



Procedimiento N°: A/00106/2016

RESOLUCIÓN: R/01817/2016

En el procedimiento A/00106/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a D. **A.A.A.** (XXXX ABOGADOS), vista la denuncia presentada por D. **B.B.B.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: con fecha 28 de abril de 2015, tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **B.B.B.** (en lo sucesivo el denunciante), en el que denuncia haber recibido por correo postal, sin autorización ni permiso, publicidad de XXXX Abogados, despacho de abogados de D. **A.A.A.**. Asimismo, denuncia el uso de cookies en la web sin autorización.

Aporta copia de un sobre con su nombre y apellidos y dirección remitido por XXXX Abogados y copia de un calendario del año 2015 en el que figuran dos direcciones del despacho, números de teléfono, e-mail, y página web.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se ha tenido conocimiento de los siguientes extremos conforme al informe de actuaciones de inspección E/5044/2015 que se transcribe:

“ACTUACIONES PREVIAS DE INSPECCIÓN

1. *Con fecha 30 de diciembre de 2015 se recibe información remitida por D. **A.A.A.**, en el que pone de manifiesto que:
 - 1.1. *Los datos del denunciante que obran en su poder son los de filiación, número de teléfono, e-mail y datos económicos relativos al procedimiento judicial con número de autos ***/2013 y su apelación, seguido en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ordes, encargado por el cliente.*
 - 1.2. *El consentimiento es tácito desde el momento que existe una relación contractual.**
2. *Con fecha 13 de enero de 2016, se accede a la página web: www.....es, comprobándose, según consta en el documento adjunto a estas actuaciones mediante Diligencia, que existe cláusula informativa sobre el uso de cookies.”*

TERCERO: Con fecha 15 de abril de 2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente



procedimiento de apercibimiento A/00106/2016. Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado.

CUARTO: Con fecha 19/05/2016 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica:

1º.- El “calendario XXXX ABOGADOS de 2016” fue entregado en mano al entonces cliente, en la sede del despacho por la secretaría, tal como se viene haciendo hace años.

2º.- El sobre que el denunciante manifiesta contenía el calendario, lo que realmente contenía era una minuta oficial con el sello de pagado una vez que el denunciante abonó las cuantías que adeudaba al despacho.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Consta en el expediente copia de poder general para pleitos otorgado en fecha 19/06/2013 por el denunciante a, entre otros, el letrado **A.A.A.**.

SEGUNDO: Consta en el expediente aportado por el denunciante un sobre remitido por correo postal a su nombre y apellidos y dirección, y en cuyo remite se identifica a XXXX ABOGADOS. No se aprecia la fecha del matasello del sobre.

TERCERO: El denunciante manifiesta que el sobre contenía en su interior calendario del año 2015 de la firma XXXX ABOGADOS, en el que se incluye las direcciones del despacho, correo electrónico y página web.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora 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

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 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 (...)”.

Son pues elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales, los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y tratamiento de sus datos personales y a saber de los mismos.

Se puede afirmar, tal y como tiene sentado consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo - por todas las Sentencias de 8 de febrero de 1.964, 26 de mayo de 1.986 y 11 de junio de 1.991 - en interpretación del artículo 1.253 del Código Civil, que existen tres modos o formas básicas del consentimiento: expreso, manifestado mediante un acto positivo y declarativo de la voluntad; tácito, cuando pudiendo manifestar un acto de voluntad contrario, éste no se lleva a cabo, es decir, cuando el silencio se presume o se presupone como un acto de aquiescencia o aceptación; y presunto, que no se deduce ni de una declaración ni de un acto de silencio positivo, sino de un comportamiento o conducta que implica aceptación de un determinado compromiso u obligación. A efectos de la Ley Orgánica 15/1999 y con carácter general, son admisibles las dos primeras formas de prestar el consentimiento.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2007 (Rec 356/2006) en su Fundamento de Derecho Quinto señala que “ *por lo demás, en cuanto a los requisitos del consentimiento, debemos señalar que estos se agotan en la necesidad de que este sea “inequívoco”, es decir, que no exista duda alguna sobre la prestación de dicho consentimiento, de manera que en esta materia el legislador, mediante el artículo 6.1 de la LO de tanta cita, acude a un criterio sustantivo, esto es, nos indica que cualquiera que sea ,la forma que revista el consentimiento éste ha de aparecer como evidente, inequívoco – que no admite duda o equivocación- , pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar al consentimiento. Por tanto,*



el establecimiento de presunciones o la alusión a la publicidad de sus datos en otro lugar resulta irrelevante, pues dar carta de naturaleza a este tipo de interpretaciones pulverizaría esta exigencia esencial del consentimiento, porque dejaría de ser inequívoco para ser “equivoco”, es decir, su interpretación admitiría varios sentidos y, por esta vía, se desvirtuaría la naturaleza y significado que desempeña como garantía en la protección de los datos, e incumpliría la finalidad que está llamado a verificar, esto es, que el poder de disposición de los datos corresponde únicamente a su titular”

III

De conformidad con lo expuesto *ut supra*, la jurisprudencia y el propio artículo 6 de la LOPD, exige que el responsable del tratamiento 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.

Es preciso, por tanto, determinar si en el presente caso la actividad desarrollada por **A.A.A.** puede subsumirse o no en tales definiciones legales, es decir, si es responsable del fichero y/o tratamiento, y en caso afirmativo si está o no legitimado para el tratamiento de datos del denunciante, y por ende verificar la prestación del consentimiento de éste o la ausencia del mismo.

IV

En el presente caso ha quedado acreditado que en fecha 19/06/2013 el denunciante otorgó un poder general para pleitos a favor de, entre otros letrados, **D. A.A.A.**, es decir el denunciante mantenía una relación contractual con el letrado. En su denuncia manifiesta que recibió en su domicilio (sin concretar la fecha) un sobre por correo postal remitido por **D. A.A.A.**, y que contenía un calendario del año 2015 de la firma XXXX ABOGADOS, en el que se incluía las direcciones del despacho, correo electrónico y página web. Por su parte **D. A.A.A.**, niega haber remitido por sobre postal el citado calendario al manifestar que los calendarios se entregan en mano en el despacho y que en el sobre que se adjuntó a la denuncia y que aportó el denunciante iba incluida una minuta oficial sellada por el pago de honorarios adeudados por el denunciante.



En este punto hemos de tener en cuenta que, al Derecho Administrativo Sancionador, por su especialidad, le son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad del principio de presunción de inocencia.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990 considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”*. De acuerdo con este planteamiento, el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en lo sucesivo LRJPAC), establece que *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20/02/1989 indica que *“Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurre aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate.”*

En definitiva, lo visto anteriormente en aplicación del principio de presunción de inocencia, impiden imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y comprobado la existencia de una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación.

En el presente caso, el denunciado ha manifestado haber recibido por correo postal un sobre del despacho XXXX ABOGADOS que contenía un calendario del citado despacho en el que se incluía las direcciones postales del despacho, correo electrónico y página web. Así las cosas pese a la actuación inspectora, la actividad probatoria derivada de la misma no permite excluir una duda razonable sobre el contenido del sobre, debiendo aplicarse por tanto el principio de presunción de inocencia, por lo que procede el archivo del procedimiento.

De acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:



- 1.- **ARCHIVAR** el procedimiento **A/00106/2016**
- 2.- **NOTIFICAR** el presente Acuerdo a **D. A.A.A.** (XXXX ABOGADOS).
- 3.- **NOTIFICAR** el presente Acuerdo a **D. B.B.B.**

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 reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

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 la Directora 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.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos