



Procedimiento nº: PS/00232/2013

**ASUNTO: Recurso de Reposición N° RR/00061/2014**

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **JAZZ TELECOM, S.A.U.** contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00232/2013, 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/00232/2013, en virtud de la cual se imponía a la entidad Jazz Telecom, S.A.U. (en lo sucesivo Jazztel) una sanción de 40.001 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 6 en relación con el artículo 12.4, ambos 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 45.2 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/00232/2013, quedó constancia de los siguientes:

*<<PRIMERO: El denunciante con fecha 1 de julio de 2009, inscribió su número de teléfono **D.D.D.** en la Lista Robinson de la FECEMD, así mismo manifiesta que tiene contratada la citada línea telefónica con Telefónica y que sus datos no figuran en guías de abonados (folios 7 y 229).*

*SEGUNDO: No obstante, con fecha 24 de septiembre de 2012, ha recibido en su número **D.D.D.**, una llamada comercial de Jazztel, la llamada ha sido realizada desde el número \*\*\*TEL.1 (folio 1 y 2).*

*TERCERO: Con fecha 30 de enero de 2013, el denunciante remite un nuevo escrito en el que manifiesta que con esa misma fecha a las 20:45 ha recibido otra llamada publicitaria de Jazztel desde el número \*\*\*TEL.2 (folio 14 y 15).*

*CUARTO: Telefónica ha confirmado que el denunciante es titular del número **D.D.D.**,*



con fecha de alta 6 de junio de 2006 (folio 12).

Así mismo ha confirmado la recepción en dicho número de una llamada realizada el día 24 de septiembre de 2012 a las 11:31 desde el número \*\*\*TEL.1, cuyo titular es Alque Europa S.L. (folio 13).

Igualmente ha confirmado que el denunciante recibió una llamada en el citado número con fecha 30 de enero de 2013 a las 20:45 horas aproximadamente, desde el número \*\*\*TEL.2 (folio 231).

QUINTO: Respecto a la llamada realizada desde el número \*\*\*TEL.1, cuyo titular es Alque Europa S.L. se ha constatado que dicha entidad tiene el mismo domicilio social y administrador único que Sueli, entidad con quien Jazztel tiene suscrito un contrato de distribución, según consta en las citadas actuaciones E/3775/2012 (folios 239 a 242 y del 179 al 202).

Así mismo, según consta en las actuaciones de inspección con referencia E/5325/2012, Sueli han remitido la siguiente información, en su escrito de fecha 2 de abril de 2013: El titular de las líneas de teléfono que utilizan para realizar la prestación de servicios contratada con Jazztel es la empresa Alque Europa S.A., con quien han suscrito un contrato al efecto en fecha 12 de septiembre de 2007. Adjuntan una copia del contrato.

Con fecha 20 de marzo de 2013, Sueli ha remitido a esta Agencia la siguiente información en relación con la llamada realizada al teléfono del denunciante en septiembre de 2012:

Aportan copia del resultado de la consulta realizada en un fichero de Sueli sobre el número de teléfono **D.D.D.**, donde se verifica que no consta dicho número.

No tienen constancia de que dicho número les haya sido facilitado por Jazztel en ninguno de los ficheros que les envía, ya que los ficheros se borran al recibir mensualmente el nuevo fichero (folios 43 y 44).

Con fecha 17/07/2013 se recibe escrito de alegaciones de la entidad Sueli, en el que D. **A.A.A.** en representación de la entidad Alque Europa, S.L. comunica: <<...1. Durante los meses de Julio y agosto de 2012, Alque Europa, S.L., realizó una captación de datos de números telefónicos del área de Zaragoza en el portal de Internet "GUIAFONO".

2. En la comprobación de los documentos en soporte papel derivados de dicha toma de datos se ha comprobado la existencia del número del afectado **D.D.D.**, obtenido durante dicha toma de datos...>> (folios 103 a 105)

SEXTO: Respecto a la llamada recibida por el denunciante con fecha 30 de enero de 2013, se ha verificado en las actuaciones de Inspección con referencia E/5325/2012, que el número de teléfono \*\*\*TEL.2 pertenece a Castilian, distribuidor de Jazztel, en virtud del contrato suscrito con fecha 2 de enero de 2010.

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, cuya Acta 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 encuentra el suscrito con Castilian (folios 203 a 227).*

*Con fecha 6 de marzo de 2013, en las actuaciones con referencia 5325/2012, Castilian remitió a esta Agencia la siguiente información en relación con una llamada realizada a otro denunciante en septiembre de 2012: En los meses de agosto y septiembre de 2012, realizaron una consulta puntual a varias guías telefónicas, en esta consulta obtuvieron números de teléfono a los que realizaron llamadas comerciales de Jazztel, concretamente en la guía INFOBEL, en la dirección <http://www.infobel.com>.*

*SÉPTIMO: Durante los meses de febrero y abril de 2013, 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/6571/2012-I/1:*

*a) Los inspectores de la Agencia solicitan el acceso al fichero de Clientes Potenciales no obteniendo constancia de la existencia de datos al número de teléfono del denunciante en el fichero. No obstante desde la Aplicación que gestiona los derechos de oposición de las personas, se verifica que consta dicho número asociado a un "Cliente no activo" y que figura marcado como Robinson de FECEMD con fecha 27 de febrero de 2013.*

*b) 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 **D.D.D.**, no obteniendo constancia de la existencia de dicho número en los ficheros consultados.*

*c) Se realiza una búsqueda del número de teléfono **D.D.D.** en los ficheros que se han entregado, en los meses de Diciembre de 2012 y Enero de 2013, al distribuidor Castilian, al que corresponde el número **\*\*\*TEL.2** (según se ha acreditado en las actuaciones de inspección con referencia E/5325/2012), no obteniendo constancia de la existencia del número de teléfono indicado.*

*Se realiza una búsqueda del citado número de teléfono en el fichero de "Lista Robinson" de la compañía, no obteniendo constancia de la existencia del mismo en el fichero (folios 17 a 30*

*OCTAVO: JAZZTEL es usuaria de las Listas Robinson desde el 25/02/2013 (folio 229)...*  
>>

**TERCERO:** Jazztel ha presentado en fecha 16 de enero de 2014, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición en el que reitera, en cuanto a la infracción del art. 6 de la LOPD, que no suministró a sus distribuidores el número de teléfono del denunciante. En cuanto a la infracción del art. 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, reiterándose básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho del II al XI ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<...II

*En relación con la alegación realizada por Jazztel de "Irregularidades y actuaciones contrarias a derecho en la instrucción", "Denegación injustificada de ampliación de plazo para presentar alegaciones", hay que hacer constar que en folio 112 en el escrito denegatorio de la Instructora se manifiesta: <<...Visto lo solicitado por JAZZ TELECOM, S.A. en su escrito que tuvo entrada en esta Agencia el 12/07/2013, por el que solicita la ampliación del plazo de quince días hábiles, que le fue concedido para formular alegaciones, frente al Acuerdo de Inicio del citado procedimiento y que le fue notificado el 26/06/2013 (...)*

*3. Tanto la petición de los interesados como la decisión sobre la ampliación deberán producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate. En ningún caso podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido. Los acuerdos sobre ampliación de plazos o sobre su denegación no serán susceptibles de recursos.* (...)

*Se recomienda que las solicitudes de ampliación de plazo o copia de documentación, lo soliciten por correo electrónico...>>*

*Habiéndose solicitado la ampliación de plazo el 12:07:2013 a las 14:15:45 y terminando el plazo el sábado 13 de julio de julio, día hábil, pero no laborable en esta Agencia, fue imposible conceder la ampliación dentro del plazo de los 15 días hábiles. No obstante el 18 de julio de 2013 Jazztel presentó alegaciones frente al Acuerdo de Inicio, alegaciones que han sido tenidas en cuenta en el presente procedimiento sancionador.*

### III

*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.*



#### IV

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 1/07/2009 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.

#### V

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.*

## VI

*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. 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 el encargado del tratamiento, que incumpla lo estipulado, se le atribuya “también” la consideración de responsable del tratamiento...>>*

*Dicho lo anterior añadir en cuanto a las instrucciones del responsable del tratamiento a los encargados del tratamiento, que JAZZTEL afirma que sus distribuidores han incumplido.*

*A lo anterior añadir que en este caso Jazztel no ha acreditado que realice comprobaciones a fin de constatar si los encargados del tratamiento cumplen las instrucciones que ella indica en orden a la exclusión de datos de personas que han ejercido el derecho de oposición o que han registrado sus datos personales en el Servicio Lista Robinson. Ni siquiera ha acreditado que haya facilitado a los encargados del tratamiento que intervienen en las campañas instrucciones precisas sobre cómo actuar cuando utilizan ficheros que no han sido transferidos por Jazztel, para que excluyan de los mismos las personas que figuran en las Listas Robinson. Hay que hacer constar que hasta el 25/02/2013 Jazztel no es usuaria de dichas listas, lo que le permite a partir de dicha fecha, acceder a las mismas y trasladarlas a sus distribuidores.*

*Por otra parte que esta Agencia ha entrado a valorar las mismas en otros procedimientos, por ejemplo en el que recayó la Resolución nº R/1383/2009 del PS/518/2008, señalando que: “CL está interesada en promover la utilización de sus ficheros para la realización de campañas o acciones publicitarias de terceras empresas o entidades, para lo cual requiere los servicios de Arvato, mediante los contratos aportados al procedimiento.*

*En dichos contratos se establece la previsión relativa a las instrucciones precisas que el responsable del fichero, debe dar al supuesto encargado de tratamiento. Éstas no aparecen firmadas por ambas partes tal como exige el propio contrato para poderlas incorporar al contrato como parte integrante del mismo, y en última instancia para “acotar” el tratamiento genérico que recoge el contrato. La cuestión de la hoja de instrucciones firmada no es baladí, tal como se expone y atendiendo a otras Hojas de Instrucciones fiscalizadas por esta Agencia en otros procedimientos, que siempre vienen firmadas.*

*Sin la delimitación precisa del tratamiento se vacía de contenido la relación conforme a la LOPD del responsable del fichero/tratamiento, con el encargado del tratamiento, ya que de la heterogeneidad de la redacción del contrato se establece una*





“legitimación” excesivamente abierta, ambigua y no concretada, de lo que debe ser el tratamiento que encarga el responsable del fichero/tratamiento al supuesto encargado de tratamiento.

La importancia de las Hojas de Instrucciones firmadas por ambas partes, planea sobre el contenido del contrato, sirva a modo de ejemplo, el Pacto Primero, donde se nombran en dos ocasiones y el Pacto Segundo, donde exige que en el citado Anexo (Hoja de Instrucciones) se detalle los trabajos a realizar cuando conlleve tratamiento de datos personales y la obligatoriedad de no tratar los datos para fin distinto al recogido en el citado Anexo. En definitiva, sin la firma de las citadas instrucciones por ambas partes se han de tener por no puestas, conculcando la verdadera naturaleza de las instrucciones del responsable del fichero al encargado, y por tanto sin poder entender la actuación de Arvato dentro de la actuación de un simple encargado del tratamiento.

La representaciones de CL y Arvato, manifiestan en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, que no es conforme a Derecho la exigibilidad de la firma de dichas hojas de instrucciones, a que de conformidad con el derecho civil español, existe la libertad de forma y las empresas configuran sus relaciones jurídicas como mejor consideran que convenga a sus intereses.

A este respecto hay que señalar que si bien son cuestiones de naturaleza netamente civil, la forma de los contratos, esta Agencia no puede dejar de valorar sus elementos configuradores, cuando de tales contratos se legitima un tratamiento de datos personales. En el mismo sentido, es cierto que el art. 12 LOPD, no impone forma alguna, ni elementos configuradores propios, pero en el caso concreto y debido a ese establecimiento de las hojas de instrucciones, sobre las que descansa la verdadera “configuración del tratamiento”, se entiende que son fundamentales para valorar la figura del encargado del tratamiento.

La interpretación de la actuación de Arvato, se extrae no sólo del contrato en puridad que sea respetuoso con el art. 12 de la LOPD, sino también de los propios elementos sobre los que descansa el verdadero “encargo”, ya que del contrato aportado, ayuno de otras circunstancias, no se infiere la configuración del tratamiento concreto que se ha de llevar a cabo.

En las alegaciones a la propuesta de Resolución, CL y Arvato aportan unas hojas de instrucciones, que ya si vienen firmadas por ambos. No obstante lo anterior, en los anteriores tramites del procedimiento, ambas denunciadas no aportaron las hojas firmadas, ni por parte de una ni por parte de la otra, más aun cuando en las alegaciones a la propuesta manifiestan que con que las firme el que encarga el tratamiento valdría.

Así las cosas, de las manifestaciones de CL y Arvato se deduce que las hojas de instrucciones aportadas, tanto en las Actuaciones Previas de Inspección, (folios 65 a 67) y durante la propia instrucción del procedimiento (folios 193 a194), no estaban firmadas y que ficho defecto se ha subsanado aportando en las alegaciones a la propuesta de resolución unas hojas firmadas ad hoc, ( pag. 11 de las alegaciones de Arvato), ya que entienden que es una falta formal.

No obstante lo anterior, hay que señalar que la exigibilidad de la firma de las hojas, tal como se ha puesto de manifiesto durante la instrucción, obedece a un momento



*temporal concreto, esto es, con anterioridad a la realización de la campaña para acotar el tratamiento realizado, por lo que ahora y con posterioridad al tratamiento realizado es irrelevante la subsanación que se haga y por tanto no puede verse modificada la interpretación que se ha hecho de la relación entre los denunciados, por un documento constituido ad hoc, sin efectividad alguna en el tratamiento ya realizado.* (El subrayado en de la Agencia)

## VII

*En el presente caso, los datos personales del denunciante fueron tratados por cuenta de Jazztel en las llamadas recibidas el 24/09/2012 y 30/01/2013, a pesar de estar incluidos en el servicio de Lista Robinson de Adigital desde 1 de julio de 2009,*

*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, el Anexo de protocolos de actuación en materia de protección de datos, 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 otro lado, manifiestan los distribuidores que tienen que destruir los ficheros trasladados por Jazztel al recibir cada mes el nuevo, de acuerdo con las órdenes recibidas de la operadora, por lo que no pueden acreditar en la fecha de solicitud de esta Agencia, que el dato del denunciante les fuera comunicado en el mes que realizaron la llamada al mismo. Sin embargo los distribuidores hubieran podido acreditar tales circunstancias de haber actuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.2 del RLOPD que obliga a los encargados del tratamiento a conservar, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento.*

*Los distribuidores imputados a pesar de estar los datos personales del denunciante registrados en el fichero de Listas Robinson de Adigital, le realizan llamadas publicitarias.*

## VIII

*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 tanto Jazztel como los distribuidores imputados, al tratar los datos de la denunciante sin su consentimiento, han cometido la infracción tipificada en dicho artículo.*

*En el presente expediente no se ha recibido alegación alguna de reconocimiento de infracción por parte de Jazztel, aun realizando dicha compañía alegaciones paralelas a las realizadas en el PS/00682/2012, que finalizó mediante resolución de 22/03/2013, en el que Jazztel solicitó la aplicación del art. 45.5 de la LOPD, por el reconocimiento de la infracción,*

*En la citada Resolución se recogía en el antecedente segundo y octavo:*

*<<...La compañía JAZZTEL ha comunicado a la Inspección de Datos, con fecha de 6 de noviembre de 2012, en relación con las llamadas recibidas por el denunciante lo siguiente:*

- *No constan datos relativos al denunciante ni en el Sistema de Información de Clientes ni en el Sistema de Información de Clientes Potenciales.*
- 1 *Añaden que el nº de teléfono **B.B.B.** no ha sido utilizado en ninguna campaña de JAZZTEL según consta en el fichero que contiene las referencias a las campañas comerciales.*
    - *La titularidad de la línea **C.C.C.** corresponde a la compañía Castilian Enterprise Union, S.A., con CIF.: \*\*\*\*\*; que presta servicios como distribuidor a JAZZTEL en virtud de Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre ambas compañías el día 2 de enero de 2010,*
  - 2 *El procedimiento entre JAZZTEL y sus distribuidores establece que el distribuidor únicamente puede realizar llamadas a los números incluidos en las bases de datos autorizadas y previamente filtradas por JAZZTEL, en las que se excluyen de forma expresa, los teléfonos de clientes de la compañía y los marcados como Robinson por JAZZTEL. Por lo que desconocen el motivo de las llamadas al denunciante por parte de la sociedad Castilian Enterprise Union*
    - *La operadora no está adherida al servicio de Lista Robinson de la FECEMD, pero obtiene los datos de clientes potenciales de la base de datos facilitada por Experian Marketing Solutions, S.L.U. (en adelante EXPERIAN), elaborado a partir de datos incluidos en fuentes accesibles al público, en virtud de contrato suscrito entre las partes el día 10 de agosto de 2010.*
  - 3 *EXPERIAN remite a Jazztel semanalmente el listado de usuarios que se han dado de alta en la Lista Robinson de FECEMD, siempre y cuando hubiera facilitado dichos datos previamente a JAZZTEL.*
  - 4 *Por tanto como nunca EXPERIAN facilitó los datos del denunciante a JAZZTEL, nunca comunicó su inclusión en la Lista Robinson.*
    - *JAZZTEL no ha recibido escrito del denunciante solicitando el derecho de cancelación y de exclusión, las copias aportadas con el escrito de denuncia carecen de valor probatorio ya que no acreditan su entrega en la compañía (...)*



*OCTAVO: En fecha de 05/03/2013 la representación de JAZZ TELECOM S.A.U., formulo alegaciones señalando que:*

*Aplicación del art. 45.5 LOPD. Reconocimiento de culpabilidad y regularización de la situación de forma diligente...>>*

*El ilícito administrativo que se imputa a Jazztel, a Castilian y a Sueli del artículo 44.3.b) de la LOPD, requiere la existencia de culpa como elemento integrante del tipo sancionador. La presencia de este elemento respecto de los distribuidores no ha sido excluida, puesto que no ha quedado acreditado que actuaran en cumplimiento del contrato y de las instrucciones de Jazztel.*

*En este caso la infracción es imputable, en todo caso, 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.*

## IX

*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.*

*Cuando 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, 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.

Jazztel ha remitido con las alegaciones a la propuesta de resolución del procedimiento PS/231/2013 (que se tramita paralelo en el tiempo al presente procedimiento) 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.*

X

*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.*

XI

*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.»

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 del 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.

En relación con la infracción del art. 6, teniendo en cuenta los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD y, en especial, la falta de intencionalidad y reiteración, en relación con Castilian y Sueli procede imponer las sanciones en sus cuantías de 2000 € por cuanto tendrían que haber mantenido los documentos o ficheros remitidos por Jazztel que acrediten que actuaron de acuerdo con las instrucciones de dicha compañía.

En relación con Jazztel procede imponer una sanción de 40.001 €. Jazztel ya ha sido sancionada por hechos similares en los Procedimientos Sancionadores PS/766/2010, PS/46/2012 y PS/233/2013 además de seguirse en la actualidad diversas Actuaciones Previas de Inspección y procedimientos sancionadores todos ellos por tratamiento de datos personales para la realización de llamadas comerciales. Por último debe subrayarse que esta Agencia sigue recibiendo denuncias por hechos similares. Todas estas circunstancias impiden aplicar la atenuante del artículo 45.5 de la LOPD.

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 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

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. No puede enervarse tal circunstancia, imputando en exclusiva a un encargado, que reiteradamente y de manera prolongada ha realizado tratamientos indebidos sin que Jazztel haya adoptado las medidas precisas para evitarlo.

En concreto, constan denuncias y expedientes por cuestiones similares a lo denunciado, afectando a los mismos distribuidores en los PS/749/2013, PS/222/2011, 9S/682/2012, PS/46/2012.

### 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.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 16 de diciembre de 2013, en el procedimiento sancionador PS/00232/2013.

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

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