



Procedimiento nº: PS/00231/2013

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00062/2014

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **JAZZ TELECOM, S.A.U. (JAZZTEL)** contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00231/2013, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 16 de diciembre de 2013, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00231/2013, en virtud de la cual se imponía a la entidad Jazz Telecom, S.A.U. (Jazztel), una sanción de 20.000 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) y en relación con el art. 49.4 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 apartados 2 y 5 de la citada Ley Orgánica.

Y una segunda sanción de 10.000 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 5.5 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.f) de dicha norma, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 apartados 2 y 5 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 18/12/2013, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del citado Real Decreto 1720/2007.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00231/2013, quedó constancia de los siguientes:

*<<...PRIMERO: El denunciante ha remitido a esta Agencia varios escritos en los que pone de manifiesto la recepción de llamadas comerciales de Jazztel, en el número ***TEL.1, en particular cita las siguientes.*

*27 de julio de 2012 a las 13:40 (hora canaria) desde el número ***TEL.2.*

*30 de julio de 2012 a las 11:13 (hora canaria) desde el número ***TEL.3.*

*16 de agosto de 2012 a las 18:34 (h. canaria) desde el número ***TEL.4.*

*30 de agosto de 2012 a las 11:39 (h. canaria) desde el número ***TEL.5.*

*19 de septiembre de 2012 a las 15:20 (h. canaria) del número ***TEL.6.*



4 de octubre de 2012 a las 11:04 (h. canaria) desde el número ***TEL.2 (folios 1 a 28)

SEGUNDO: Telefónica ha confirmado que el denunciante es titular del número de teléfono ***TEL.1, con fecha de alta 14 de enero de 1994 y ha confirmado la recepción en el citado número de las siguientes llamadas:

27 de julio de 2012 a las 13:40 (hora canaria) desde el número ***TEL.2, que pertenece a JAZZTEL OMV (JAZZ TELECOM S.A.U.).

30 de julio de 2012 a las 11:13 (hora canaria) desde el número ***TEL.3, que pertenece a JAZZTEL OMV (JAZZ TELECOM S.A.U.).

30 de agosto de 2012 a las 11:39 (h. canaria) desde el número ***TEL.5, que pertenece a JAZZTEL OMV (JAZZ TELECOM S.A.U.).

19 de septiembre de 2012 a las 15:20 (h. canaria) del número ***TEL.6, que pertenece a JAZZ TELECOM S.A.U.

4 de octubre de 2012 a las 11:04 (h. canaria) desde el número ***TEL.2, que pertenece a JAZZTEL OMV (JAZZ TELECOM S.A.U.) (folios 33 y 34).

TERCERO: Con fecha 4 de febrero de 2013, Jazztel remite a esta Agencia la siguiente información en relación con los titulares de los números de teléfono desde los que se han realizado llamadas al denunciante:

***TEL.2: línea titularidad de XTRA TELECOM S.L.

***TEL.3: línea titularidad de XTRA TELECOM S.L.

***TEL.5: línea titularidad de XTRA TELECOM S.L.

***TEL.6: línea titularidad de ASDETEC.

Así mismo Jazztel comunica que ASDETEC tiene suscrito un contrato de distribución con Jazztel de fecha 6 de julio de 2009 (folios 38, 39 y 140 a 161).

CUARTO: Con fecha 19/02/2013 XTRA TELECOM S.L., ha remitido a esta Agencia la siguiente información en relación con las líneas de teléfono desde las que se han realizado llamadas al denunciante:

Las líneas ***TEL.2 y ***TEL.7 estas dadas de alta desde el 26 de junio de 2012 por CASTILIAN ENTERPRISE UNION S.A.

La línea ***TEL.3, está dada de alta desde el 5 de julio de 2012 a nombre de ACCIONES Y SERVICIOS DE TELEMARKETING S.L.

La línea ***TEL.5, está dada de alta desde el número 26 de junio de 2012 a nombre de TELEMARK INTERNACIONAL S.L. (folios 46 y 47)



QUINTO: En la Inspección realizada en Jazztel, con referencia **E/3775/2012-I/3** sobre el procedimiento general establecido por la compañía para la realización de llamadas comerciales, cuyo informe de Actuaciones previas de Inspección se adjunta a las presentes actuaciones, se han recabado los contratos de distribución de Jazztel vigentes en el año 2012, entre los que se encuentran los suscritos con Sueli y Gerardo, S.L., Acciones y Servicios de Telemarketing S.L., SINTEL, Castilian Enterprise Unión S.A., Ortelec Comunicaciones, S.L., ASDETEC etc. (81 a 84).

SEXTO: Durante los meses de febrero y abril, se han realizado varias visitas de Inspección a Jazztel, realizándose las siguientes comprobaciones en relación con los datos del denunciante, que constan en el Acta de Inspección con referencia E/5608/2012-I/1:

1) Se verifica que en el fichero de Clientes Potenciales los datos del denunciante asociados al número de teléfono *****TEL.1**, figuran recibidos de EXPERIAN con fecha de alta 14 de agosto de 2010 y se encuentran marcados como baja con fecha 13 de enero de 2013 (folio 48 y 50).

2) Sobre los ficheros entregados a los distribuidores por parte de la compañía en el periodo de febrero a octubre de 2012, y que según consta en el Acta de Inspección E/3775/2012-I/3 han sido facilitados a los Inspectores, se realizan búsquedas del número de teléfono ***TEL.1, se verifica que dicho número se encuentra junto con los datos de nombre y apellidos y dirección del denunciante, en los siguientes ficheros: "Cruce octubre scoring alto", "Cruce septiembre scoring alto", "Cruce octubre scoring alto" y que también figura en los ficheros "castilian julio scoring alto" y "Castilian mayo scoring alto" (aunque en los dos últimos solo figura el número de teléfono. Los citados ficheros se encuentran en dos CD anexos al Acta de la Inspección E/3775/2012-I/3, como documentos números 11 y 12 (folios 48, 49, 52 a 56).

3) No se ha obtenido constancia de la existencia del número de teléfono del denunciante en el fichero de "Lista Robinson" de la compañía (folios 49 y 57).

SÉPTIMO: ASDETEC ha remitido a esta Agencia la siguiente información en relación con la llamada realizada al denunciante en septiembre de 2012:

Aportan copia impresa de la información que figura en sus ficheros en relación con el número de teléfono *****TEL.1** que consta asociado al denunciante.

No les consta que el titular del citado número haya solicitado la oposición o cancelación.

El origen de los datos del denunciante es la base de datos de INFOBEL, según acreditan con impresión de pantalla de los datos que allí figuran y que se obtienen de fuentes accesibles al público.

Aportan copia impresa de los datos del denunciante que constan en diversos repertorios de abonados a servicios de telefonía (guías).



Según el procedimiento que han establecido, cruzan los datos obtenidos con el fichero de Lista Robinson que les remite Jazztel periódicamente, no obstante los datos del denunciante no figuraban en dicha Lista hasta el día 4 de marzo de 2013 (folios 61 a 69).

OCTAVO: Respecto a las empresas que figuran como titulares de los números que han realizado llamadas al número de teléfono del denunciante: Una vez que se ha obtenido constancia de que los datos del denunciante han sido facilitados por Jazztel a sus distribuidores en los ficheros citados en el punto 6 del presente informe, no se ha solicitado información al resto de los distribuidores, al haberse acreditado el origen de dichos datos.

NOVENO: Jazztel es usuaria de las Listas Robinson desde el 25/02/2013.

DÉCIMO: El denunciante en periodo de pruebas ha comunicado que: <<...Tal como me solicitan, les informo que, de las múltiples llamadas comerciales que recibí, NUNCA fui informado del texto "INVESIT INTEGRAL, S.L. es el responsable del fichero del que proceden sus datos (...)", ni tampoco de ningún texto similar. De hecho, desconocía hasta este momento que dicha empresa disponía de mis datos personales. Añado también que ninguno de los operadores me dio oportunidad alguna de dar de baja mis datos de sus sistemas, ni me ofrecieron dejar de llamarme...>> (folios 181 y 182)

UNDÉCIMO: Jazztel en periodo de pruebas ha comunicado que <<...ASDETEC no tiene suscrito un contrato con JAZZTEL en el que se recoja la cláusula por la que el Agente se compromete a informar a los ciudadanos del siguiente origen de sus datos y los derechos que le asisten y, en concreto, la siguiente información:

INVESIT INTEGRAL, S.L. es el responsable del fichero...>> (folios 186)...>>

TERCERO: Jazztel ha presentado en fecha 16/01/2014, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición en el que solicita, en lo relativo a la sanción impuesta por la comisión de una infracción del artículo 6 de la LOPD, la atenuación de la sanción basada en la concurrencia de las siguientes circunstancias atenuantes: volumen de los tratamientos efectuados, grado de intencionalidad y la implantación de procedimientos adecuados. En cuanto a la infracción del artículo 5.5 de la LOPD la entidad recurrente invoca el principio de presunción de inocencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso el Director 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 Jazztel, señalar que las mismas ya fueron analizadas en los Fundamentos de Derecho del II al X ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<...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 negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

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.

III

El art. 30 de la LOPD regula "Tratamientos con fines de publicidad y de prospección comercial.

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."

A este respecto establece el art. 49.4 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 que: "Quienes pretendan efectuar un tratamiento relacionado con actividades de publicidad o prospección comercial deberán previamente consultar los ficheros comunes que pudieran afectar a su actuación, a fin de evitar que sean objeto de tratamiento los datos de los afectados que hubieran manifestado su oposición o negativa a ese tratamiento."

En el presente caso los datos del denunciante se encontraban registrados desde el 30/11/2011 en el fichero de exclusión publicitaria denominado "Servicio Lista Robinson" que gestiona la Asociación Española de Economía Digital.

Por ello de conformidad con lo previsto en el artículo transcrito sus datos debieron ser excluidos de las acciones publicitarias realizadas por Jazztel.

IV

El art. 3 apartados d) y g) de la LOPD definen:

"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."

"Encargado del tratamiento es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento."



Dispone el art. 5.1.i) 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 (RDLOPD en adelante), que el encargado del tratamiento es La persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio.

Por su parte el art. 5.1.q) del citado RDLOPD establece que el responsable del fichero o del tratamiento es 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.

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros y a los encargados del tratamiento (art. 43), “Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley” concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d) y 3.g).

En el presente caso, el responsable del tratamiento es Jazztel, de conformidad con la definición del art. 3 d) de la LOPD y 5.1.q) del RDLOPD.

Sus distribuidores o agentes se instituyen en encargado de tratamiento, de conformidad con las definiciones recogidas ut supra.

V

En cuanto a las relaciones entre el responsable del fichero o tratamiento y el encargado del tratamiento, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 12 de la LOPD:

“1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el [artículo 9 de esta Ley](#) que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

3. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal



deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

4. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente.”

En este caso Jazztel es responsable del tratamiento en las campañas publicitarias en las que se trataron los datos del denunciante, ya que decidió realizar la campaña (finalidad) y delimitó el colectivo de personas a las que debían realizarse las llamadas, es decir decidió sobre el contenido y uso del tratamiento.

Sobre este particular decir que interpreta el art. 12.4 de la LOPD la sentencia de 14/03/2007 Recurso 280/2005, que haciéndose eco de la anterior Sentencia de 13/04/2005 Rec.241/2003, establece que lo que determina la LOPD en el mismo, es que si el encargado del tratamiento destina los datos a una finalidad distinta a la indicada, los comunica o los utiliza incumplido las estipulaciones del contrato <<...será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente...>>.

Por lo que el término “también” que utiliza el precepto deja claro que no se establece allí un mecanismo de sustitución ni de derivación de responsabilidades sino de agregación, pues el responsable del tratamiento no pierde su condición de tal, ni queda exonerado de responsabilidad por el hecho de que al encargado del tratamiento, que incumpla lo estipulado, se le atribuya “también” la consideración de responsable del tratamiento, para ello es necesario analizar elementos que acrediten la ausencia total de culpabilidad.

VI

Teniendo en cuenta los contratos firmados por JAZZTEL con sus distribuidores, los Anexos de Protocolos de Actuación en materia de Protección de Datos, los Anexos I al Contrato de Agencia, así como el hecho de que se haya dado de alta como usuaria del servicio de Listas Robinson en febrero de 2013, es claro que la actuación de dicha compañía ha ido modificándose a lo largo de estos años.

A pesar de las contradictorias alegaciones realizadas por Jazztel en los diversos documentos que obran en el presente procedimiento, donde obran diversas Actas de Inspección a dicha compañía (pues con la expresión Robinson se refieren tanto a los ficheros de la Asociación Española de la Economía Digital (Adigital), los de EXPERIAN, los de Jazztel, los de los distribuidores), lo que sí ha quedado acreditado es que los datos personales del denunciante, que estaba en ficheros Robinson de Adigital, fueron utilizados para que recibiese llamadas de diversos distribuidores de dicha compañía, los datos personales del denunciante fueron tratados por cuenta de Jazztel a pesar de estar incluidos en el servicio de Lista Robinson

Por lo tanto, Jazztel remitió los datos del denunciante para las campañas publicitarias a diversos distribuidores, puesto que como ha quedado acreditado en el



*periodo de julio a octubre de 2012 se realizaron llamadas al denunciante y se ha verificado en el Acta de Inspección realizada a Jazztel, que en el fichero de Clientes Potenciales, los datos del denunciante asociados al número de teléfono ***TEL.1, no fueron marcados como baja hasta la fecha 13 de enero de 2013.*

VII

El art. 44.3.b) de la LOPD establece: “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 ha quedado acreditado que Jazztel como responsable del tratamiento remitió los datos del denunciante a sus distribuidores sin su consentimiento, cometiendo la infracción tipificada en dicho artículo.

En el presente expediente Jazztel alega haber reconocido su culpabilidad en las alegaciones al Acuerdo de Inicio, aun cuanto su culpabilidad al remitir el dato del denunciante a los distribuidores se produjo por incumplimiento de Experian que no excluyó el dato del mismo, pese a figurar en las Listas Robinson de Adigital.

El ilícito administrativo que se imputa a Jazztel del artículo 44.3.b) de la LOPD, requiere la existencia de culpa como elemento integrante del tipo sancionador. En este caso la infracción es imputable, a la entidad Jazztel en su condición de responsable del tratamiento, de conformidad con lo dispuesto en el art. 12.4, y 43 ambos de la LOPD y con observancia del principio de culpabilidad.

No puede ser tenida en cuenta la alegación de Jazztel de que: “...De este modo, habrá de ser EXPERIAN, exclusivamente, en virtud de las pruebas aportadas al presente Procedimiento, quien responda por no haber actualizado correctamente la Lista Robinson con el teléfono del denunciante y haber comunicado dicha inclusión a JAZZTEL para su exclusión del tratamiento con fines comerciales (...)”

Así Jazztel es el responsable de la infracción, como responsable del tratamiento, infracción descrita en el artículo 44.3.b), por cuanto remitió a sus distribuidores para su tratamiento los datos personales del denunciante sin contar con su consentimiento, vulnerando con ello el principio de consentimiento que consagra el artículo 6.1 de la LOPD. Lo que resulta con independencia de los contratos privados que haya suscrito con Experian, que en su caso determinaría la posibilidad de repetir contra aquélla judicialmente pero nunca una exclusión de las responsabilidades que la Ley Orgánica 15/1999 prevé para los supuestos de su incumplimiento, tal y como se recoge en su cláusula quinta Responsabilidad del contrato suscrito entre Jazztel y Experian.

VIII

En cuanto a la infracción del art. 5.5 de la LOPD, que se imputa igualmente a Jazztel hay que hacer constar que el artículo 5 de la LOPD establece: “Derecho de información en la recogida de datos.

- 1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:*



a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

Quando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.

2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.

3. No será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban.

4. Cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo.

5. No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior, cuando expresamente una ley lo prevea, cuando el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos, o cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la Agencia de Protección de Datos o del organismo autonómico equivalente, en consideración al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias.

Asimismo, tampoco regirá lo dispuesto en el apartado anterior cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten.”

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, antes citada, que delimita el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, se ha pronunciado sobre la vinculación entre el consentimiento, la finalidad y la información necesaria previa para el tratamiento de los datos personales, en los siguientes términos: “ el derecho a consentir la recogida y el



tratamiento de los datos personales (Art. 6 LOPD) no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros, pues constituye una facultad específica que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos. Y por tanto, la cesión de los mismos a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aun cuando puedan ser compatibles con estos (Art. 4.2 LOPD), supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado. Una facultad que solo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por ley, pues el derecho fundamental a la protección de datos personales no admite otros límites. De otro lado, es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de estos, pues solo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales. Para lo que no basta que conozca que tal cesión es posible según la disposición que ha creado o modificado el fichero, sino también las circunstancias de cada cesión concreta. Pues en otro caso sería fácil al responsable del fichero soslayar el consentimiento del interesado mediante la genérica información de que sus datos pueden ser cedidos. De suerte que, sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (Art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia.

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

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

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

El apartado 5 del art. 5 de la LOPD, recoge ciertas excepciones del deber de información, entre las que se encuentra cuando los datos procedan de fuentes

accesibles al público y se destinen a actividad de publicidad o prospección comercial.

Ahora bien, se exige que en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten. Dicho precepto está en correlación con lo dispuesto en el art. 30 de la LOPD que establece: Tratamientos con fines de publicidad y de prospección comercial.

“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.

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

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

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

En la actualidad el vigente Real Decreto 1720/2007, recoge esta previsión en su capítulo II. Tratamientos para actividades de publicidad y prospección comercial, al regular en su artículo 45 que: “Datos susceptibles de tratamiento e información al interesado.

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

a) Figuren en alguna de las fuentes accesibles al público a las que se refiere la letra j) del artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre y el artículo 7 de este reglamento y el interesado no haya manifestado su negativa u oposición a que sus datos sean objeto de tratamiento para las actividades descritas en este apartado.

b) Hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento para finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial, habiéndose informado a los interesados sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad.



2. Cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, deberá informarse al interesado en cada comunicación que se le dirija del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten, con indicación de ante quién podrán ejercitarse.

A tal efecto, el interesado deberá ser informado de que sus datos han sido obtenidos de fuentes accesibles al público y de la entidad de la que hubieran sido obtenidos.”

En el presente caso, los datos utilizados por Jazztel del denunciante proceden de la guía telefónica, no consta que el titular de los datos personales (el denunciante) haya sido informado en los términos descritos en la normativa de protección de datos y jurisprudencia citada ut supra. Lo que supone una infracción del art. 5.5 de la LOPD.

No puede ser tenida en cuenta la alegación de Jazztel de que ASDETEC no le prestaba servicios de telemarketing, por cuanto constan en el procedimiento los contratos de prestación de servicios entre Jazztel y ASDETEC, suscritos en 2009 y 2012, eran complementarios y el último constituye un anexo del primero, no una sustitución.

Aunque en el contrato de prestación de servicio suscrito en 2009, no contiene ninguna instrucción sobre la información que ha de facilitar a los afectados al realizar la comunicación comercial.

Jazztel ha remitido con las alegaciones a la propuesta de resolución copia del certificado de destrucción y devolución de datos e instrucción relativa al acceso a bases de datos suscrita con sus distribuidores en septiembre de 2010, en una de sus cláusulas se recoge que: “...facilitará la siguiente información cuando un titular de los datos le solicite información...” y aunque no se corresponde totalmente con lo regulado en el art. 5.5 de la LOPD “...en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen del dato...”. Sin embargo ha mostrado un celo y diligencia, que debe ser de notable entidad, en atención a su actividad mercantil de la que se infiere un continuo tratamiento de datos personales y en el caso concreto, en atención a la contratación de unos servicios con sus distribuidores con una previsión en el contrato a cerca de la información que había que darse a los destinatarios aunque solo cuando lo solicitasen.

IX

Tipifica el artículo 44.3.f) de la LOPD como falta grave: “El incumplimiento del deber de información al afectado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando los datos no hayan sido recabados del propio interesado.”

En el presente caso, la conducta desarrollada por Jazztel se subsume en el presupuesto de hecho del precepto citado, cumpliendo las exigencias del principio de tipicidad.

X



El artículo 45 apartados 2, 4 y 5 de la LOPD establece lo siguiente:

2. *Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 € a 300.000 €.*

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 relación con la infracción del art. 6, el denunciado ha invocado el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción que pudiera corresponderle (artículo 131.3 de la LRJPAC) y solicita la aplicación del efecto jurídico previsto en el artículo 45.5 de la LOPD.



De conformidad con el apartado d) del artículo 45.5 de la LOPD es posible fijar la cuantía de la sanción aplicando la escala que preceda en gravedad a aquella en la que se integra la considerara en el caso en cuestión. Habida cuenta de que como se ha indicado ha quedado acreditado que la denunciada ha reconocido espontáneamente su culpabilidad y se ha dado de alta como usuaria de las Listas Robinson de Adigital, por todo ello procede imponer una multa cuyo importe se encuentre entre 900 € y 40.000 €, en aplicación de lo previsto en el artículo 45 apartados 2 y 5 de la citada Ley Orgánica.

Valoradas en conjunto las circunstancias previstas en el artículo 45.5 de la LOPD, cuya presencia ha quedado acreditada, y habida cuenta de que concurre las contempladas en el apartado d) del artículo 45.5 de esta norma, se acuerda sancionar a la entidad denunciada con una multa de 20.000 € (veinte mil euros) por la infracción del artículo 6 de la LOPD, de la que esa entidad es responsable.

En relación con la infracción del art. 5.5, en cuanto la aplicación del art. 45.5 de la LOPD, conviene señalar que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 24/05/2002, ha señalado en cuanto a la aplicación del apartado 5 del citado precepto que "... la presente regla debe aplicarse con exquisita ponderación y sólo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas atendidas las circunstancias del caso concreto, de forma que repugne a la sensibilidad jurídica, siempre guiada por el valor justicia, la imposición de la sanción correspondiente al grado. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos y concretos".

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

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

Jazztel y de acuerdo con la cláusula recogida en el certificado de destrucción y devolución de datos e instrucción relativa al acceso a bases de datos suscrita con sus distribuidores en septiembre de 2010 en el que se recoge que "...facilitará la siguiente información cuando un titular de los datos le solicite información..." y aunque no se corresponde totalmente con lo regulado en el art. 5.5 de la LOPD "...en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen del dato..." ha mostrado un celo y diligencia, que debe ser de notable entidad, en atención a su actividad mercantil de la que se infiere un continuo tratamiento de datos personales y en el caso concreto, en atención a la contratación de unos servicios con sus distribuidores

con una previsión en el contrato a cerca de la información que había que darse a los destinatarios aunque solo cuando lo solicitasen.

En el presente caso, procede la aplicación del citado precepto, dadas las circunstancias del caso concreto al haber establecido un protocolo de información, aunque el mismo no era totalmente acorde con la regulación de la LOPD.

Respecto a los criterios de graduación de las sanciones recogidas en el artículo 45.4 de la LOPD y, en especial, en el presente supuesto en relación a la infracción del artículo 5.5 de la LOPD, de la que se deriva falta de intencionalidad se acuerda sancionar con la cuantía de 10.000 €...>>

III

Respecto de las manifestaciones que Jazztel realiza, en cuanto a la minoración de la sanción impuesta por el incumplimiento del artículo 6 de la LOPD, debe subrayarse que es indudable que una entidad como Jazztel con importante volumen y tratamiento de datos ha actuado sin la diligencia suficiente para no evitar conductas como las denunciadas y, en su caso, sancionadas, ya que por realizar llamadas publicitarias a personas cuyos datos obraban en el servicio de Lista Robinson, Jazztel ha sido sancionada en los procedimientos PS/682/2012, PS/232/2013, PS/731/2013.

Junto a ello debe subrayarse que en fase de recurso la propia entidad sancionada contradice el reconocimiento espontáneo de culpabilidad y antijuridicidad aplicado a efectos de atenuación de la sanción al invocar hasta tres argumentos adicionales, entre los que se encuentra el cuestionamiento del grado de intencionalidad, que ya fue valorado en la graduación de la sanción impuesta, junto con la circunstancia atenuada de que la infracción se refiere a un único afectado. Como consecuencia de la apreciación de tales circunstancias se estableció la cuantía de la sanción en 20.000 €, aplicando la escala relativa a las infracciones leves al haber reconocido Jazztel espontáneamente su culpabilidad, sin que conste la concurrencia de la tercera circunstancia atenuante alega por los motivos expuestos.

IV

Finalmente señalar, en cuanto al principio de la presunción de inocencia invocado por Jazztel, que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 24/1997, ha establecido que *“los criterios para distinguir entre pruebas indiciarias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y las simples sospechas se apoyan en que:*

- a) La prueba indiciaria ha de partir de hechos probados.*
- b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas de criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras)”*

En este caso, de la documentación aportada por Jazztel y de sus propias



manifestaciones, se constata que el protocolo proporcionado a los distribuidores para que faciliten información a los afectados, solo contempla el supuesto de que ésta se facilite a solicitud de los afectados, desprendiéndose de tales hechos que en los supuestos en los que no existe esa previa solicitud los distribuidores no facilitan la información que exige el artículo 5.5 de la LOPD.

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, Jazztel no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **JAZZ TELECOM, S.A.U. (JAZZTEL)** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 16 de diciembre de 2013, en el procedimiento sancionador PS/00231/2013.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **JAZZ TELECOM, S.A.U. (JAZZTEL)**.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, 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.

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