



Procedimiento nº.: PS/00139/2016

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00725/2016

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **PUBLIACTIVOS COMUNICACIÓN Y MARKETING, S.L.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00139/2016, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 14 de septiembre de 2016, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00139/2016, en virtud de la cual se imponía a la entidad PUBLIACTIVOS COMUNICACIÓN Y MARKETING, S.L., una sanción de **40.001 € (Cuarenta mil un euros)**, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma, de conformidad con lo establecido en los artículos 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 16 de septiembre de 2016, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1993, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en adelante RLOPD.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00139/2016, quedó constancia de los siguientes:

<<HECHOS PROBADOS

PRIMERO: *PUBLIACTIVOS se dedica a la prestación de servicios en el ámbito de la comunicación y marketing ofreciendo a través de la página web www.publiactivos.com de su titularidad los siguientes servicios: venta de bases de datos, e--mail marketing, publicidad digital y Marketing directo. (folios 46, 60 al 71)*

SEGUNDO: *Entre las bases de datos comercializadas por PUBLIACTIVOS se encuentra la denominada "Guía de Empresas", una copia de la cual fue aportada con fecha 20 de enero de 2016 por dicha empresa, con fecha de última actualización de 10 de diciembre de 2015, y con un total de 1.629.172 registros. (folios 30 y 61)*

Cada registro contiene los siguientes campos: nombre, dirección, código postal, población, provincia, teléfono, fax, actividad, cl ventas, cl empleados, email, estado (folio 30)

En el campo nombre del primero de los registros de la base de datos aportada, que no contiene datos de ninguna empresa real, se informa que "El campo ESTADO con valor 1 quiere decir que no quiere recibir publicidad ni venta directa." (folio 31)

Se comprueba que 303.155 registros contienen información en el campo del correo electrónico. Entre dichas direcciones sólo 121.231 son distintas y entre éstas



117.514 no están marcadas con el valor estado 1 (folio 31)

TERCERO: Como consecuencia de los procesos de filtrado efectuados con las direcciones de correo electrónico incluidas en la base de datos "Guía de Empresas" se han localizado correos electrónicos vinculados a personas físicas identificadas o identificables. Se ha extraído la siguiente muestra: (folios 31 al 35 y 141 al 181)

3.1 En un registro vinculado a la empresa ERNST AND YOUNG, S.L., con estado valor "0", el campo EMAIL contiene las cuentas de correo electrónico@.....;1@.....;2@.....

Las dos primeras direcciones pertenecen a **A.A.A.** y **B.B.B.**, empleadas de la citada sociedad. La tercera cuenta pertenecía a **C.C.C.**, antiguo empleado de esa empresa. Sus nombres, apellidos y datos de contacto (teléfono, fax y correo electrónico) aparecen en la página web <http://www.....1>; En la página web <https://.....2> consta información de D. **C.C.C.** (folios 141 al 143)

3.2 En un registro vinculado a la empresa AGUA DE MAYO MARKETING S.L., con estado valor "0", **dirección en (C/...1)** -Pontevedra y teléfono *****TEL.1**, el campo email contiene la cuenta de correo electrónico **...3@....**, correspondiente a la administradora única de esa empresa **D.D.D.**, localizable en las páginas web <https://twitter.....>, <http://www.gettingbusiness.es.....>; <http://www.empresa.es.....> (folios 145 al 154)

3.3 En un registro vinculado a la empresa GESOP AVENIDA, S.L., con estado valor "0", **dirección (C/...2)** (Navarra), y teléfono **(C/...2)**, el campo email contiene la cuenta de correo electrónico **...4@.....**, correspondiente a Don **E.E.E.**, administrador único de esa empresa, estando localizable dicha cuenta en la página web <http://www.empresa.es.....> **folios 155 al 158**

3.4 En un registro vinculado a la empresa RODA PACKING S.A., con estado valor "0", **dirección (C/...3)** (Valencia), Teléfono *****TEL.3**, el campo email contiene la cuenta de correo electrónico **...5@.....**, asociada a D. **F.F.F.**, localizable en la página web <http://www.empresa.es.....> (folios 159 al 166)

3.5 En un registro vinculado a la empresa XXXXX CARCERENY SL, con estado valor "0", **dirección (C/...4)**, Barcelona, teléfono *****TEL.4**, el campo email contiene la cuenta de correo electrónico **...6@.....**. *****NOMBRE.1** es diminutivo del nombre (*****NOMBRE.2**) de uno de los dos apoderados de XXXXX CARCERENY S.L. por lo que es razonable pensar que la cuenta de correo pertenece a dicha persona. Esa cuenta de correo se localiza en la página web <http://www.....> (folio 167)

3.6 En un registro vinculado a la empresa SOLUCIONES CORPORATIVAS INTEGRALES BDN SLP, con estado valor "0", **dirección (C/...5)** (Barcelona), teléfono *****TEL.5**, el campo email contiene la cuenta de correo electrónico **...13@....**, cuyo titular es Dña. **G.G.G.**, quien consta en el registro mercantil como liquidadora de esa



empresa y resulta localizable en las páginas web <http://www.....1> , <http://www.infocif.es.....2> y <https://.....3> (folios 168 174)

3.7 En un registro vinculado a la empresa ACCION TRAINING, S.L., con estado valor "0", dirección (C/...6), Madrid, teléfono ***TEL.6, el campo email contiene la cuenta de correo electrónico7@...., correspondiente a D. H.H.H., consultor y escritor, siendo accesible datos como su nacimiento o formación en la a página web de escritores <http://www.red.....> . Constando la referida cuenta en la dirección <https://books.google.es>. (folio 175)

3.8 En un registro vinculado a D. I.I.I., aparece la cuenta de correo electrónico8@...., el domicilio (C/...7) Barcelona y el teléfono ***TEL.7. El titular de dicha dirección de correo electrónico es miembro del colegio de arquitectos de Catalunya en cuyo sitio web <http://arquitectes.cat.....> se localiza su nombre, apellidos, número de colegiado, la misma dirección aunque con otro piso (en lugar de nº 3 aparece 1.1), nº de teléfono señalado, nº de Fax (dato que no figura en el correspondiente campo del registro) y la citada dirección de correo electrónico. (folio 179)

3.9 En un registro vinculado a D. J.J.J., aparece la cuenta de correo electrónico9@.... . El titular de dicha dirección de correo electrónico es D. J.J.J., licenciado en medicina en cuya página web <http://www.....> puede obtenerse, además de su nombre, apellidos y datos de contacto, su currículo completo. Este registro está asociado a una dirección postal y un número de teléfono

3.10 En un registro vinculado a D. K.K.K. aparece la cuenta de correo electrónico10@...., el domicilio (C/...8) (Barcelona) y el teléfono ***TEL.8. El titular de dicha dirección de correo electrónico es, miembro del colegio de abogados de Sabadell en cuyo sitio web <http://www.....> pueden hallarse su: nombre, apellidos, número de colegiado, la misma dirección aunque con otro piso (en lugar de 2º 2ª aparece 1º 2ª), nº de teléfono, nº de fax (dato que no figura en el correspondiente campo del registro), pero sin figurar dirección de correo electrónico alguna. Sus datos también son accesibles en la página web <http://www.....> (folios 178 al 181.)

3.11 En un registro vinculado a D. L.L.L. aparece la cuenta de correo electrónico11@...., el domicilio (C/...9) Granada y el teléfono ***TEL.9 El titular de dicha dirección de correo electrónico es, miembro del colegio de abogados de Granada, en cuyo sitio web <https://www.....> puede hallarse su nombre, apellidos, misma dirección, mismo teléfono, nº de fax (dato que no figura en el correspondiente campo del registro) y una dirección de correo electrónico distinta que es o12@..... Sus datos también son accesibles en la página web <http://.....> (folio 176)

4) CUARTO: Con fecha 2 de agosto de 2016 se verifica que en la página web www.publiactivos.com/ aparece la siguiente información sobre PUBLIACTIVOS: "Somos una Agencia de Marketing Digital y nuestra misión es convertir sus objetivos en resultados positivos. " (folio 60)

Respecto de las Bases de Datos se señala: "Disponer de información es una poderosa herramienta de Marketing que le permite llegar a sus posibles clientes de forma rentable

y eficaz. “

QUINTO: Con fecha 2 de agosto de 2016 se verifica que en la página web [www.publiactivos.com/ comprar-bases-datos](http://www.publiactivos.com/comprar-bases-datos) aparece la siguiente información sobre la Venta de Bases de Datos: (folios 61 y 62)

“Venta de Bases de Datos: La evolución de los mercados es tan rápida que estamos necesitados de disponer de información para conseguir fidelizar a nuestros clientes y potenciales. La información obtenida al comprar Bases de Datos es una poderosa herramienta de Marketing, que le permite llegar a sus posibles clientes de forma rentable y eficaz. Ponemos a su disposición nuestras Bases de Datos para Marketing, las más completas y actualizadas, dentro de la más estricta legalidad y transparencia:

Bases de Datos de Particulares

Bases de Datos de Empresas: Completa Guía de Empresas con 1.350.000 aprox. direcciones, a nivel nacional, con nombre completo, actividad, dirección, código postal, población, provincia y números de teléfono. Le ofrecemos la venta de bases de Datos de empresas pudiendo segmentar por actividad, código postal, población, provincia. Bases de Datos de Profesionales”

SEXTO: En el modelo de contrato aportado por PUBLIACTIVOS correspondiente al año 2016 s, figuran las siguientes cláusulas contractuales: (folio 27)

“PRIMERA.- Por el presente contrato PUBLIACTIVOS se compromete a suministrar al CLIENTE, el fichero temporal que contiene datos relativos a empresas, a fin de ser utilizados para su consulta y/o en sus campañas de marketing o comunicación.

SEGUNDA.- La base de datos suministrada incluirá en todos los registros los siguientes campos: nombre, dirección, teléfono, CP, población y provincia, incluyendo todos los ficheros, archivos electrónicos o analógicos, que sean necesarios para la correcta utilización y explotación de la base de datos.

(...)

CUARTA.- Además, de la referida información, la base de datos podrá contener, en algunos casos, información adicional tal como: tramos de facturación y nº de empleados, actividad empresarial y/o correos electrónicos. Al respecto, indicar lo siguiente:

- La presente base de datos es relativa a empresas. Cualquier información que contenga la base de datos cedida, relativa a una persona física que preste sus servicios, en cualquiera de las empresas que figuren en ella, únicamente podrá ser utilizada, por el CLIENTE, para ofrecer sus productos y/o servicios a la empresa a la que pertenezca la persona física de contacto. En ningún caso está permitida la utilización de esos datos, para la oferta de productos y/o servicios, destinados a la persona física a nivel particular, al no ser esa, la finalidad de la base de datos y no disponer del preceptivo consentimiento al respecto. . Cualquier utilización en este sentido será bajo su responsabilidad.*
- Asimismo se advierte al CLIENTE que, si quisiera utilizar los correos electrónicos que pudieran incluirse en la base de datos, para el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales a la empresa, deberá solicitar,*



con carácter previo, su consentimiento, tal como se establece en el artículo 21. 1 LSSICE.

QUINTA: (...) En aquellos casos en que el fichero temporal entregado al CLIENTE contenga registros marcados con la clave 1 en el campo Estado, el CLIENTE se compromete a respetar su derecho de no recibir acciones comerciales y/o de venta directa.>>

TERCERO: PUBLIACTIVOS COMUNICACION Y MARKETING, S.L., en adelante la recurrente o PUBLIACTIVOS, ha presentado con fecha 15 de octubre de 2016 en el Servicio de Correos recurso de reposición contra la resolución R/02115/2016 de fecha 14 de septiembre de 2016, y que fue registrado de entrada en esta Agencia Española de Protección de Datos con fecha 20 de octubre de 2016, fundamentándolo, básicamente, en los siguientes argumentos:

- En su disconformidad con la valoración de las pruebas realizada durante el procedimiento respecto de la consideración que debe tener la “Guía de Empresas” analizada y los usos previstos para los datos incluidos en la misma, debiendo replantearse la AEPD las conclusiones contenidas en la resolución impugnada respecto a la efectiva aplicación al caso de la excepción contenida en el artículo 2.2 del RLOPD para las llamadas “personas de contacto”, como respecto a la consideración como datos de contacto profesional pertenecientes a cualquier persona que pueda aparecer en la base de datos.

Se afirma que la AEPD ha centrado su análisis en la información promocional insertada en un sitio web, sin tener en cuenta que la utilización de la base de datos y sus límites se encuentran regulados contractualmente. Arguyen que en el contrato aportado al expediente “se hace una advertencia explícita, respecto a la prohibición de la utilización de los datos de la “Base de Datos”, estableciéndose unos límites precisos para ello. Límites que impiden la utilización de la base de datos fuera del ámbito estricto de la relación “Business to Business”, tal y como consta en la cláusula que recoge que no está permitido el uso de los datos de carácter personal que puedan figurar en la base de datos para ofertar productos y/o servicios a la persona física titular de los mismos a nivel particular, sino únicamente a la empresa a la que pertenece la persona física de contacto.

Señalan que el grado de validez otorgado por la Agencia a los enunciados de la web debería extenderse no sólo a la parte de su contenido que coincida con determinadas tesis, resaltando que mientras en la resolución se indica que no se ha acreditado que, en la actualidad, se haya eliminado el campo de correo electrónico de la base de datos al no poder acceder al CD aportado por la recurrente, se obvia que el día 2 de agosto de 2016, fecha que se señala se llevó a efecto la última consulta a la web, ya no constaba la inclusión del dato de correo electrónico en los campos que conformaban la base de datos.

Frente al análisis efectuado por la AEPD reiteran: la regulación contractual sobre el uso de la base de datos, la existencia de otra base de datos alternativa que si contiene datos de particulares, que en la resolución se asocia el término marketing a acciones necesariamente destinadas a personas físicas en su ámbito particular sin existir ningún argumento que respalde dicha tesis, se obvia la utilidad práctica de la base de datos, omitiendo que sólo un 1% del total de las empresas contaban con el campo de persona de contacto susceptible de contacto extraempresarial, habiéndose



eliminado en la actualidad todos los emails.

Respecto a la aportación de pruebas, aunque reconocen que el CD aportado con su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución no estaba acompañado, por error, de la contraseña que protegía la lectura de la información contenida en el disco óptico, consideran que se produjo una situación de indefensión, ya que “ pudiendo haber sido solicitada la aportación de la contraseña “, tal y como dispone el artículo 20.1 del Reglamento del procedimiento para ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en adelante REPEPOS, no se acordó la realización de esas actuaciones complementarias que hubieran permitido valorar la retirada de los emails de la base de datos como atenuante en caso de imposición de una posible sanción, a la par que mostrar el carácter accesorio y residual que tenían los datos de carácter personal que se habían incluido en el fichero. Junto al recurso se aporta CD de la citada “Guía de Empresas” y contraseña para su comprobación.

- Asimismo, solicitan que en el caso de que se considera que existe infracción al art. 6.1 de la LOPD se acuerde aplicar lo previsto en el artículo 45.5 de la LOPD, imponiendo una sanción comprendida en la escala relativa a las infracciones leves por entender que, con arreglo a las alegaciones efectuadas a lo largo del procedimiento y en el propio recurso, debe replantearse la consideración como elementos agravantes que se ha realizado en la resolución impugnada de los criterios a), b), c) y d) del artículo 45.4 de la LOPD.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto 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 (en lo sucesivo LRJPAC).



II

En relación con las manifestaciones efectuadas por PUBLIACTIVOS COMUNICACIÓN Y MARKETING, S.L. cuestionando la valoración efectuada por la AEPD de las pruebas obrantes en el expediente que ha determinado la inaplicabilidad de la excepción contenida en el artículo 2.2 del RLOPD a los datos de carácter personal de contacto contenidos en la “Guía de Empresas” y solicitando, además, la revisión de los criterios del artículo 45.4 de la LOPD que se han considerado para fijar la sanción impuesta, debe señalarse que en los Fundamentos de Derecho del II al XI, ambos inclusive, de la Resolución recurrida se razonan los elementos de juicio que han determinado la fijación de los hechos probados, su calificación jurídica, la responsabilidad, a título de culpa, de la recurrente en la comisión de la infracción a lo previsto en el artículo 6.1 de la LOPD y los criterios de graduación que se han tenido en cuenta para fijar el importe de la sanción que se consideraba a la gravedad de los hechos objeto de infracción, tal como se transcribe a continuación:

<<II

El artículo 43.1 de la vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones previstas en dicha norma a los responsables de los ficheros o los encargados de los tratamientos, concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos realiza el artículo 3.d) de la LOPD al entender como: “Responsable del fichero o tratamiento” a “la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”, por lo que ambas figuras están sujetas al régimen sancionador de la LOPD.

Por su parte, el artículo 5.1.q) del RDLOPD considera como tal a la “persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente.

Podrán ser también responsables del fichero o del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados.”

A su vez, los apartados b), c), y e) del mencionado artículo 3 de la LOPD definen los siguientes conceptos:

”b) “Fichero:” Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.”

“c) Tratamiento de datos como aquellas “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”,

“e) Afectado o interesado: persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo.” De acuerdo con los preceptos de la normativa de protección de datos transcritos, PUBLIACTIVOS resulta responsable de la creación y mantenimiento del fichero “Guía de Empresas” (base de datos) y del tratamiento efectuado con la información de



carácter personal incorporada y mantenida en el mismo, habida cuenta que ha dispuesto la inclusión y uso publicitario en el mismo, entre otra información, de datos personales correspondientes a personas físicas profesionales del sector de la arquitectura y la abogacía, tales como sus nombres y apellidos, teléfonos y correos electrónicos, sin haber acreditado su consentimiento o su condición de comerciante, industrial o naviero (registros 3.8 al 3.11 del Hecho Probado Tercero), así como de datos personales de contacto profesional (correo electrónico) correspondientes a personas físicas que prestan sus servicios a personas jurídicas (Registros 3.1 al 3.7 del Hecho Probado Tercero).

Por lo cual el tratamiento de los datos personales incluidos en los 11 registros detallados en el Hecho Probado Tercero de esta resolución recae bajo la responsabilidad de PUBLIACTIVOS, entidad que en su condición de responsable del mencionado fichero ha decidido sobre la finalidad, contenido y uso publicitario de los datos de carácter personal incorporados al mismo, motivo por el cual ostenta una posición jurídica susceptible de generar responsabilidades administrativas derivadas del incumplimiento de la LOPD .

III

El artículo 1 de la LOPD dispone: “La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.

La LOPD, viene a regular el derecho fundamental a la protección de datos de las personas físicas, esto es, el derecho a disponer de sus propios datos sin que puedan ser utilizados, tratados o cedidos sin su consentimiento, con la salvedad de las excepciones legalmente previstas.

En cuanto al ámbito de aplicación de la citada norma el artículo 2.1 de la misma señala: “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 concepto de dato de carácter personal aparece definido en el artículo 3.a) de la LOPD, como: “Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, señalándose en el artículo 5.1. f) 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, en adelante RDLOPD como datos de carácter personal: “Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, concerniente a personas físicas identificadas o identificables”. En el apartado 5.1.o) del mismo Reglamento se define persona identificable, como “toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier comunicación referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados”

A la vista de dichos preceptos, los datos de los profesionales de los sectores de la abogacía y la arquitectura contenidos en los registros 3. 8 al 3.11 del Hecho Probado Tercero son datos personales relativos a personas físicas vinculados al ejercicio de sus profesiones, puesto que incluyen sus nombres y apellidos, información personal que asociada, conjunta o separadamente, a otros datos personales de los mismos, como los referidos a sus direcciones, líneas de teléfono y



correos electrónicos profesionales, permiten una identificación absoluta de los sujetos titulares de dichos datos personales. También son datos personales los recogidos en los registros 3.1 al 3.7 del mismo Hecho Probado Tercero, ya que se trata de direcciones de correo electrónico, líneas de teléfono y direcciones postales de contacto profesionales predicables de las personas físicas, en este caso fácilmente identificables como se ha demostrado para cada uno de los registros, que prestan sus servicios profesionales en las dos mercantiles detalladas.

IV

En relación con los hechos que se imputan en el presente procedimiento, se hace necesario analizar si las direcciones de correo electrónico objeto de estudio constituyen, o no, datos de carácter personal conforme a la LOPD.

De acuerdo con las definiciones de dato de carácter personal y persona identificable transcritas, se deduce que la dirección de correo electrónico, considerando que contiene información de su titular, o en la medida en que permita proceder a la identificación del mismo sin realizar esfuerzos desproporcionados para ello, ha de ser considerada como dato de carácter personal, estando su tratamiento sometido a la citada Ley Orgánica, por lo que, con carácter general, no será posible su utilización o cesión si el interesado afectado no ha dado su consentimiento para ello.

La dirección de correo electrónico se forma por un conjunto de signos o palabras libremente elegidos, generalmente por su titular, con la única limitación de que dicha dirección no coincida con la correspondiente a otra persona. Esta combinación podrá tener significado en sí misma o carecer del mismo, atendiendo al grado de identificación del titular de la cuenta de correo que proporcione la dirección de que se trate.

Así, existirán supuestos en los que la dirección de correo electrónico contenga información acerca de su titular que lo identifique, como en el presente caso en el que las direcciones están compuestas por nombres y/o apellidos, en los cuales no existe duda de que dicha dirección ha de ser considerada como dato de carácter personal, o supuestos en los que la dirección de correo electrónico no parece mostrar datos relacionados con la persona titular de la cuenta, de modo que no nos encontramos ante un dato de carácter personal, a no ser que otros datos (dominio, domicilio, puesto de trabajo...), conjunta o separadamente, permitan la identificación del sujeto sin un esfuerzo desproporcionado por parte de quien procede a la identificación, en cuyo caso, la dirección de correo electrónico quedará amparada por el régimen establecido en la LOPD. Debe añadirse, evidentemente, que si junto con la dirección de correo electrónico aparecieran otros datos que permitieran la identificación del sujeto (tales como su nombre y apellidos, su número de teléfono, su domicilio, puesto de trabajo, conjunta o separadamente), la identificación sería absoluta y no se plantearía duda de que nos encontramos ante un supuesto de tratamiento de datos de carácter personal.

Sentado lo anterior, las búsquedas realizadas en Internet durante las actuaciones previas de inspección del expediente E/04330/2015, y en las que se utilizaron como criterio de búsqueda las once direcciones de correo electrónico que integraban la muestra resultante de los diferentes filtros realizados por la Inspección de Datos de esta Agencia en la base de datos "Guía de Empresas" aportada por la empresa imputada con fecha 20 de enero de 2016, evidencian que estamos ante datos personales concernientes a personas físicas identificadas o identificables sin esfuerzos desproporcionados, cuestión que, por otra parte, no ha sido cuestionada por PUBLIACTIVOS en sus alegaciones.



Al hilo de lo ya expuesto conviene traer a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 15 de enero de 2015, Rec. 297/2010, en relación con un expediente sancionador tramitado también por la AEPD por el tratamiento in consentido de la dirección de correo profesional de una persona física, y en la que se indicaba:

“En relación con la dirección de correo electrónico, esta Sala ha considerado en las SSAN de 23 de marzo 2006 (Rec. 911/2003), 25 de mayo de 2006 (Rec. 536/2004), que la dirección de correo electrónico de la que es titular una persona física, constituye una información que le concierne, que le afecta, y que forma parte del ámbito de su privacidad protegido por la Ley de Protección de Datos, siéndole plenamente aplicable su régimen Jurídico.

En dichos procedimientos se argumentaba que en los supuestos a los que se referían la dirección de correo electrónico no recogía el nombre y apellidos de su titular y no tenía vinculación con su identidad, por lo que no debería considerarse como dato de carácter personal, pero ello fue desestimado por las citadas sentencias. En concreto, la SAN de 25 de mayo de 2006 especificaba que la dirección de correo electrónico de que es titular una persona física constituye un dato personal porque "con independencia de que la denominación de la dirección corresponda o no con el nombre y apellido de su titular, país o empresa en la que trabaja, lo cierto es que se puede mediante una operación nada difícil, identificar perfectamente a una persona física, ya que esa dirección de correo electrónico aparecerá vinculada a un dominio concreto, por lo que sólo será necesario consultar al servidor en que se gestione dicho servicio. Es más esta Sala, en un caso como el número del Documento Nacional de Identidad, que en principio no tiene aparente relación externa con el nombre y apellido de su titular, ha entendido que es un dato de carácter personal amparado por la LOPD en la sentencia de 27 de octubre de 2004 (Rec. 1112/2002)".

Por tanto, la dirección de correo electrónico de una persona física, en la medida que permite identificar a su titular sin plazos ni actividades desproporcionadas, constituye un dato personal y su tratamiento en casos como el presente, y sin perjuicio de las previsiones específicas establecidas por la Ley de Servicios de Sociedad de la Información para otros supuestos, está sometido a las previsiones de la LOPD.

En el caso de autos, la dirección de correo electrónico que la Asociación recurrente tenía registrada en sus ficheros era YYYYYYYYYY que, en contra de lo alegado por la recurrente, no es una dirección de correo electrónico de una persona jurídica, en concreto de los Laboratorios YYYYYYYYYY, sino de una persona física, el denunciante Don FL A mayor abundamiento, en el presente caso la dirección aparece conformada por el nombre de la persona física titular de la misma. Se trata de la dirección de correo de una persona física en los laboratorios donde presta sus servicios, viene referida a dicha persona física, tratándose de su dirección profesional.

Esta Sala ha reiterado que el dato del afectado, aunque se refiera al lugar de ejercicio de su profesión, es un dato de una persona física con una actividad profesional, cuya protección cae en la órbita de la citada Ley Orgánica 15/1999, SAN, Sec. 1ª de 3 de octubre de 2007 (Rec. 163/2006).

Además, cabe señalar que el tratamiento que hizo la Asociación recurrente de la citada dirección de correo para remitir el video y comunicado en cuestión, no guarda relación con la actividad de los citados laboratorios, sino que hace referencia a una cuestión referente a un ámbito distinto, estrictamente privado o personal que trasciende el ámbito de la citada entidad y de la actividad profesional del denunciante.”



Con arreglo al citado criterio de la Audiencia Nacional, no cabe duda de que las direcciones de correo electrónico detalladas en el Hecho Probado nº 3 del Antecedente Octavo obtenidas, a modo de muestra, como resultado de los filtros efectuados en la mencionada base de datos empresarial propiedad de PUBLIACTIVOS, contienen información que identifica o permite identificar a las personas físicas con las que se corresponden las direcciones de correo electrónico profesionales de las que éstas son usuarias y titulares en el marco de su actividad profesional, afirmación también predicable de las direcciones postales y números de teléfono asociadas a los registros de los profesionales 3.8 al 3.11 del mencionado Hecho Probado.

Sentado lo anterior, los hechos objeto del procedimiento suponen un tratamiento de datos personales concernientes a personas físicas identificadas o identificables sin esfuerzos desproporcionados, y del que PUBLIACTIVOS es responsable por los motivos ya aducidos.

V

Justificado que los datos objeto de análisis incluidos por PUBLIACTIVOS en la mencionada base de datos de su titularidad son datos de carácter personal, resulta necesario determinar si el tratamiento efectuado por PUBLIACTIVOS al registrar la mencionada información de naturaleza personal en una base de datos empresarial excedería del tratamiento excluido del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal contemplado en los apartados 2 y 3 del artículo 2 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, (en adelante RLOPD), requiriendo, por tanto, contar con el consentimiento inequívoco de los usuarios/titulares de dichas direcciones para el tratamiento de sus datos personales con finalidades comerciales y publicitarias al margen de su condición de personas físicas de contacto que prestan servicios en las empresas relacionadas en la base de datos

De los artículos 1 y 2.1 de la LOPD ya transcritos se deduce claramente que el ámbito de aplicación de la LOPD no ampara a las personas jurídicas, que no gozarán de ninguna de las garantías establecidas en dicha Ley, y que tan sólo resulta aplicable al tratamiento de datos de carácter personal relacionados con personas físicas.

En relación también con esta cuestión, el artículo 2 del mencionado RLOPD establece respecto del “Ámbito objetivo de aplicación” de dicho Reglamento que:

“1. El presente Reglamento 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.

2. Este reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquéllas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales.

3. Asimismo, los datos relativos a empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, también se entenderán excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal. “

De este modo, quedarán excluidos de las garantías de la LOPD los datos que

se refieran a personas jurídicas en todos los casos, así como los relativos a los profesionales que organicen su actividad bajo la forma de empresa cuando los datos hagan referencia a su condición de comerciantes, industriales o navieros y los referentes a los empresarios individuales en los mismos supuestos.

En sentido contrario, tanto los profesionales como los comerciantes individuales quedarán bajo el ámbito de aplicación de la LOPD y, por tanto, amparados por ella, cuando los primeros no tuvieran organizada su actividad profesional bajo la forma de empresa, no ostentando, en consecuencia, la condición de comerciante (es el caso de los profesionales liberales), y los segundos cuando no fuera posible diferenciar en cada caso, clara y terminantemente, su actividad mercantil del propio entorno de su privacidad como persona física. En estos dos casos deberán aplicarse siempre las garantías y principios reconocidos en la LOPD dada la naturaleza fundamental del derecho a proteger.

Para dilucidar la cuestión planteada, en este supuesto resulta fundamental tener en cuenta que PUBLIACTIVOS se anuncia en su sitio web www.publiactivos.com como agencia dedicada a la prestación de servicios de comunicación y marketing a terceros, promocionando la información de contacto contenida en la "Guía de empresas" como "una poderosa herramienta de Marketing, que le permite llegar a sus posibles clientes de forma rentable y eficaz. Ponemos a su disposición nuestras Bases de Datos para Marketing, las más completas y actualizadas, dentro de la más estricta legalidad y transparencia.". Es decir, el uso de la información contenida en las bases de datos comercializadas por esa empresa, que ya se ha justificado que incluye datos de carácter personal de los titulares de los datos de contacto registrados en la "Guía de Empresas", no se aborda en el sentido reflejado por los apartados 2 y 3 del mencionado artículo 2 del RLOPD, anudado a la actividad profesional como empleado o como empresario individual de sus titulares, sino que se vincula exclusivamente a la realización campañas publicitarias a través de diferentes canales y como un medio para captar clientes, definiendo las bases de datos como herramientas de Marketing para fidelizar o conseguir nuevos clientes.

A la vista de la finalidad eminentemente publicitaria con la que se describe por PUBLIACTIVOS en su página web la mencionada base de datos, los datos de carácter personal incluidos en la "Guía de Empresarios", entre los que se encontrarían los correos electrónicos de contacto profesional y resto de información referida a personas físicas identificadas o identificable, cabe afirmar que el tratamiento realizado por PUBLIACTIVOS al registrar dicha información en la mencionada Guía con una finalidad publicitaria supone un tratamiento de dicha información que excede del marco fijado en los apartados 2 y 3 del citado artículo 2 del RLOPD, puesto que estos datos personales de contacto de personas físicas identificadas o identificables pasan a tratarse desde su condición de consumidores individuales en lugar de como sujetos de contacto empresarial con las personas jurídicas a las que puedan prestar sus servicios.

VI

Para determinar si los datos personales de las personas físicas que ostentan la condición de profesionales que aparecen detallados en los registros numerados del 3.8 al 3.11 del Hecho Probado nº 3 del Antecedente Octavo se encuentran bajo el amparo de la LOPD, resulta ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Nacional de



fecha 14 de febrero de 2007, Rec. nº 186/2005, en la que se señalaba:

“Siguiendo en esta línea de argumentación, si los datos personales únicamente son predicables de las personas físicas, como dispone la propia LO 15/1999 y se infiere de la doctrina constitucional, debemos ahora determinar si cuando una persona física ostenta también la condición de profesional, en el caso examinado es abogado, esta circunstancia le priva de la protección que regula la LOP de tanta cita.

Si cualquier persona física tiene derecho a la protección de los datos “personales”, no parece que puedan ser excluidos de tal protección los datos “personales” de todas aquellas personas físicas que, obviamente conservando tal condición, también tengan la condición de profesionales, pues la adicción de esta circunstancia no les priva de sus derechos como ciudadano, salvo que estos profesionales organicen su actividad bajo fórmulas mercantiles y que se acredite que los datos eran ajenos a su esfera privada y ostentaban una clara vinculación con la actividad mercantil. Requisitos que no concurren en el caso examinado, en el que el contenido del envío publicitario remitido no puede servir de excusa para entender que se envía al ciudadano profesional y no al ciudadano persona física.

En este sentido se ha pronunciado esta Sala y Sección en Sentencia 31 de enero de 2003 (recurso nº 564/2001) y de 11 de febrero de 2004 (recurso nº 119/2002), señalando que <<la Ley Orgánica 15/1999 tiene por objeto garantizar y proteger, por lo que ahora interesa, los datos personales, entendiéndose por tales, ex artículo 3.a) de la citada Ley, “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, debe concluirse que en el caso examinado el dato del afectado, aunque se refiere al lugar de ejercicio de su profesión, es un dato de una persona física con una actividad profesional, cuya protección cae en la órbita de la <Ley Orgánica 15/1999 de tanta cita, como viene declarando esta Sala reiteradamente, por todas, Sentencia de 21 de noviembre de 2002. En efecto, los datos personales son predicables de todos los ciudadanos, sin que pueda excluirse de dicha previsión los relativos a aquellos que realizan una actividad profesional, pues el ejercicio de esta actividad no puede ser equiparado a estos efectos a la de una empresa como parece mantener la parte recurrente>>. “

También a los efectos de dilucidar el alcance de la posible exclusión de los datos referidos a personas físicas con una actividad profesional se reproduce parcialmente la SAN de 12-05-2011, en la que se indicaba que: “No puede concluirse, por tanto que los empresarios individuales y profesionales estén en su conjunto excluidos del ámbito de protección de la LOPD, sino que se hace necesario diferenciar (y la línea divisoria es confusa y difusa) cuando un dato del empresario o profesional, se refiere a la vida privada de la persona y cuando a la empresa o profesión, pues solo en el primer caso cabe aplicar la protección de la LO 15/1999. Labor de diferenciación que puede basarse en dos criterios distintos y complementarios.

Uno: el criterio objetivo de la clase y la naturaleza de los datos tratados, según estén en conexión y se refieran a una esfera (la íntima y personal) o a otra (la profesional) de la actividad.

Otro: el de la finalidad del tratamiento y circunstancias en que éste se desarrolla, criterio éste que operaría en aquellos casos en que alguno de los datos profesionales coincida con los particulares (por ej. coincidencia de domicilio privado con el de la empresa, o cuando no se pueda acreditar si una deuda es de la empresa o si es personal del interesado.”

Pues bien, conforme a la doctrina expuesta, resulta que PUBLIATIVOS no ha acreditado mediante ningún medio de prueba que los dos profesionales de la abogacía o los profesionales de la medicina y la arquitectura titulares de los datos personales objeto de estudio hayan organizado su actividad profesional bajo la forma de empresa, no ostentando, por tanto, la condición de empresarios individuales (comerciantes, industriales o navieros) que les hubiera situado al margen del régimen de aplicación de protección de dicha norma conforme a lo previsto en el artículo 2.3 del RLOPD.

Además, sucede que el tratamiento efectuado por el responsable del fichero con los datos personales de estos cuatro profesionales supera el marco de la actividad profesional desarrollada por los mismos, trascendiendo a su esfera personal y privada en tanto que potenciales clientes, en su condición de consumidores individuales finales, de los productos o servicios comercializados por los compradores de la mencionada base de datos empresarial a través de los datos de contacto, supuestamente profesionales, incluidos en sus respectivos registros (direcciones postales y electrónicas y líneas de teléfono).

Precisamente, estos datos personales se han recopilado e incorporado por PUBLIATIVOS al citado fichero para ser comercializados con finalidades publicitarias y de prospección comercial sin fijar, tal y como se observa en la información promocional de la base de datos que aparece en el sitio web de su propiedad sin ningún tipo de límite a los compradores relativo al uso de dichos datos personales en las campañas publicitarias a realizar. Por lo cual, el tratamiento realizado por esa empresa no diferencia la esfera profesional de la esfera privada o personal de los titulares de los datos de carácter personal incluidos en los registros, siendo los sujetos finales del tratamiento las personas físicas en su condición de tales y no de profesionales..

No cabe duda que esta misma idea trasciende en la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 27 de abril de 2005 en la que después de puntualizarse “que es preciso diferenciar los datos que se refieran a su vida privada o personal de la empresa o profesional, pues solo en el primer caso cabe aplicar la protección de la LO 5/1992” , se continúa indicando que “ una vez efectuada la anterior precisión hay que señalar que el tratamiento de datos efectuado por “Entidad A” respecto del denunciante Sr. JRA está incluido en el ámbito de aplicación de la Ley de Protección de Datos, toda vez que dicho tratamiento no se vincula a una actividad empresarial específica de dicho afectado sino al propio interés comercial y económico de la demandante por cuanto trata indiferenciadamente datos que puedan afectar a la esfera personal o a la empresarial del interesado sin discriminar unos de otros y sin que ello tenga relevancia alguna para el responsable del fichero.”.

VII



A su vez, para dilucidar si el tratamiento realizado por PUBLIATIVOS con los datos personales de contacto de las personas físicas que prestan servicios en las sociedades mercantiles señaladas en los registros numerados del 3.1 al 3.8 del Hecho Probado 3) del antecedente Octavo se encuentra bajo la órbita de protección de la LOPD o, por el contrario, está excluido del mismo en virtud de la excepción contemplada en el artículo 2.2 del RDLOPD, resulta conveniente hacer mención al informe elaborado por el Gabinete Jurídico de la Agencia con fecha 18 de febrero de 2008 en el que se alcanza la conclusión de que su aplicación tendrá lugar siempre y cuando se cumplan dos requisitos, a los que se refiere en los siguientes términos:

" (...) En consecuencia, la Agencia ha venido señalando que en los supuestos en que el tratamiento del dato de la persona de contacto es meramente accidental en relación con la finalidad del tratamiento, referida realmente a las personas jurídicas en las que el sujeto presta sus servicios, no resulta de aplicación lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, viniendo el Reglamento a plasmar este principio.

No obstante, nuevamente, es necesario que el tratamiento del dato de la persona de contacto sea accesorio en relación con la finalidad perseguida. Ello se materializará mediante el cumplimiento de dos requisitos:

El primero, que aparece expresamente recogido en el Reglamento será el de que los datos tratados se limiten efectivamente a los meramente necesarios para identificar al sujeto en la persona jurídica a la que presta sus servicios. Por este motivo, el Reglamento impone que el tratamiento se limite a los datos de nombre y apellidos, funciones o puestos desempeñados, dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales.

De este modo, cualquier tratamiento que contenga datos adicionales a los citados se encontrará plenamente sometido a la Ley Orgánica 15/1999, por exceder de lo meramente imprescindible para identificar al sujeto en cuanto contacto de quien realiza el tratamiento con otra empresa o persona jurídica.

Por ello, no se encontrarían excluidos de la Ley los ficheros en los que, por ejemplo, se incluyera el dato del documento nacional de identidad del sujeto, al no ser el mismo necesario para el mantenimiento del contacto empresarial. Igualmente, y por razones obvias, nunca podrá considerarse que se encuentran excluidos de la Ley Orgánica los ficheros del empresario respecto de su propio personal, en que la finalidad no será el mero contacto, sino el ejercicio de las potestades de organización y dirección que a aquél atribuyen las leyes.

El segundo de los límites se encuentra, como en el supuesto contemplado en el artículo 2.3, en la finalidad que justifica el tratamiento. Como se ha venido indicando reiteradamente, la inclusión de los datos de la persona de contacto debe ser meramente accidental o incidental respecto de la verdadera finalidad perseguida por el tratamiento, que ha de residenciarse no en el sujeto, sino en la entidad en la que el mismo desarrolla su actividad o a la que aquél representa en sus relaciones con quienes tratan los datos.

De este modo, la finalidad del tratamiento debe perseguir una relación directa entre quienes traten el dato y la entidad y no entre aquéllos y quien ostente una determinada posición en la empresa. De este modo, el uso del dato debería dirigirse a la persona jurídica, siendo el dato del sujeto únicamente el medio para lograr esa finalidad.

Así sucedería en caso de que el tratamiento responda a relaciones "business to business", de modo que las comunicaciones dirigidas a la empresa, simplemente, incorporen el nombre de la persona como medio de representar gráficamente el



destinatario de la misma. Por el contrario, si la relación fuera "business to consumer", siendo relevante el sujeto cuyo dato ha sido tratado no sólo en cuanto a la posición ocupada sino como destinatario real de la comunicación, el tratamiento se encontraría plenamente sometido a la Ley Orgánica 15/1999, no siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 2.2 del Reglamento."

En este caso, de las actuaciones practicadas durante la instrucción del procedimiento, y con arreglo a la finalidad de marketing publicitario con la que se comercializa la totalidad de la información contenida en la base de datos empresarial, resulta que el tratamiento efectuado por la entidad imputada en relación con los datos personales de contacto asociados a las empresas no se encuentra directamente vinculado a las funciones profesionales desempeñadas por sus titulares o usuarios dentro de las organizaciones de las que forman parte ("business to business"). Por el contrario, constituye una forma de acceder directamente a la persona física titular o usuaria del dato personal de contacto en su condición de potencial consumidor individual y, por lo tanto, destinatario final de las campañas publicitarias que puedan realizar los compradores de la base de datos comercializada ("business to consumer").

Este criterio resulta coincidente con el mostrado por la Audiencia Nacional en su Sentencia de fecha 16 de diciembre de 2011, Rec. 175/2010, en la que respecto de la aplicabilidad del artículo 2 del RLOPD se indica que:

"Se trata en este apartado de la exclusión de la aplicación de la LOPD a los llamados datos de contacto o agendas de personas jurídicas; esta exclusión no es general y sólo puede entenderse aplicable cuando se trate de datos relativos a datos de contacto en relación al funcionamiento de personas jurídicas y que estén relacionadas con dicho funcionamiento.

En el caso presente se trata de la dirección de correo electrónico de una persona física que se utiliza en su puesto de trabajo pero que incluye su nombre y dos apellidos (no hace mención al cargo ni a su responsabilidad dentro de la empresa) y a la que se dirigen comunicaciones que no tienen nada que ver con sus responsabilidades en la persona jurídica de que se trata, sino que tienen que ver con una cuestión de carácter personal como es la relativa a la actividad sindical personal del destinatario del correo electrónico.

No puede mantenerse, como hace la parte recurrente, que esa dirección de correo electrónico no se encuentre protegidas por la LOPD; antes al contrario, debe entenderse protegida en relación a cualquier función o uso que no tenga relación directa con la actividad profesional del destinatario. "

En definitiva como la inclusión y utilización de dicha información con fines publicitarios por el responsable del fichero trasciende de las actividades desarrolladas por los titulares de los datos de contacto en función de su posición en las empresas, esta Agencia entiende que el tratamiento de los datos personales de contacto reseñados en los registros 3.1 al 3.8 del Hecho Probado nº 3 está sometido a la normativa de protección de datos por exceder del ámbito empresarial en el que se enmarcan los ficheros de contactos en las empresas a los que se refiere la exclusión del artículo 2.2 del RDLOPD.

VIII

A tenor de todo lo cual, el tratamiento objeto de estudio realizado por



PUBLIACTIVOS se encuentra sometido a las garantías de la normativa de protección de datos al afectar al ámbito privado y personal de los sujetos titulares de los datos analizados, requiriendo, en consecuencia, del consentimiento inequívoco de las personas físicas afectadas por el tratamiento de sus datos de carácter personal, conforme lo exigido en el apartado primero del artículo 6 de la LOPD.

Dicho precepto recoge uno de los pilares básicos de la normativa reguladora del tratamiento automatizado de datos como 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.

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”.

Es decir, el tratamiento de datos de carácter personal requiere, con carácter general, el consentimiento previo e inequívoco del titular de los mismos, conforme a lo previsto en el artículo 6.1 de la LOPD, excepción hecha de la existencia de legitimación legal para ello como contempla dicho apartado o se produzca alguna de las circunstancias previstas en el apartado 2 del mismo artículo 6 de dicha norma, definiéndose en el apartado h) del artículo 3 de la LOPD como “Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

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.

Dado que la información contenida en la base de datos mantenida y comercializada por PUBLIACTIVOS está destinada, como se ha razonado y reflejan el conjunto de actuaciones practicadas tanto en presente procedimiento como el anterior de referencia nº PS/00634/2014, y que finalizó con resolución de archivo de caducidad, a la realización de campañas de marketing publicitario por sus clientes, tal y como figura en su página web, también resulta de aplicación al tratamiento de los datos de carácter personal registrados en el mencionado fichero objeto de análisis lo previsto en los artículos 30.1 de la LOPD y 45 del RDLOPD .

El artículo 30.1 de la LOPD, relativo a los “ Tratamientos con fines de publicidad y de prospección comercial” establece que: “1. Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán 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”

Por su parte, el artículo 45 del RDLOPD, referido a “Datos susceptibles de tratamiento e información al interesado”, completa el precepto anterior disponiendo que:

“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. “

Así, el tratamiento de datos con fines publicitarios requiere, de acuerdo con lo dispuesto en las normas citadas, el consentimiento inequívoco de los afectados o que



sus datos procedan de fuentes de acceso público.

En el supuesto examinado, ha quedado acreditado que PUBLIACTIVOS, como responsable del fichero y del tratamiento publicitario realizado con la información incluida en el mismo, resulta responsable de la comisión de una infracción a lo previsto en el artículo 6.1 de la LOPD, ya que no ha acreditado contar con el consentimiento previo e inequívoco de las personas físicas identificadas o identificables cuyos datos personales ha incorporado, en su condición de consumidores individuales destinatarios de la publicidad, a la base de datos empresarial que comercializa para la realización de campañas de marketing por terceros, al igual que no ha acreditado que sea un tratamiento legitimado por norma alguna, no obrando en el expediente ningún elemento fáctico del que se desprenda la existencia del consentimiento inequívoco de los afectados para la inclusión de sus datos de carácter personal en la reseñada base de datos con fines de comercialización publicitaria.

IX

En relación con la posible procedencia de dichos datos de fuentes accesibles al público, el artículo 3 j) de la LOPD entiende como tales aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación. “.

Esta definición debe completarse con lo previsto en el artículo 7 del Reglamento, por el que se desarrolla la LOPD, según el cual:

“1. A efectos del artículo 3, párrafo j) de la Ley Orgánica 15/1999, se entenderá que sólo tendrán el carácter de fuentes accesibles al público:

a) El censo promocional, regulado conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

b) Las guías de servicios de comunicaciones electrónicas, en los términos previstos por su normativa específica.

c) Las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección profesional e indicación de su pertenencia al grupo. La dirección profesional podrá incluir los datos del domicilio postal completo, número telefónico, número de fax y dirección electrónica. En el caso de Colegios profesionales, podrán indicarse como datos de pertenencia al grupo los de número de colegiado, fecha de incorporación y situación de ejercicio profesional.

d) Los diarios y boletines oficiales.

e) Los medios de comunicación social.

2. En todo caso, para que los supuestos enumerados en el apartado anterior puedan ser considerados fuentes accesibles al público, será preciso que su consulta pueda ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, o sin

más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. “

Tampoco PUBLIACTIVOS ha acreditado mediante ningún medio de prueba válido en derecho que los datos personales objeto de estudio procediesen de fuentes accesibles al público, circunstancia que conforme lo previsto en el artículo 6.2 y 30.1 de la LOPD le hubiese permitido prescindir del consentimiento de los afectados para tratar sus datos de carácter personal. De hecho, conviene puntualizar que en lo que respecta a los registros 3.8, 3.10 y 3.11 esta Agencia ha justificado que la información de carácter personal contenida en los mismos no coincide con la publicada en los Colegios Profesionales citados en los referidos registros.

PUBLIACTIVOS, en su calidad de responsable del fichero y del tratamiento efectuado con el mismo, en cuestión debe estar en condiciones de acreditar que cuenta con el consentimiento inequívoco de los afectados o que concurre alguna de las excepciones fijadas en el artículo 6.2 de la LOPD a dicho requisito.

En este sentido, se recuerda lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 12 del RLOPD respecto del principio general del consentimiento para el tratamiento de los datos, en los que se señala que:

“ 1. El responsable del tratamiento deberá obtener el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos de carácter personal salvo en aquellos supuestos en que el mismo no sea exigible con arreglo a lo dispuesto en las leyes.

La solicitud del consentimiento deberá ir referida a un tratamiento o serie de tratamientos concretos, con delimitación de la finalidad para los que se recaba, así como de las restantes condiciones que concurran en el tratamiento o serie de tratamientos.

(...)

3. Corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho. “

Por ello, una vez acreditado por la Agencia el tratamiento de los datos personales objeto del procedimiento corresponde a PUBLIACTIVOS demostrar que contaba con cobertura legal para realizar el repetido tratamiento, esto es que disponía del consentimiento inequívoco de los titulares y usuarios de dichos datos para su inclusión en dicha base de datos con fines de marketing o que no lo precisaba con arreglo a alguno de los supuestos de excepción del artículo 6.2 de la LOPD.

En esta misma línea, se señalaba en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11/05/2001 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”

En consecuencia, al no haber acreditado PUBLIACTIVOS contar con el consentimiento de los titulares de las once cuentas de correo electrónico localizadas durante las actuaciones previas de inspección, ni el de los cuatro profesionales titulares del resto de datos de carácter personal (dirección postal, teléfono, Fax) también tratados por esa empresa, cuyo detalle e identidades figuran en el Hecho Probado nº 3 del Antecedente Octavo, para su tratamiento con fines de marketing y prospección comercial ajenas al de contacto empresarial, y siendo dicho consentimiento un requisito necesario en ese tipo de tratamientos, conforme se desprende de lo previsto en los artículos 6.1 y 30.1 de la LOPD, -excepción hecha de que se acredite que los datos procedan de fuentes accesibles al público o que hubieran



sido facilitados por los propios interesados, dicha entidad no está legitimada para incluirlos en bases de datos empresariales cuyo destino es el uso publicitario de la información de contacto contenida en las mismas. De este modo, el alcance del tratamiento realizado con dichos datos de carácter personal por PUBLIACTIVOS excede del necesario para el mantenimiento del contacto empresarial al que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 2 del RLOPD, y supone un tratamiento que vulnera el principio del consentimiento recogido en el artículo 6.1 de la LOPD.

X

El artículo 44.3.b) de la LOPD califica como infracción grave: “Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”

En el presente caso, PUBLIACTIVOS, al tratar los datos personales de los afectados sin su consentimiento con fines publicitarios, resulta responsable, a título de culpa, de la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 44.3.b) de la LOPD por incumplimiento del principio general del consentimiento recogido en el artículo 6.1 de dicha norma, toda vez que, conforme se ha razonado no ha justificado haber tratado los diferentes datos de carácter personal de los profesionales y de los titulares de los datos de contacto empresarial afectados por el tratamiento estudiado mediando el consentimiento inequívoco de los mismos para su incorporación en una base de datos empresarial cuya información se comercializa con fines publicitarios, de tal modo que la información personal estudiada incumbe ámbito personal y particular de todos ellos al afectar a su condición de personas físicas consumidoras.

XI

El artículo 45 de la LOPD, en sus apartados 1 a 5, dispone lo siguiente:

- “1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 a 40.000 euros.
2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros.
3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 300.001 a 600.000 euros.
4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:
 - a) El carácter continuado de la infracción.
 - b) El volumen de los tratamientos efectuados.
 - c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.
 - d) El volumen de negocio o actividad del infractor.
 - e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.
 - f) El grado de intencionalidad.
 - g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.
 - h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.
 - i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no



debida a una falta de diligencia exigible al infractor.

j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

5. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente”.

En cuanto a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.5 de la LOPD, la Sentencia de 21/01/2004 de la Audiencia Nacional, en su recurso 1939/2001, señaló que dicho precepto <<...no es sino manifestación del llamado principio de proporcionalidad (artículo 131.1 de la LRJPAC), incluido en el más general de prohibición de exceso, reconocido por la jurisprudencia como principio general del Derecho. Ahora bien, 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. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos (de aquí la expresión “especialmente cualificada”) y concretos”.

El citado artículo 45.5 de la LOPD, que deriva del principio de proporcionalidad de la sanción y permite establecer “ la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate”, debe aplicarse de forma excepcional y cuando se den suficientes circunstancias para ello, considerando las previstas expresamente en dicho apartado y la concurrencia significativa de varias de las circunstancias recogidas en el apartado 4 anterior, así como cualquier otra “que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora”.

Es decir, su aplicación deberá efectuarse ponderando de forma individualizada las circunstancias del caso analizado, sin que en el presente supuesto se considere que concurran los presupuestos a los que el mencionado precepto anuda esta minoración cualificada de la cuantía de la multa.

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.

En este supuesto, no se aprecia la disminución de la culpabilidad de la imputada, en especial si se valora que PUBLIACTIVOS es una entidad habituada al tratamiento de datos de carácter personal en razón de su actividad, por lo que le resulta exigible un especial cuidado a los efectos de cumplir con las exigencias



impuestas por la LOPD, lo que conlleva adoptar mecanismos y medidas de prevención y control tendentes a asegurarse el origen de la información de carácter personal tratada y la legitimidad del tratamiento efectuado con la misma. Esta falta de diligencia, imputable a esa entidad, es lo que determina el elemento culpabilístico de la infracción administrativa analizada.

Teniendo en cuenta que el fichero de empresas aportado en enero de 2016 por PUBLIACTIVOS se comercializa con fines de marketing, los datos de carácter personal de contacto incluidos en la misma, con independencia del porcentaje que supongan en el total de datos incluidos en el fichero, también responden a esa finalidad, superando con ello el uso de contacto empresarial con las personas jurídicas o, en su caso, los empresarios individuales contenidos en el mismo. Por lo que están siendo utilizados por PUBLIACTIVOS en su condición de consumidores particulares, ámbito personal distinto del meramente empresarial que derivaría de su posición en las empresas o de su condición de empresarios individuales. En este orden de ideas, el hecho de que el núcleo de la base de datos se refiera a datos concernientes a personas jurídicas no anula la finalidad de marketing a la que se destinan la totalidad de los datos incluidos en la misma, entre los que se encuentran los datos de carácter personal de contacto incluidos en los registros analizados, los cuales, además, no estaban marcados con la clave 1 en el campo Estado.

En todo caso, PUBLIACTIVOS no ha aportado ante esta Agencia ningún medio de prueba para respaldar su afirmación relativa a que se había procedido a la regularización de la situación mediante la eliminación de cualquier clase de dato de carácter personal de la "Guía de Empresas", habiéndose limitado a manifestar que "se ha decidido la eliminación del campo email " y "de cualquier mención relativa a personas físicas", pero sin acreditarlo. En sus alegaciones a la propuesta de resolución ha aportado un CD, señalando que contiene la nueva versión de la base de datos "Guía de empresas", pero no ha sido posible verificar este hecho al estar protegido dicho CD mediante contraseña de acceso.

En lo que respecta a las advertencias a los clientes incluidas en las cláusulas contractuales comunicándoles que no está permitido utilizar los datos para las ofertas de productos o servicios destinados a la persona física a nivel particular o que deben solicitar el consentimiento previo y expreso de los titulares de los correos electrónicos para poder remitirles publicidad por dicho medio, si bien se consideran buenas prácticas para evitar tratamientos de datos personales no consentidos por los terceros que adquieren la "Guía de Empresas", sin embargo, no eliminan la responsabilidad de PUBLIACTIVOS como responsable del tratamiento efectuado con los datos personales de contacto incluidos en la base de datos de la que es responsable y que comercializa, precisamente, con fines de publicidad.

Por ello procede imponer una multa cuyo importe se encuentre entre 40.001 y 300.000 euros, conforme el rango de sanciones previstas en el apartado 2 del citado artículo 45 para las infracciones graves a la LOPD.

En el presente caso, por tanto, teniendo en consideración los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 45.4 de la LOP, se entiende que operan como agravantes de la conducta que ahora se analiza los siguientes criterios: a) El carácter continuado de la infracción, ya que de la documentación obrante en el procedimiento se desprende que viene tratando los datos de carácter personal



de los afectados con los fines señalados en su página web como mínimo desde que esta Agencia pudo comprobar el contenido de la base de datos "Guía de Empresas" en abril de 2014 con motivo de las actuaciones previas de inspección E/07142/2013, cuando PUBLIACTIVOS aportó copia la base de datos utilizada en esas fechas ; b) Los tratamientos efectuados sin consentimiento afectan a todos los datos de carácter personal incluidos en los diferentes campos de los 11 registros relacionados en los Hechos Probados; c) la vinculación de la imputada con actividades que comportan el tratamiento de datos personales de contacto profesional; d) la obtención de beneficios con la venta de la base de datos en la que se encuentran los registros objeto de estudio.

Por otra parte, en cuanto a los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4 de la LOPD se tiene en cuenta, que operan como atenuantes los supuestos f) y h) del mismo. Así, sin perjuicio de la existencia de culpa en la conducta analizada, cuando se verificó durante las actuaciones previas del presente procedimiento el contenido del fichero "Guía de Empresas" se constató que PUBLIACTIVOS había procedido a retirar los campos de CODINFO, CONTACTO y CARGO, que estaban incluidos en anteriores versiones de la base de datos, según se constató durante la tramitación del PS/00634/2014, así como a reducir el número de direcciones de correo electrónico con información que permitía identificar o hace identificables a los titulares de dichos datos de carácter personal y a eliminar de la base de datos las cuentas de los grandes servicios de correo electrónico gratuito, aunque como se ha razonado, continuó manteniendo otros datos de carácter personal de contacto profesional en una base de datos empresarial creada, en realidad, para ser utilizada con fines de marketing, sin consentimiento de sus titulares. Asimismo, no se ha probado la existencia de perjuicios causados a los interesados o a terceras personas a raíz de la comisión de la infracción imputada.

En definitiva, valorados los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 45.4 de la LOPD, se considera proporcionado a la gravedad de los hechos imputados imponer a PUBLIACTIVOS la sanción mínima prevista para las infracciones graves a la LOPD como responsable de la infracción al principio del consentimiento.>>

III

Del contenido de los anteriores Fundamentos de Derecho debe rechazarse que la sustentación de la resolución recurrida haya vulnerado el principio de legalidad contenido en el artículo 127 de la Ley 30 1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vigente en la fecha del acuerdo de la resolución recurrida, y que disponía:

"1. La potestad sancionadora de las Administraciones públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este título y, cuando se trate de entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario.



3. Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual.”

En todo caso, la magnitud porcentual de los emails de contacto contenidos en los registros de la “Guía de empresas” en la versión a la que se accedió por la AEPD en enero de 2016 no altera la condición de datos de carácter personal de dichos correos electrónicos de contacto ni, tampoco, modifica que su finalidad esté asociada como la del resto de campos contenidos en dicha base de datos a un uso publicitario en campañas de marketing o comunicación, tal y como se ha acreditado en las actuaciones practicadas, máxime cuando ninguno de los registros en los que dicha información personal de contacto se incluía estaba marcado con la clave 1 en el campo de estado, resultando irrelevante para el análisis de la comisión de la infracción que nos ocupa que la recurrente comercialice una base de datos de particulares.

En cuanto a la regulación contractual en la que tanto incide la recurrente, esta Agencia se reitera en lo señalado en la resolución recurrida sobre esta cuestión: *“En lo que respecta a las advertencias a los clientes incluidas en las cláusulas contractuales comunicándoles que no está permitido utilizar los datos para las ofertas de productos o servicios destinados a la persona física a nivel particular o que deben solicitar el consentimiento previo y expreso de los titulares de los correos electrónicos para poder remitirles publicidad por dicho medio, si bien se consideran buenas prácticas para evitar tratamientos de datos personales no consentidos por los terceros que adquieren la “Guía de Empresas”, sin embargo, no eliminan la responsabilidad de PUBLIACTIVOS como responsable del tratamiento efectuado con los datos personales de contacto incluidos en la base de datos de la que es responsable y que comercializa, precisamente, con fines de publicidad.”*

Es decir, la mera inclusión y mantenimiento de dicha información de carácter personal por parte de la recurrente en una base de datos empresarial creada para su venta con fines de marketing, según consta en la información obrante en el sitio web que publicita dicho fichero, supone un tratamiento con finalidad publicitaria de esos datos de carácter personal de contacto por parte del responsable del fichero y/o tratamiento sin excluir la condición de consumidores individuales de sus titulares, por lo que dicho tratamiento cae bajo la órbita de la LOPD, precisando, por tanto, del consentimiento inequívoco de los afectados o, en su caso, la existencia de alguna de las excepciones al consentimiento recogidas en el artículo 6.2 de la LOPD. Todo ello con independencia de las cautelas contractuales que, posteriormente a la inclusión y mantenimiento en el citado fichero de dicha información de carácter personal, haya introducido el responsable del fichero en la documentación contractual que regula la venta del fichero y su uso por el cliente (folio 27).

Además, ha de tenerse en cuenta que en la base de datos analizada no sólo constan los datos de contacto de personas vinculadas a empresas, sino que también figuran datos de colegiados (Hecho Probado Tercero: 3.9 y 3.10) respecto de los que no resulta de aplicación las excepciones contenidas en el artículo 2.2 y 2.3 del RLOPD.

También debe rechazarse que la falta de solicitud de la aportación de contraseña del CD presentado con la versión actual de la “Guía de Empresas” haya generado indefensión a la recurrente por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20.1 del REPEPOS, precepto que durante su vigencia disponía que:



“1. Antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento.

El acuerdo de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados, concediéndoseles un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes. Las actuaciones complementarias deberán practicarse en un plazo no superior a quince días. El plazo para resolver el procedimiento quedará suspendido hasta la terminación de las actuaciones complementarias. No tendrán la consideración de actuaciones complementarias los informes que preceden inmediatamente a la resolución final del procedimiento.”

En el supuesto estudiado el órgano competente para resolver no consideró necesario solicitar dicha contraseña, puesto que su aportación no resultaba indispensable para resolver el procedimiento, habida cuenta que ya obraba en el mismo la prueba del resultado del acceso efectuado por la AEPD en enero de 2016 descrito en el Hecho Probado Tercero de la resolución recurrida, y cuya naturaleza no se vería modificada por el contenido de una versión posterior del fichero que ya no contuviese el campo del correo electrónico profesional de contacto. En todo, la subsanación alegada no puede considerarse rápida ni diligente si se tiene en cuenta que entre la primera comprobación del contenido del CD aportado por PUBLIACTIVOS durante las actuaciones previas, efectuada en enero de 2016, y el acceso llevado a cabo al sitio web www.publiactivos.com el 2 de agosto de 2016, fecha en la que entre la información publicitada que conformaba la base de datos ya no aparecía la inclusión del dato de correo electrónico (folios 59 al 61), transcurrieron siete meses. Además, la recurrente presentó por primera vez la versión actualizada a la que se refiere en su recurso (sin campo de emails) transcurridos nueve meses desde el acceso de enero de 2016, si bien al no ir acompañada de contraseña no era accesible la información contenida el disco óptico adjuntado, no siendo hasta la presentación del recurso ahora analizado que ha podido verificarse, fehacientemente, la retirada del campo del email en la versión actual de la base de datos.

Por último, con arreglo a lo expuesto hasta ahora, esta Agencia considera correcta la valoración como agravantes de los supuestos del artículo 45.4 de la LOPD indicados en la resolución recurrida, debiendo puntualizarse respecto del criterio c) que dicha afirmación ha de relacionarse con que la comercialización de bases de datos empresariales por PUBLIACTIVOS conteniendo datos de carácter personal ya fue constatada durante las actuaciones previas de inspección de referencia E/07142/2013 llevadas a cabo desde finales de 2013 y durante el año 2014. En cuanto al criterio d) del mismo artículo no cabe duda que la venta de bases de datos de empresas que incluyen datos de carácter personal está asociada a la comercialización del fichero que contiene tal información y, consecuentemente, a la obtención de beneficios asociados a dicha actividad del infractor.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

La Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **PUBLIACTIVOS COMUNICACIÓN Y MARKETING, S.L.** contra la Resolución de esta Agencia Española



de Protección de Datos dictada con fecha 14 de septiembre de 2016, en el procedimiento sancionador PS/00139/2016.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **PUBLIACTIVOS COMUNICACIÓN Y MARKETING, S.L.**

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, se podrá interponer 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

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