



Procedimiento Nº PS/00100/2009

RESOLUCIÓN: R/02287/2009

En el procedimiento sancionador PS/00100/2009, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a **DÑA. A.A.A.**, vista la denuncia presentada por **MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA, COMISIONADO PARA EL MERCADO DE TABACOS**, y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 05/11/2008, tuvo en esta Agencia Española de Protección de Datos un escrito del Comisionado para el Mercado de Tabacos, perteneciente al Ministerio de Economía y Hacienda, en el que declara lo siguiente:

En virtud de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y del RD 1199/1999, de 9 de julio, que la desarrolla, que encomienda al Comisionado para el Mercado de Tabacos la realización de tareas de inspección y vigilancia del mercado de tabacos y el ejercicio de la potestad sancionadora, con fecha 29/05/2008 se inició un procedimiento sancionador contra Dña. A.A.A. (en lo sucesivo A.A.A.), titular de la expendedoría de tabaco y timbre (#####,*), en el cual se le solicitó la aportación de una serie de facturas.

Del examen de las 77 facturas aportadas, se constató que las cantidades de las mismas son impropias de un consumo particular (los importes oscilan en torno a los 6.000 €), por lo que la Instrucción del procedimiento remitió con fecha 03/10/2008 copia de las facturas aportadas a 5 de los presuntos destinatarios de las mismas, al objeto de que informaran sobre su veracidad, así como, en caso afirmativo, sobre el destino de las labores de tabaco adquiridas (uso propio o reventa a través de algún establecimiento mercantil), obteniéndose las siguientes respuestas

. Dña. B.B.B. (en lo sucesivo B.B.B.), de (****), manifestó que no tiene constancia de la factura, que no tiene estanco ni bar, y nunca ha trabajado en un establecimiento de estos tipos; que el año pasado dejó un currículum en la dependencia que se encuentra en la (C/.....) (****), que necesitaba una dependienta; que dicho currículum contenía su nº de DNI, domicilio, etc. A este respecto, el citado Comisionado informó que el titular de la expendedoría de tabaco y timbre (#####,*2), sita en la (C/.....) (****), es D. C.C.C..

. D. E.E.E. (en lo sucesivo E.E.E.), de (****), manifestó que la factura no es suya ni tuvo conocimiento de ella hasta la fecha, no ha comprado tabaco en dicho establecimiento y supone que los datos que figuran en la misma se obtuvieron del currículum que facilitó en la



expendeduría, al ver una oferta de empleo.

. Dña. F.F.F. (en lo sucesivo F.F.F.), de (****), manifestó que no tiene nada que ver con la factura, porque no ha comprado nunca tabaco en esas cantidades y no tiene un estanco ni un negocio.

. Dña. G.G.G. (en lo sucesivo G.G.G.), de (****), manifestó que no ha efectuado esa compra y que hace un año le robaron en (****) toda su documentación, incluido el D.N.I.

El Comisionado para el Mercado de Tabacos aportó copia de la respuesta efectuada por Dña. A.A.A. y de las facturas que acompañó, así como copia de las manifestaciones realizadas por las personas a cuyos nombres se emitieron dichas facturas:

En relación con B.B.B.:

- Correo electrónico de 10/10/2008 remitido por la interesada a la dirección electrónica comisionado@cmtabacos.es, comunicando lo especificado en la denuncia.
- Escrito de fecha 03/10/2008, remitido por el Comisionado a la interesada solicitando informe sobre la veracidad de la factura de 14/10/2007 emitida por la expendeduría (#####, *).
- Factura de 14/10/2007, emitida por (#####, *) a nombre de B.B.B..
- Justificante de envío de burofax, en fecha 7/10/2008, remitido a la interesada por el Comisionado.

En relación con E.E.E.:

- Escrito de fecha 09/10/2008, remitido por el interesado al Comisionado, comunicando lo especificado en la denuncia.
- Escrito de fecha 03/10/2008, remitido por el Comisionado al interesado solicitando informe sobre la veracidad de la factura de 14/10/2007, emitida por la expendeduría (#####, *).
- Factura de 14/10/2007 emitida por (#####, *) a nombre de E.E.E..
- Justificante de envío de burofax en fecha 06/10/2008, remitido al interesado por el Comisionado.

En relación con F.F.F.:

- Escrito de fecha 08/10/2008 remitido por la interesada al Comisionado, comunicando lo especificado en la denuncia.
- Escrito de fecha 03/10/2008 remitido por el Comisionado a la interesada solicitando informe sobre la veracidad de la factura de 14/10/2007 emitida por la expendeduría (#####, *).
- Factura de 14/10/2007 emitida por (#####, *) a nombre de F.F.F..
- Justificante de envío de burofax, en fecha 07/10/2008, remitido a la interesada por el Comisionado.

En relación con G.G.G.:

- Escrito de fecha 07/10/2008 remitido por la interesada al Comisionado, comunicando lo especificado en la denuncia.
- Escrito de fecha 03/10/2008 remitido por el Comisionado a la interesada solicitando informe sobre la veracidad de la factura de 14/10/2007 emitida por la expendeduría (#####, *).
- Factura de 14/10/2007 emitida por (#####, *) a nombre de G.G.G..
- Justificante de envío de burofax, en fecha 07/10/2008, remitido a la interesada por el Comisionado.

En relación con la expendeduría (#####, *):

- Escrito de fecha 05/08/2008, remitido por A.A.A. al Comisionado, aportando las facturas



antes citadas.

- Escrito de fecha 03/10/2008, remitido por el Comisionado a la interesada solicitando informe sobre la veracidad de la factura de 14/10/2007, emitida por la expendeduría (#####, *).
- Factura de 14/10/2007, emitida por (#####, *) a nombre de G.G.G..
- Justificante de envío de burofax, en fecha 07/10/2008, remitido a la interesada por el Comisionado.

SEGUNDO: Con fecha 27/04/2009, el Director de la Agencia de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a A.A.A. 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 lo sucesivo 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 la citada Ley Orgánica.

TERCERO: Notificado el citado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, se recibe escrito de A.A.A. en el que se indica que las facturas número *_****1, *_****2, *_****3, *_****4 y *_****5, aportadas al Comisionado para el Mercado de Tabaco, se emitieron por a nombre de las personas que habían aportado sus currículos para optar a un puesto de trabajo como dependiente de la expendeduría que aquélla regenta, consecuencia de un error al imprimir dichas facturas. Concretamente, en dicho escrito de alegaciones se manifestó lo siguiente:

“En el momento de imprimir las facturas que nos habían sido solicitadas, la persona encargada dio a la tecla equivocada y seleccionó el listado de personas solicitantes de empleo y no el de clientes del estanco. Como el plazo que se nos había concedido no era mucho para la aportación de facturas, no se dispuso de tiempo para revisarlas y se mandaron al Comisionado con los datos equivocados”.

A.A.A. manifestó que no hubo mala fe y considera que el error de hecho o material señalado priva del elemento de responsabilidad, necesario para mantener la imputación efectuada, y añade que el uso de los datos realizado no es inapropiado, no se divulgaron tales datos ni se perjudicó a los titulares de los mismos.

Subsidiariamente, solicita que la infracción se califique como leve, en atención a las circunstancias mencionadas.

CUARTO: En fecha 22/07/2009, se acordó por el Instructor del Procedimiento la apertura del período de práctica de pruebas, teniéndose por reproducidas a efectos probatorios la denuncia interpuesta por Ministerio de Economía y Hacienda, Comisionado para el Mercado de Tabaco y la documentación que acompaña, así como las alegaciones a la apertura del PS/00100/2009 presentadas por A.A.A., y la documentación que acompaña.

Por otra parte, considerando que en el escrito de alegaciones al acuerdo de inicio del procedimiento sancionador de referencia se indica que las facturas número *_****1, *_****2, *_****3, *_****4 y *_****5, aportadas al Comisionado para el Mercado de Tabaco, se emitieron por A.A.A. a nombre de personas distintas a los clientes reales, se acordó requerir a la misma para que aportase las facturas correctas.

A.A.A. aportó copia de la cinco facturas señaladas, emitidas a nombre de cuatro supuestos clientes. Así, por parte del Instructor del procedimiento se cursaron sendos requerimientos, dirigidos a los domicilios que figuran en dichas facturas, para que por parte de



estos supuestos clientes se confirmara la realidad de las operaciones que se reflejan en las mismas, sin que ninguna de estas notificaciones haya podido ser entregada a los destinatarios respectivos.

Asimismo, se requirió a A.A.A. para que aportase copia de los currículos que le fueron presentados por las personas que se indican a continuación para optar a un puesto de trabajo como dependiente en la expendedoría de tabaco que aquélla regenta:

- . B.B.B..
- . E.E.E..
- . G.G.G..
- . F.F.F..

Estas personas fueron consultadas para que confirmasen la entrega a A.A.A. de los currículos aportados por la misma, para optar a un puesto de trabajo como dependiente en la expendedoría de tabaco y timbre (####,*), con el siguiente resultado:

- . B.B.B.. Niega haber facilitado el currículo a A.A.A. y añade que dicho documento fue entregado hace un año en la expendedoría nº ** de (*****), sita en (C/.....).
- . E.E.E.. Admite haber entregado el currículo en la expendedoría de A.A.A..
- . G.G.G.. Niega haber facilitado el currículo a A.A.A. y añade que dicho documento fue entregado en la expendedoría de (#####, *2), (*****), sita en (C/.....2), no habiendo prestado su consentimiento para que se cediera a la imputada.
- . F.F.F.. Niega haber facilitado el currículo a A.A.A..

En cuanto a la prueba testifical solicitada por A.A.A., para que por parte de Dña. H.H.H. (en lo sucesivo H.H.H.) se preste declaración sobre los hechos denunciados, se solicitó detalle sobre las cuestiones que pretende plantear y la intervención en los hechos de la persona que presta el testimonio. A este respecto, se informó que H.H.H. es empleada de la expendedoría y encargada, junto con la titular de dicho establecimiento, de recibir y seleccionar los currículos presentados para optar a un puesto de trabajo y de emitir las facturas de ventas, y se detallaron las cuestiones siguientes para que fueran planteadas a la misma:

“Primera.- ¿Es usted empleada de la expendedoría de A.A.A.?”

Segunda.- ¿Desde hace cuanto tiempo presta servicios en la expendedoría?”

Tercera.- ¿Fue usted la encargada de redactar el cartel solicitando empleado para la expendedoría así como de recoger los currícula que se presentaron?”

Cuarta.- ¿Se encarga usted, junto a la titular, de la contabilidad del estanco, realizando las facturas pertinentes?”

Quinta.- Al ser requerida por el Comisionado para el Mercado de Tabacos para la aportación de facturas ¿cometió usted el error de mezclar los datos de los clientes del estanco con las personas que solicitaban empleo?”

Sexta.- ¿Puede explicar cómo se produjo el error y cuándo se percató de él?”

Séptima.- ¿Fue usted consciente en algún momento, o lo fue la Sra. A.A.A., de estar empleando para la confección de las facturas, datos de los solicitantes de empleo?”

En respuesta a dicho requerimiento, H.H.H. manifestó lo siguiente:

“ Así es. Presto mis servicios para la titular de la Expendeduría, Sra. A.A.A.

. Sí. La Sra. A.A.A. me pidió que pusiera un cartel y que fuera atendiendo a los interesados que nos dejaban su curriculum.



. Tanto la titular como yo realizamos labores de contabilidad, atendemos a los clientes y cuando la venta debe documentarse con facturas, las hacemos.
. Así fue. En vez de abrir la carpeta en la que constan los datos de los clientes de factura, abrí por error la carpeta de las personas que nos habían dejado su curriculum para el empleo.
. Se produjo, como digo, al equivocarme con la carpeta que empleé y tuve conocimiento de él cuando la titular me comentó que había recibido la apertura de un expediente sancionador por usar datos personales de otras personas. En ese momento, revisando las facturas aportadas, comprobé que me había equivocado.
. En absoluto. Ambas fuimos conscientes de la equivocación cometida en el momento en que se abrió el expediente y le fue notificado a la titular. En ese momento comprobamos que yo había empleado por error los datos que figuraban en una carpeta que no era la que debería haber abierto para la confección de las facturas”.

QUINTO: Con fecha 21/09/2009, se emitió propuesta de resolución en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancionase a A.A.A. con multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euros con veintiún céntimos), por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma.

Notificada la citada propuesta, A.A.A. presentó escrito en el que se reitera en sus alegaciones anteriores, sobre la ausencia de mala fe, que se explica por el error cometido, insiste en que no se han provocado perjuicios y que la imputada no tuvo conocimiento del uso de datos personales de terceros no clientes, Asimismo, señala que “aunque algunos de los firmantes de los currículos hayan admitido haberlo facilitado a otra expendedoría, ello no desvirtúa sus alegaciones. Eran personas demandantes de empleo y sus datos y currículum pudieron haberse facilitado a muchos establecimientos”, invoca el principio de responsabilidad recogido en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC) y solicita nuevamente que la infracción se califique como leve.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Por la entidad Comisionado para el Mercado de Tabacos, en ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, se inició expediente sancionador a A.A.A., titular de la expendedoría de tabaco y timbre (####,*). En dichas actuaciones, la entidad Comisionado para el Mercado de Tabacos comprobó que la citada expendedoría emitió cinco facturas a nombre de B.B.B., E.E.E., F.F.F. y G.G.G., sin que ninguno de ellos hubiese sido cliente de la misma.

SEGUNDO: A.A.A., durante la tramitación del presente procedimiento sancionador, declaró que las facturas número *-****1, *-****2, *-****3, *-****4 y *-****5, aportadas al Comisionado para el Mercado de Tabaco, se emitieron por a nombre de las personas que habían aportado sus currículos para optar a un puesto de trabajo como dependiente de la expendedoría que aquella regenta, consecuencia de un error al imprimir dichas facturas. Concretamente, en dicho escrito de alegaciones se manifestó lo siguiente:

“En el momento de imprimir las facturas que nos habían sido solicitadas, la persona encargada dio a la tecla equivocada y seleccionó el listado de personas solicitantes de empleo y no el de clientes del estanco. Como el plazo que se nos había concedido no era mucho para la aportación de facturas, no se dispuso de tiempo para revisarlas y se mandaron al Comisionado con los datos equivocados”.



TERCERO: B.B.B., F.F.F. y G.G.G., han negado haber facilitado su currículum a A.A.A.. B.B.B. informó que dicho documento fue entregado en la expendedoría nº ** de (****) y G.G.G. manifestó que facilitó su currículum a la expendedoría de (#####, *2), (****), sita en (C/.....2), no habiendo prestado su consentimiento para que éste cediera dicho documento a A.A.A..

CUARTO: E.E.E. declaró que entregó su currículum en la expendedoría de A.A.A. para optar a un puesto de trabajo en la misma.

QUINTO: H.H.H., que presta servicios como empleada en la expendedoría de A.A.A., ha declarado que se encargó de emitir las facturas número *-****1, *-****2, *-****3, *-****4 y *-****5, y que por error dichas facturas se emitieron con los datos de las personas que habían facilitado su currículum para optar a un empleo en dicho establecimiento.

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 el presente supuesto, se analiza el tratamiento que A.A.A. ha realizado de los datos de B.B.B., E.E.E., F.F.F. y G.G.G. para asociarlos a una compra de tabacos como clientes de la expendedoría que aquélla regenta, habiendo emitido cinco facturas a nombre de las personas citadas, a pesar de que éstas no mantuvieron relación mercantil alguna con la expendedoría. Asimismo, A.A.A. trató los datos de B.B.B., E.E.E., F.F.F. y G.G.G., incluyendo en sus sistemas de información los datos contenidos en los currículos respectivos.

Se analiza, por tanto, la actuación de A.A.A. en relación con el tratamiento de datos de carácter personal de B.B.B., E.E.E., F.F.F. y G.G.G. sin sus respectivos consentimientos.

Así, en orden a precisar el alcance antijurídico de los referidos hechos, procede analizar el principio de consentimiento consagrado en el artículo 6.1 y 2 de la LOPD, que establece 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; 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”.



A este respecto, debe señalarse que el artículo 3.c) de la LOPD define el tratamiento de datos como *“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”*.

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados o sin otra habilitación amparada por la Ley constituye una vulneración del 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 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.

En este caso, ha quedado acreditado que únicamente E.E.E. facilitó a la imputada A.A.A. sus datos personales, mediante la entrega de su currículum para optar a un puesto de trabajo como empleado de la expendeduría de tabaco y timbre (#####,*), mientras que B.B.B., F.F.F. y G.G.G. han negado haber facilitado sus datos personales a A.A.A.. Por otra parte, consta que ninguno de los afectados citados ha sido cliente de la expendeduría mencionada.

Asimismo, ha quedado acreditado que los datos personales de B.B.B., F.F.F. y G.G.G., junto con los de E.E.E., contenidos en los currículos respectivos, se incluyeron en los sistemas de información de A.A.A., y que tales datos se utilizaron por la misma para emitir cinco facturas por supuestas compras de tabaco que aquellos no habían realizado, según ha reconocido la propia imputada.

Estas actuaciones suponen un tratamiento de datos personales que no ha sido consentido por los afectados ni viene amparado por una relación comercial consentida por los mismos. Para que el tratamiento de los datos del denunciante por parte de A.A.A. resultara conforme con los preceptos de la LOPD, hubieran debido concurrir en el procedimiento examinado alguno de los supuestos contemplados en el artículo 6 de la Ley mencionada. Sin embargo, según los hechos que constan acreditados en el procedimiento, reconocidos por la propia imputada, nunca se formalizó compraventa alguna con los afectados, que no prestaron el necesario consentimiento previo para el tratamiento de sus datos realizado. Tampoco concurre ninguno de los supuestos exentos de prestar tal consentimiento, de modo que se considera infringido el citado artículo 6.1 de la LOPD.

Por otra parte, en el presente caso A.A.A. no ha presentado ninguna prueba que pueda evidenciar que B.B.B., F.F.F. y G.G.G. le hubiesen facilitado sus datos personales, mediante la entrega de los currículos respectivos que obran en poder de la imputada que, además, incluyó en su sistema de información los datos personales de aquéllos contenidos en dichos



documentos, por lo que ha de entenderse que el tratamiento de datos realizado no contaba con el consentimiento de los afectados.

Abundando en este sentido, 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 impositivo 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 tanto corresponde a A.A.A. acreditar el origen de los datos personales sometidos a tratamiento y que cuenta con el consentimiento de los afectados para llevarlo a cabo, es decir, para tratar los datos contenidos en los currículos de los afectados, máxime cuando éstos niegan haberlo facilitado a aquélla.

En el supuesto examinado, A.A.A. no acredita disponer del consentimiento de los afectados para el tratamiento de sus datos, resultando, por tanto, evidente la existencia de, al menos, una falta de la diligencia debida en los hechos imputados plenamente imputable a la misma, que trató los datos personales de los mismos sin su consentimiento.

En consecuencia, por todo lo que antecede, se considera infringido el artículo 6.1 de la LOPD.

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 22/10/2003 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 cual 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, A.A.A. 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. A.A.A. ha tratado los datos de B.B.B., E.E.E., F.F.F. y G.G.G. sin contar con su consentimiento, lo que supone una vulneración de este principio, conducta que encuentra su tipificación en este artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

IV

En cuanto al principio de culpabilidad invocado por A.A.A., cabe señalar lo dispuesto en el artículo 130.1 de la LRJPAC, según el cual *“... sólo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia”.*

Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias de 26/04/1990, 19/12/1991 y 04/07/1999, entre otras) y la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo (Sentencia de 23/01/1998, entre otras), así como las exigencias inherentes a un Estado de Derecho, exigen que el principio de culpabilidad requiera la existencia de dolo o culpa.

El Tribunal Supremo (Sentencias de 16 y 22/04/1991) considera que del elemento culpabilista se desprende *“... que la acción u omisión, calificada de infracción sancionable administrativamente, ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable.”*

Por su parte, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 29/06/2001, en materia de protección de datos de carácter personal, ha declarado que *“... basta la simple negligencia o incumplimiento de los deberes que la Ley impone a las personas responsables de ficheros o del tratamiento de datos de extremar la diligencia...”*.

El Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el sujeto infractor no se comporta con la diligencia exigible. Diligencia cuyo grado de exigencia se determinará en atención a las circunstancias concurrentes, tales como el especial valor del bien jurídico protegido, la profesionalidad exigible al infractor, etc. En este sentido la Sentencia de 05/06/1998 exige a los profesionales del sector *“... un deber de conocer especialmente las normas aplicables”*. En similares términos se pronuncian las Sentencias de 17/12/1997, 11/03/1998, 02/03 y 17/09/1999.

Aplicando la anterior doctrina, la Audiencia Nacional, en varias sentencias, entre otras las de fechas 14/02/ y 20/09/2002 y 13/04/2005, exige a las entidades que operan en el mercado de datos una especial diligencia a la hora de llevar a cabo el uso o tratamiento de tales datos o su cesión a terceros, visto que se trata de la protección de un derecho fundamental de las personas a las que se refieren los datos, por lo que los depositarios de éstos deben ser especialmente diligentes y cuidadosos a la hora de realizar operaciones con los mismos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la protección de los bienes jurídicos protegidos por la norma.

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, es evidente la existencia en este caso de, al menos, una falta de diligencia debida que le era exigible en los hechos denunciados atribuible plenamente a A.A.A., de acuerdo con las circunstancias antes expresadas.

V

El artículo 45.2, 4 y 5 de la LOPD, establece:

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

“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.

5. Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, 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 el supuesto examinado, A.A.A. solicita la imposición de la sanción prevista para las infracciones leves considerando que no hubo mala fe en su actuación, no se divulgaron los datos de los afectados y no se provocaron perjuicios.

El artículo 45.5 de la LOPD, admite la posibilidad de reducir la sanción siempre que exista una cualificada disminución de la culpabilidad o de la antijuridicidad del hecho. La Audiencia Nacional, en sus Sentencias de 24/05/2002 y 16/02/2005, ha señalado en cuanto a la aplicación del citado precepto que *“... la presente regla debe aplicarse con exquisita ponderación y solo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas atendidas las circunstancias del caso concreto, de forma que repugne a la sensibilidad jurídica, siempre guiada por el valor justicia, la imposición de la sanción correspondiente al grado. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos y concretos”.*

En cuanto a la buena fe, la Audiencia Nacional en su Sentencia de 24/05/02 ha señalado que *“la buena fe en el actuar, para justificar la ausencia de culpa –como se hace en el presente caso-; basta con decir que esa alegación queda enervada cuando existe un deber específico de vigilancia derivado de la profesionalidad del infractor. En esta línea tradicional de reflexión, la STS de 12 de marzo de 1975 y 10 de marzo de 1978, rechazan la alegación de buena fe, cuando sobre el infractor pesan deberes de vigilancia y diligencia derivados de su condición de profesional”.*

Por tanto, el citado artículo 45.5 de la LOPD debe aplicarse de forma excepcional y cuando se den suficientes circunstancias para ello. En este caso, no cabe apreciar circunstancias que supongan una disminución cualificada ni de la culpabilidad ni de la antijuridicidad, pues la infracción no se habría producido de haber empleado A.A.A. la diligencia debida que le era exigible. Además, según señala la Audiencia Nacional en la Sentencia citada de 16/02/2005, *“a la antijuridicidad no obsta la intención de infringir las normas jurídicas -STS de 4 de junio de 1999-; y ya hemos razonado que ... sí existe lesión del derecho protegido por*



la Ley". Aunque se tuviera en cuenta el supuesto error alegado, en relación con la emisión de las facturas a nombre de los afectados por un error informático, a pesar de que no eran clientes de la entidad, ha de considerarse, igualmente, que A.A.A. no ha justificado cómo obtuvo los currículos en los que figuraban los datos utilizados. Por tanto, no se estima procedente la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, en el presente supuesto y por las razones alegadas por A.A.A..

Por otra parte, teniendo en cuenta los criterios de graduación de las sanciones recogidos en el citado artículo 45.4 de la LOPD y, en particular, el volumen de tratamientos efectuados, y en aplicación del principio de proporcionalidad, procede imponer la sanción establecida 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 **DÑA. A.A.A.**, 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 veintiún céntimos), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **DÑA. A.A.A.** y a **MINISTERIO DE ECONOMIA Y HACIENDA, COMISIONADO PARA EL MERCADO DE TABACOS.**

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 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 LRJPAC, 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, 20 de octubre de 2009
EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte