



Procedimiento Nº PS/00114/2011

RESOLUCIÓN: R/01719/2011

En el procedimiento sancionador PS/00114/2011, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **MEGA DATA INTEGRAL SERVICES S.L., TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, vista la denuncia presentada por **DE OFICIO** y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 19 de febrero de 2010 a requerimiento del Director de la Agencia Española de Protección de Datos se inician actuaciones previas de investigación con el fin de evaluar el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos en el ámbito de las sociedades DATA INTEGRAL ACTION, S.L., en adelante INTEGRAL, MEGADATA INTEGRAL SERVICES S.L., en adelante MEGADATA y TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L., en adelante TODODATA.

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 DATA INTEGRAL ACTION, S.L., MEGA DATA INTEGRAL SERVICES S.L., TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L., teniendo conocimiento de que:

1. El socio y administrador único de INTEGRAL, MEGADATA y TODODATA es D. **A.A.A.** con NIF *****NIF.1**, en adelante EL PROPIETARIO.
2. TODODATA y MEGADATA comparten sede social y equipamiento informático (un único ordenador donde residen los ficheros).

Durante la inspección realizada a ambas entidades el 20 de enero de 2011 se mantuvo una entrevista con Dña. **B.B.B.**, empleada de MEGADATA con funciones de administrativa, en adelante LA EMPLEADA, que manifestó realizar las mismas funciones para TODODATA.

LA EMPLEADA fue, anteriormente, trabajadora y apoderada de INTEGRAL.

3. Ni MEGADATA, ni TODODATA han aportado, a fecha del presente informe, documentación que acredite la forma legal mediante la que LA EMPLEADA, como parte de MEGADATA, accede a los datos de TODODATA.
4. INTEGRAL es una sociedad que ha sido sancionada en numerosas ocasiones por la Agencia Española de Protección de Datos.

En el Registro General de Protección de Datos consta un fichero denominado "MARKETING" cuyo responsable es INTEGRAL. La dirección de INTEGRAL asociada a dicha inscripción es la calle Calixto Leguina, 1 de Bilbao, Vizcaya.

El local ubicado en la **calle Calixto Leguina, 1 de Bilbao, Vizcaya** ya no alberga la sede de INTEGRAL.

Según manifestó LA EMPLEADA, INTEGRAL cesó en su actividad y no tiene relación alguna con MEGADATA o TODODATA.

5. Se realizó una visita de inspección sin aviso previo el 17 de mayo de 2010 a las tres empresas investigadas

En dicha visita se pudo comprobar que INTEGRAL no ocupaba el local ubicado en la calle Calixto Leguina, 1 de Bilbao.

Si bien junto a la puerta del local ubicado en el Grupo Tomás Zubiria Ibarra se halló un buzón perteneciente a TODODATA y MEGADATA, el local estaba cerrado en las dos ocasiones en que a lo largo de la mañana se personaron los inspectores actuantes.

Uno de los inspectores introdujo en el buzón una tarjeta de visita en cuya parte trasera dejó mensaje para que los responsables de las entidades se pusieran en contacto con él, cosa que no hicieron.

6. El inspector actuante tratando de obtener direcciones de notificación y teléfonos alternativos para las tres empresas solicitó información a diferentes empresas de distribución eléctrica.

Las únicas direcciones que éstas facilitaron eran las que obraban en ese momento en el expediente.

Entre los teléfonos de contacto proporcionados por una de las empresas de distribución eléctrica con quien tanto INTEGRAL como MEGADATA tienen contratado el suministro eléctrico, constaba el de la arrendadora del local ubicado en la calle Calixto Leguina, 1, quien informó al inspector actuante que dicha empresa había abandonado el local hacía tiempo y había alquilado otro local mediante los servicios de una inmobiliaria denominada TRAUCO.

A requerimiento del inspector actuante, la inmobiliaria TRAUCO proporcionó los datos de contacto de MEGADATA, sociedad arrendataria del local ubicado en el Grupo Tomás Zubiria, 3. En dichos datos se hallaba un teléfono que según pudo verificarse con la operadora telefónica correspondiente, correspondía a LA EMPLEADA.

7. Puesto en contacto telefónico con LA EMPLEADA está manifestó que :

- 7.1. La dirección que constaba para MEGADATA y TODODATA en el expediente era la correcta pero en ocasiones se ausentan de la oficina para realizar gestiones.

- 7.2. INTEGRAL había cesado en su actividad hace tiempo.

- 7.3. Están a disposición de la Agencia Española de Protección de Datos para recibir una visita de inspección cuando se considerase oportuno.

8. En relación a los datos de carácter personal recogidos y tratados por MEGADATA:

- 8.1. En base a las manifestaciones de LA EMPLEADA y a la copia, proporcionada por la entidad, de un contrato firmado el 6 de octubre de 2009 por MEGADATA, la principal actividad de la entidad es la recopilación de nombres, apellidos direcciones y teléfonos y la comunicación de dichos datos al cliente de la entidad "*...para su tratamiento con los fines de realizar acciones de marketing directo y prospección comercial*".

Según manifestó LA EMPLEADA los clientes de MEGADATA se dedican al marketing telefónico.

- 8.2. En el Registro General de Protección de Datos consta un fichero denominado "FICHERO COMERCIAL" cuyo responsable es MEGADATA.

En el apartado dedicado al origen y procedencia de los datos contenidos en el fichero se



indica que éstos son: fuentes accesibles al público, administraciones públicas y registros públicos.

Se solicitó a los responsables de MEGADATA que aportaran relación de las fuentes accesibles al público utilizadas para la recogida de datos así como acreditación de los medios utilizados para dicha recogida.

A fecha del informe de actuaciones previas de inspección no han aportado dicha información.

- 8.3. En el equipo informático compartido por ambas entidades se hallaron 52 ficheros, uno por provincia española, en formato DBF.

Cada fichero contiene un conjunto de registros y cada registro contiene la siguiente información: Nombre y apellidos, dirección postal sin piso ni puerta (tipo de vía, calle, portal, código postal, localidad y provincia) y teléfono fijo.

No consta ningún campo que indique que los datos no pueden ser utilizados para tratamientos publicitarios por lo que en el caso de que los datos hayan sido obtenidos de las guías telefónicas se ha omitido la información que al respecto se hace constar en éstas mediante el carácter "U".

LA EMPLEADA manifestó que los ficheros en formato DBF fueron proporcionados por EL PROPIETARIO al iniciarse la actividad de la empresa (abril de 2009) y actualizados en una ocasión a mediados del año 2010.

El estudio de los ficheros aportados como copia durante la inspección contiene un total de **10.654.945** registros.

- 8.4. MEGADATA dispone de un fichero Robinson propio en formato Excel donde se encuentran las personas que han ejercitado su derecho de cancelación u oposición al tratamiento publicitario de los datos.

El fichero cuenta con 576 solicitudes registradas entre el 23 de abril de 2009 y el 19 de enero de 2011.

- 8.5. MEGADATA, una vez recibidos los criterios de selección proporcionados por un cliente, selecciona en base a esos criterios un conjunto de destinatarios de entre los disponibles en los ficheros, los cruza con el fichero Robinson propio y el listado resultante se envía al cliente.

Una vez remitido al cliente el fichero es borrado.

- 8.6. En el contrato firmado por MEGADATA el 6 de octubre de 2009 no consta ninguna cláusula que indique que los datos serán cruzados con el fichero común de exclusión de tratamientos publicitarios denominado "Lista Robinson" gestionado por la Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo, en adelante FECEMD.

No consta

- 8.7. MEGADATA no está adherida al servicio de Lista Robinson por lo que no puede acceder a su fichero común de exclusión de tratamiento publicitario.

9. En relación a los datos de carácter personal recogidos y tratados por TODODATA:

- 9.1. En base a las manifestaciones de LA EMPLEADA y a la copia del contrato firmado y ejecutado por TODODATA proporcionado por la entidad, la principal actividad de la entidad es la recopilación de los datos de carácter personal de los destinatarios de los envíos publicitarios.

Según manifestó LA EMPLEADA los clientes de TODODATA se dedican al marketing postal.

- 9.2. En el Registro General de Protección de Datos consta un fichero denominado "FICHERO COMERCIAL" cuyo responsable es TODODATA.

En el apartado dedicado al origen y procedencia de los datos contenidos en el fichero se indica que éstos son: Fuentes accesibles al público, administraciones públicas, registros públicos y el propio interesado o su representante legal.

Se solicitó a los responsables de TODODATA que aportaran relación de las fuentes accesibles al público utilizadas para la recogida de datos así como acreditación de los medios utilizados para dicha recogida.

A fecha del informe de actuaciones previas de inspección no han aportado dicha información.

- 9.3. En el equipo informático compartido por ambas entidades se hallaron 52 ficheros, uno por provincia española, en formato DBF.

Cada uno de los registros contenía la siguiente información: Identificador, nombre y apellidos, sexo, dirección postal completa (que incluye piso y puerta) y un campo Robinson.

El estudio de los ficheros aportados como copia durante la inspección contiene un total de **37.738.389** registros.

Del total de dichos registros **22.976.290** (el 60,9%) contienen información en el campo de dirección sobre el piso. En numerosos casos la puerta también se encuentra en dicho campo.

El número total de registros marcados como excluidos para tratamientos publicitarios mediante el campo Robinson es de **48.260**. Únicamente los diez primeros ficheros contienen registros con marcas en el campo Robinson.

- 9.4. TODODATA dispone de un fichero Robinson propio en formato Excel donde se encuentran las personas que han ejercitado su derecho de cancelación u oposición al tratamiento publicitario de los datos.

El fichero cuenta con 27 solicitudes registradas entre el 7 de mayo de 2009 y el 4 de febrero de 2010.

- 9.5. TODODATA, una vez recibidos los criterios de selección proporcionados por un cliente, selecciona en base a esos criterios un conjunto de destinatarios de entre los disponibles en los ficheros, los cruza con el fichero Robinson propio y el listado resultante se envía al cliente.

Una vez remitido al cliente el fichero es borrado.

- 9.6. En el contrato firmado por TODODATA el 8 de abril de 2009 consta una cláusula que indica que uno de los servicios prestados por TODODATA será *"La confrontación de los datos de carácter personal con la Lista Robinson de la FECEMD (Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo), con el objeto de evitar envíos publicitarios a personas que hayan manifestado su oposición a recibir publicidad."*

- 9.7. MEGADATA no está adherida al servicio de Lista Robinson por lo que no puede acceder a su fichero común de exclusión de tratamiento publicitario.

El inspector actuante consta inscrito en el citado fichero común de exclusión la FECEMD desde el 2 de julio de 2009 con la misma dirección con la que consta en el fichero D28.DBF



sin que en este último conste marca alguna en el campo Robinson.

TERCERO: Con fecha 9 de febrero de 2011, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar, procedimiento sancionador a:

1.- **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, por presunta infracción de los artículos 6 y 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13/12, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), tipificadas como graves en el artículo 44.3 d), según la redacción anterior a la modificación operada por la Ley de Economía Sostenible de 2011 , pudiendo ser sancionada cada una, con multa de 60.101,21 € , de acuerdo con el artículo 45 de dicha Ley Orgánica.

2.- **MEGA DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, por presunta infracción del artículo 12.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13/12, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), tipificada como grave en el artículo 44.3 d), según la redacción anterior a la modificación operada por la Ley de Economía Sostenible de 2011 , pudiendo ser sancionada, con multa de 60.101,21 € , de acuerdo con el artículo 45 de dicha Ley Orgánica.

CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio, **MEGA DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, y **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.** mediante escrito de fecha 24/02/2011, formuló recusación contra el instructor del procedimiento, por incurrir en las causas previstas en la letra a), d) y e) del art. 28.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

a) En fecha 16/03/2011, el Subdirector General de Inspección, de conformidad con lo dispuesto en el art. 29.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, solicitó Informe al Instructor del Procedimiento para que se pronunciase sobre la recusación planteada.

b) En fecha de 16/03/2011, el Instructor del Procedimiento emitió **Informe negativo** de las causas de abstención invocadas por las entidades denunciadas señalando que: *“Los supuestos que las entidades denunciadas manifiestan que concurren en mi persona son los siguientes:*

A) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

D) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.

E) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

Como consecuencia de cuanto antecede, el Instructor que suscribe manifiesta que no se dan las causa de recusación alegada:

Respecto del supuesto de la letra A), el haber instruido otro procedimiento en el que ha sido denunciada una de las entidades solicitantes, obedece a normas organizativas de reparto de trabajo, que son ajenas a la voluntad de este instructor.

Respecto los supuestos de la letra D) y E), no se dan en la persona de este instructor, habida cuenta de que no se ha intervenido en el procedimiento anterior en calidad de perito o testigo, sino en calidad de instructor, y tampoco se tiene ni se ha tenido relación de servicio alguna con la entidad denunciada.

Por lo tanto, a juicio de este Instructor que suscribe el presente escrito, no procede acceder a la recusación solicitada por la entidad imputada en el citado Procedimiento Sancionador.”

c) En fecha 16/03/2011, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, dictó Resolución, al amparo de lo dispuesto en el art. 29.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, declarando la **No concurrencia de causa de Recusación** alegada por las entidades denunciadas.

QUINTO: Notificado el acuerdo de inicio, **MEGA DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, y **TODODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.** mediante escrito de fecha 07/03/2011 formuló alegaciones, significando, que:

-Existencia de contrato de acceso a datos entre ambas entidades. En fecha de 26/01/2010 se remitió una copia del contrato suscrito entre ambas entidades, dando cumplimiento al art. 12 LOPD.

-Nulidad de actuaciones inspectoras. El Acta de inspección fue notificada a una persona, empleada de MEGADATA, sin que ésta ostentara la representación de TODODO DATA, lo que invalida como prueba la información obtenida durante la inspección.

Realización de actuaciones inspectoras excediendo el mandato del art. 40.1 LOPD y 28.1 del Estatuto de la AEPD. Estos preceptos no autorizan a extraer copia de los ficheros.

Falta de autorización para extraer copia de los ficheros.

Falta de cumplimiento de las garantías para asegurar la integridad del fichero sustraído por los inspectores, debido al *itering* que ha sufrido el dispositivo en el que se almacena el mismo.

-Nulidad del Acuerdo de inicio del Procedimiento Sancionador, por no establecer qué sanciones pudieran corresponder por la infracción del art. 12.2 LOPD. Pues dependiendo del importe de la sanción propuesta, se establecerá una estrategia de defensa u otra.

-Inexistencia de prueba de la infracción del art. 6 LOPD.

Por falta de garantías de integridad del fichero original, porque dice el Acuerdo de inicio, que estando uno de los inspectores actuantes inscrito en la Lista Robinson de la FECEDM, se dice haber encontrado los datos de éste sin el marcado correspondiente "Robinson". El fichero ha podido ser manipulado.

Inexistencia de prueba del tratamiento de los datos con fines publicitarios. El cruce de los datos con Lista Robinson sólo es obligatorio cuando los datos se vayan a utilizar para la realización de un concreto envío comercial, de conformidad con el art. 49.4 del RD 1720/2007. por tanto no consta que se hayan utilizado los datos del inspector actuante para enviarle comunicaciones comerciales. Por tanto el hecho de que el inspector se encuentre en Listas Robinson no supone infracción de la LOPD.

-Solicita procedimiento disciplinario contra los inspectores actuantes y el instructor del procedimiento se de traslado de lo actuado a este respecto. Asimismo solicita invocación contra la Agencia Española de Protección de Datos del procedimiento sancionador correspondiente por vulneración del deber de secreto, al incluir en la copia del expediente documentación ajena a éste procedimiento con datos de carácter personal.

SEXTO: Con fecha de 29/03/2011 se inició el período de práctica de pruebas, en el que se realizó:

A).- Se dio por reproducidos a efectos probatorios los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección ante TODODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L., MEGA DATA INTEGRAL SERVICES, S.L., el Informe de actuaciones previas de Inspección que forman parte del expediente E/00549/2010 y las alegaciones al acuerdo de inicio PS/00114/2011 presentadas por TODODO DATA



INTEGRAL SERVICES S.L., MEGA DATA INTEGRAL SERVICES, S.L. y la documentación que a ellas acompaña.

B).-Asimismo se solicitó la ratificación de los inspectores actuantes respecto del contenido del Acta de Inspección.

C).- Se incorporó como prueba documental, las siguientes actuaciones relativas a:

1.- D. **C.C.C.**.

Los folios nº 20 a 23 y 27 de las Actuaciones Previas de Inspección E/782/2010-I/2 relativas a la inscripción en el fichero de Lista Robinson de D. **C.C.C.**.

La impresión pantalla del fichero en formato DBF.28 obtenido en las Actuaciones Previas de Inspección E/549/2010, dónde consta los datos de D. **C.C.C.**, sin marca alguna relativa la exclusión Robinson.

La impresión de pantalla de la consulta al sitio Web del servicio de abonados paginas.blancas con resultado negativo de sus datos.

2.- D. **D.D.D.**.

Los folios relativos a la denuncia que obra en las Actuaciones Previas de Inspección E/0942/2010, relativos a la inclusión de sus datos en el servicio de Lista Robinson.

La impresión pantalla del fichero en formato DBF.28 obtenido en las Actuaciones Previas de Inspección E/549/2010, dónde consta los datos de D. **D.D.D.**, sin marca alguna relativa la exclusión Robinson.

La impresión de pantalla de la consulta al sitio Web del servicio de abonados paginas.blancas con resultado negativo de sus datos.

3.- Respecto del Inspector actuante, se incorpora como prueba documental la consulta al repertorio de abonados a servicios telefónicos.

D) Se requirió información a C.C. COLUCIONES DE CONFORT, S.L.

SEPTIMO: En fecha de 24/05/2011 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 70.000 € (setenta mil euros) por la infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 b) de dicha norma, y sin que se establezcan responsabilidades por infracción a la LOPD por parte de **MEGA DATA INTEGRAL SERVICES, S.L.**

En la citada Propuesta de Resolución se emplazaba a las entidades denunciadas para que en el plazo de *quinze días hábiles* formularan las alegaciones que estimen convenientes.

OCTAVO: Según consta en los acuses de recibo emitidos por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, la Propuesta de Resolución fue notificada a la entidad **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.** en fecha 06/06/2011. (Folios 322 a 323) y a la entidad **MEGA DATA INTEGRAL SERVICES, S.L.** en fecha 06/06/2011(folios 355 a 356)

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

HECHOS PROBADOS

UNO.- En fecha de 13/05/2010 se consultó el Registro General de Protección de Datos constando un fichero denominado "FICHERO COMERCIAL"(código: 2091180026) cuyo responsable es MEGADATA. En el apartado dedicado al origen y procedencia de los datos contenidos en el fichero se indica que éstos son: fuentes accesibles al público, administraciones públicas y registros públicos. Siendo la finalidad del fichero: Acciones de marketing directo.(folios 28 a 30)

DOS.- En fecha de 13/05/2010 se consultó el Registro General de Protección de Datos consta un fichero denominado "FICHERO COMERCIAL" (código 2091180071) cuyo responsable es TODODATA. . Siendo la finalidad del fichero: Acciones de marketing directo En el apartado dedicado al origen y procedencia de los datos contenidos en el fichero se indica que éstos son: Fuentes accesibles al público, administraciones públicas, registros públicos y el propio interesado o su representante legal.(folios 25 a 27)

TRES.- En la Inspección realizada fecha 20/01/2011, en las sedes de las entidades denunciadas, la cual comparten, se hallaron en el equipo informático compartido por ambas entidades dos carpetas denominadas DIRES y TELEFONOS con 52 ficheros, en cada carpeta, uno por provincia española, en formato DBF. (folios 140 a 161 y

CUATRO.- En la carpeta TELEFONOS, cada fichero contiene un conjunto de registros y cada registro contiene la siguiente información: Nombre y apellidos, dirección postal sin piso ni puerta (tipo de vía, calle, portal, código postal, localidad y provincia) y teléfono fijo. No consta ningún campo que indique que los datos no pueden ser utilizados para tratamientos publicitarios por lo que en el caso de que los datos hayan sido obtenidos de las guías telefónicas se ha omitido la información que al respecto se hace constar en éstas mediante el carácter "U".

CINCO.-MEGADATA dispone de un fichero Robinson propio en formato Excel donde se encuentran las personas que han ejercitado su derecho de cancelación u oposición al tratamiento publicitario de los datos. El fichero cuenta con 576 solicitudes registradas entre el 23 de abril de 2009 y el 19 de enero de 2011. MEGADATA no está adherida al servicio de Lista Robinson por lo que no puede acceder a su fichero común de exclusión de tratamiento publicitario.

SEIS.- Resulta acreditado que según manifestaciones de la empleada de las entidades presente en la inspección realizada, los clientes de MEGADATA se dedican al marketing telefónico y los clientes de TODODATA se dedican al marketing postal. En el RGPD MEGADATA señala como origen de los datos, fuentes accesibles al público y en el objeto del contrato aportado, señala, entre otros, recopilación de datos de paginas de Telefónica . En el RGPD TODODATA señala como origen de los datos, entre otros, el propio interesado.(Folios 26-28,144 y 147)

SIETE.- Resulta acreditado que MEGA DATA y TODO DATA, firmaron un contrato de acceso a datos fechado el 26/04/2009, en virtud del cual, ambas entidades utilizan el mismo conjunto de ficheros, en el que se recogen las obligaciones previstas en el art. 12 de la LOPD. (Folio 233 a 236)

OCHO.- Resulta acreditado que en la carpeta de archivos hallada en el equipo informático de las entidades denunciadas, denominada DIRES se hallaron 52 ficheros, uno por provincia española, en formato DBF. Con **37.738.389** registros, cada uno de los registros contenía la siguiente información: **Identificador, nombre y apellidos, sexo, dirección postal completa** (que incluye piso y puerta **22.976.290** (el **60,9%**) contienen información en el campo de dirección sobre el piso. En numerosos



casos la puerta también se encuentra en dicho campo.) y un campo Robinson.

NUEVE.- Resulta acreditado que el número total de registros marcados como excluidos para tratamientos publicitarios mediante el campo Robinson es de **48.260**. Únicamente los diez primeros ficheros contienen registros con marcas en el campo Robinson.

DIEZ.- Resulta acreditado que en el contrato firmado por TODODATA el 8 de abril de 2009 consta una cláusula que indica que uno de los servicios prestados por TODODATA será *“La confrontación de los datos de carácter personal con la Lista Robinson de la FECEMD (Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo), con el objeto de evitar envíos publicitarios a personas que hayan manifestado su oposición a recibir publicidad.”*. Idéntica cláusula consta en el contrato firmado por MEGA DATA.

ONCE.- En escrito de fecha 26/01/2011, la representación de las entidades denunciadas manifestó: *“Que los ficheros de mis representadas han sido periódicamente actualizados con las Listas Robinson, si bien, no existe una suscripción permanente a esta listas, sino que ello se hace mediante suscripción por descarga puntual del fichero cuando es necesario (...)”* (Folio 233)

DOCE.- Los datos de D. **C.C.C.** y D. **D.D.D.**, se hallaron en los ficheros de las entidades denunciadas sin marca Robinson, a pesar de constar éstos en el fichero de exclusión Robinson de la FECEMD desde 2009. (Folios 290 y siguientes)

TRECE.- Resulta acreditado que los datos del inspector actuante están inscrito en el fichero común de exclusión Robinson, de la FECEMD desde el 2 de julio de 2009. Los datos de éste constan en el fichero hallado en la Inspección realizada en la **carpeta DIRES con la misma dirección (incluyendo piso y puerta) sin que conste marca alguna en el campo Robinson**. Los datos del inspector actuante no constan en repertorios de abonados a servicios telefónicos. (Folio 288 a 299).

CATORCE.- Resulta acreditado que el objeto del contrato de MEGA DATA de fecha 6/10/2009, es *“la prestación por parte de (MEGA DATA) de los siguientes servicios: a. recopilación de nombres, apellidos, direcciones y teléfonos, obtenidos de las **paginas de Telefónica**, reseteando los derechos de información y consentimiento previstos en los arts. 5 y 6 de la LOPD, bien obtenidos de **fuentes accesibles al público**. B. la comunicación de dichos datos a CLIENTE, para su tratamiento con los fines de realizar acciones de marketing directo y prospección comercial. C. Cumplir, en general, con la LOPD.. (folio 144 a 145)*

QUINCE.- Resulta acreditado que el objeto del contrato de TODO DATA de fecha 8/04/2009 es *“ 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 datos de carácter personal** de los destinatarios de los envíos publicitarios. C **la confrontación de los datos de carácter personal** con la Lista Robinson de la FECEMD (Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo), con el objeto de evitar envíos publicitarios a personas que hayan manifestado su oposición a recibir publicidad. (Folios 147 Y 148)*

DIECISEIS.- Resulta acreditado que las entidades denunciadas mediante escritos de fecha 25/01/2011, solicitaron ante el Registro General de Protección de Datos, la supresión de los ficheros de los que eran titulares respectivamente.

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

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 denunciados, 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.

B) En cuanto a la nulidad del Acuerdo de Iniciación, por la no concreción de las sanciones a imponer en la posible comisión de la vulneración de lo dispuesto en el art. 12.2 de la LOPD, hay que señalar que en el citado acuerdo consta la calificación de la misma como grave, y su tipificación en el art. 44.3 d) de la LOPD, coincidiendo con lo señalado para la posible vulneración de lo dispuesto en el art. 6 de la LOPD.

Es decir, la primera imputación que consta en el citado acuerdo. Lo que implica que, por deducción lógica y sin arduos ejercicios intelectuales, que el importe de la sanción que pudiera corresponder es el mismo, pues las escalas de gravedad de las infracciones, tanto en esta norma, como en todas, siempre han de ser las mismas para cada una, es decir, todas las infracciones leves tienen idéntica horquilla de importes, todas las infracciones graves tienen idéntica orquilla de importes, y todas las infracciones muy graves tienen idéntica orquilla de importes.

Por lo que, difícilmente puede ocasionar algún tipo de indefensión, tal carencia formal. Cuestión distinta sería que no constara importe alguno para las infracciones graves, que son las que tipifican las conductas imputadas, pero a la vista del examen del Acuerdo de inicio, se concluye que no es así.

A mayor abundamiento, aunque se invalidará la imputación de la comisión de la infracción del art. 12.2 de la LOPD, subsistiría la realizada por vulneración de lo dispuesto en el art. 6 de la LOPD, en virtud del principio de conservación de los actos, según el cual, se conservarán aquellos actos cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido los defectos constatados en otros. Por lo que no cabe apreciar ninguna irregularidad (y menos aun con efecto invalidante) por esa razón.

Por tanto, las alegaciones relativas a la nulidad del Acuerdo de Inicio han de ser desestimadas.

III

Respecto a la solicitud de inicio de procedimiento disciplinario y la posible vulneración del deber de secreto aducida por las entidades imputadas, cabe señalar que tales manifestaciones han sido valoradas y resueltas en pieza separada, obrante en los folios 281 a 286- 301 a 307, y en la Resolución del Recurso de Reposición nº R/356/2011, sin que nada tenga que referenciarse en la presente Resolución, habiendo sido notificado su resultado a las entidades imputadas.

IV

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 comercial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

V

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 se han hallado dos bases de datos (DIRES y TELEFONOS) conformadas por 52 ficheros cada una de ellas. Lo que evidencia un tratamiento de datos personales y dota a las entidades denunciadas del 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.

VI

Volviendo a la definición de tratamiento de datos personales, el propio RDLOPD establece que: *t. Tratamiento de datos:* cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

A este respecto, es preciso analizar las alegaciones de las entidades denunciadas relativas la inexistencia de prueba de infracción del art. 6 LOPD, al no haber sido utilizados los datos para prospección comercial, estando en Lista Robinson.

En el presente caso, de conformidad con la definición de tratamiento, se han acreditado al

menos los siguientes términos: **recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, y utilización** a este respecto es importante señalar que obran en los folios 144 a 150 contratos de las entidades denunciadas cuyo objeto es la utilización del fichero para fines de prospección comercial; por lo que lo relativo a la Lista Robinson sería irrelevante a estos efectos, sin perjuicio del análisis que adelante se hará a este respecto.

A) Asimismo, a la fecha de la realización de las Actuaciones de Inspección, en el Registro General de Protección de Datos consta un fichero denominado "FICHERO COMERCIAL" cuyo responsable es TODODATA.

En el apartado dedicado al origen y procedencia de los datos contenidos en el fichero se indica que éstos son: Fuentes accesibles al público, administraciones públicas, registros públicos y el **propio interesado o su representante legal**.

Se solicitó a los responsables de TODODATA que aportaran relación de las fuentes accesibles al público utilizadas para la recogida de datos así como acreditación de los medios utilizados para dicha recogida.

Ni en el periodo probatorio ni en el plazo para formular alegaciones a la Propuesta de Resolución se ha acreditado dicha información.

Asimismo, en el escrito aportado por las entidades denunciadas obrante en el folio 233, señalan como origen de los datos *"paginas blancas y amarillas, QDQ, repertorios de servicios de telecomunicaciones (11811, 11850, 11888, etc.), listados profesionales, revistas u otros medios de comunicación, boletines y diarios oficiales. Adicionalmente, algunos datos se obtuvieron de la participación voluntaria de los propios interesados en promociones, descuentos especiales y concursos. Los datos así obtenidos se han dio cumplimentando con las bibliotecas de calles de Correos y el INE"*.

También hay que tener en cuenta que, los datos del inspector actuante en las Actuaciones constaban en el fichero de las entidades denunciadas, y que además de constar inscrito en el Servicio de Lista Robinson, y no hallándose con marca a este respecto, se realizó búsqueda en los repertorios de abonados **sin obtener resultado alguno, por lo que difícilmente, éstos pueden haberse obtenido de repertorios de abonados.** (Folio 288 a 289)

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. Ya que **22.976.290 registros hallados en el fichero DIRES contienen éstos datos.**

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 las entidades denunciadas hayan 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 registrarán 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 las entidades denunciadas, y así reza en la inscripción en el RGPD, como posible fuente de origen de los datos (folio 26) , **los propios interesados o sus representantes legales** 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.

Tampoco se ha acreditado el consentimiento del inspector actuante o alguna circunstancia del apartado 2 del art. 6 LOPD, para que las entidades traten sus datos, teniendo en cuenta, que éstos no constan en ninguna fuente de acceso público.

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 las entidades denunciadas no han presentado ninguna prueba que pueda evidenciar que el origen lícito de los mismos (ni si quiera han concretado cual es el origen de los mismos) y por tanto que contaban con el consentimiento de sus titulares, 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 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 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 sus ficheros automatizados en la carpeta DARES datos personales de 37.738.389 de personas, concretándose en **nombre y apellidos, dirección con piso y puerta, sin poder acreditar ninguna circunstancia que legitime dicho tratamiento de datos**, por tanto la actuación de ésta no es incardinable en ningún supuesto a la excepción a la prestación del consentimiento que recoge el artículo 6.2 de la LOPD.

MEGA DATA INTEGRAL registró en sus ficheros automatizados en la carpeta TELEFONOS 10.654.945 datos personales concretándose, además de los anteriores y salvo piso y puerta, en números de teléfono. Ahora bien, no hay indicios que permitan establecer que el origen de éstos no sean fuentes accesibles al público, tal como reza en su inscripción en el RGPD, ya que no se



encuentran el dato relativo al piso y a la puerta del domicilio, datos estos que no aparecen en fuentes accesibles al público, como pueden ser las guías de abonados a servicios telefónicos y que de haberse hallado en sus ficheros, cuestionaría el origen manifestado por ésta mercantil.

VII

Dispone el art. 12 de la LOPD, en cuanto al acceso a los datos por cuenta de terceros.

1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el [artículo 9 de esta Ley](#) que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

3. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

4. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente.

En el presente caso, si bien inicialmente se imputo la posible infracción del Art. 12.2 de la LOPD, en atención a que durante las Actuaciones Previas de Inspección no pudo aportarse el citado contrato de acceso de datos, la representación de **las entidades imputadas han aportado un contrato de encargado de tratamiento que cumple con las exigencias de dicho precepto.**

Por lo que en atención a lo expuesto, la posible infracción del art. 12.2 de la LOPD, tipificada como leve, tras la reforma operada en la LOPD por la Ley de Economía Sostenible del año 2011, ha de ser archivada, **sin que se proponga sanción alguna a este respecto.**

VIII

Asimismo, respecto del fichero común de exclusión publicitaria, hay que señalar lo siguiente:

A) en el contrato firmado por TODODATA el 8 de abril de 2009 consta una cláusula que indica que uno de los servicios prestados por TODODATA será *“La confrontación de los datos de carácter personal con la Lista Robinson de la FECEMD (Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo), con el objeto de evitar envíos publicitarios a personas que hayan manifestado su oposición a recibir publicidad.”*. Idéntica cláusula consta en el contrato firmado por MEGA DATA.

B) En escrito de fecha 26/01/2011, la representación de las entidades denunciadas manifestó: *“Que los ficheros de mis representadas han sido periódicamente actualizados con las Listas Robinson, si bien, no existe una suscripción permanente a esta listas, sino que ello se hace*

mediante suscripción por descarga puntual del fichero cuando es necesario (...)

C) Los datos de dos denunciantes en otros procedimientos ya finalizados, y los del inspector actuante, constan inscritos en las Lista Robinson, desde el año 2009 y se han hallado en los ficheros encontrados en la inspección realizada, sin marca alguna referida a dicha exclusión.

D) En conclusión, de 37.738.389 registros hallados en la carpeta DIRES, el número total de registro marcados mediante el campo Robinson es de 48.260. Únicamente los diez primeros ficheros contienen registros con marcas en el campo Robinson. Ni los datos personales del Inspector Actuante constan marcados como Robinson, ni los datos de **D. C.C.C.** y **D. D.D.**, cuya constancia en Lista Robinson es de 30/07/2009 respecto del primero, y del 18/10/2009 respecto del segundo.

Asimismo no consta ningún campo que indique que los datos no pueden ser utilizados para tratamientos publicitarios por lo que en el caso de que los datos hayan sido obtenidos de las guías telefónicas se ha omitido la información que al respecto se hace constar en éstas mediante el carácter "U".

Todo lo anterior pone de manifiesto la **falta de diligencia en la utilización de los ficheros de la carpeta DIRES, en cuanto al tratamiento para acciones de prospección comercial, que es su principal actividad.** Si bien no se ha acreditado el envío de publicidad a las personas citadas *ut supra* resulta especialmente clarificador, el celo y la diligencia con la que las entidades denunciadas registran los datos personales en sus ficheros, porque aun cuando éstas se cuiden mucho en sus contratos de señalar una circunstancia determinada, como es la depuración con ficheros de exclusión común, la realidad ha resultado ser otra.

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, 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.c) 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, 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*".

En este caso, hay que distinguir el **concepto formal** de responsable del fichero, de la **cualidad material** de responsable del fichero.

En el primero de los casos, habrá que atender a lo que conste en el RGPD, siendo ambas entidades responsables de sus respectivos ficheros.

Y en el segundo caso, habrá que atender la titularidad del equipo o dispositivo dónde han sido hallados los ficheros en si mismos. En este sentido los ficheros se encontraban en un ordenador propiedad de ambas entidades, por lo que, a priori, ambas han de ser consideradas responsable del fichero, en sentido de detentadoras del mismo.

Ahora bien, según el contrato aportado, y su excesiva heterogeneidad, y en atención a que no especifican **que fichero es su objeto**, ambas actuarían de encargado de tratamiento respecto de la otra, y a su vez serian responsable de ficheros ambas. Por lo que ambas han de ostentan una posición jurídica que genera responsabilidad por infracciones a la normativa de protección de datos.



Por lo que para atribuir la titularidad de los ficheros hallados en la inspección a una entidad o a la otra, y garantizar los derechos de éstas como imputadas en un procedimiento sancionador, hay que poner de manifiesto varias circunstancias especialmente clarificadoras:

TODO DATA es responsable de un fichero inscrito en el RGPD con código: 2091180071, cuya finalidad es las acciones de marketing y el origen de los datos que consta en la inscripción es, además de Fuentes accesibles al público, administraciones públicas, registros públicos, también del **propio interesado o su representante legal**. Y en el contrato aportado obrante en el folio 147 constituye objeto, entre otras cuestiones, la segmentación de las bases de datos. Asimismo, los ficheros hallados en la carpeta DIRES contienen, direcciones completas, es decir, con piso y puerta.

Por otro lado MEGA DATA es responsable del fichero inscrito en el RGPD con código: 2091180026, cuya finalidad es las acciones de marketing y el origen de los datos que consta en la inscripción, es **fuentes accesibles al público, administraciones públicas y registros públicos**. Y en el contrato aportado obrante en el folio 144, constituye el objeto, entre otras cuestiones, la recopilación de nombres, apellidos, direcciones y teléfonos, obtenidos de las páginas de telefónica, o de fuentes accesibles al público. Asimismo, los ficheros hallados en la carpeta TELEFONOS contienen, **direcciones sin piso y puerta**, y teléfonos.

Por tanto, cabe concluir que de estas circunstancias y de las manifestaciones de la empleada (Hecho Probado Seis) los ficheros hallados en la carpeta DIRES corresponden a TODO DATA y los ficheros hallados en la carpeta TELEFONOS corresponden a MEGA DATA. Lo que implica la exoneración de responsabilidad de MEGA DATA por vulneración del art. 6 de la LOPD, al no haber indicios de que sus ficheros no son conformados con fuentes accesibles al público.

Ahora bien, en cuanto a TODO DATA no pueden realizarse las mismas afirmaciones, habida cuenta de que en **los ficheros hallados en la carpeta DIRES, aparecen piso y puerta, lo que excluye la posibilidad de tener su origen, en fuentes de acceso público, y por la propia literalidad de la inscripción en la que se señala como uno de los orígenes el propio interesado**. Circunstancia que al no haber sido acreditada conforma el tipo infractor del art. 44.3 b de la LOPD.

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.**

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) y c), concretamente al volumen de datos tratados 37.738.389 y a que constituyen el objeto principal de su negocio, se impone una sanción en la cuantía de 70.000 €.

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 70.000 € (setenta mil euros) de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: ARCHIVAR a la entidad **MEGA DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, por inexistencia de infracción de los artículos 6 y 12 de la LOPD.

TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución a **MEGA DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**

CUARTO: 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, 27 de julio de 2011

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: José Luis Rodríguez Álvarez