



Procedimiento nº: PS/00288/2012

ASUNTO: Recurso de Reposición N° RR/00059/2013

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **DKV SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.** contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00288/2012, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 3 de diciembre de 2012, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00288/2012, en virtud de la cual se imponía a la entidad DKV SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., una sanción de 10.000 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.b), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.5 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 05/12/2012, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00288/2012, quedó constancia de los siguientes:

PRIMERO. *En fecha 12/04/2011, tuvo entrada en esta Agencia Española de Protección de Datos escrito de la afectada en el que denunciaba a DKV por la contratación de una póliza sin su consentimiento, habiéndole pasado al cobro dos recibos de la prima correspondiente (folio 1).*

SEGUNDO. *El denunciante ha aportado copia de su DNI nº *****DNI.1** (folio 2).*

TERCERO. *Consta que el denunciante interpuso denuncia el 13/06/2011 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de la Línea de la Concepción por los mismos hechos, así como reclamación ante la OMIC de la misma localidad el 28/06/2011 (folios 14 a 17).*

CUARTO. *Constan aportados dos recibos de Adeudo por Domiciliación contra la cuenta *****CCC.1**, de la póliza *****NÚMERO.1**, figurando como entidad emisora DKV, como titular la denunciante, ramos DKV previsión y Ergo Protección Familiar, forma de pago mensual, periodos 23/12/2010-22/01/2011 y 23/01/2011-22/02/2011, por importes de 31,32 euros cada uno (folio 7).*

QUINTO. *Consta que la denunciante ejerció el derecho de acceso ante DKV en fecha 31/01/2011, obteniendo respuesta de la entidad indicando que "La información que le acompañamos únicamente comprende aquellos datos relativos a su personas por tratarse del derecho de acceso de un derecho personalísimo, habiéndose eliminado los datos personales relativos a las personas que figuran, junto a usted, en la póliza.*

Sus datos personales se encuentran incluidos en nuestros ficheros y tienen su origen en la información manifestada por usted en el momento de contratar la



póliza”, dándole traslado de la copia de la solicitud de seguro, la cual no se encuentra firmada por la denunciante (folio 12 y 13).

SEXTO. DKV, en escrito de fecha 29/09/2011, ha manifestado que “Los datos han sido recabados por un agente de la compañía en el ejercicio de su actividad comercial” (folio 25) y en e-mail aportado por la entidad denunciada, de fecha 19/06/2012, se señala que: “Ante la reclamación de D^a A.A.A., indicar que por confusión de uno de los agentes que teníamos en la empresa que provenía de otra compañía aseguradora grabó erróneamente dicha persona en el programa DKV directo, ésta asegurada la tenía ya contratada con anterioridad en compañía que trabajaba dicho agente. Pedimos disculpas ante la confusión en la grabación de la póliza ya que existía similitud con otra cliente a la cual se le grabo la póliza” (folio 78).

SEPTIMO. En los ficheros informáticos de DKV, consulta de baja de pólizas, constan los datos personales de la denunciante: nombre y apellidos, domicilio, DNI; así como los relativos a la póliza: ramo, número, modalidad, fecha emisión, fecha de baja, etc., (folio 27). Asimismo, consta aportada solicitud de seguro DKV Previsión; como datos del tomador y asegurado figuran los de la denunciante, estando tachados en el epígrafe Asegurados los datos del cónyuge; no consta firma alguna sobre el documento (folios 3 a 6).

OCTAVO. DKV no ha podido acreditar que cuente con el consentimiento de la denunciante para la contratación de una póliza de seguro, DKV previsión nº ***NÚMERO.1, ni ha podido aportar copia de las Condiciones Particulares de la póliza debidamente firmada y cuyo tomador, de acuerdo con la información contenida en los ficheros de la entidad, era la denunciante.

TERCERO: DKV SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en fecha 16/01/2012, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento y, además, su disconformidad con la exclusión de la institución del apercibimiento y la aplicación de dos circunstancias agravantes en la gradación de la sanción impuesta.

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 el recurrente, 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 VIII ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

II

Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo del asunto, se hace necesario proceder a analizar la excepción alegada por la representación de DKV, que de prosperar invalidaría las consideraciones de fondo o materiales.

La representación de DKV ha manifestado que existe denuncia presentada el



13/06/2011 por la afectada, ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de la Línea de la Concepción por los mismos hechos, por lo que de conformidad con lo señalado en el artículo 7 del R.D. 1398/1993, el procedimiento sancionador debería suspenderse hasta la finalización del procedimiento penal, sin que DKV haya tenido noticia alguna de la evolución de la denuncia interpuesta.

El artículo 7 del R.D. 1398/1993, dispone que:

“1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga la resolución judicial.”

Pues bien, sobre la cuestión prejudicial penal planteada basta señalar que en primer lugar, se desconoce si se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, pues tan solo se tiene conocimiento de la interposición de la denuncia y, en segundo lugar, en ningún caso podría existir triple identidad, (de sujeto, hecho y fundamento) entre la infracción administrativa que se valora en este expediente sancionador y la posible infracción o infracciones penales que se deriven de las posibles diligencias practicadas por el órgano jurisdiccional. Triple identidad a cuya concurrencia la norma (artículo 7 del R.D. 1398/1993) supedita que el órgano competente para resolver el expediente sancionador acuerde la suspensión del mismo. Esto, porque ni el fundamento jurídico de las infracciones penal y administrativa sería el mismo (el bien jurídico protegido es diferente en ambos casos), ni tampoco coincidirían, como parece obvio, el sujeto activo de la infracción penal y el de la infracción administrativa. Por las mismas razones no se considera necesario solicitar las actuaciones procesales que se pudieran haber adoptado, como se deduce del escrito de la representación de la denunciada.

En este sentido se pronuncia la A.N. en sentencia de 26/04/2012 al señalar que: “En este sentido el Art. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, únicamente prevé la suspensión del procedimiento administrativo cuando se verifique la existencia efectiva y real de un procedimiento penal, si se estima que concurre identidad de sujeto, hecho y fundamento de derecho entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder.

No obstante, y para la concurrencia de una prejudicialidad penal, se requiere que ésta condicione directamente la decisión que haya de tomarse o que sea imprescindible para resolver, presupuestos que no concurren en el caso examinado, en el que existe una separación entre los hechos por los que se sanciona en la resolución ahora recurrida y los que la recurrente invoca como posibles ilícitos penales. Así, y aun de haberse iniciado, en el presente supuesto, y por los hechos ahora controvertidos, también actuaciones penales frente a la empresa distribuidora, lo cierto es que tanto la conducta sancionada como el bien jurídico protegido son distintos en una y otra vía

(contencioso-administrativa y penal). En el ámbito penal, el bien jurídico protegido es una posible falsedad documental y estafa, y en el ámbito administrativo, en cambio, la facultad de disposición de sus datos personales por parte de su titular, por lo que tal objeción de la demanda ha de ser rechazada”.

III

Se imputa a DKV en el presente procedimiento sancionador una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, que determina:

“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.

Por su parte el apartado del citado artículo establece que:

“ 2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

El tratamiento de datos de carácter personal tiene que contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público, que existe una Ley que ampara ese tratamiento o una relación contractual o comercial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

El tratamiento de datos sin consentimiento del afectado constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, (F.J. 7 primer párrafo), “...consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)”.

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

Se puede afirmar, tal y como tiene sentado consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo - por todas las Sentencias de 8 de febrero de 1.964, 26 de mayo de 1.986 y 11 de junio de 1.991 - en interpretación del artículo 1.253 del Código Civil, que existen tres modos o formas básicas del consentimiento: expreso, manifestado mediante un acto positivo y declarativo de la voluntad; tácito, cuando pudiendo manifestar un acto



de voluntad contrario, éste no se lleva a cabo, es decir, cuando el silencio se presume o se presupone como un acto de aquiescencia o aceptación; y presunto, que no se deduce ni de una declaración ni de un acto de silencio positivo, sino de un comportamiento o conducta que implica aceptación de un determinado compromiso u obligación. A efectos de la Ley Orgánica 15/1999 y con carácter general, son admisibles las dos primeras formas de prestar el consentimiento.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2007 (Rec 356/2006) en su Fundamento de Derecho Quinto señala que: “ por lo demás, en cuanto a los requisitos del consentimiento, debemos señalar que estos se agotan en la necesidad de que este sea “inequívoco”, es decir, que no exista duda alguna sobre la prestación de dicho consentimiento, de manera que en esta materia el legislador, mediante el artículo 6.1 de la LO de tanta cita, acude a un criterio sustantivo, esto es, nos indica que cualquiera que sea ,la forma que revista el consentimiento éste ha de aparecer como evidente, inequívoco – que no admite duda o equivocación- , pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar al consentimiento. Por tanto, el establecimiento de presunciones o la alusión a la publicidad de sus datos en otro lugar resulta irrelevante, pues dar carta de naturaleza a este tipo de interpretaciones pulverizaría esta exigencia esencial del consentimiento, porque dejaría de ser inequívoco para ser “equivoco”, es decir, su interpretación admitiría varios sentidos y, por esta vía, se desvirtuaría la naturaleza y significado que desempeña como garantía en la protección de los datos, e incumpliría la finalidad que está llamado a verificar, esto es, que el poder de disposición de los datos corresponde únicamente a su titular”.

*En el presente caso, consta acreditado que en los ficheros informáticos de DKV, constan los datos personales de la denunciante, vinculados a la emisión de una póliza, nº *****NÚMERO.1**, en la que consta: ramo, modalidad, fecha emisión, fecha de baja, etc., así como la solicitud de seguro, sin que conste firmada por la denunciante, quien además ha manifestado que no ha autorizado ni consentido póliza alguna con la citada entidad aseguradora, ni otorgado su consentimiento para la misma.*

DKV no ha acreditado durante el presente procedimiento que contara con el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos. Dicho tratamiento de datos vulnera el principio de consentimiento, recogido en el artículo 6.1 de la LOPD, por cuanto el mismo ni se realizó con el consentimiento del denunciante, ni concurre en el supuesto examinado ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD que permitirían a la citada entidad tratar los datos del denunciante sin su consentimiento.

IV

La Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, establece en su artículo 8.1, que:

“1. Los mediadores de seguros podrán celebrar contratos mercantiles con auxiliares externos que colaboren con ellos en la distribución de productos de seguros actuando por cuenta de dichos mediadores y podrán realizar trabajos de captación de la clientela, así como funciones auxiliares de tramitación administrativa, sin que dichas operaciones impliquen la asunción de obligaciones”.

El artículo 13, que contiene el concepto y los requisitos que deben cumplir los agentes de seguros exclusivos, en su apartado 1, señala que:

“1. Son agentes de seguros exclusivos las personas físicas o jurídicas que, mediante la celebración de un contrato de agencia de seguros con una entidad



aseguradora y la inscripción en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, se comprometen frente a dicha entidad aseguradora a realizar la actividad de mediación de seguros definida en el [artículo 2.1 de esta Ley](#), en los términos acordados en dicho contrato”.

Por su parte el artículo 62, relativo a la condición de responsable o encargado del tratamiento, señala que:

“1. A los efectos previstos en la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal](#):

- a. Los agentes de seguros exclusivos y los operadores de banca-seguros exclusivos tendrán la condición de encargados del tratamiento de la entidad aseguradora con la que hubieran celebrado el correspondiente contrato de agencia, en los términos previstos en esta Ley.
- b. (...)
- c. (...)
- d. Los auxiliares externos a los que se refiere el [artículo 8 de esta Ley](#) tendrán la condición de encargados del tratamiento de los agentes o corredores de seguros con los que hubieran celebrado el correspondiente contrato mercantil. En este caso, sólo podrán tratar los datos para los fines previstos en el apartado 1 de dicho [artículo 8](#).

Todo ello hay ponerlo en relación con el artículo 43 de la LOPD que señala:

“Responsables.- 1. “ Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente ley”

La Audiencia Nacional en su Sentencia de 16/10/2003 ha declarado que “se define al “responsable del tratamiento” como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio, o cualquier otro organismo que sólo, o conjuntamente con otros, determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales, por lo que tal figura del responsable se conecta en la Ley con el poder de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

El propio reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre, en el apartado q) del artículo 5, señala lo siguiente:

“q) Responsable del fichero o del tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que solo 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” (El subrayado es de la Agencia).

En el presente caso, aunque DKV no realice materialmente el tratamiento, es responsable de la infracción que se deriva de la actuación realizada en atención a que como responsable del fichero es quien decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, es decir, quien tiene capacidad de decisión sobre los datos registrados en su fichero.



En este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Nacional en numerosas sentencias, entre otra la de 01/10/2008 al señalar: “La responsabilidad en que hayan podido incurrir, en su caso, el distribuidor (en este caso encargado del tratamiento) al facilitar a Uni2 datos de los “clientes” sin el consentimiento de los afectados, no la exime del cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales, pues es ella con quien el interesado firma el contrato de abono, quien incorpora sus datos a sus ficheros, emite facturas y gira los correspondientes recibos bancarios, y la que en correlación, debe asegurarse que aquél a quien solicita los datos para contratar y ser tratados por ella, lo presta con consentimiento inequívoco y que esa persona que está dando el consentimiento, efectivamente es la titular de los datos personales en cuestión”.

Por tanto, DKV ha tratado los datos de la denunciante sin su consentimiento. La responsabilidad en la que haya podido incurrir, en su caso, el encargado del tratamiento (en este caso el Agente Exclusivo), no le exime del cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales, pues es la citada compañía aseguradora la que emitió la respectiva póliza conteniendo los datos de la denunciante y no quien media en su contratación; los datos son incorporados a su fichero y quien los trata de forma automatizada, gira los correspondientes recibos y, la que correlativamente, debe asegurarse que aquel a quien se solicitan los datos para ser tratados por ella, los presta con consentimiento inequívoco y que dicha persona que están dando el consentimiento, efectivamente es el titular de los datos personales en cuestión.

V

Alega la representación de DKV que aunque la póliza donde se tratan los datos personales de la denunciante fue comercializada e intermediada por la agente exclusivo de DKV, en realidad fue introducida en la plataforma on line que DKV tienen habilitada para incorporar la producción de sus mediadores, por un agente de otra entidad aseguradora, que comparte despacho profesional con su agente exclusivo en la Línea de la Concepción y que por ello el tratamiento de los datos de la denunciante se realizó fuera del ámbito de la actividad de su agente exclusivo, no existiendo culpabilidad alguna para DKV por los hechos denunciados no pudiendo imputarse responsabilidad de ningún tipo a DKV.

En primer lugar, con relación al alegato esgrimido por la representación de DKV, se le comunica a la misma que las citadas manifestaciones han sido trasladadas a los Servicios de Inspección de este Centro Directivo, a fin de que se lleven a cabo las investigaciones oportunas por si se hubiera podido incurrir en una nueva infracción a la normativa sobre protección de datos de carácter personal, en concreto, la vulneración de medidas de seguridad contempladas en el artículo 9 de la LOPD, permitiendo el acceso y tratamientos indebidos.

En el escrito de fecha 12/11/2012, la representación de la denunciada manifiesta que el encargado del tratamiento (agente exclusivo), desarrollaba su actividad utilizando la plataforma informática DKV Directo a través de la cual se canalizaba la información con la compañía aseguradora y que el agente “podría haber facilitado su clave de acceso y contraseña a un tercero, lo que supone un grave incumplimiento de las instrucciones de seguridad ...”

En segundo lugar, se hace necesario indicar que el principio de culpabilidad previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que “(...) sólo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción



administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia". Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el Derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias del 26/04/90, 19/12/91 y 04/07/99, entre otras) y la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia del 23/01/98 entre otras), así como las exigencias inherentes a un Estado de Derecho, exigen que el principio de culpabilidad requiera la existencia de dolo o culpa.

El Tribunal Supremo (Sentencias de 16 y 22/04/91) considera que del elemento de la culpabilidad se desprende "que la acción u omisión, calificada de infracción sancionable administrativamente, ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable."

La Audiencia Nacional, en Sentencia de 29/06/01, en materia de protección de datos de carácter personal, ha declarado que "basta la simple negligencia o incumplimiento de los deberes que la Ley impone a las personas responsables de ficheros o del tratamiento de datos de extremar la diligencia...".

El Tribunal Supremo (Sentencias de 05/07/98 y 02/03/99) viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el sujeto infractor no se comporta con la diligencia exigible. Diligencia cuyo grado de exigencia se determinará en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, tales como el especial valor del bien jurídico protegido o la profesionalidad exigible al infractor. En este sentido, la citada Sentencia de 05/07/98 exige a los profesionales del sector "un deber de conocer especialmente las normas aplicables". En similares términos se pronuncian las Sentencias de 17/12/97, 11/03/98, 02/03/99 y 17/09/99.

Aplicando la anterior doctrina, la Audiencia Nacional exige a las entidades que operan en el mercado de datos una especial diligencia a la hora de llevar a cabo el uso o tratamiento de tales datos o la cesión a terceros. Y ello porque siendo el de la protección de datos un derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000), los depositarios de estos datos deben ser especialmente diligentes y cuidadosos a la hora de operar con ellos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la protección de los bienes jurídicos protegidos por la norma. En este sentido, entre otras, Sentencias de la Audiencia Nacional de fechas 14/02/02, 20/09/02, 13/04/05 y 18/05/05.

Pues bien, en el supuesto examinado DKV no actuó con la diligencia que le era exigible pues trató los datos de la denunciante sin su consentimiento, emitiendo la póliza nº *****NÚMERO.1** y, además, cargándole dos recibos en cuenta bancaria de su titularidad. La propia representación de DKV manifiesta en escrito de fecha 12/11/2012 que "...Sin embargo, la realidad es que esa información se introdujo en la plataforma DKV de forma indebida".

Esta falta de diligencia configura el elemento culpabilístico de la infracción administrativa y resulta imputable a DKV, sin que sea necesario que exista dolo en su actuación.

VI

La representación de DKV ha solicitado el archivo del presente procedimiento sancionador por la aplicación del nuevo párrafo 6, añadido al artículo 45 de la LOPD, de



conformidad con la modificación establecida por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en lo sucesivo LES), al cumplirse los requisitos necesarios para que la AEPD pueda calificar y sancionar la presunta infracción con un apercibimiento, pues los hechos son presuntamente constitutivos de infracción leve o grave, sin que actualmente la entidad haya sido sancionada o apercibida por este motivo, ni tenga ningún otro expediente sancionador abierto pendiente de resolución.

En referencia a lo anterior, se informa a DKV que no procede la previsión contenida en el nuevo apartado 6 del artículo 45 de la LOPD en la redacción establecida por la LES. En dicho artículo se establecen los requisitos cuya concurrencia es imprescindible para que sea posible la aplicación de la medida excepcional del apercibimiento; excepcionalidad que no es posible contemplar en el presente caso, al tratarse de una empresa vinculada con la realización de tratamiento de datos de carácter personal, lo que ha permitido acordar la apertura de un procedimiento sancionador y no apercibir al sujeto responsable.

Asimismo, la representación de DKV ha alegado que dado el interés directo y legítimo que para el agente de seguros exclusivo de DKV tiene el procedimiento y la resolución del mismo, se le debería dar traslado de lo actuado para que pueda manifestarse al respecto al participar de la naturaleza de tercero interesado.

En cuanto a la manifestación de la citada representación no se considera procedente lo solicitado por la misma. De conformidad con el artículo 31.1 de la LRJ-PSC, el agente de la entidad no ostenta la condición de interesado puesto que no es parte del procedimiento incoado, tampoco ha solicitado su personación a lo largo del mismo (interés legítimo), y no se acierta a comprender, dentro de su esfera jurídica, que tipo de derechos pueden resultar afectados por la resolución que en el mismo se adopte.

VII

La LOPD, de conformidad con la redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, publicada en el BOE el 5 de marzo de 2011 y que entró en vigor al día siguiente a su publicación, tipifica en el artículo 44.3.b) como infracción grave "Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo". A tenor del artículo 45.2 de la LOPD las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros.

En el supuesto que nos ocupa, la conducta de DKV ha vulnerado el principio de consentimiento contenido en el artículo 6.1, infracción que, tras la reforma introducida por la Ley 2/2011, se encuentra tipificada en el artículo 44.3.b) de la Ley Orgánica 15/1999.

DKV ha incurrido en la infracción descrita ya que ha vulnerado el principio consagrado en el artículo 6.1 de la LOPD, principio de consentimiento, que encuentran su tipificación en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

VIII

El artículo 45.2, 4 y 5 de la LOPD establece que:

“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 representación de DKV ha solicitado la aplicación subsidiaria del artículo 45.5 de la LOPD como consecuencia de la existencia de una cualificada disminución de la culpabilidad y antijuridicidad lo que permitiría la aplicación de una sanción de la escala inferior, correspondiente a las sanciones leves y, adicionalmente, la aplicación del apartado 4 del citado artículo, al concurrir supuestos contemplados en el mismo y que permiten rebajar la cuantía de la sanción.

En cuanto a la circunstancia previstas en el apartado f) del artículo 45.4, relativa al grado de intencionalidad expresión que debe entenderse en el sentido del grado de “culpabilidad”, esta interpretación ha sido corroborada por la Audiencia Nacional en su sentencia de 12/11/2007 (Rec 351/2006), señalando “Comienza el recurrente invocando la no intencionalidad de su conducta. (...) Cuando concurre una falta de diligencia, como aquí acontece, existe culpabilidad y la conducta merece sin duda un reproche sancionador sin que el hecho de que no exista actuación dolosa deba conllevar



necesariamente una disminución aún mayor de la sanción cuando ésta ha sido impuesta en su grado mínimo". Por tal razón, si bien es cierto que no es posible sostener en el presente asunto que la citada operadora hubiera actuado intencionadamente o con dolo, hay que señalar que el tipo apreciado no requiere dolo para su perfección, pudiendo ser cometido a título de simple negligencia; por lo que se refiere a las circunstancias previstas en los apartados e) y h) del artículo 45.4 tampoco pueden aceptarse. Hay que señalar que con motivo de los hechos la denunciada tuvo que acudir a la Omic del Ayuntamiento de La Línea e interponer denuncia ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de la misma localidad. También, en este mismo sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional en varias sentencias, entre otras la de fecha 11/03/2010, rec. 429/2009, señalando que "Por otra parte, esta Sala también ha declarado con reiteración que son irrelevantes los perjuicios económicos toda vez que, el interés jurídico protegido por la LOPD es la privacidad, sin que sea necesaria lesión o daño patrimonial sino que basta que el comportamiento enjuiciado incida en la esfera privada de los afectados por los datos tratados" y en sentencia de fecha 02/12/2010, señala que "También ha considerado la Sala irrelevante a los efectos de la aplicación de la citada atenuación privilegiada la falta de beneficios para la recurrente o la ausencia de perjuicios para el denunciante".

Hay que indicar que el artículo 45.5 de la LOPD deriva del principio de proporcionalidad de la sanción y permite establecer " la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate", pero para ello es necesario la concurrencia de, o bien una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado, o bien de la antijuridicidad del hecho, o bien de alguna otra de las circunstancias que el mismo precepto cita.

*En el caso examinado, de las actuaciones practicadas ha quedado acreditado que DKV ha vulnerado el artículo 6.1 de la LOPD, sin que haya quedado acreditado en el procedimiento que contara con el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos personales, ni que cuente con habilitación legal para ello, al vincularlos en la emisión de la póliza nº ***NÚMERO.1 y, además, cargándole dos recibos en cuenta bancaria de su titularidad, por lo que su actuación ha de ser objeto de sanción. No obstante, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el presente caso, permiten apreciar la existencia de motivos para la aplicación de la facultad contemplada en el artículo 45.5.b) debido a la diligencia desplegada por la entidad, puesto que con anterioridad a la apertura del procedimiento sancionador y tras la investigación de los hechos acaecidos, se procedió a la anulación de la póliza, el extorno de los recibos pasados al cobro, el bloqueo de los datos de la denunciante y, además, el reconocimiento del error cometido solicitando disculpas a la denunciante, lo que permite apreciar la aplicación del artículo 45.5, estableciendo una sanción de "la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate".*

Por otra parte, se advierten otras circunstancias que operan como agravantes de la conducta de la entidad que ahora se enjuicia. Así, concurren las agravantes previstas en los apartados c), del artículo 45.4, "la vinculación de su actividad con la realización de tratamientos de datos de carácter personal" pues es evidente que en el desarrollo de la actividad empresarial que desempeñan se ven obligadas a un continuo tratamiento de datos personales tanto de los clientes como de terceros; el apartado d) del artículo 45.4, "volumen de negocio" toda vez que se trata de tres de las grandes operadoras del país por cuota de mercado



En el presente caso, valorados los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 45.4, en particular la vinculación de la actividad de la entidad denunciada con la realización de tratamientos de datos de carácter personal (apartado b), el volumen de negocio del infractor (apartado d), se impone una multa de 10.000 € por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD de la que DKV debe responder.

III

Alega la representación de la recurrente su disconformidad por la exclusión en la resolución recurrida, de la aplicación del instituto del apercibimiento, al concurrir los requisitos contemplados en el artículo 45.6 de la LOPD y la aplicación de dos circunstancias agravantes en la gradación de la sanción finalmente impuesta (d) *El volumen de negocio ó actividad del infractor y . c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal)*

Como ya se le señalaba en la resolución recurrida, la disposición final quincuagésima sexta “cuatro” de la Ley 2/2011 de 4/03, de Economía Sostenible (BOE 5-3- 2011) ha añadido un nuevo apartado 6 al artículo 45 de la LOPD, que señala:

“Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador, y en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

- a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.*
- b) Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.*

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento”.

Sin embargo, también la nueva redacción del artículo 45.4 de la LOPD incluye nuevos circunstancias de graduación de la sanción, entre los que deben destacarse las siguientes:

- El volumen de negocio o actividad del infractor*
- La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal*

Del análisis de la concurrencia de los citados nuevos criterios se concluye, que en el caso como el presente, se trata de una empresa, compañía aseguradora, con un apreciable volumen de negocio y que en el desarrollo de su actividad lleva implícita el tratamiento de datos de carácter personal tanto de los asegurados como de terceros y, estas circunstancias, le obligan a ser especialmente diligente en la aplicación de medidas que garanticen el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Es por ello, que no procede la aplicación de la previsión contenida en el nuevo apartado 6 del artículo 45 LOPD, que permite no acordar la apertura de un procedimiento sancionador, y en su lugar, apercibir al sujeto responsable.

Por otra parte, tal como manifiesta la recurrente, en el fundamento VIII, penúltimo párrafo “in fine”, se ha cometido un error material al señalar en cuanto a la aplicación de



la circunstancia prevista en el apartado d) del artículo 45.4, que la denunciada es una de tres grandes operadoras del país por cuota de mercado.

Es evidente que la recurrente es una compañía aseguradora, una de cuyas actividades principales es la gestión de pólizas de seguro y que la aplicación de la circunstancia prevista en el artículo 45.4.d) de la LOPD, *volumen de negocio o actividad del infractor*, se debe a que se trata de una gran empresa aseguradora por volumen de negocio, como lo precisa la propia recurrente en su escrito de recurso, al ocupar la posición vigésimo octava en el mercado de seguro, la séptima por volumen de primas en el ramo de decesos y en la provincia de Cádiz, lugar donde se cometió la infracción, la quinta por volumen de primas de decesos.

El artículo 105.2 de la LRJPAC dispone que *“Las Administraciones Públicas podrán asimismo rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.”*

En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que el error material o de hecho se caracteriza por ser manifiesto e indiscutible, implicando por sí sólo la evidencia del mismo sin necesidad de mayores razonamientos (STS 28/09/19992).

Advertido dicho error material en la resolución recurrida, procede la rectificación y subsanación del mismo.

Por último, en cuanto a que la cuantía de la sanción impuesta, hay que indicar que la resolución recurrida ha sido respetuosa con el principio de proporcionalidad, procediendo a la aplicación del artículo 45.5.d) de la LOPD como consecuencia de la diligencia desplegada por la entidad, aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que precedan inmediatamente en gravedad a aquella que integra la considerada en el caso.

Sin embargo, en la gradación de las sanciones también entran en juego las circunstancias previstas en el artículo 45.4 de la LOPD. Pues bien, valoradas en conjunto las circunstancias privilegiadas del artículo 45.4 de la LOPD, tanto favorables como adversas a la recurrente, y concurriendo la circunstancia prevista en el 45.5.b), es por lo que se consideraba procedente imponer la sanción señalada en la resolución recurrida.

IV

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, el recurrente 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 **DKV SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 3 de diciembre de 2012, en el procedimiento sancionador PS/00288/2012.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **DKV SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.**

TERCERO: SUBSANAR el error cometido en el en el fundamento VIII, penúltimo párrafo “in fine”, de la Resolución R/02850/2012 de fecha 16/11/2012, dictada en el procedimiento sancionador PS/00288/2012, de forma tal que donde dice *“volumen de negocio” toda vez que se trata de tres de las grandes operadores del país por cuota de*



mercado, debe decir: “volumen de negocio” toda vez que se trata de una gran compañía aseguradora por cuota de mercado.

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.

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos
D. José Luis Rodríguez Álvarez