



Procedimiento Nº PS/00132/2008

RESOLUCIÓN: R/01165/2008

En el procedimiento sancionador PS/00132/2008, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **EDUGAMA ASOCIADOS, S.L.**, vista la denuncia presentada por D^a. V.V.V. y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 28/07/2006, tuvo entrada en esta Agencia un escrito, a través de la OMIC del Ayuntamiento de (.....), de D^a. V.V.V. (en lo sucesivo la denunciante), en el que denuncia que Edugama Asociados, S.L. (en lo sucesivo EDUGAMA), empresa de publicidad, le ha cargado en su cuenta bancaria un recibo de 334,08 €. Contactó con dicha empresa que le informó que el recibo correspondía a la inserción publicitaria en una revista que ella misma había solicitado. EDUGAMA le remitió copia del contrato que no estaba firmado y en el que constaba “*CONTRATACIÓN TELEFÓNICA.*”

La denunciante manifiesta no haber contratado dicho servicio y desconoce la procedencia de donde EDUGAMA ha obtenido sus datos bancarios. Aporta documentación al respecto.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación oportunas para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos :

1. De la documentación aportada por la denunciante:

En fecha 6/04/2006 fue cargado en la cuenta número +++*****+***** a su nombre la cantidad de 334,08 € siendo la entidad emisora Edugama.

2. De la información obtenida de Edugama: y Asociados, S.L.

Manifiesta que el servicio fue contratado por la denunciante telefónicamente y que los datos fueron facilitados por la misma para la contratación del servicio de inserción publicitaria. Así mismo, señalan que han anulado el contrato a nombre de la denunciante y le han devuelto la cantidad cobrada, así como también han cancelado sus datos personales.

TERCERO: Con fecha 24/03/2008, el Director de la Agencia de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a EDUGAMA por la presunta infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de



dicha norma, pudiendo ser sancionada con multa de 60.101,21€ a 300.506,05 €, de acuerdo con el artículo 45.2 de dicha Ley Orgánica.

CUARTO: Intentada infructuosamente la Notificación del citado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador en el domicilio señalado a través del Servicio de Correos y Telégrafos, se publicó mediante exhibición en el Tablón de Edictos en el Ayuntamiento de (.....) y en el Boletín Oficial del Estado el dd/mm/aaaa.

En fecha 14/04/2008, el representante de EDUGASA solicitó copia del expediente, que le fue entregada y una ampliación de plazo para realizar alegaciones que le fue concedida el 15/04/2008.

En fecha 14/05/2008, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de alegaciones de EDUGASA, que había sido presentado el 28/04/2008 en el Servicio de Correos y Telégrafos, en el que solicitaba el archivo del procedimiento en base a las siguientes consideraciones:

Inexistencia de infracción. Existió contratación telefónica al amparo del R.D. 1906/1999, de forma verbal. Con posterioridad se remitió la documentación de la contratación a la denunciante.

Que fue la denunciante quien facilitó sus datos personales para la publicación del anuncio.

Que la relación comercial se inició el 31/03/2006, con la contratación del servicio a través de la llamada desde el número de EDUGAMA "#####1" al número "#####2" de la denunciante. Aporta copia de un extracto de llamadas efectuadas en el que figura una comunicación de dicho día, al número de la denunciante, de 6,21 minutos.

Que posteriormente a la fecha indicada contactó telefónicamente con la denunciante en varias ocasiones para cuestiones relacionadas con el contrato. La denunciante llamó a EDUGASA el 19/04/2006, para interesarse por el cargo y la prestación del servicio. El día 21/06/2006, la denunciante llamó para interesarse por la documentación recibida.

El día 23/10/2006, EDUGAMA recibió una reclamación de la denunciante a través de la OMIC, en la que alegaba desconocer el motivo del cargo bancario de 334€ efectuado por EDUGAMA en su cuenta el 03/04/2006.

Que cuando conoció la reclamación anuló el anuncio publicitario, tras recibir firmado por la denunciante fax que adjuntaba copia de su DNI.

Asimismo, facilitó como domicilio de notificaciones "(C/.....)".

QUINTO: En fecha 10/06/2008, se acordó por la Instructora del Procedimiento la apertura del período de práctica de pruebas, teniéndose por practicadas en las actuaciones previas de investigación, E/00954/2006 desarrolladas por la Inspección de Datos, al igual que las alegaciones y documentos aportados por EDUGAMA.

Asimismo se acordó preguntar a la denunciante:



<<1-¿Contrató telefónicamente, el 31/03/2006, con EDUGAMA ASOCIADOS, S.L. la inserción de un anuncio publicitario en la "Guía Trabajo Sanidad Pr. Riesgos Laborales"?

2-¿Facilitó a EDUGAMA ASOCIADOS, S.L su cuenta bancaria y su domicilio para el cargo del anuncio publicitario?

-3¿Comunicó el 21/06/2006 a EDUGAMA ASOCIADOS, S.L su nueva dirección?

-4¿Contactó posteriormente con EDUGAMA ASOCIADOS, S.L para solicitarles la anulación del encargo del anuncio publicitario?>>

La notificación de la apertura del período de pruebas a EDUGAMA al domicilio indicado para notificaciones, remitida a través del Servicio de Correos y Telégrafos, ha sido devuelta con la indicación de "Admitido el 12 Junio 2008 por error. Desconocido 09/07/2008"

La denunciante no ha contestado la solicitud de información.

SEXO: Transcurrido el período de pruebas, se inició el trámite de audiencia, cuya notificación, que fue remitida a EDUGAMA, a través del Servicio de Correos y Telégrafos, al domicilio indicado para notificaciones, ha sido devuelta con la indicación de "Desconocido".

SÉPTIMO: Con fecha 08/08/2008, se formuló propuesta de resolución en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se impusiera a EDUGASA una sanción de 60.101,21 € por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma.

Dicha propuesta no pudo ser notificada a EDUGASA en el domicilio que había señalado para notificaciones, por ser desconocido en la misma.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha de 28/07/2006, D^a. V.V.V. denuncia a esta Agencia Española de Protección de Datos que Edugama Asociados, S.L., empresa de publicidad, le ha cargado en su cuenta bancaria un recibo de 334,08 €, sin que le hubiera facilitado sus datos personales ni le hubiera solicitado servicio alguno.

SEGUNDO: Con fecha 6/04/2006 Edugama Asociados, S.L. efectuó un tratamiento de los datos personales de de D^a. V.V.V. cuando utilizó dichos datos para cargarle en la cuenta número +++*****+++++, a su nombre la cantidad de 334,08 €.

TERCERO: Edugama Asociados, S.L. no ha podido acreditar que contara con el consentimiento D^a. V.V.V. para cargarle la factura de 334,08€.

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

En cuanto al tratamiento de datos de carácter personal, el artículo 6.1 y 2 de la LOPD dispone lo siguiente:

“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...”

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 de noviembre (F.J. 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 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.

En el presente caso, ha quedado acreditado que EDUGAMA emitió una factura por la prestación de unos servicios de publicidad que la denunciante no había contratado y, asimismo, le cargó en su cuenta bancaria el importe de dichas facturas. Sin embargo, EDUGAMA no ha aportado prueba documental alguna que acredite la contratación de dichos servicios publicitarios por la denunciante y que, por tanto, justifique la existencia de una relación contractual entre la entidad y la denunciante, que hubiera permitido la aplicación de la excepción al consentimiento prevista en el artículo 6.2 de la LOPD.

A pesar de ello, EDUGAMA, en sus alegaciones, manifestó que la contratación con el denunciante se realizó telefónicamente, En tal sentido, el artículo 5.3 de la Ley 7/1998,



de 13/04, sobre condiciones generales de contratación, establece que *“En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”*.

El desarrollo reglamentario de esta norma se encuentra en el Real Decreto 1906/1999, de 17/12, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. Este Real Decreto impone al predisponente la obligación de facilitar al adherente, previamente a la celebración del contrato, información sobre las cláusulas de éste y de sus condiciones generales, así como la obligación de confirmar documentalmente la contratación efectuada por vía telefónica, electrónica o telemática, mediante la remisión al adherente de la justificación por escrito de la contratación efectuada en el que deberán constar todos los términos de la misma.

De este modo, el artículo 5 del citado Real Decreto 1906/1999, respecto a la atribución de la carga de la prueba, dispone:

“1. La carga de la prueba sobre la existencia y contenido de la información previa de las cláusulas del contrato; de la entrega de las condiciones generales; de la justificación documental de la contratación una vez efectuada; de la renuncia expresa al derecho de resolución; así como de la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental y al momento de sus respectivos envíos, corresponde al predisponente.” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

“2. A estos efectos, y sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, cualquier documento que contenga la citada información aún cuando no se haya extendido en soporte papel, como las cintas de grabaciones sonoras, los disquetes y, en particular, los documentos electrónicos y telemáticos, siempre que quede garantizada su autenticidad, la identificación fiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión y recepción, será aceptada en su caso, como medio de prueba en los términos resultantes de la legislación aplicable...”

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 21/12/2001, dispone lo siguiente: *“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”.



En este sentido se pronuncia, al hablar de la contratación telefónica, la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 31/05/2006, Recurso 539/2004, en su Fundamento de Derecho Cuarto, cuando señala *“Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la Ley.”, y continúa, “*Resulta, por tanto, que tal empresa demandante no sólo no ha aportado ningún elemento probatorio que acredite la celebración telefónica del contrato, sino que tampoco ha acreditado el cumplimiento de las garantías y cautelas que determinan las normas descritas*” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).*

En el presente supuesto, EDUGAMA, el 06/04/2006, cargó en la cuenta bancaria de la denunciante el importe de 334,08 €, sin que le hubiera enviado previamente a ésta *“..justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”,* por tanto, no había obtenido el consentimiento y la conformidad previa de la denunciante para efectuar dicho cargo, pues contravino lo dispuesto en la normativa para la contratación telefónica y lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal.

Así, la Audiencia Nacional en sentencia de 18/05/2005 señaló que *“... , quien trata de forma automatizada datos personales, a consecuencia de dar de alta al denunciante, es la única, a tenor de lo establecido en el art. 6.2 de la LOPD, que debe asegurarse de que recibe el consentimiento inequívoco de este último. La mera no exigencia de la fotocopia del DNI del supuesto usuario ya constituye, como mínimo, la falta de observancia que llevaría a la recurrente a responsabilizarla de esa infracción, pero esta Sala considera que esa culpabilidad va más allá, pues constituye una clara falta de diligencia, porque si no se ha recibido esa documentación, debería, antes de dar a nadie de alta en un servicio, comprobar por otros medios, aunque sea de forma telefónica, etc, que esa era la persona que realmente había pedido el alta en el servicio”* (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

En el presente caso, EDUGAMA no ha acreditado que dispusiera del consentimiento previo de la denunciante para tratar sus datos personales de la denunciante. Por tanto, deben desestimarse las alegaciones efectuadas por EDUGAMA, que vulneró el principio del consentimiento consagrado en el artículo 6.1 de la LOPD y cometió una infracción tipificada en el artículo 44.3.d) de dicha Ley Orgánica.

III

El artículo 44.3.d) de la LOPD tipifica como infracción grave: *“Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave”.*



La Audiencia Nacional ha manifestado, en su Sentencia de 22 de octubre de 2003, que *“la descripción de conductas que establece el artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica 15/1999 cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, a juicio de esta Sala, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cuál es la conducta prohibida. En efecto, el tipo aplicable considera infracción grave “tratar de forma automatizada los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la Ley”, por tanto, se está describiendo una conducta –el tratamiento automatizado de datos personales o su uso posterior- que precisa, para configurar el tipo, que dicha conducta haya vulnerado los principios que establece la Ley Orgánica. Ahora bien, estos principios no son de aquellos que deben inferirse de dicha regulación legal, sino que aparecen claramente determinados y relacionados en el título II de la Ley, concretamente, por lo que ahora interesa, en el artículo 6 se recoge un principio que resulta elemental en la materia, que es la necesidad de consentimiento del afectado para que puedan tratarse automatizadamente datos de carácter personal. Por tanto, la conducta ilícita por la que se sanciona a la parte recurrente como responsable del tratamiento consiste en usar datos sin consentimiento de los titulares de los mismos, realizando envíos publicitarios.”*

En este caso, EDUGAMA ha incurrido en la infracción descrita, ya que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales es un principio básico del derecho fundamental a la protección de datos, recogido en el artículo 6 de la LOPD. Esta entidad ha tratado los datos de la denunciante sin contar con su consentimiento, lo que supone una vulneración de este principio, conducta tipificada en el citado artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

IV

El artículo 45.2 y 4 de la LOPD establece lo siguiente:

“2. las infracciones graves serán sancionadas con multa de 60.101,21 € a 300.506,05€”

“4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad, a la reincidencia, a los daños y perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas, y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.”

Así, de acuerdo a esos criterios, en especial a la falta de intencionalidad y de reincidencia y a la vista de lo expuesto procede imponer a EDUGASA por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) la sanción correspondiente en su cuantía mínima



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 **EDUGAMA ASOCIADOS, S.L.**, por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma, una multa de 60.101,21€ (sesenta mil ciento un euros con veintíun céntimos de euro), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.4 y 4) de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **EDUGAMA ASOCIADOS, S.L.**, A/A D. M.M.M. con domicilio en (C/.....) y a **D^a. V.V.V.** con domicilio en (C/.....)

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 0000 0000 00 0000000000 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.

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, 5 de septiembre de 2008

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte