



Procedimiento N°: A/00217/2014

RESOLUCIÓN: R/02429/2014

En el procedimiento A/00217/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **EXCLUSIVAS MENSSANA 2010, S.L.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Ha tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), con fecha de **2 de septiembre de 2013**, escrito presentado por D. **A.A.A.** (en adelante denunciante), y subsanación de la misma el 29 de noviembre de 2013, en el que manifiesta que el día **2 de septiembre de 2013**, a las 16:45h ha recibido una llamada publicitaria del nº *****TEL.1**, en la que tras el nombre de **MESANA** le indican que están haciendo una campaña de visitas por la zona de su domicilio.

Añade que el nº en el que recibió la llamada es el *****TEL.2** contratado con la operadora Telefónica de España y que está inscrito en la Lista Robinson de la Asociación Española de la Economía Digital (Adigital) desde el día 27 de enero de 2012, según escrito remitido por dicha Asociación.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se tuvo conocimiento de lo siguiente:

- 1 La Inspección de Datos ha verificado que los datos del denunciante constan en el repertorio electrónico de clientes del servicio telefónico, denominado *paginasblancas*, en concreto nombre, apellidos, domicilio postal y nº de línea *****TEL.2**. Según se detalla en la Diligencia de fecha 30 de enero de 2014.
- 2 La Inspección de Datos ha verificado que figura información en internet del número de teléfono *****TEL.1** referente a comentarios y denuncias de personas que reciben llamadas en sus teléfonos insistiendo en realizar una visita en el domicilio promocionando productos de salud, en valenciano, e indican que no es ninguna campaña sanitaria oficial.

También la Inspección de Datos ha verificado que en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones consta que el operador propietario del número *****TEL.1** es la compañía **TELEFÓNICA DE ESPAÑA**.

Dichas circunstancias se detallan en la Diligencia de fecha 30 de enero de 2014.

- 3 La compañía **TELEFÓNICA DE ESPAÑA** ha informado a la Inspección de Datos, con fecha de 26 de junio de 2014, en relación con la llamada recibida por el denunciante lo siguiente:
 - El denunciante es titular del nº de línea *****TEL.2** desde el día 24 de septiembre de 2009.
 - El día 2 de septiembre de 2013 el nº de línea *****TEL.2** no recibió ninguna llamada del nº de línea *****TEL.1**, pero a las 16:45 horas recibió una llamada del nº de línea *****TEL.3** cuyo titular es **EXCLUSIVAS MENSSANA 2010, S.L.**, con

CIF.: *****.

- 4 El titular del nº de línea *****TEL.1** es también la mercantil **EXCLUSIVAS MENSSANA 2010, S.L.**
- 5 La compañía **EXCLUSIVAS MENSSANA 2010, S.L.** ha comunicado a la Inspección de Datos, con fecha de 21 de julio de 2014, en relación con la llamada recibida por el denunciante lo siguiente:
 - El denunciante no ha sido cliente de la compañía y los datos del denunciante (nombre, apellidos, dirección, teléfono, código postal, ciudad y provincia) proceden de la Base de Datos denominada "**INFOBEL**", de la cual realizan las siguientes apreciaciones:

Que fue adquirida a través de la sociedad **ONEDIRECT COMUNICACIONES, S.L.** y que por parte de dicha sociedad se les informó que los datos recogidos en la Base de Datos eran obtenidos de fuentes accesibles al público, se adjunta factura de fecha 20 de septiembre de 2010.

Además verificaron que en la página web de dicha sociedad **<www.onedirect.es>** se garantizaba de forma explícita que cumplía con los criterios de calidad de la Adigital. En la impresión de dicha página web aportada consta: *Para ofrecerle el mejor servicio **Onedirect** esta adherido a la Asociación Española de la Economía Digital (...)*
 - La campaña promocional objeto de denuncia se realizó en Valencia, por el criterio de destinatarios del código postal **46015**, con objeto de dar a la conocer la empresa que se identificaba en todo momento, su ámbito de actividad, productos, conocer el perfil del cliente con objeto de realizar una visita para hacer una demostración y poder contactar, en un segundo momento, aunque no desee el producto pero pueda tener interés en otros asociados a campañas futuras, es decir depurar la base de datos.
 - Cuando se realiza una campaña publicitaria proceden de la siguiente manera:

Se importan los registros de la Base de Datos de **INFOBEL** a un documento en formato "EXCEL" que previamente se ha filtrado en función de criterios.

Se genera un listado de registros de los cuales sólo un número determinado se puede utilizar, figura un filtro de registro en color azul (número válidos para poder comunicar) y otro en gris (números no válidos para poder comunicar). Sólo se llama a los registros válidos de **INFOBEL** y a aquellos números con los que se ha podido contactar con anterioridad (aunque no hayan concertado cita, muestran interés en poder tener un acercamiento a otros o nuevos productos asociados al ámbito de actividad de la empresa) y a clientes (asociados al código postal donde se realiza la campaña demostrativa) que han comprado algún producto o servicio.
 - El denunciante no ejercitó o comunicó su derecho de cancelación u oposición al tratamiento de sus datos personales y, además, sus datos personales, incluido su teléfono, consta en el directorio del servicio de telecomunicaciones denominado *páginasblancas*.

TERCERO: Con fecha 4 de septiembre de 2014, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00217/2014. Dicho acuerdo fue notificado al

denunciante y a la entidad denunciada.

CUARTO: Con fecha 1 de octubre de 2014 se recibe en esta Agencia escrito de la entidad denunciada en el que solicita el archivo del procedimiento manifestando que el teléfono de la persona denunciante constaba en una fuente accesible al público, con fecha posterior al hecho denunciado y que se encontraba con anterioridad en una base de datos “**INFOBEL**”, comprada a un tercero que certifica que la misma está autorizada por **LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ECONOMÍA DIGITAL**.

Manifiestan asimismo, que el denunciante nunca expresó su derecho de oposición o cancelación de datos., y que ha quedado acreditado que solo se efectuó una sola llamada.

Por otro lado, manifiesta su disposición para implementar o atender a cualquier recomendación en relación con las medidas correctoras que se puedan considerar conveniente para mejorar el tratamiento de datos personales por parte de la sociedad responsable del Fichero.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Consta que, con fecha de **2 de septiembre de 2013**, ha tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) escrito presentado por D. **A.A.A.** (en adelante denunciante), y subsanación de la misma el 29 de noviembre de 2013, en el que manifiesta que el día **2 de septiembre de 2013**, a las 16:45h ha recibido una llamada publicitaria del nº *****TEL.1**, en la que tras el nombre de **MESANA** le indican que están haciendo una campaña de visitas por la zona de su domicilio.

Añade que el nº en el que recibió la llamada es el *****TEL.2** contratado con la operadora Telefónica de España y que está inscrito en la **LISTA ROBINSON** de la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA ECONOMÍA DIGITAL** (Adigital) desde el día 27 de enero de 2012, según escrito remitido por dicha Asociación.

SEGUNDO: Consta que la persona denunciante D. **A.A.A.**, se encuentra inscrito en la lista Robinson desde el 27 de enero de 2012.

TERCERO: Consta que el número de teléfono desde el que se ha efectuado la llamada corresponde a la entidad **EXCLUSIVAS MENSSANA 2010, S.L.**

CUARTO: Consta que el denunciante no ha sido cliente de la entidad **EXCLUSIVAS MENSSANA 2010, S.L.**

QUINTO: Consta que los datos del denunciante proceden de la base de datos “infobel”, adquirida a través de la sociedad **ONEDIRECTCOMUNICACIONES, S.L.**, y que los datos eran recogidos de fuentes accesibles al público.

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

Dispone el artículo 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 negocial, 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.

Por su parte, el art. 49 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se desarrolla la LOPD, referido a “Ficheros comunes de exclusión del envío de comunicaciones comerciales” establece:

1. Será posible la creación de ficheros comunes, de carácter general o sectorial, en los que sean objeto de tratamiento los datos de carácter personal que resulten necesarios para evitar el envío de comunicaciones comerciales a los interesados que manifiesten su negativa u oposición a recibir publicidad.

A tal efecto, los citados ficheros podrán contener los mínimos datos imprescindibles para identificar al afectado.

2. Cuando el afectado manifieste ante un concreto responsable su negativa u oposición a que sus datos sean tratados con fines de publicidad o prospección comercial, aquél deberá ser informado de la existencia de los ficheros comunes de exclusión generales o sectoriales, así como de la identidad de su responsable, su domicilio y la finalidad del tratamiento.

El afectado podrá solicitar su exclusión respecto de un fichero o tratamiento concreto o su inclusión en ficheros comunes de excluidos de carácter general o sectorial.

3. La entidad responsable del fichero común podrá tratar los datos de los interesados que hubieran manifestado su negativa u oposición al tratamiento de sus datos con fines de publicidad o prospección comercial, cumpliendo las restantes obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, y en el presente Reglamento.

4. Quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento.

El art. 30 de la LOPD referido a “Tratamientos con fines de publicidad” establece:

1.- *Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilicen nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento.*

2.- *Cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del art. 5.5 de esta Ley, en cada comunicación que se dirija al interesado se informará del origen de sus datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten.*

3.- *En el ejercicio del derecho de acceso los interesados tendrán derecho a conocer el origen de sus datos de carácter personal, así como del resto de información a que se refiere el art. 15.*

4.- *Los interesados tendrán derecho a oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos que le conciernan, en cuyo caso serán dados de baja del tratamiento, cancelándose las informaciones que sobre ellos figuren en aquel, a su simple solicitud."*

Ha de precisarse que a día de hoy solo existe un fichero común de exclusión publicitaria creado al amparo del artículo 49.1 del RLPOD: el Fichero Lista Robinson, que gestiona la Asociación Española de Economía Digital. El Reglamento interno de funcionamiento de este fichero precisa que la inclusión en él evita la publicidad de entidades con las que el afectado no mantenga o haya mantenido ningún tipo de relación y advierte (artículo 14. 2) que adigital - Asociación Española de la Economía Digital responsable del fichero Lista Robinson- comunicará al afectado que la inclusión de la información facilitada en este fichero será eficaz en el plazo de tres meses a partir de la fecha en la que se le notifique la inclusión. Quienes lo deseen pueden registrarse en el fichero de exclusión publicitaria denominado "Servicio de Lista Robinson", a través del sitio web www.listarobinson.es.

En definitiva, de conformidad con la exposición precedente, los interesados que no deseen recibir publicidad pueden, bien manifestar a una concreta entidad su negativa u oposición al tratamiento de sus datos con fines publicitarios o de prospección comercial –al objeto de que los excluya de los tratamientos que vayan a realizar con dicha finalidad-, o bien solicitar la inclusión de sus datos en un fichero común de exclusión publicitaria al objeto de que las entidades que vayan a realizar actividades de publicidad mediante llamadas de telefonía vocal excluyan de dicha campaña a las personas que hayan registrado en el fichero citado el número de línea telefónica en el que no desean recibir llamadas con contenido comercial.

En el presente caso ha resultado probado que el nº de teléfono del denunciante está inscrito en el Servicio de **LISTA ROBINSON**, es decir, en el fichero común de exclusiones para acciones comerciales, desde el 27 de enero de 2012. Sin embargo ha recibido al menos una llamada comercial de la entidad **EXCLUSIVAS MENSSANA 2010, S.L.** en septiembre de 2013.

A este respecto conviene señalar que en fase de actuaciones previas ha quedado acreditado que la entidad denunciada tenía los datos del denunciante por haber adquirido una base de datos denominada "**INFOBEL**" a la entidad **ONEDIRECTCOMUNICACIONES, S.L.**, la cual ha informado que los datos se han obtenido de fuentes accesibles al público, sin haber verificado que el denunciante se

encontraba inscrito en la “**LISTA ROBINSON**” desde el 27 de enero de 2012, lo que produjo que los datos del denunciante fueran tratados para acciones publicitarias a pesar de su expresa oposición.

Así las cosas procede citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21/12/2001 en la que declara que *“de acuerdo con el principio que rige en materia probatoria (art. 1214 del Código Civil) la Agencia de Protección de Datos probó el hecho constitutivo que era el tratamiento automatizado de los datos personales de D. ... (Nombre, apellidos y domicilio), y a la recurrente incumbía el hecho impeditivo o extintivo, cual era el consentimiento del mismo.*

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

Por ello, una vez acreditado el tratamiento de los datos por la Agencia, corresponde a la parte imputada que efectúa el tratamiento justificar que contaba con el repetido consentimiento que sirviera de cobertura al tratamiento realizado. 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 el caso analizado, la entidad **EXCLUSIVAS MENSSANA 2010, S.L.** no acredita ni justifica el tratamiento de datos personales del denunciante. Todo ello supone el incumplimiento de lo dispuesto en el art 6 de la LOPD.

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

En el presente supuesto, el control y disposición de sus datos personales por parte de la denunciante, pierde virtualidad y eficacia, pues a pesar de inscribirse en un fichero de exclusión de comunicaciones publicitarias como es el Servicio de Lista Robinson, sus datos personales continúan tratándose en contra de su expresa voluntad de exclusión, con incumplimiento del art. 49.4 del RDLOPD, que establece: *“Quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos*

de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento”.

III

Dispone el artículo 44.3. b) de la LOPD que considera con 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.”*

En el presente caso se cumplen los supuestos de hecho que tipifica el precepto, es decir, resulta acreditado un tratamiento de datos personales y la exigibilidad del consentimiento viene dada en la norma aplicable sin ser aplicables las excepciones previstas.

IV

La disposición final quincuagésima sexta de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible (BOE 5-3-2011) ha añadido un nuevo apartado 6 al artículo 45 de la Ley 15/1999 de Protección de Datos en lugar del existente hasta su promulgación del siguiente tenor:

“Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador, y en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

- a) que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.*
- b) Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.*

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento”.

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado apartado 6. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

De acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00217/2014)

a la entidad **EXCLUSIVAS MENSSANA 2010, S.L.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con relación a la denuncia por infracción del artículo **6** de la LOPD, tipificada como **grave** en el artículo **44.3.b)** de la citada Ley Orgánica.

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 esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

2.- REQUERIR

a la entidad **EXCLUSIVAS MENSSANA 2010, S.L.** de acuerdo con lo establecido en el apartado 6 del artículo 45 de la Ley 15/1999 para que en el plazo de un mes desde este acto de notificación:

2.1.- CUMPLA lo previsto en el artículo **6** de la LOPD.

En concreto se insta al denunciado a **que cese en las llamadas al denunciante que incumplan lo dispuesto en dicho precepto, bien cancelando el número de teléfono de su lista de distribución o bien adoptando cualquier otra medida necesaria que evite dichas llamadas, así como darse de alta en la Lista Robinson, para evitar efectuar llamadas comerciales a personas que ya estén incluidas en la Lista Robinson.**

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando aquellos documentos en los que se ponga de manifiesto el cumplimiento de lo requerido en el apartado anterior.

Se le advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, para cuya comprobación se abre el expediente de investigación **E/06691/2014**, podría incurrir en una infracción del artículo 37.1.f) de la LOPD, que señala que *“son funciones de la Agencia de Protección de Datos: f) Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones.”*, tipificada como grave en el artículo 44.3.i) de dicha norma,

que considera como tal, *“No atender los requerimientos o apercibimientos de la Agencia Española de Protección de Datos o no proporcionar a aquélla cuantos documentos e informaciones sean solicitados por la misma”*, pudiendo ser sancionada con multa de **40.001 € a 300.000 €**, de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **la entidad EXCLUSIVAS MENSSANA 2010, S.L.**

4.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **D. A.A.A..**

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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos