



Procedimiento N°: A/00245/2014

RESOLUCIÓN: R/00265/2015

En el procedimiento A/00245/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad MEDICAL SYSTEM V&S, vista la denuncia presentada por D^a. **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Ha tenido entrada en esta Agencia un escrito de la POLICIA LOCAL DE CALAFELL, con el que remite un Acta de actuaciones con motivo de un aviso recibido de **B.B.B.**, en el citado Acta, consta que con fecha 5 de septiembre de 2013, dos agentes se personan en el domicilio de la ciudadana **A.A.A.**, a requerimiento de su hijo el **D.D.D.**, ambas personas manifiestan que su madre recibió hace dos días una llamada de una chica que decía que trabajaba en la empresa Medical System, la cual informó que había ganado un sorteo y el regalo era una pulsera imantada para curar dolencias. Asimismo, le informó que los datos habían sido proporcionados por varias clínicas de Barcelona.

Que según lo anterior, en el día en que se levanta el Acta, debía visitarla un comercial de la empresa, el cual manifestó que trabajaba para la empresa Medical System y que ofrecía productos relacionados con magnetoterapia a personas con ciertas dolencias, no pudiendo precisar el origen de los datos de las personas a quienes visita.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. Con fecha 5 de agosto de 2014, se recibe escrito de la entidad MEDICAL SYSTEM V&S S.C.P, en el que pone de manifiesto que:
 - 1.1. La citada empresa tiene como finalidad la actividad de tele concertación y captación de clientes para productos de mejora en salud y bienestar.
 - 1.2. El procedimiento es conseguir números de teléfono mediante acceso a páginas blancas de telefónica.
 - 1.3. El siguiente paso es llamar para hacerles entrega de un dossier completamente gratuito con información sobre los productos de la empresa. Si el cliente está interesado, es él y sólo él, el que se pone en contacto con la

empresa y solicita el servicio que más le interese.

- 1.4. A comienzos del mes de septiembre de 2013, un colaborador externo como comercial de la empresa, **C.C.C.**, visitó a la denunciante (habiendo pactado previamente una visita por teléfono). Una vez allí, una persona que se encontraba en el domicilio llamó a la Policía Local.
2. Con fecha 7 de agosto de 2014, se realiza una búsqueda a través de Internet en la correspondiente a Páginas Blancas, a nombre de la denunciante y del su hijo, comprobándose que no existe información asociada, tal como consta en Diligencia.

TERCERO: Con fecha 10 de octubre 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/00245/2014. Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado.

CUARTO: El acuerdo de audiencia previa al apercibimiento se notificó a la entidad denunciada con fecha 23 de octubre de 2014.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: La POLICIA LOCAL DE CALAFELL ha enviado a esta Agencia un Acta de actuaciones en el que se manifiesta que con fecha 5 de septiembre de 2013, dos agentes se personaron en el domicilio de Dña. **A.A.A.**, a requerimiento de su hijo, quienes manifiestan que su madre recibió hace dos días una llamada de una persona que dijo que trabajaba en la empresa Medical System, que había ganado un sorteo de un masaje y el regalo de una pulsera imantada para curar las dolencias que padecía por la edad. Le informó de que los datos habían sido proporcionados por varias clínicas de Barcelona.

En el día en que se levanta el Acta, le visitó un comercial que manifestó que trabajaba para la empresa Medical System y que ofrecía productos relacionados con magnetoterapia a personas con ciertas dolencias, no pudiendo precisar el origen de los datos de las personas a quienes visita.

SEGUNDO: La entidad MEDICAL SYSTEM V&S ha manifestado a requerimiento de esta Agencia que tiene como finalidad la actividad de tele concertación y captación de clientes para productos de mejora en salud y bienestar.

Que consigue los números de teléfono mediante acceso a páginas blancas de telefónica a los que se llama para hacerles entrega de un dossier gratuito con información sobre los productos de la empresa. Si el cliente está interesado se pone en contacto con la empresa y solicita el servicio que más le interese.

A comienzos del mes de septiembre de 2013, un colaborador externo como comercial de la empresa, visitó a la denunciante, habiendo pactado previamente una visita por teléfono. Una vez allí, una persona que se encontraba en el domicilio llamó a la Policía Local.

TERCERO: Con fecha 7 de agosto de 2014, se realiza una búsqueda a través de Internet en la página correspondiente a Páginas Blancas, a nombre de la denunciante y de su hijo, comprobándose que no existe información asociada.

CUARTO: La entidad MEDICAL SYSTEM V&S no ha podido acreditar en el expediente que contara con el consentimiento para el tratamiento de los datos personales, de la denunciante.

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

Se imputa a la entidad MEDICAL SYSTEM V&S el tratamiento de los datos de la denunciante sin su consentimiento. En este sentido, el artículo 6.1 y .2 dispone:

“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”.

Para que el tratamiento de los datos del denunciante realizado por la entidad

MEDICAL SYSTEM V&S resultara conforme con los preceptos de la LOPD, hubiera debido concurrir alguno de los supuestos contemplados en el artículo 6 de la LOPD. Sin embargo, no se ha acreditado que el denunciante hubiera prestado el consentimiento para el tratamiento de sus datos, y tampoco se ajusta el presente caso a ninguno de los supuestos exentos de tal consentimiento que recoge el apartado 2 del artículo 6 citado.

El artículo 3 de la LOPD define en su apartado h) como *“Consentimiento del interesado”* a *“Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.”*

La LOPD no requiere que el consentimiento se preste por escrito o con formalidades determinadas, pero sí exige que el consentimiento de los afectados sea *“inequívoco”*.

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, Fundamento Jurídico 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 negocial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

III

El artículo 2.1 de la LOPD define su ámbito de aplicación:

“1. La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado...”

El artículo 3 de la LOPD define en su apartado c) como *“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, dicho artículo 3 define en su apartado b) como *“Fichero: Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.”*

En el presente caso, ha quedado acreditado que la denunciante recibió una llamada telefónica de quien dijo trabajar para la empresa Medical System, y que le informó de que sus datos habían sido proporcionados por varias clínicas de Barcelona. Dos días después le visitó un comercial de la misma empresa que ofrecía productos de magnetoterapia, no pudiendo precisar el origen de los datos de las personas a quienes visita.

La entidad MEDICAL SYSTEM V&S ha manifestado que tiene como finalidad la actividad de tele concertación y captación de clientes para productos de mejora en salud y bienestar.

Que consigue los números de teléfono mediante acceso a páginas blancas de telefónica a quienes se llama para hacerles entrega de un dossier gratuito con información sobre los productos de la empresa. Si el cliente está interesado se pone en contacto con la empresa y solicita el servicio que más le interese.

Con fecha 7 de agosto de 2014, se realiza una búsqueda a través de Internet en la página correspondiente a Páginas Blancas, a nombre de la denunciante y de su hijo, comprobándose que no existe información asociada a estas personas.

Por tanto, para el caso del actual procedimiento, se realizó un tratamiento con los datos personales de la denunciante con quien se contactó por teléfono, sin que se haya acreditado por la entidad denunciada, que contaba con su consentimiento para dicho tratamiento, ni cuál es el origen de sus datos de carácter personal, infringiendo así el artículo 6.1 de la LOPD.

IV

El artículo 44.3.b) de la LOPD, dispone que es infracción grave:

“b) 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, la descripción de conductas que establece el artículo 44.3.b) 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 *“b) 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”*, por tanto, se

está describiendo una conducta -el tratamiento 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 y así se recoge en la doctrina y jurisprudencia de los Tribunales Ordinarios como del Tribunal Constitucional (STC 292/2002).

Concretamente, por lo que ahora interesa, el artículo 6 de la LOPD recoge el citado principio que exige la necesidad de consentimiento del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal.

Por tanto, la conducta ilícita por la que se sanciona al denunciado vulnera el citado principio, toda vez que ha quedado acreditado el tratamiento de los datos personales de la denunciante sin su consentimiento, al realizar una llamada telefónica a su domicilio sin que se acredite el origen de sus datos de carácter personal.

V

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 entrada en vigor, 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”.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 14) 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”- sanciona 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”*.

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 de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constando 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/00245/2014) a la entidad MEDICAL SYSTEM V&S 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 6.1 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 este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

2.- REQUERIR a la entidad MEDICAL SYSTEM V&S 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 6.1 de la LOPD. En concreto se insta al denunciado a que adopte las medidas pertinentes para asegurarse de disponer del consentimiento inequívoco de los afectados para el tratamiento de sus datos personales o bien para asegurarse de que sus datos de carácter personal figuran en fuentes accesibles al público.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando acreditación de las medidas aportadas al respecto y 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/01108/2015**, 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 MEDICAL SYSTEM V&S.

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