



Procedimiento Nº PS/00460/2010

RESOLUCIÓN: R/00380/2011

En el procedimiento sancionador PS/00460/2010, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 6 de octubre de 2009 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.** en el que declara ha recibido un envío publicitario sin que hay consentido el tratamiento de sus datos con dicho fin.

En el envío, cuyo original aporta, figura que la información utilizada para la campaña ha sido suministrada por TODO-DIS S.L.

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

1. Se ha verificado que, en los repertorios telefónicos accesibles a través de Internet en la WEB "Páginas Blancas", figuran datos de **B.B.B.**, sin embargo, la dirección que figura no coincide con la dirección del denunciante y a la que se remitió el envío publicitario.
2. TODO DIS S.L. ha remitido a esta Agencia, en su escrito de fecha 23 de marzo de 2010, la siguiente información y documentación en relación con los hechos denunciados:
3. Aportan copia impresa de los datos que figuran en su fichero relativos al denunciante: Nombre y apellidos, sexo, y domicilio postal, (los datos coinciden con los que figuran en el envío publicitario objeto de la denuncia).
4. Respecto al origen de los datos que utilizan para campañas publicitarias manifiestan que obtienen los datos de páginas blancas y amarillas, QDQ, repertorios de servicios de telecomunicaciones (11811, 11850, 11888, etc.), listados profesionales, revistas y otros medios de comunicación, boletines y diarios oficiales, así como de ta información proporcionada por los interesados en promociones en las que pudieran haber participado con anterioridad. SIN EMBARGO NO APORTAN INFORMACIÓN RELATIVA AL ORIGEN DE LOS DATOS DEL DENUNCIANTE.
5. Aportan copia de un contrato de prestación de servicios de marketing directo suscrito entre las empresas DATA INTEGRAL ACTION S.L. y NUEVAS FORMAS DE IMAGINAR S.L, con fecha 1 de enero de 2008. (NINGUNA DE ESTAS EMPRESAS SE CORRESPONDE CON LA RESPONSABLE DEL ENVIÓ).

6. TODO DIS S.L. es la entidad que figura en el envío publicitario como responsable del fichero ante quien ejercer los derechos ARCO, sin embargo no consta en el Registro Mercantil con esa denominación. La persona que da contestación al requerimiento de información lo hace en nombre y representación de TODO DIS S.L, con un CIF que corresponde a la empresa TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L. ambas entidades tienen el mismo domicilio. Realizada la consulta al Registro Mercantil Central, se han encontrado tres entidades cuyo administrador es F.O.G. entre las que consta la entidad a la que corresponde el CIF que señala la denunciada.

TERCERO: Con fecha 21 de septiembre de 2010, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar, procedimiento sancionador a TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L. con arreglo a lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por la presuntas infracciones de los artículos 5, 6 y de la LOPD, tipificadas respectivamente como leve, grave en los artículos 44.2 d), 44.3.d de la citada Ley Orgánica.

CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio, **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.** mediante escrito de fecha formuló alegaciones, significando, que el origen de los datos del denunciante no es su fichero. El nombre de la denunciada se ha utilizado de manera engañosa. La razón por la que obran en los ficheros los datos del denunciante es por un protocolo interno cuando sucede una reclamación. Los datos no existían con anterioridad al requerimiento de información. No es aplicable el art. 5.1 LOPD porque los datos no han sido proporcionados por el interesado.

QUINTO: Con fecha de 25 de octubre de 2010 se inició el período de práctica de pruebas, en el que se acordó:

I.- En relación con la solicitud de prueba realizada por TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L. relativa al requerimiento de información a la entidad IBERTECH, y relativa al requerimiento al denunciante, SE ACUERDA:

DENEGAR el requerimiento a IBERTECH, por varias cuestiones:

1. De dicho nombre no se tiene certeza de que sea una entidad mercantil, pues realizada la búsqueda en el Registro Mercantil Central, no se han obtenido resultados. Por lo que no se tiene ni acreditada su personalidad jurídica, ni su dirección, ni su actividad.
2. IBERTECH, para el caso de que existiera, es un tercero ajeno al procedimiento, pues ni en el Informe de Actuaciones Previas de Investigación, ni en la información proporcionada por TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L., cuando se le pregunta por la misma, se hace referencia alguna.
3. IBERTECH, no aparece en el envío objeto de valoración en el presente supuesto, ni en el documento contractual que se aporta a las Actuaciones Previas de Investigación.
4. Dispone el art. 17.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto: "2. *En el acuerdo, que se notificará a los interesados, se podrá rechazar de forma motivada la práctica de aquellas pruebas que, en su caso, hubiesen propuesto aquéllos, cuando sean improcedentes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 137.4 de la Ley 30/1992, de*



Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. Dispone el artículo 137.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades. Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable.*
6. En conclusión, se deniega la prueba solicitada por TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L, en atención a que no pueden alterar la resolución final a favor de ésta, pues de IBERTECH no se tiene certeza ni de que exista.

II.- Se ACUERDA practicar las siguientes pruebas:

1. Se dan por reproducidos a efectos probatorios la denuncia interpuesta por **A.A.A.** y su documentación, los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección ante TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L., y el Informe de actuaciones previas de Inspección que forman parte del expediente E/03475/2009.
2. Asimismo, se da por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio PS/00460/2010 presentadas por TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L., y la documentación que a ellas acompaña.
3. Se requiere al denunciante para que manifieste si proporciono sus datos a TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L y en caso afirmativo, manifieste la fecha.
4. Se solicita a COLT TECHNOLOGY SERVICES S.A. la titularidad de la línea nº 902 889 524.
5. Se solicita a HUERSAN, S.L.L, la siguiente información:

-Relación contractual/comercial que tengan o hayan tenido con TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L. B95564324, contratos, facturas o cualquier documento que explique la relación que tienen con esa mercantil habida cuenta del documento en el que se señala como nº de teléfono el 902889524 cuya titularidad les corresponde.

-Copia impresa de los datos que figuren en sus ficheros relativos a **A.A.A.**, así como acreditación de su origen y fecha.

-Contratos y facturas que acrediten relación comercial con SELFBUSINESS, S.L. CIF B63402564.

6. Se solicita a SELFBUSINESS, S.L. la siguiente información:

-Relación contractual/comercial que tengan o hayan tenido con TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L. B95564324, contratos, facturas o cualquier documento que explique la relación que tienen con esa mercantil habida cuenta del documento en el que se señala como nº de teléfono el 902889524 cuya explotación y servicio les corresponde. Explicación de la comunicación electrónica desde la dirección marketing@self-bussines.net solicitando activación del citado número.

-Copia impresa de los datos que figuren en sus ficheros relativos a **A.A.A.**, así como acreditación de su origen y fecha.

7. Se solicita a NUEVAS FORMAS DE IMAGINAR, S.L. la siguiente información:

-Relación contractual/comercial que tengan o hayan tenido con TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L. B95564324, contratos, facturas o cualquier documento que explique la relación que tienen con esa mercantil habida cuenta del documento en el que se señala como nº de teléfono el 902889524 y cuya explotación, activación y bloqueo solicitan dña. **C.C.C.** en la comunicaciones electrónicas que se adjuntan.

-Copia impresa de los datos que figuren en sus ficheros relativos a **A.A.A.**, así como acreditación de su origen y fecha.

SEXTO: En fecha de 12 de enero de 2011, el Instructor del procedimiento emitió Propuesta de Resolución en el sentido de que:

Que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.** con multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euro con veintiún céntimos de euro) por la infracción de los artículos 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 d) de dicha norma.

Que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.** con multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euro con veintiún céntimos de euro) por la infracción de los artículos 5.4 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 l) de dicha norma.

SEPTIMO: En fecha de 4 de febrero de 2011, la representación de TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L., formulo alegaciones consistentes en:

-los datos utilizados en la campaña no tienen su origen en los ficheros de Todo Data. Hay otras entidades que si pueden estar vinculadas a la campaña publicitaria, como Ibertech. La AEPD no ha hecho otras comprobaciones al margen de la consulta en el RMC con resultado negativo, pese a que aparece como la responsable directa de la campaña. Selbussines y Nuevas Formas de Imaginar, también están implicadas en la campaña publicitaria y no han atendido a los requerimientos realizados por la AEPD. Todo tiene la consecuencia de que no se ha acreditado, que haya relación alguna entre éstas empresas y Todo Data Integral Services.

-No hay indicio alguno que vincule a Todo Data Integral con la campaña publicitaria. Vulnerando así el principio de presunción de inocencia.

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

HECHOS PROBADOS

UNO.- En fecha de 25 de septiembre de 2009, el denunciante manifiesta que ha recibido una



comunicación comercial en la que se utilizan sus datos personales. (folio 1 a 3)

DOS.-En el citado envío constan los datos personales del denunciante y la siguientes observaciones: “ *La mercancía abajo descrita remitida por Ibertech a su nombre SIN CARGO ALGUNO para usted, se encuentra en nuestras oficinas a la espera de su recogida. Rogamos llamen al teléfono de la Central de entregas antes del plazo de 48 horas para retirar su envío*”. Aparece el teléfono 902 889 524 y en el reverso: “*La información utilizada para campaña ha sido suministrada por TODO DIS S.L. “Apto. De Correos 10013 – BILBAO a la cual usted puede dirigirse para acceso, rectificación, cancelación de sus datos”*”. (Folio 3 a 3bis)

TRES.- Realizada consulta al Registro Mercantil Central, *Ibertech*, no corresponde a ninguna persona jurídica. (folios 44 a 45)

CUATRO.- La numeración 902 889, según información de la CMT corresponde a COLT TECHNOLOGY SERVICES, S.A.. y la línea 902 889 524 pertenece a COMUNICACIONES HUERSAN S.L.L. (folios 67 a 72)

CINCO.- El servicio de numeración de la línea 902 889 524 fue prestado por COMUNICACIONES HUERSAN S.L.L. a SELFBUSSINES, S.L. CIF B63402564. (Folios 80, 84, 91 a 95)

SEIS.- Se requirió en dos ocasiones al domicilio que figura en el Registro Mercantil Central y en los contratos con COMUNICACIONES HUERSAN S.L.L a SELFBUSSINES, S.L para que manifestará la relación con el denunciado y dichas comunicaciones no fueron reiteradas del Servicio de Correos. (folios 100 a 108)

SIETE.- Solicitada información a TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L para que acreditara el origen y el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos manifestó que: “*obtiene habitualmente los datos de paginas blancas, paginas amarillas, QDQ, repertorios de servicios de telecomunicaciones (11811, 11850, 11888, etc.,) listados profesionales, revistas u otros medios de comunicación, boletines y diarios oficiales, asi como de la información proporcionada por los interesados en promociones en las que pudieran haber participado con anterioridad (descuentos especiales, participaciones en concursos, etc.) los datos así obtenidos se complementan con las bibliotecas de calles de correos y el INE.*” (Folios 10 y 11)

OCHO.- Según consta en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección (folio 22) y en la diligencia de Instrucción de 25/10/2010 (Folio 58), se consulto la guía de abonados de servicios de telecomunicaciones ubicada en la Web blancas.paginasamarillas.es, con los datos del denunciante, y se encontraron resultados que no coincidían con los datos personales utilizados en la campaña publicitaria (folio 3) , además de otro domicilio en la citada guía de abonados no consta piso y puerta.

NUEVE.- El denunciante a requerimiento de esta Agencia manifestó: “*en ningún momento he facilitado mis datos personales a la empresa TODO-DIS, S.L. (Todo Data Integral Services, S.L.), caso contrario ya hubiese acreditado esa empresa a la Agencia Española de Protección de Datos este extremo.*” y “*en ningún momento he dado mi consentimiento a TODODIS, S.L. (Todo Data Integral Services, S.L.) para que tengan mis datos personales y puedan utilizarlos para el envío de publicidad, de haber dado ese consentimiento, de buen seguro ya hubiese acreditado la empresa denunciada este extremo al órgano instructor.*” (folios 63 a 66).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

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. La Audiencia Nacional ha venido entendiendo, entre otros, en el recurso 619/2002, que *“no puede exigirse para la obtención del consentimiento de los afectados, a la hora de tratar o ceder sus datos personales, que tal consentimiento se otorgue ni en forma escrita ni mediante correo certificado, al no estipularlo así ningún precepto de la normativa de aplicación. Se ha entendido también que la persona física o jurídica que pretenda obtener tal consentimiento si deberá arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que efectivamente tal consentimiento ha sido prestado, es decir, que la obtención de datos personales ha sido consentida de modo claro y terminante.”*

II

El artículo 6 de la LOPD, determina:

“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.

3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos.

4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una Ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”.

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.



Tal como se desprende del artículo 6 de la LOPD, TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L, no puedes efectuar el tratamiento de los datos de carácter personal sin el consentimiento *“inequívoco”* del interesado, o sin la concurrencia de algunos de los supuestos que el apartado 2 lo dispensa. Por ello, una vez acreditado el tratamiento de los datos por la Agencia, y negado por el interesado (recuérdese que se le preguntó expresamente a instancias de la entidad denunciada Folio 63 a 65) dicho consentimiento inequívoco, corresponde a la parte imputada que efectúa el tratamiento justificar que contaba con el repetido consentimiento que sirviera de cobertura al tratamiento realizado. Asimismo, 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”* (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

En aquellos supuestos en que resulta necesario el consentimiento inequívoco para el tratamiento de los datos personales, pero la prestación de dicho consentimiento se niega por el titular de los datos, se traslada al responsable del fichero/tratamiento, la carga de acreditar que cuenta con el consentimiento del interesado para dicho tratamiento, o que concurren alguno de los supuestos que el apartado 2 del artículo 6 de la LOPD. Ello dado que es tal responsable del fichero quién debe asegurarse de que aquel a quien solicita los datos para ser tratados por el efectivamente los presta con consentimiento inequívoco, y asimismo que esa persona que esta dando el consentimiento, efectivamente es la titular de los datos personales en cuestión.

III

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

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

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

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

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). Este precepto, innovando respecto de la Ley Orgánica 5/1992, incluye en el concepto de responsable tanto al que lo es del fichero como al del tratamiento de datos personales.

TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L. es la entidad responsable del fichero donde constaban los datos personales del denunciante. Habiendo realizado una actuación susceptible de generar responsabilidad por infracción de la LOPD de conformidad con su artículo 43.

IV

TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L. manifestó en las alegaciones al Acuerdo de Apertura, mediante escrito de fecha 15/10/2010, que los datos personales del denunciante causaron alta en sus ficheros cuando se le requirió información por parte de esta Agencia, sin embargo, en las Actuaciones Previas de Inspección realizadas, se requirió para que aportara cualquier documentación que pudiera acreditar el procedimiento de obtención de los datos de la persona que fueron utilizados para la remisión postal del envío. Manifestando mediante escrito de fecha 23/03/2010, que *"obtiene habitualmente los datos de paginas blancas, paginas amarillas, QDQ, repertorios de servicios de telecomunicaciones (11811, 11850, 11888, etc.) listados profesionales, revistas u otros medios de comunicación, boletines y diarios oficiales, asi como de la información proporcionada por los interesados en promociones en las que pudieran haber participado con anterioridad (descuentos especiales, participaciones en concursos, etc.) los datos así obtenidos se complementan con las bibliotecas de calles de correos y el INE."*

Por lo que es un hecho que no admite duda, que en la primera comunicación de la entidad denunciada, no negó en ningún momento que no tuviera los datos del denunciante, es más, incluso intento explicar el origen de los mismos, y es sólo en el marco de un procedimiento sancionador cuando niega cualquier obtención anterior de los datos personales del denunciante.

V

En relación con las alegaciones formuladas por TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L. a la propuesta de resolución, cabe señalar, que sorprende a esta Agencia, que la mercantil denunciada manifieste que no se ha acreditado su vinculación con la campaña publicitaria, y por el contrario, este del todo acreditada la participación de otras entidades como Ibertech, Selbussines, etc., cuando en realidad, existe prueba de cargo suficiente para al menos entender vinculada a TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L., con la campaña en cuestión y en lo que en esta sede administrativa interesa, con el tratamiento de datos personales del denunciante: consistente en que consta el nombre de su mercantil en el envío publicitario, y en que la entidad tenía ya los datos con anterioridad a la apertura del expediente sancionador, tal como se explica *ut supra*.

Si bien, TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L. manifiesta acertadamente que hay indicios a cerca de la participación de las demás empresas en la campaña de publicidad, conviene aclarar a la representación de TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L., el contenido *erga omnes* del derecho a la presunción de inocencia, que alega para si y parece negar para las otras entidades. Respecto de las otras entidades, se ha intentado probar su vinculación, sin éxito, pues no han contestado a los requerimientos de información, lo que no exculpa a la entidad denunciada de su participación en el tratamiento de datos personales.

Sin embargo, la finalidad de tales diligencias probatorias, no eran otras que poder determinar la relación de éstas con la campaña en cuanto al tratamiento de datos personales se refiere. Es decir, por el mero hecho de tener participación en la campaña publicitaria no están vulnerando la LOPD, teniendo por finalidad dichas actuaciones encontrar la posible conexión entre su actuación y la normativa de protección de datos.

Ahora bien, la responsabilidad de éstas empresas y la entidad denunciada no es excluyente, es decir, puede estar acreditada la responsabilidad de unas, sin excluir a las otras, y viceversa. Y lo que si esta plenamente acreditado es la participación de TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L., en la campaña de referencia, en relación con el tratamiento de datos personales.

Conviene traer a colación ya que resulta especialmente clarificadora para valorar las manifestaciones de TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L., la circunstancia de que en las



alegaciones al acuerdo de inicio, relativas al origen del dato del denunciante y su tratamiento, manifestó que:

SEGUNDA- Todo Data Integral Services mantiene registrados los datos del denunciante, tal y como se acreditó en la respuesta al requerimiento de información efectuado por la AEPD en la fase previa de investigación. Pero ello no se hizo para su tratamiento con fines de marketing ni dentro del fichero que esta empresa tiene destinado a esa finalidad.

El registro de los datos del reclamante es el protocolo interno adoptado por esta empresa cada vez que se produce algún tipo de reclamación relativa a datos de carácter personal. Y este procedimiento se sigue para tener debidamente identificados a estos reclamantes con dos finalidades: 1) no utilizar los datos personales del reclamante en modo alguno y cualquiera que sea el o los domicilios que consten registrados, para evitar así que pueda recibir publicidad posteriormente, y 2) disponer de los datos de contacto del reclamante a los efectos de poder realizar las gestiones oportunas para ejercer el derecho de defensa.

La primera de las finalidades referidas, para la que los datos del reclamante se registran en los ficheros de Todo Data Integral Services viene amparada por el artículo 48 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, que establece lo siguiente: "Los responsables a los que el afectado haya manifestado su negativa a recibir publicidad podrán conservar los mínimos datos imprescindibles para identificarlo y adoptar las medidas necesarias que eviten el envío de publicidad." El requerimiento de información que remitió la AEPD se basaba en una denuncia recibida, por lo que mi representada procedió a registrar los datos del denunciante ante la evidente voluntad implícita en la denuncia de que dichos datos no se utilizasen publicitariamente y para evitar que ello sucediese en el futuro.

La segunda de las finalidades para la que se registraron los datos es la derivada de la necesidad de conservar los datos identificativos del denunciante a los efectos de poder ejercer el posterior derecho de defensa, constitucionalmente amparado en el artículo 24 de la Carta Magna. La innecesariedad de recabar el consentimiento del interesado para tratar sus datos por la contraparte con el fin de ejercer el derecho de defensa ha sido reconocida en diversos Informes Jurídicos de esa Agencia; criterio ratificado por la Audiencia Nacional.

En conclusión, a fecha de hoy, los datos del denunciante figuran en los ficheros de mi representada, tal y como se documentó tras el requerimiento de esa Agencia, debidamente bloqueados y con la exclusiva finalidad de que no se remitiese al interesado publicidad alguna posterior y de poder ejercer el derecho de defensa." (Folios 39 y 40) (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

Es decir, TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L., manifiesta que los datos están bloqueados y fuera del fichero que utilizan para campañas publicitarias, y a los solos efectos de poder ejercer su derecho de defensa. Estas declaraciones son de fecha 15 de octubre de 2010.

Sin embargo, esta Agencia realizó Actuaciones de Inspección nº E/549/2010/I-1 en fecha 20 de enero de 2011, relativa a unas actuaciones de oficio en la sede de la entidad denunciada, y accediendo a sus ficheros encontraron, entre otros, los datos del denunciante del presente procedimiento, en el fichero que utilizan para realizar campañas publicitarias, y sin ninguna marca que indique su bloqueo (Folios 127 a 128). Si bien estas actuaciones no han sido incorporadas como prueba en el presente expediente por cuestiones procedimentales, concretadas en la preclusión del trámite de prueba, resultan especialmente clarificadoras.

Finalmente, en cuanto a la indefensión alegada por la entidad denunciada, al haberse negado pruebas solicitadas como la indagación a cerca de Ibertech, conviene señalar que, siempre que éste motivada dicha denegación ex art. 54 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es facultad del

Instructor del Procedimiento.

De conformidad con el art. 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se denegó la prueba relativa a la indagación, fundamentalmente porque no alteraría la resolución final a favor de la entidad denunciada, sino que a lo sumo, coexistirían sus responsabilidades, pero en ningún caso serían excluyentes una de la otra. En el Antecedente QUINTO de la Presente Resolución al que se hace remisión por no resultar reiterativos, se explica el motivo de la denegación de prueba, cumpliendo así los mandatos del precepto.

VI

De las manifestaciones de TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L. se infiere que en su descargo alega la obtención de los datos personales del denunciante o bien de una fuente de acceso público, tal como son los repertorios telefónicos o guías de abonados. O bien a través de promociones a las que se acogió éste y dio sus datos.

De la primera circunstancia, señalar que en dichos repertorios no consta piso y puerta, tal como acontece en el presente caso, por lo que no se pueden entender obtenidos de dicha fuente.

A mayor abundamiento, se consultó los repertorios telefónicos de abonados de <http://blancas.paginasamarillas.es> realizando la búsqueda de los datos personales del denunciante y se encontraron resultados que no coinciden con los utilizados en el envío publicitario en cuestión.

De la segunda circunstancia, tal como fue el propio denunciante el que ha podido dar sus datos, para el caso de que así fuera, a TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L. le 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"

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 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 Real Decreto 1720/2007, que desarrolla la LOPD, 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 del denunciante para la realización del envío publicitario, TODO DATA INTEGRAL ACTION, S.L. no ha presentado ninguna prueba que pueda evidenciar que contaba con el consentimiento de éste, procede citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21/12/2001 en la que declara que *"de acuerdo con el principio que rige en materia probatoria (art. 1214 del Código Civil) la Agencia de Protección de Datos probó el hecho constitutivo que era el tratamiento automatizado de los datos personales de D. ... (nombre, apellidos y domicilio), y a la recurrente incumbía el hecho impeditivo o extintivo, cual era el consentimiento del"*



mismo.

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

Asimismo es de destacar, que se solicitó al denunciante la información requerida por TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L, negando que la empresa tuviera el consentimiento para el tratamiento de sus datos, por que en ningún momento se los ha proporcionado.

Por ello, una vez acreditado el tratamiento de los datos por la Agencia, y negado por el interesado, dicho consentimiento inequívoco, 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. trato datos personales del denunciante 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 TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L no es incardinable en ningún supuesto a la excepción a la prestación del consentimiento que recoge el artículo 6.2 de la LOPD.

VII

El artículo 44.3.d) de la LOPD, dispone:

“3. Son infracciones graves:”

“d) 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 constituye infracción muy grave.”

En el presente caso, la descripción de conductas que establece el artículo 44.3.d) de la LOPD cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cuál es la conducta prohibida. El tipo aplicable considera infracción grave *“tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente 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 LOPD.

El principio del consentimiento se configura como principio básico en materia de protección de datos. Concretamente, por lo que ahora interesa, el artículo 6 de la LOPD recoge el citado principio.

La conducta ilícita por la que se sanciona a TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L. vulnera el citado principio, toda vez que ha quedado acreditado que los datos del denunciante resultaron tratados sin acreditar el origen lícito de los mismos.

En consecuencia, ha incurrido en la infracción grave descrita pues TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L. trató datos sin consentimiento en sus propios ficheros cuando no procedía, sin verificar el consentimiento de éste, cuya obligación se deriva del propio art. 6 de la LOPD, que es la que aquí interesa.

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, TODO DATA INTEGRAL ACTION, S.L. 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, cuya vulneración de este principio, encuentra su tipificación en este artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

VIII

La exigencia de la información en la recogida de datos que reconoce el art. 5 de la LOPD constituye un derecho del afectado que es objeto de protección por sí mismo, aunque también es, lógicamente, un complemento previo de la prestación del consentimiento. Por tanto, dada la necesidad de que el interesado sea informado previamente, su omisión puede determinar, un vicio del consentimiento. El derecho a la información constituye el pilar necesario para el ejercicio de otros que la Ley reconoce.

En este sentido la SAN, Sección 1ª de 15 de junio de 2001 dice que se trata de un derecho importantísimo porque es el que permite llevar a cabo el ejercicio de otros derechos, y así lo valora el texto positivo al pormenorizar su contenido, y establecer la exigencia de que el mismo sea expreso, preciso e inequívoco”. Su importancia justifica el esfuerzo que deben realizar los responsables del fichero o tratamiento para facilitar dicha información. La finalidad que se persigue con el derecho a la información es facilitar al interesado sus facultades de control sobre sus datos, puesto que en virtud de dicha información conocerá quien maneja sus datos y dónde, así como los derechos que le asisten en relación con ellos.

El apartado 4 del art. 5 LOPD, dispone con carácter imperativo, que el interesado “deberá” ser informado dentro de los tres meses siguientes al registro de los datos, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del citado artículo, es decir, sobre la existencia del fichero o tratamiento, así como de la finalidad y los destinatarios, la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y, finalmente, la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, del representante.

Dispone el art. 45.1 del RDLOPD que: Datos susceptibles de tratamiento e información al interesado.



1. Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, así como quienes realicen estas actividades con el fin de comercializar sus propios productos o servicios o los de terceros, sólo podrán utilizar nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos se encuentren en uno de los siguientes casos:

- a. *Figuren en alguna de las fuentes accesibles al público a las que se refiere la letra j del artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y el artículo 7 de este reglamento y el interesado no haya manifestado su negativa u oposición a que sus datos sean objeto de tratamiento para las actividades descritas en este apartado.*
- b. *Hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento para finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial, habiéndose informado a los interesados sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad.*

En el presente caso, habida cuenta de que los datos personales del denunciante no han sido proporcionados por él, de la lectura del reverso del citado envío, se concluye que el no es informado del origen de los datos, y tampoco consta que se le haya informado en los tres meses siguientes del citado origen de los mismos. Asimismo el precepto es claro cuando señala que *sólo podrán utilizarse.....* en los supuestos que recoge, y en el presente caso no consta que éstos se hayan dado.

Lo que supone una vulneración del deber de información, y constata la vulneración del consentimiento para el tratamiento de datos personales en campañas publicitarias.

IX

Señala el art. 44.3 l): Son infracciones graves: “ *Incumplir el deber de información que se establece en los artículos 5, 28 y 29 de esta Ley, cuando los datos hayan sido recabados de persona distinta del afectado.*”

En el presente caso se dan los supuestos de hecho que tipifica el precepto, habida cuenta de que los datos personales no han sido proporcionados por el interesado y no se le informa del origen de los mismos.

X

De acuerdo con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la LOPD: “2. *Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 60.101,21 € a 300.506,05 € (...)*”

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

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 que se trate.” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

En cuanto a la aplicación del art. 45.5 de la LOPD, conviene señalar que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 24/05/2002, ha señalado en cuanto a la aplicación del apartado 5 del citado precepto que “... la presente regla debe aplicarse con exquisita ponderación y sólo 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”.

Conviene recordar que desde el punto de vista material, la culpabilidad consiste en la capacidad que tiene el sujeto obligado para obrar de modo distinto y, por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Por tanto, lo relevante es la diligencia desplegada en la acción por el sujeto, lo que excluye la imposición de una sanción, únicamente en base al mero resultado, es decir al principio de responsabilidad objetiva.

No obstante lo anterior, la Sentencia de la Audiencia Nacional dictada el 21 de septiembre de 2005, Recurso 937/2003, establece que “Además, en cuanto a la aplicación del principio de culpabilidad resulta que (siguiendo el criterio de esta Sala en otras Sentencias como la de fecha 21 de enero de 2004 dictada en el recurso 113/2001) que la comisión de la infracción prevista en el art. 77.3 d) puede ser tanto dolosa como culposa. Y en este sentido, si el error es muestra de una falta de diligencia, el tipo es aplicable, pues aunque en materia sancionadora rige el principio de culpabilidad, como se infiere de la simple lectura del art. 130 de la Ley 30/1992, lo cierto es que la expresión “simple inobservancia” permite la imposición de la sanción, sin duda en supuestos dolosos, y asimismo en supuestos culposos, bastando la inobservancia del deber de cuidado”

TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L., no ha mostrado un celo y diligencia, que debe ser de notable entidad en atención a su actividad mercantil (alquiler y conformación de ficheros para fines de prospección comercial), de la que se infiere un continuo tratamiento de datos personales, así la Sentencia de la Audiencia Nacional Recurso 104/2006 señala que “la entidad demandante por la actividad que realiza debe tratar un gran volumen de datos personales en sus ficheros, lo que hace que deba extremar el cuidado en el manejo de dichos datos para lograr una protección eficaz, pues está en juego un derecho fundamental autónomo, el derecho a la protección de datos personales según la STS 292/2000”.

En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional, Recurso 143/2006 señala que “ así es, no se aprecia la disminución de la culpabilidad del sancionado o de la antijuridicidad del hecho, pues la naturaleza de la actividad desarrollada por la entidad recurrente, y su permanente relación con los datos personales, determina que el comportamiento exigible a quien habitualmente está en contacto con este tipo de datos sea de distinguido y exquisito cuidado sobre el cumplimiento de las exigencias impuestas por la LOPD, porque está en juego la protección de derechos fundamentales- art. 18.4 CE-.” (El subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)



Es mecedor de especial atención la circunstancia de que esta Agencia ha sancionado en reiteradas ocasiones a DATA INTEGRAL ACTION S.L., por hechos similares durante el último año, y que si bien es entidad distinta de la hoy denunciada, hay prueba suficiente para determinar que la denunciada es sucesión de aquella, tales como que comparten administrador, apartado de correos, formato de fichero donde almacenan los datos personales, e incluso resulta especialmente clarificador, la circunstancia de que en la información aportada por TODO DATA INTEGRAL SERVICES, S.L., ya sea por descuido o por otra circunstancia que esta Agencia desconoce, aportan un contrato de DATA INTEGRAL ACTION S.L., en lugar de ser de la citada mercantil y que en multitud de ocasiones consta en los procedimientos sancionadores abiertos por esta Agencia a DATA INTEGRAL ACTION S.L..

Respecto a los criterios de graduación de las sanciones recogidas en el artículo 45.4 de la LOPD y, en especial, la falta de intencionalidad, se imponen las sanciones por infracción de los Arts. 5 y 6 LOPD en sus cuantías mínimas.

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 d) de dicha norma, una multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euro con veintiún céntimos de euro) de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: IMPONER a la entidad **TODO DATA INTEGRAL SERVICES S.L.**, por una infracción del artículo 5.4 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 l) de dicha norma, una multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euro con veintiún céntimos de euro) de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la citada Ley Orgánica.

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

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, 23 de febrero de 2011
EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte