón municipal de habitantes no son una fuente de acceso público, de modo que la utilización de los datos de carácter personal provenientes del censo o del padrón municipal no se ajusta a las previsiones de la LOPD.

C) Asimismo, respecto a otra de las posibilidades que ofrecen la entidad denunciada como posible fuente de origen de los datos **los propios interesados o sus representantes legales**, sin perjuicio del sinsentido que sería que la denunciante proporcionara sus datos y posteriormente lo negara y presentara denuncia, es preciso recordar que es a las entidades denunciadas les compete guardar prueba de dicha circunstancia, así tal como se recoge ut supra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11/05/2001 dispone que *"...quien gestiona la base, debe estar en condiciones de acreditar el consentimiento del afectado, siendo carga de la prueba del mismo su justificación, y la entidad recurrente en ningún momento ha realizado esfuerzo probatorio tendente a la acreditación del consentimiento de las personas en las que se basa la sanción"*.

La posible prestación del consentimiento de los propios interesados, pasa por que éstos hayan sido informados, para así, entender prestado un consentimiento aunque sea de modo tácito. No obstante, el hecho de que la LOPD permita la prestación de un consentimiento tácito para el tratamiento de los datos de carácter personal, ello no impide que necesariamente dicho consentimiento haya de cumplir los requisitos sentados por el artículo 3 h) de la Ley, por lo que no todo supuesto de consentimiento tácito podrá considerarse acorde con lo dispuesto en la citada Norma.

Así, en primer término, dicho consentimiento deberá ser específico e inequívoco, lo que exige, en todo caso, **excluir la figura del consentimiento presunto, es decir, aquél derivado exclusivamente de actos del afectado que hacen presuponer su conformidad con la existencia del tratamiento**. Será necesario, por el contrario que, con toda claridad se indique que el consentimiento está siendo prestado, bien por acción, bien por omisión o tácitamente, al tratamiento al que efectivamente se está haciendo referencia, con expresa delimitación de su finalidad y de las restantes circunstancias expresadas en la Ley.

Pero además, el hecho de que la Ley permita el consentimiento tácito no implica que el mismo pueda prestarse sin el cumplimiento de una serie de garantías que aseguren su adecuado conocimiento por el afectado y la posibilidad de aquél de garantizar la negativa a su prestación.

Por este motivo, consideramos que **sin haberse acreditado comunicación alguna con los titulares de los datos que obran en sus registros, ni información previa aun admitiendo que éstos hayan dado sus datos voluntariamente, difícilmente puede entenderse prestado el consentimiento aunque sea de modo tácito**.

Ello se funda en que, en caso contrario, no podrá presumirse la existencia del adecuado consentimiento informado al tratamiento ya que, la carga de la prueba en cuanto que la posesión por la titular del fichero de los instrumentos necesarios para acreditar el cumplimiento del deber de recabar ese consentimiento informado constituye una cautela esencial.

Por su parte, el literal del art. 6 LOPD goza de una claridad palmaria *"El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa"*. Si bien es cierto que no señala expresamente la obligación de guardar prueba documental, se ha entendido a través de los Informes y Resoluciones de esta Agencia, y la jurisprudencia que se cita a continuación, que cualquier medio válido en derecho, conjugado con circunstancias concurrentes, sirven para acreditar el consentimiento (sin perjuicio de que para

ciertos datos personales, éste haya de ser expreso).

Asimismo, esta doctrina diamante de los Informes y las Resoluciones, las recoge ya el propio art. 12 del RDLOPD señala *“corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho.*

Acreditado el tratamiento de datos personales **la entidad denunciada no han presentado ninguna prueba que pueda evidenciar el origen lícito de los datos de la denunciante (ni si quiera ha concretado cual es el origen de los mismos) y por tanto que contaban con el consentimiento de la denunciante,** o que se daba alguna de las excepciones previstas en el apartado 2 del tan citado artículo 6 LOPD, así las cosas procede citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21/12/2001 en la que declara que *“de acuerdo con el principio que rige en materia probatoria (art. 1214 del Código Civil) la Agencia de Protección de Datos probó el hecho constitutivo que era el tratamiento automatizado de los datos personales de D. ... (Nombre, apellidos y domicilio), y a la recurrente incumbía el hecho impeditivo o extintivo, cual era el consentimiento del mismo.*

Es decir, ... debía acreditar el consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de datos personales, o justificar que el supuesto examinado concurre alguna de las excepciones al principio general del consentimiento consagrado en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 5/1992. Y nada de esto ha sucedido”.

Por ello, una vez acreditado el tratamiento de los datos por la Agencia, corresponde a la parte imputada que efectúa el tratamiento justificar que contaba con el repetido consentimiento que sirviera de cobertura al tratamiento realizado.

TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L. registro en su fichero automatizado y utilizo los datos de la denunciante concretándose en **nombre y apellidos, dirección con piso y puerta, sin poder acreditar ninguna circunstancia que legitime dicho tratamiento de datos,** por tanto su actuación no es incardinable en ningún supuesto a la excepción a la prestación del consentimiento que recoge el artículo 6.2 de la LOPD.

VI

En atención a la solicitud de inicio de procedimiento disciplinario y la posible causa de recusación formulada contra el instructor tanto en las alegaciones al acuerdo de inicio como en las formuladas a la propuesta de resolución, cabe señalar que tales manifestaciones han sido valoradas y resueltas en pieza separada, obrante en los folios 74 a 80, por lo que nada tiene que referenciarse en la presente resolución, habiendo sido notificado su resultado a entidad imputada.

VII

Respecto a la vulneración del derecho a la defensa de la entidad denunciada por no acceder al expediente, cabe poner de manifiesto los siguientes antecedentes:

Mediante escrito de fecha de registro 16/02/2012, se solicita copia del expediente sancionador, firmado por el representante legal de su mercantil, y designando persona autorizada para la recogida del mismo. En dicho escrito no consta medio de comunicación alguno para poner en su conocimiento la fecha en que la copia esta realizada.(folio 47)



Mediante escrito de fecha 16/02/2012 el Instructor del Procedimiento, con fecha de entrega en destino de 28/02/2012, comunica lo siguiente: *"En relación con su escrito por el que solicita copia del expediente, cúpleme informarle que es necesario para la correcta entrega de la misma que nos proporcione un teléfono o medio de contacto que posibilite ponernos en contacto con su mercantil para determinar una fecha en la cual puedan pasar por la sede de esta Agencia a recoger la copia solicitada."* (folio 51 a 53)

Mediante comunicación electrónica de fecha 28/02/2012 de la entidad denuncia, se hace constar lo siguiente: *<<Nos ponemos en contacto con usted para que, por favor, nos indique a través de esta dirección de correo electrónico en qué fecha y hora podemos pasarnos por la sede de esa Agencia a recoger la copia del expediente administrativo de referencia que le hemos solicitado.*

Tenga en cuenta, por favor, que un retraso injustificado en la entrega de la copia del expediente o el hecho de exigimos requisitos no legalmente impuestos para poder acceder a él (como lo es su petición de que le facilitemos un número de teléfono para que usted nos diga cuándo está disponible) pueden perjudicar de modo irreparable nuestro derecho de defensa, constitucionalmente amparado.

Rogándole la mayor premura en su respuesta y poniéndonos a su disposición en esta misma dirección de correo electrónico, (...) (Folio 54)

Por su parte, mediante escrito de fecha 29/02/2012 el Instructor del Procedimiento con nº de salida ***REG.1,y fecha de recepción de la entidad denunciada de 12/03/2012 (folios 55 a 58) comunica lo siguiente:

<<<En relación con un escrito recibido a través de correo electrónico de megadataservices@gmail.com, cuya copia se reenvía junto al presente escrito y que afirma que proviene de su mercantil, es preciso aclararle varias cuestiones:

*En primer lugar, desde esta Agencia no se le está exigiendo requisito no impuesto legalmente como aduce en su escrito, simplemente se le está pidiendo un medio de contacto que acredite su identidad, (ya sea teléfono o cualquier otro, tal como reza en el escrito de fecha 16/02/2012 con núm. de salida ***REG.2 que se envió a su mercantil) para que usted conozca cuando está disponible la copia del expediente que solicita.*

Circunstancia que está dentro de toda lógica y sentido común, es decir, usted ejerce su derecho de vista del expediente, y desde esta administración se le pregunta cómo podemos comunicarle cuando ésta realizada dicha copia. En modo alguno merma su derecho de defensa constitucionalmente amparado, simplemente sirve a la lógica procedimental más elemental.

En segundo lugar, si bien el medio del correo electrónico procura un medio ágil para las comunicaciones, no es un medio que ofrece totales garantías de seguridad e integridad en las comunicaciones y su contenido, ni el envío y ni la recepción, así como la verdadera identidad de los interlocutores.

La dirección de correo electrónico no cumple las medidas de autenticación y seguridad de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, ni de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, ni tampoco cumple el Título VIII del RD 1720/2007, Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en lo referente a las medidas de seguridad.

Por lo que solamente en aras a garantizar su derecho de defensa constitucionalmente amparado, y de manera excepcional, se tendrá por válido a los solos efectos aquí pretendidos (para que pueda conocer cuando el contenido del expediente) sin que sirva de precedente en ulteriores comunicaciones que pudiera haber.

Proponiéndole que nos facilite un teléfono de contacto mediante la presentación de un escrito en el que conste su identidad y representación, para así poder tener cumplida el requisito impuesto legalmente por el art. 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en cuanto a los requisitos de las solicitudes de iniciación de procedimientos, aplicables por extensión al presente caso, en atención a se dirige a la administración y tiene que estar debidamente identificado, dicho precepto requiere firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio y como se señaló anteriormente la dirección de un correo electrónico no puede equipararse a una firma y copia del DNI ni a una determinada identidad.

Cautela que tiene su razón de ser en la garantía de sus derechos.

Finalmente, comunicarle que ya está a su disposición en la sede de esta Agencia la copia del expediente nº.: PS/52/2012, para que pueda pasar ud o su representante cualquier día de la semana de lunes a viernes entre las 11,30 h y las 12,30 h.>>>

Este escrito consta recibido por la entidad denunciada en fecha de 12/03/2012, y a fecha de emisión de la presente propuesta no se ha personado en esta Agencia representante o autorizado alguno de la entidad denunciada para recoger el expediente.

Finalmente, en el escrito de notificación de periodo de pruebas, se recuerda a la entidad denunciada la circunstancia de que desde la fecha 28/02/2012 está a su disposición la copia del expediente. (Folio 72).

Asimismo, conviene recordar a la representación de la entidad imputada respecto a la circunstancia alegada, de que se les ofreció acceso al expediente cuando ya había recluso el trámite de alegaciones, que atendiendo a las fechas citadas *ut supra*, aún estaba en vigor dicho plazo, cuestión distinta es que la entidad imputada no hubiera accedido al mismo por propia voluntad o por haber elegido un medio de comunicación cuya eficacia se demora en el tiempo.

Además señala el art. 49.3 de la LRJPAC, la posibilidad de solicitar la ampliación del plazo para formular las mismas, y nada consta en esta Agencia, respecto de dicha solicitud.

En este sentido, cabe poner de manifiesto que la representación de TODO DATA INTEGRAL SERVCES, S.L., **no ha accedido a la documentación en el trámite de alegaciones a la propuesta de resolución**, y tal circunstancia se **debe única y exclusivamente a su voluntad o estrategia de defensa**, por lo que difícilmente se puede atribuir a esta Agencia la circunstancia de que no tenga copia de los documentos que obran en el expediente o la causa de una hipotética indefensión.

En modo alguno se ha causado indefensión a la parte denunciada, teniendo en cuenta que la entidad ha ejercido su derecho a la formulación de alegaciones, la posibilidad de aportación de documentos y la posibilidad de solicitar documentos y actuaciones en este trámite de alegaciones a la propuesta de resolución. Por tanto, en cuanto a la indefensión, ésta debe ser una verdadera indefensión material, esto, es que la misma haya originado un menoscabo real de su derecho de defensa causándole un perjuicio real y efectivo (SSTC 155/1998,212/1994,137/1996,89/1997).



En atención a lo expuesto, no se advierte que se ha derivado a la recurrente una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, prueba, y en suma, de defensa de los propios derechos e intereses, perjuicio real y efectivo que **no se ha causado**.

Por lo tanto, de la lectura de los antecedentes expuestos, se deduce que el instructor del procedimiento puso a disposición de la entidad denunciada, **en reiteradas ocasiones**, la copia del expediente tal como exige el art. 35.1 de la LRJPAC y que no ha accedido al mismo por causas atribuibles única y exclusivamente a la entidad denunciada.

VIII

Respecto de la habilitación de la entidad denunciada para tratar los datos de la denunciante, por concurrir un interés legítimo para el envío de publicidad pues su actividad es lícita y en relación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2012 (Recurso nº 25/2008), haciéndose eco de la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 24 de noviembre de 2011, hay que señalar respecto de la licitud de su actividad que son numerosos procedimientos sancionadores firmes en los que se han acreditado infracciones a la LOPD por parte de la entidad denunciada, por lo que la actividad de la entidad será lícita en otros ámbitos, en lo que se refiere al respeto del derecho fundamental a la protección de datos, no lo ha sido.

Respecto de la Sentencia aducida, hay que señalar que el artículo 10.2 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de Diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la LOPD, en sus puntos a) y b, dice:

“2. No obstante, será posible el tratamiento o la cesión de los datos de carácter personal sin necesidad del consentimiento del interesado cuando:

a. Lo autorice una norma con rango de ley o una norma de derecho comunitario y, en particular, cuando concurra uno de los supuestos siguientes:

El tratamiento o la cesión tengan por objeto la satisfacción de un interés legítimo del responsable del tratamiento o del cesionario amparado por dichas normas, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales de los interesados previstos en el artículo 1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

El tratamiento o la cesión de los datos sean necesarios para que el responsable del tratamiento cumpla un deber que le imponga una de dichas normas.

b. Los datos objeto de tratamiento o de cesión figuren en fuentes accesibles al público y el responsable del fichero, o el tercero a quien se comuniquen los datos, tenga un interés legítimo para su tratamiento o conocimiento, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

No obstante, las Administraciones públicas sólo podrán comunicar al amparo de este apartado los datos recogidos de fuentes accesibles al público a responsables de ficheros de titularidad privada cuando se encuentren autorizadas para ello por una norma con rango de ley.”

El artículo 10.2 del RD 1720/2007 alude a la necesidad de concurrencia de un interés legítimo para que la realización de un tratamiento de datos incontestado por parte de un tercero no

resulte contrario a la normativa en materia de protección de datos, pero el punto b de dicho artículo lo vincula a que, además, los datos del titular del mismo figuren en una fuente de acceso público. Las fuentes de acceso público se encuentran tasadas en el artículo 3.j LOPD en una enumeración cerrada (censo promocional, medios de comunicación, boletines...).

Sin embargo, en sentencia de 8 de febrero de 2012, del Tribunal Supremo (rec. 25/2008) se ha anulado dicho punto b del artículo 10.2, eliminándose, por tanto la exigencia de una acumulación de dos requisitos: la existencia de un interés legítimo sobre el dato y que éste figure en una fuente de acceso público, al tratarse esta última de una circunstancia que no se encuentra prevista en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo que establece el marco normativo europeo a aplicar en materia de protección de datos en los distintos estados de la UE. A partir de lo considerado en dicha sentencia, no es necesario que los datos figuren en una fuente de acceso público para que, en caso en que concurra un interés legítimo para el tratamiento de datos, bastando con que concurra dicho interés y prevalezca sobre los derechos y libertades del interesado, circunstancia que debe analizarse en el presente supuesto.

Debe partirse de la premisa de que ningún derecho es absoluto y que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes.

Pero también es cierto que para la valoración de la lesión se ha de efectuar un juicio de proporcionalidad sobre la idoneidad y la inexistencia de otra medida más moderada a la adoptada, para conseguir el mismo fin. La ponderación y equilibrio de la misma son razonamientos que se deben realizar.

Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Pues bien, de los hechos se desprende que, en el caso que nos ocupa, la medida, concretada en la creación de ficheros de datos personales y su explotación económica, es idónea y necesaria para cumplir con la actividad comercial de la entidad, siempre claro está que el origen de los datos personales **sean lícitos**. A sensu contrario, no es idóneo y necesario vulnerar la norma para una actividad lícita.

Por lo que cabe concluir que **no puede entenderse que existe interés legítimo del responsable del fichero para el envío de publicidad y a su vez conculcar lo dispuesto en el citado precepto**, ya que no es conforme ni a la propia LOPD ni al juicio de proporcionalidad en sentido estricto ya que se vulnera un derecho fundamental ex art. 18.4 de la Constitución y los mandatos de la ley.

IX

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (en lo sucesivo LRJPAC), –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 17) recoge “los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios



se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia"- acoge el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable, estableciendo en el artículo 128.2 que "las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor".

Por tal razón, si bien los hechos que constituyen el presupuesto fáctico de las imputaciones dirigidas contra las entidades denunciadas se encuadraban, al tiempo de su comisión por la entidad, en el tipo sancionador previsto en el artículo 44.3.d) de la LOPD, infracción grave para la que el artículo 45.2 de la LOPD preveía una sanción con multa de 60.101,21 € a 300.506,05 €, estimamos que, en virtud del principio de retroactividad in *bonam partem* o retroactividad de la disposición sancionadora más favorable, debemos optar, en el presente caso, por aplicar las disposiciones más beneficiosas para la denunciada introducidas por la reforma operada en la Ley Orgánica 15/1999 a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, publicada en el BOE el 5 de marzo de 2011 y que entró en vigor al día siguiente a su publicación.

De acuerdo con las previsiones de la LOPD, según redacción dada por la Ley 2/2011, el artículo 44.3.b) tipifica como infracción grave "Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo". A su vez, el artículo 44.3.c) tipifica como infracción grave "Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave". A tenor del artículo 45.2 las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros.

En el supuesto que nos ocupa, la conducta de TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L., ha vulnerado el principio del consentimiento, artículo 6.1, infracción que, tras la reforma introducida por la Ley 2/2011, se encuentra tipificada en el artículo 44.3.b) de la Ley Orgánica 15/1999.

X

Procede a continuación abordar si la conducta observada por TODO DATA INTEGRAL SERVICES que se estima vulnera el artículo 6.1 de la LOPD, puede subsumirse en el tipo sancionador contemplado en el artículo 44.3 b) y si, en tal caso, dicha infracción es imputable a la citada entidad.

A) Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, una vez constatado que la entidad realizó la acción típica – infracción del principio de consentimientos, debemos analizar si concurre en el elemento subjetivo de la culpabilidad.

La presencia del elemento subjetivo es esencial para exigir en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador responsabilidad por el ilícito cometido, pues no cabe en este marco imponer sanciones basadas en la responsabilidad objetiva del presunto infractor. Así, en STC 76/1999 el Alto Tribunal afirma que las sanciones administrativas participan de la misma naturaleza que las penales, al ser una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, y que, como exigencia derivada de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal consagrados en los artículos 9.3 y 25.1 de la CE, es imprescindible la presencia de este elemento para imponerlas.

El artículo 130.1 de la LRJPAC recoge el principio de culpabilidad en el marco del

procedimiento administrativo sancionador y dispone: “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”.(El subrayado es de la AEPD)

Del tenor del artículo 130.1 de la LRJPAC se concluye que bastará la “*simple inobservancia*” para apreciar la presencia de culpabilidad a título de negligencia, expresión que alude a la omisión del deber de cuidado que exige el respeto a la norma.

Conviene traer a colación en este caso la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006), en la que el Tribunal expone que “....el ilícito administrativo previsto en el artículo 44.3.d) de la LOPD se consume, como suele ser la norma general en las infracciones administrativas, por la concurrencia de culpa leve. En efecto, 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 infracciones administrativas los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en Derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva” (El subrayado es de la AEPD)

Por lo que atañe a la diligencia que es exigible en estos casos, la STAN de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006) indica: “....el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el infractor no se comporta con la diligencia exigible. Y en la valoración del grado de diligencia ha de ponderarse especialmente la profesionalidad o no del sujeto, y no cabe duda de que, en el caso ahora examinado, cuando la actividad de la recurrente es de constante y abundante manejo de datos de carácter personal ha de insistirse en el rigor y el exquisito cuidado por ajustarse a las prevenciones legales al respecto”. (El subrayado es de la AEPD)

Respecto a la ausencia del elemento subjetivo de la infracción que se invoca por la denunciada, resulta fundamental recordar que el Tribunal Supremo, Sentencia de 23 de enero de 1998, advierte que “...aunque la culpabilidad de la conducta también puede ser objeto de prueba, debe considerarse en orden a la asunción de la correspondiente carga que ordinariamente los elementos volitivos y cognoscitivos necesarios para apreciar aquella forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos, o en su vertiente normativa, que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta, en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de ausencia de culpa”.(El subrayado es de la AEPD)

El ilícito administrativo que se imputa a TODO DATA INTEGRAL SERVICES artículo 44.3.b) de la LOPD, requiere la existencia de culpa como elemento integrante del tipo sancionador. La presencia de este elemento ha quedado acreditada en atención a la inexistencia, de justificación alguna respecto del origen de los datos personales, es decir, la creación del fichero y su posterior utilización, ya que requieren el conocimiento de la norma reguladora, en este caso la LOPD sus garantías y sus incumplimientos, y así lo hacen constar en los contratos que utiliza para realizar el objeto de su negocio, y sin embargo a requerimiento de esta Agencia no ha acreditado aún, ningún supuesto que legitime dicho tratamiento.

Además de su actividad mercantil y del volumen de datos tratados, se ha de exigir una especial diligencia a la hora de crear y utilizar un fichero que contenga datos personales. Diligencia que, en el presente caso, no se ha acreditado.

B) Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, la Ley Orgánica 15/1999 en su



artículo 43.1 indica que *“los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley”*.

De la lectura del contrato aportado y de las manifestaciones de ambas entidades (Servicios Médicos Profesionales SL y la propia Todo Data Integral Services S.L) se concluye sin asomo de duda que la entidad denunciada es la responsable del fichero utilizado para el envío de la publicidad.

XI

El artículo 45 de la LOPD, en la redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece, en sus apartados 2 a 5, lo siguiente:

2. *Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros.*
3. *Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 300.001 a 600.000 euros.*
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 los 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:*
 - a) *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.*
 - b) *Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.*
 - c) *Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.*
 - d) *Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*
 - e) *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.»*

El citado apartado 45.5 de la LOPD deriva del principio de proporcionalidad de la sanción y permite establecer " *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*", pero para ello es necesario la concurrencia de, o bien una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado, o bien de la antijuridicidad del hecho, o bien de alguna otra de las circunstancias que el mismo precepto cita.

Sin embargo, ninguna de las circunstancias se dan en el presente caso, lo que impide apreciar la existencia de motivos para la aplicación de la facultad contemplada en el artículo 45.5, debido, por un lado, a que no obra en el expediente ningún elemento que lleve a apreciar la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en los apartados c), d) y e) del referido artículo y, por otro, a la especial diligencia y conocimiento de la normativa de protección de datos que se ha de exigir a las entidades profesionales cuando, como ocurre con la entidad imputada, el tratamiento de datos personales constituye parte habitual y esencial de su actividad.

Asimismo, señala la representación de TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L que para apreciar la reincidencia las anteriores resoluciones han de ser firmes en vía judicial, tal argumentación sorprende pues o no maneja suficiente información dicha entidad o acontece un absoluto desconocimiento de los principios más elementales del derecho: los actos administrativos devienen firmes cuando ha recaído sentencia respecto de la cual no cabe recurso alguno, o bien, cuando pudiendo acudir a la vía contencioso-administrativa, no se ha hecho, y haya pasado el plazo para la interposición de correspondiente recurso contencioso-administrativo.

En el caso que nos ocupa, ni si quiera fuera recurrida en reposición la resolución el Procedimiento Sancionador PS/114/2011. Por lo que a todas luces, se considera firme pudiendo apreciarse la reincidencia.

Las empresas que por su actividad están habituadas al tratamiento de datos personales deben ser especialmente diligentes y cuidadosas al realizar operaciones con ellos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos (como de forma reiterada sostiene la Audiencia Nacional, entre otras en Sentencia de 26 de noviembre de 2008).

Por todo ello, procede imponer, por la infracciones cometida, una multa cuyo importe se encuentre entre 40.001 € y 300.000 €, en aplicación de lo previsto en el apartado 2 del citado artículo 45, al tener la infracción imputada la consideración de grave.

En atención a las consideraciones precedentes, habida cuenta de que no se aprecian motivos para aplicar la atenuante privilegiada del artículo 45.5 y de conformidad con las contempladas en el apartado 4 del artículo 45 b), c) y g), procede imponer una sanción por importe de 100.000 €.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: IMPONER a la entidad **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, por una infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 b) de dicha norma, una multa de 100.000 € (cien mil euros) de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.** y a **A.A.A.**



TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0182 2370 43 0200000785 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si recibe la notificación entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Madrid, 14 de junio de 2012

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: José Luis Rodríguez Álvarez