



Procedimiento Nº PS/00415/2008

RESOLUCIÓN: R/01797/2008

En el procedimiento sancionador PS/00415/2008, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **BLU CLIMA S.L.**, vista la denuncia presentada por D. G.G.G. y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 22 de noviembre de 2006 tiene entrada en esta Agencia un escrito del denunciante arriba indicado en el que declara que:

1. Ha recibido un escrito publicitario de una entidad con la que no tiene relación comercial coincidiendo los datos que figuran en su buzón con los incluidos en el sobre comercial remitido por la empresa. Al ejercer su derecho de acceso ante la misma, la entidad contestó que no le constaban sus datos personales.
2. A su reclamación adjunta copia del escrito recibido así como de la carta remitida a la empresa y la contestación realizada por ésta.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordeno a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. Realizado requerimiento de información a la entidad responsable del envío, esta se ha manifestado que los datos utilizados han sido obtenidos "*de nuestro agente de la zona de (.....) del siguiente lugar público: buzón de correos del destinatario*", aportando una imagen fotográfica del buzón del denunciante.
2. Toda vez que en el momento en el que el "*Agente realizó el envío publicitario la empresa no había sido informada de ello*", se contestó al Sr. G.G.G. cuando éste ejerció su derecho de acceso que sus datos no constaban en el fichero de clientes de la entidad.
3. Según afirma la entidad, en la actualidad, "*los datos del Sr. G.G.G. no constan en nuestra base de datos*"



TERCERO: En fecha 22 de julio de 2008, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, acordó iniciar procedimiento sancionador a BLU CLIMA S.L. con arreglo a 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 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por la presunta infracción del artículo 6 de dicha norma, que dispone que *“el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”*, tipificada como grave en el artículo 44.3. d) de dicha norma que considera como tal *“Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya una infracción muy grave”*, pudiendo ser sancionada con multa de 60.101,21 € a 300.506,05 €, de acuerdo con el artículo 45.2 de la misma Ley Orgánica.

CUARTO: En fechas 28 de julio y 27 de agosto de 2008, se intentó a través de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, la notificación del citado Acuerdo de Iniciación, en el domicilio de Blu Clima S.L, que según consta en el Registro Mercantil Central, es la (c/.....), figurando ambas devueltas.

- En fecha 8 de Octubre de 2008, se envió el Acuerdo de Iniciación al Ayuntamiento de Barcelona, Negociado de Edictos y Anuncios para su publicación.
- En fecha 7 de Octubre de 2008, se envió el Acuerdo de Iniciación al Boletín Oficial del Estado para su Publicación.
- En fecha 27 de Noviembre de 2008 tuvo entrada en esta Agencia una diligencia del Ayuntamiento de Barcelona en el que se hace constar que el citado Acuerdo de Inicio estuvo expuesto en el tablón de anuncios desde el día 13 al 30 de Octubre de 2008.

QUINTO: En fecha 22 de agosto de 2008 se inició un período de práctica de pruebas, practicándose las siguientes:

Se dan por reproducidos a efectos probatorios la denuncia interpuesta por D. G.G.G. y su documentación, los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección ante Blu Clima, S.L, y el Informe de actuaciones previas de Inspección que forman parte del expediente E/01268/2006.

SEXTO: Transcurrido el plazo concedido para formular alegaciones al acuerdo de inicio sin que se hayan recibido las mismas, el citado acuerdo se considera propuesta de resolución, por lo que procede a elevar el procedimiento a la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, en virtud de lo previsto en el artículo 13.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

SEPTIMO: De las actuaciones practicadas han quedado acreditados los siguientes



HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En el mes de septiembre de 2006, el denunciante recibe en su domicilio una comunicación comercial de BLU CLIMA S.L. en la que consta su dirección y apellidos.

SEGUNDO: En fecha 25 de septiembre el denunciante ejerce su derecho de acceso ante la entidad denunciada. Contestando ésta en fecha 13 de octubre afirmando que *“en los ficheros de nuestra empresa no resulta, ni ha resultado nunca, incluido algún dato de carácter personal sobre su persona”*

TERCERO: En fecha 5 de diciembre de 2006, se realiza la búsqueda de los datos del denunciante en los ficheros electrónicos de guías de abonados, con resultado negativo.

CUARTO: BLU CLIMA S.L., sometió a tratamiento los datos personales del denunciante, para la realización del envío comercial, sin que pueda acreditar el origen lícito de los mismos, ni el consentimiento para el tratamiento o algún supuesto que la vigente Ley Orgánica de Protección de Datos, lo dispensan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

II

El artículo 13.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora., dispone que *“El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará al denunciante, en su caso, y a los interesados, entendiéndose en todo caso por tal al inculpado. En la notificación se advertirá a los interesados que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo previsto en el artículo 16.1, la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, con los efectos previstos en los artículos 18 y 19 del Reglamento.”*

De conformidad con lo expuesto, el acuerdo de iniciación correctamente notificado podrá ser considerado directamente propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso a cerca de la responsabilidad imputada. Para ello son necesarios varios requisitos:

- Que dicha posibilidad sea advertida expresamente al inculpado en el acuerdo de notificación.



- Que el acuerdo de iniciación cumpla todas las exigencias que sobre el contenido se exigen en el apartado primero del citado artículo.
- Que el inculpado no presente alegaciones en plazo sobre el contenido de la iniciación.
- Que como consecuencia de la instrucción no resulte modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponible o de las responsabilidades susceptibles de sanción. (Art. 16.3 del citado Real decreto).

La STS de 19 de diciembre de 200 (RJ 2001, 2617) recaída en recurso de casación en interés de ley, interpretando el artículo 13.2 arriba transcrito, declara que basta que el interesado no haya formulado alegaciones sobre el contenido del boletín de denuncia que inicia el procedimiento, para que no sea preceptiva la notificación de la propuesta de resolución, ni necesario, en consecuencia, el tramite de audiencia, al servir el acuerdo de iniciación como propuesta de resolución.

En el presente caso, se han observado las prescripciones citadas al respecto, por lo el conforme a derecho considerar el citado acuerdo de iniciación como propuesta de resolución.

III

Dispone el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en cuanto a la practica de las notificaciones: “ Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el Boletín Oficial del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó.”

En el presente caso se han observado las prescripciones legales, tal como se ha señalado en el Antecedente Cuarto de la presente Resolución.

IV

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.

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”

V

De conformidad con lo expuesto *ut supra*, la jurisprudencia y el propio artículo 6 de la LOPD, exige que el *responsable del tratamiento* de los datos cuente con el consentimiento para el tratamiento de dichos datos personales, entendido estos de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo 3 de la LOPD como:

Responsable del fichero o tratamiento: *Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.”*

Consentimiento del interesado como *“toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”*.

Tratamiento de datos: *Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias*

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

En el presente caso ha resultado que el denunciante ha recibido comunicación comercial de la entidad denunciada incluyendo su apellido y domicilio (piso y puerta).

Lo que evidencia un tratamiento de datos personales por parte de BLU CLIMA S.L, lo que de conformidad con el art. 43 de la LOPD, ostenta un estatus jurídico susceptible de fiscalización por esta Agencia, por ser responsable del tratamiento de datos del denunciante.

VI

No obstante lo anterior, el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, según jurisprudencia del Tribunal constitucional, comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer de quienes sean titulares públicos o privados de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y



de su contenido, uso y destino por el registro de los mismos. De suerte que es sobre dichos ficheros donde se proyectan en última instancia las medidas destinadas a la salvaguarda al derecho fundamental aquí considerado cuya tutela corresponde a esta Agencia.

El Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 10 de octubre de 2008, interpretando la Directiva 46/95, señala que todo el centro y eje de la tutela de la protección de datos y de la regulación de los mismos al “tratamiento”, debe interpretarse teniendo en cuenta su 15 Considerando que recoge que “los tratamientos que afecten a dichos datos sólo quedan amparados por la presente Directiva cuando estén automatizados, o cuando los datos a que se refieren se encuentren contenidos, o se destinen a encontrarse contenidos, en un archivo estructurado según criterios específicos relativos a las personas, a fin de que se pueda acceder fácilmente a los datos de carácter personal de que se trate”. Así, añade el Tribunal Supremo, la propia directiva 46/95 refiere al ámbito de la protección que regula al tratamiento del dato, y en relación tanto con posttratamientos automatizados como respecto a los que no lo estén, siempre que en este caso los datos obtenidos se destinen a encontrarse en un fichero, entendido este como un archivo estructurado según criterios específicos relativos a las personas que permitan acceder fácilmente a los datos personales.

En el presente caso, se ha puesto de manifiesto la existencia de tratamiento de datos personales, en el sentido de que se realizó un envío publicitario utilizando los datos personales del denunciante. Sin embargo, **no se ha acreditado la existencia de un fichero en el que consten o hayan constado dichos datos y haya sido utilizado para la conformación del envío comercial.** En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 26 de Noviembre de 2008, recaída en el Recurso 137/2008.

En atención a lo expuesto, sin la acreditación de la existencia de los datos utilizados en un fichero de los definidos en la LOPD, no procede sanción alguna, por no darse los supuestos objetivos que legitimarían su imposición.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

I

PRIMERO: ARCHIVAR EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR incoado a la entidad BLU CLIMA S.L. por una infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 d) de dicha norma.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a Blu Clima, SI y a D. G.G.G..

TERCERO: Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o,



directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Madrid, 15 de enero de 2009

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte