



Procedimiento N° PS/00135/2006

RESOLUCIÓN: R/00101/2007

En el procedimiento sancionador **PS/00135/2006**, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a las entidades **BANCO DE DATOS, S.L.**, y **B.D. MAIL, S.L.**, vista la denuncia presentada por **CONFEDERACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS**, y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 27/12/2005, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de la Confederación de Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo la CECU), en el que declara que han tenido conocimiento de la distribución, en sobre cerrado, de diversa documentación, en la cual se contiene un cupón para recabar datos de carácter personal que los interesados, que deseen beneficiarse de la ayuda gratuita que oferta, deben enviar a un determinado apartado de correos. En dicho cupón se informa que los datos serán enviados a una entidad ubicada en (.....). Además, a juicio de la CECU, parece que la recogida de datos tiene dos finalidades: una de ellas, la oferta y envío de publicidad, y la otra, su cesión a otras empresas no identificadas. Considera la CECU que el consentimiento que pueda prestar el afectado es nulo, estando ante una recogida de datos engañosa y fraudulenta.

Por otra parte, el hecho de que en el cupón se recaben datos relativos a cuestiones tales como, “¿Tiene mala suerte?. ¿Se siente sólo o incomprendido?, ¿Se siente como hechizado, como si alguien le hubiese dado mala suerte?”, podrían suponer datos relativos a la salud mental del afectado al poderse asociar a una posible depresión, y, por tanto, deberían recabarse con consentimiento expreso.

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

1. La distribución de la documentación denunciada en sobre cerrado, no contiene destinatario alguno, y la información que se ofrece en el cupón que se incluye era la siguiente:

*“Sus datos serán tratados por **CHIVA CONCEPTS LIMITED** (en lo sucesivo*



CHIVA), (.....) en un fichero de su responsabilidad para enviarle su pedido acompañado de varias ofertas comerciales de nuestra empresa que irá recibiendo durante las 4 semanas posteriores desde el envío del cupón. Si no desea recibir dichas ofertas junto con su pedido, absténgase de remitir el cupón. Si envía el cupón, le informamos que es obligatoria su total cumplimentación pues la falta de algún dato impedirá gestionar su pedido. No obstante, pasadas las cuatro semanas, **CHIVA tratará sus datos con fines publicitarios de sus propios productos y de terceras empresas pertenecientes a los sectores de ventas a distancia, publicidad directa, telecomunicaciones, financiero, textil, editoriales, formación, ocio, gran consumo, automoción, energía y agua, ONG, productos de salud / fitness / adelgazantes/naturales, complementos alimenticios, concursos, juegos, de azar, seguros, videncias, astrología y esoterismo.** Si no consiente en dicho tratamiento, comuníquenoslo en el plazo de un mes desde la cumplimentación de este cupón. No obstante, si nos comunica su deseo de no recibir este tipo de ofertas comerciales, CHIVA conservará sus datos en su fichero con fines históricos para identificarle y evitar que sus datos sean tratados para dicha finalidad, salvo que nos comunique lo contrario en el plazo de un mes desde la cumplimentación del cupón. Asimismo **CHIVA podrá ceder sus datos a empresas pertenecientes a los sectores antes citados, incluyendo la transferencia internacional de dichos datos, a empresas ubicadas en países miembros de la Unión Europea, a Estados Unidos y a Suiza,** países éstos que en unos casos garantizan un nivel de protección adecuado a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) **y en otros, no tienen el mismo nivel de protección que la LOPD, para que dichas empresas le remitan publicidad de sus productos.** Si no consiente la cesión y transferencia internacional de sus datos, señale la casilla . Puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de sus datos por escrito en el Apartado de Correos (.....). Gracias” (el resaltado y subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

Los datos de contacto que figuran en el cupón son:

- Apartado de correos: (.....)
- Fax: #####
- E-mail: «@..... »

Por otra parte, la CECU, en su escrito de denuncia, indica que el único domicilio de la marca “M.D.”, a efectos de notificaciones, son los apartados de correos (.....) y (.....) de (.....).

2. Respecto a la marca “M.D.”



En el procedimiento sancionador PS/00083/1998, instruido por esta Agencia Española de Protección de Datos, se especificaba que ASTROFORCE, S.L., era la entidad responsable de la marca “M.D..”

En las actuaciones previas de investigación, E/00144/1998-I/127/97, se especificaba el CIF ***** como el asociado a ASTROFORCE, S.L., y se indicaba que dicha entidad es la propietaria de la marca “M.D.”, sin embargo se ha comprobado que a 23/3/06 ese CIF pertenece a SAVIA MAIL, S.L. En el Acta E/00088/03-I/1/03 se indica que SAVIA MAIL, S.L. realiza campañas publicitarias en prensa bajo la marca “M.D.”.

A fecha 23/3/2006 tanto en el Registro General de Protección de Datos (en lo sucesivo R.G.P.D.) como en el Registro Mercantil Central (en lo sucesivo REMIC) accesible a través de Internet, el CIF ***** correspondía a SAVIA MAIL, S.L., con domicilio en (C/.....), Teléfono: #####2. Asimismo, al buscar ASTROFORCE en el REMIC aparece SAVIA MAIL, S.L.

Por último, a fecha 12/5/2006, en el Registro de Patentes y Marcas accesible a través de Internet, no se encuentra la marca “M.D.”.

3. En relación con los datos de contacto que figuran en el cupón objeto de la denuncia, se ha obtenido la siguiente información que se detalla a continuación, no habiéndose tenido en cuenta la dirección e-mail al tratarse de un correo gratuito “(.....@.....)”;

CONTACTO	INFORMANTE	TITULAR
Fax: #####	AUNA TELECOMUNICACIONES S.A.U.	Banco de Datos, S.L. (C/.....)
Apartados de Correos (....) (.....)	SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.	B.D. Mail, S.L. (C/.....)

4. En relación con SAVIA MAIL, S.L.:

En su escrito con fecha de entrada de 5/6/2006, su representante manifiesta que el domicilio de (C/.....) corresponde al antiguo domicilio social, habiendo sido trasladado a (C/.....). Ya ha sido comunicado y así consta en el R.G.P.D.



Manifiesta también que dicha entidad no tiene relación alguna con la campaña objeto de la denuncia, pues en julio de 2004 SAVIA MAIL, S.L. dejó de realizar campañas publicitarias de sus productos, quedando sin empleados y manteniendo los ficheros de su responsabilidad durante los plazos exigidos legalmente, para la gestión de posibles devoluciones, reembolsos o garantía de los productos adquiridos por los compradores y cumplimiento de obligaciones fiscales.

La marca “M.D.”, que había sido utilizada por SAVIA MAIL, S.L. para el desarrollo de su actividad, desde julio de 2004, dejó de ser titularidad de dicha compañía, por cesar los directivos que tenían poder para utilizar dicha marca dentro del tráfico mercantil. Por tanto, en la actualidad SAVIA MAIL, S.L. no ostenta la titularidad de la marca “M.D.”, cuya situación actual desconoce. No existe relación alguna entre SAVIA MAIL, S.L. y CHIVA Concepts Limited.

En cuanto a su relación con B.D. MAIL, S.L., ésta es la empresa que almacena el fichero SAVIA MAIL. S.L., actuando como encargado de tratamiento. Dicho fichero contiene los datos de los compradores de los productos promocionados por la empresa hasta mediados de 2004, cuando la empresa dejó de desarrollar su actividad, que se conservan durante los plazos exigidos legalmente.

Por otra parte, durante el tiempo que SAVIA MAIL, S.L. estuvo desarrollando su actividad, BANCO DE DATOS, S.L., era la empresa encargada de realizar la impresión del material correspondiente a las campañas publicitarias realizadas por aquella. En la actualidad BANCO DE DATOS, S.L. ya no presta ningún servicio a SAVIA MAIL, S.L. ya que dicha empresa no realiza campañas publicitarias desde mediados del año 2004.

5. En relación con BANCO DE DATOS, S.L.:

Dicha entidad actúa como encargado de tratamiento en relación con la campaña publicitaria objeto de la denuncia. Respecto a la autoría de la misma indican que le corresponde contestar a CHIVA (con domicilio en (.....)). Desconocen la titularidad de la marca “M.D.”, y suponen que es CHIVA quien la conoce.

En relación con la citada campaña, BANCO DE DATOS, S.L. imprimió el material publicitario donde no figuraban datos personales pues los envíos no iban personalizados. El “*mailing*” consistía en un sobre sin dirección, impresión de las cartas y B.D. MAIL, S.L. manipula las cartas más el resto de documentos del “*mailing*” sin dirección (sobre sin personalizar, una carta de 1 hoja, sobre respuesta para el envío del cupón y 4 documentos más). Una vez manipulados se envía por cuenta de CHIVA para su encarte en una publicación o catálogo. Remiten como muestra un envío completo.



Los envíos se remitieron el 31/8/2005 para su posterior encarte. A fecha 30/5/2006 se habían recibido en el apartado un total de 2.612 respuestas.

BANCO DE DATOS, S.L. no accedió a impresiones de pantalla debido a que para realizar las tareas de impresión, no trató datos personales. En todo caso, los campos accesibles son los que figuran en los cupones de respuesta recibidos en el apartado

Los datos y cupones recabados se entregan semanalmente a CHIVA. Desconocen si después se realizan cesiones. A la solicitud de fotocopia de 5 cupones, manifiestan que no están autorizados por CHIVA según su contrato, a facilitar información de la empresa, por lo que entienden que la entrega de documentos propiedad de CHIVA puede suponer un incumplimiento de la obligación de confidencialidad. Solicitan que sea la propia Agencia quien requiera directamente a CHIVA.

Adjuntan copia del contrato de 1/7/2004 suscrito entre BANCO DE DATOS, S.L., CHIVA (con domicilio en (.....)), INFOGEST, S.A., (con domicilio en) y B.D. MAIL, S.L., en el cual se especifican las tareas de cada una de las entidades especificadas:

- B.D. MAIL, S.L.: recogida de correspondencia en apartados postales y pedidos recibidos por fax, etc.
- BANCO DE DATOS, S.L.: recepción de documentos entregados por B.D. MAIL, mantenimiento del fichero general y facturación, grabación de cupones, modificación de datos, marcado de bajas, etc.

En dicho contrato, que contiene las especificaciones del artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), consta que CHIVA es responsable de un fichero que contiene datos personales y que las otras tres entidades realizarán como encargados de tratamiento determinados servicios, resultando CHIVA beneficiaria en su condición de responsable del fichero.

BANCO DE DATOS, S.L. y B.D. MAIL, S.L. son compañías del mismo grupo con los mismos socios y el mismo domicilio social, cuya actividad es, respectivamente, “*la Gestión Informática*” y “*la Publicidad Directa*”.

Los apartados de Correos, y el y pertenecen a B.D. MAIL, S.L.. Adjuntan facturas al respecto correspondientes a los apartados ... y, ambas de fecha 15/2/2006.

6. En relación con B.D. MAIL, S.L.:



El escrito de B.D. MAIL, S.L. que ha entrado en el Agencia en fecha 31/5/06, es exactamente igual, en forma y contenido, al presentado por BANCO DE DATOS, S.L..

TERCERO: Con fecha 12/09/2006, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a BANCO DE DATOS, S.L., y a B.D. MAIL, S.L., con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18.1 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, que continúa en vigor de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria tercera de la LOPD, por las presuntas infracciones del artículo 6.1 en relación con el artículo 5.1 y 2, tipificadas como graves en el artículo 44.3.d) de dicha Ley Orgánica.

Igualmente acordó iniciar procedimiento sancionador a BANCO DE DATOS, S.L. y a B.D. MAIL, S.L., con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18.1 del citado Real Decreto 1332/1994, por las presuntas infracciones del artículo 33 de la LOPD, tipificadas como muy graves en el artículo 44.4.e) de dicha norma.

CUARTO: Notificado el citado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, BANCO DE DATOS, S.L. y B.D. MAIL, S.L. presentaron alegaciones similares comunicando:

- Que su actuación se ha producido como encargados de tratamiento de CHIVA, de acuerdo con el contrato que recoge lo establecido en el artículo 12 de la LOPD.
- Niegan haber efectuado tratamiento alguno de datos, por cuanto todos los cupones recibidos se entregan a B.D. MAIL, S.A., a la que, en septiembre de 2005, CHIVA comunicó la paralización de la campaña por motivos operativos, y dio instrucciones para que los depositara, en cajas cerradas, en la empresa Transgesa, S.A..
- Que la cláusula informativa es completa y perfecta, por lo que la recogida de datos es correcta.
- Niegan que los datos hayan sido remitidos a CHIVA a (.....).

Dichas entidades solicitan la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, por cuanto han actuado como simples encargados del tratamiento de datos.

QUINTO: En fecha 6/11/2006, se acordó por la Instructora del procedimiento la apertura del período de práctica de pruebas. Dentro del citado período se incorporaron al procedimiento, las consultas realizadas al R.G.P.D., sobre los ficheros inscritos de las entidades BANCO DE DATOS, S.L., B.D. MAIL, S.L. y sobre la ausencia de inscripción de fichero alguno de la entidad CHIVA.

SEXTO: Transcurrido el período de práctica de pruebas se inició, con fecha 7/11/2006, el trámite de audiencia, en el que BANCO DE DATOS, S.L. y B.D. MAIL, S.L., se ratifican en sus manifestaciones anteriores, en el sentido de que ésta última entidad, sólo ha recogido los cupones de pedido remitidos por los interesados a los apartados de correos y número de



fax, archivando los mismos en cajas cerradas.

Que su actuación ha sido como encargada de tratamiento dentro del marco de contratación de prestación de servicios concertados con CHIVA, en base al artículo 12 de la LOPD.

Igualmente, alegan que no ha quedado acreditada la transferencia de datos a país alguno, pues los datos no han salido de territorio español.

SÉPTIMO: Emitida Propuesta de Resolución el 25/01/2007, en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancionase a BANCO DE DATOS, S.L., y a B.D. MAIL, S.L. con una multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euro con veintinueve céntimos) a cada una, por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma.

Así como que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancionase a BANCO DE DATOS, S.L., y a B.D. MAIL, S.L. con una multa de 300.506,05 € (trescientos mil quinientos seis euros con cinco céntimos) a cada una, por la infracción del artículo 33 de la LOPD, tipificada como muy grave en el artículo 44.4.e) de dicha norma.

OCTAVO: Con fecha 9/02/2007 BANCO DE DATOS, S.L. y B.D. MAIL, S.L. presentan escritos de alegaciones frente a la Propuesta de Resolución en los que comunican en base al principio de la presunción de inocencia que:

“No es específica la forma ni el lugar donde se considera acreditado por la Instructora que la empresa BD Mail hacia entrega a Chiva Concepts Limited de los datos y cupones recabados (...).

No se prueba que BD Mail haya efectuado transferencia internacional de datos en la que fuera preceptiva la autorización dada por el Sr. Director de la Agencia Española de Protección de Datos. Es cierto que se ha reconocido que los datos eran entregados por BD Mail a Chiva, pero de lo que no hay constancia alguna y tampoco puede deducirse de las afirmaciones efectuadas por Banco de Datos o BD Mail, es que dicha entrega se llevara a efecto en la sede social de Chiva, es decir en (...), más al contrario, sí existe acreditación en el expediente administrativo (certificado expedido por la empresa responsable del fichero —Chiva- y por la empresa depositaria) de que los cupones no han salido de territorio español y que se encuentran almacenados en las dependencias de la empresa Transgesa en la localidad de”



HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 1/07/2004 CHIVA CONCEPTS LIMITED, BANCO DE DATOS, S.L. y B.D. MAIL, S.L. firmaron un “*Contrato de Seguridad y Confidencialidad*”, en el que CHIVA CONCEPTS LIMITED actuaba como responsable de un fichero y las otras dos entidades como encargados de tratamiento, en relación a los servicios que en el mismo se detallan.

En dicho contrato se establecía lo siguiente:

“Tercera.- OBJETO

Constituye el objeto del presente Contrato determinar las condiciones de seguridad y confidencialidad en las cuales INFOGEST, B.D.MAIL y BANCO DE DATOS llevarán a cabo el acceso y tratamiento de los datos de carácter personal responsabilidad de CHIVA dentro de lo establecido por el artículo 12 de la LOPD, para la prestación de los servicios descritos a continuación:

Por parte de B.D.MAIL se prestarán los siguientes servicios:

Recogida de correspondencia en apartados postales.

Recogida de giros recibidos en apartados postales

Recogida de pedidos recibidos por fax.

- *Transporte a B.D. MAIL.*
- *Apertura de sobres.*
- *Clasificación por tipos para grabación.*
- *Lectura de correspondencia y reparto según corresponda.*
- *Recepción de documentos necesarios para envío de productos (cartas, etc.)> entregados por la mercantil BANCO DE DATOS en nombre de CHIVA.*
- *Manipulado y envío de productos.*
- *Manipulación y envío de mailings.*
- *Recepción, almacenaje y mantenimiento de stock de productos.*
- *Recuperación de materiales de devoluciones y destrucción de sus sobres y resto de materiales no recuperados.*
- *Entrega de documentos a la mercantil BANCO DE DATOS por cuenta de CHIVA.*

Por parte de BANCO DE DATOS se prestarán los siguientes servicios:

- *Recepción de documentos que la mercantil B.D. MAIL entregará a BANCO DE DATOS por cuenta de CHIVA.*



- *Mantenimiento del fichero general y facturación.*
- *Grabación de cupones según tipo (cupones nuevos o respuesta a mailings>.*
- *Grabación de giros recibidos.*
- *Recuento y entrega semanal de dinero recibido según forma de pago.*
- *Modificación de datos facilitados por CHIVA.*
- *Marcado de bajas solicitadas por CHIVA.*
- *Tratamiento de pedidos.*
- *Impresión de documentos de respuesta según solicitud.*
- *Impresión de documentos necesarios para envío de pedidos (reembolsos, mapones m15, etc.).*
- *Entrega de documentos necesarios para envío de productos (cartas, m13, mapones, etc.) a la mercantil B.D. MAIL por cuenta de CHIVA.*
- *Impresión de estudios con programas del cliente.*
- *Gestión de cobro de pedidos con tarjeta de crédito y entrega de listado denegadas a CHIVA*
- *Selección de ficheros para impresión de estudios por la entidad INFOGEST.*
- *Selección de registros para mailings propios.*
- *Acumulación de registros de mailings propios en histórico de mailings.*
- *Selección de registros para cesron.*
- *Acumulación de registros en históricos según empresa receptora.*
- *Impresión de mailings.*
- *Control de stock.*
- *Control cobro de reembolsos.*
- *Copia de seguridad de seguridad en CD ROM semanal.*
- *Copia de seguridad diaria (2 al Ola) y archivo en caja fuerte ignífuga.*
- *Procesos de acumulación de bajas en fichero histórico de bajas cada 3 meses.*
- *Cancelación de datos solicitados por el afectado si procede.*
- *Cancelación de bajas a los 5 años del fin de las relaciones comerciales.*
- *Generación de estadísticas de marketing según solicitud del cliente semanales, mensuales, semestrales, y/o anuales.*
- *Entrega de todos los documentos recibidos en cajas marcados por fecha de recepción cada tres meses.*
- *Devolución de todos los ficheros, soportes y documentos finalizado el periodo contractual o cualquiera de sus prórrogas sin que el mismo se renueve.*
- *Servicio de atención al cliente.*

La prestación de servicios distintos a los determinados en esta cláusula y que impliquen el acceso y tratamiento de datos de carácter personal responsabilidad de CHIVA, se regularán en un nuevo Contrato o mediante Anexos al presente debidamente suscritos y firmados de común acuerdo por las partes implicadas.” (folios 247 a 254).



SEGUNDO: CHIVA CONCEPTS LIMITED acordó llevar a cabo una campaña publicitaria consistente en remitir una serie de cartas sin dirección, a las que se anexas un cupón y cuatro documentos más. Dicha campaña fue enviada a encartar con fecha 31/08/2005. En el citado cupón se recogía la siguiente cláusula informativa:

*“Sus datos serán tratados por **CHIVA CONCEPTS LIMITED** (en adelante CHIVA), (.....) en un fichero de su responsabilidad para enviarle su pedido acompañado de varias ofertas comerciales de nuestra empresa que irá recibiendo durante las 4 semanas posteriores desde el envío del cupón. Si no desea recibir dichas ofertas junto con su pedido, absténgase de remitir el cupón. Si envía el cupón, le informamos que es obligatoria su total cumplimentación pues la falta de algún dato impedirá gestionar su pedido. No obstante, pasadas las cuatro semanas, **CHIVA tratará sus datos con fines publicitarios de sus propios productos y de terceras empresas pertenecientes a los sectores de ventas a distancia, publicidad directa, telecomunicaciones, financiero, textil, editoriales, formación, ocio, gran consumo, automoción, energía y agua, ONG, productos de salud / fitness / adelgazantes/naturales, complementos alimenticios, concursos, juegos, de azar, seguros, videncias, astrología y esoterismo.** Si no consiente en dicho tratamiento, comuníquenoslo en el plazo de un mes desde la cumplimentación de este cupón. No obstante, si nos comunica su deseo de no recibir este tipo de ofertas comerciales, CHIVA conservará sus datos en su fichero con fines históricos para identificarle y evitar que sus datos sean tratados para dicha finalidad, salvo que nos comunique lo contrario en el plazo de un mes desde la cumplimentación del cupón. Asimismo **CHIVA podrá ceder sus datos a empresas pertenecientes a los sectores antes citados, incluyendo la transferencia internacional de dichos datos, a empresas ubicadas en países miembros de la Unión Europea, a Estados Unidos y a Suiza, países éstos que en unos casos garantizan un nivel de protección adecuado a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y en otros, no tienen el mismo nivel de protección que la LOPD, para que dichas empresas le remitan publicidad de sus productos.** Si no consiente la cesión y transferencia internacional de sus datos, señale la casilla . Puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de sus datos por escrito en el Apartado de Correos (.....). Gracias”* (el resaltado y subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos) (folios 7 y 8).

TERCERO: Los datos de contacto que figuraban en el cupón, aparte del apartado de correos (.....), eran los siguientes (folios 7 y 8).

- Apartado de correos: (.....)
- Fax: #####
- E-mail: «@..... ”



CUARTO: Aparte de los contactos señalados, la Confederación de Consumidores y Usuarios ha informado que la marca “M.D.”, tiene como domicilio, a efectos de notificación, los apartados de correos y de (folios 1 a 9).

QUINTO: En relación con los datos de contacto, que figuran en el cupón objeto de la denuncia, se ha obtenido la siguiente información que se detalla a continuación, no habiéndose tenido en cuenta la dirección e-mail al tratarse de un correo gratuito “(.....@.....)” (folios 102 y 103);

CONTACTO	INFORMANTE	TITULAR
Fax: #####	AUNA TELECOMUNICACIONES S.A.U.	Banco de Datos, S.L. (C/.....)
Apartados de Correos, y	SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS, S.A.	B.D. Mail, S.L. (C/.....)

Los apartados de Correos, y el ... y, son de B.D. MAIL, S.L.. Adjuntan facturas al respecto correspondientes a los apartados ... y ambas de fecha 15/2/2006 (folios 76, 102 y del 156 al 159).

SEXTO: CHIVA CONCEPTS LIMITED tiene su domicilio social en (.....) (folios 7 y 8).

SÉPTIMO: BANCO DE DATOS, S.L. y B.D. MAIL, S.L. son compañías del mismo grupo, con los mismos socios y el mismo domicilio social, cuya actividad es, respectivamente, “la Gestión Informática” y “la Publicidad Directa”.

OCTAVO: A fecha 30/05/2006, se recibieron 2162 respuestas a los cupones, remitidos en la citada campaña publicitaria, en el apartado de correos (.....) (folios 133 a 136).

NOVENO: Los datos y cupones recabados se entregan semanalmente por BANCO DE DATOS, S.L. y B.D. MAIL, S.L. a CHIVA CONCEPTS LIMITED, según las manifestaciones de dichas entidades en sus escritos de 30/05/2006 (folios 133 a 136).

DÉCIMO: En la consulta realizada al Registro General de Protección de Datos, sobre los ficheros inscritos de la entidad BANCO DE DATOS, S.L., figura el de “Clientes”, siendo la actividad declarada “el análisis y explotación de bases de datos”. La entidad B.D.



MAIL, S.L. tiene inscritos 46 ficheros, siendo la actividad declarada de dicha empresa “*publicidad y actividades anexas*”. Sin embargo no existe inscripción de fichero alguno de la entidad CHIVA CONCEPTS LIMITED (folios 451 a 502).

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

De los antecedentes y hechos probados señalados con anterioridad, se deducen dos cuestiones de fondo. La primera, si, a través de la cláusula informativa recogida en el cupón, cabía entender que se obtendría, en el momento de la recogida de los datos, el consentimiento inequívoco de los titulares de los datos de modo que se tuviera la necesaria habilitación para su tratamiento y cesión a terceros, y, la segunda, si las entidades BANCO DE DATOS, S.L. y B.D. MAIL, S.L. han actuado, en la campaña publicitaria que ha dado lugar al presente supuesto, como encargados de tratamiento de CHIVA, en virtud del contrato suscrito por dichas entidades el 1/07/2004.

III

Respecto a la primera cuestión, el artículo 5 de la LOPD, dispone lo siguiente:

“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 tránsito, 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.”

De acuerdo con lo establecido en el citado artículo 5 de la LOPD, el responsable del fichero debe informar, en el momento de la recogida de los datos, de los extremos establecidos en el citado artículo. La información a la que se refiere el citado artículo debe suministrarse a los afectados previamente a la recogida de sus datos personales, y deberá ser expresa, precisa e inequívoca.



El apartado 2 del mismo precepto establece una regla especial para los supuestos en que se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida de los datos, exigiendo que *“figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.”*

La LOPD ha querido, por tanto, imponer una formalidad específica en la recogida de datos a través de cuestionarios u otros impresos, que garantice el derecho a la información de los afectados. A tal efecto, impone la obligación de que la información figure en los propios cuestionarios o impresos, y la refuerza exigiendo que conste de forma claramente legible.

IV

La Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, que delimita el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, se ha pronunciado sobre la importante vinculación entre el consentimiento y la finalidad 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, aún cuando puedan ser compatibles con éstos (art. 4.2 LOPD), supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado. Una facultad que sólo 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 éstos, pues sólo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales. 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” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).



De lo expuesto cabe concluir que la vigente LOPD ha acentuado las garantías precisas para el tratamiento de los datos personales en lo relativo a los requisitos del consentimiento, de la información previa a éste, y de las finalidades para las que los datos pueden ser recabados y tratados.

Asimismo, la citada Sentencia 292/2000, ha considerado el derecho de información como un elemento indispensable del derecho fundamental a la protección de datos al declarar que “...el contenido del derecho fundamental a la protección de datos 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. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele.” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

V

BANCO DE DATOS, S.L. y B.D. MAIL, S.L., en las alegaciones presentadas en el procedimiento, han señalado que la cláusula informativa, recogida en el cupón remitido durante la campaña publicitaria, permite acreditar el consentimiento inequívoco de los afectados.



Sin embargo, la citada cláusula informativa, no recoge los extremos a que se refiere el apartado a) del artículo 5.1 de la LOPD, sin que de dicha información se dedujese claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que éstos se recaban.

En relación al citado apartado a) del artículo 5.1, la citada cláusula informativa no concreta de modo expreso, preciso e inequívoco la finalidad de la recogida de los datos y de los destinatarios de la información, ya que las referencias a *“los sectores de ventas a distancia, publicidad directa, telecomunicaciones, financiero, textil, editoriales, formación, ocio, gran consumo, automoción, energía y agua, ONG, productos de salud / fitness / adelgazantes/naturales, complementos alimenticios, concursos, juegos, de azar, seguros, videncias, astrología y esoterismo”*, se refiere, en alguno de los casos, a términos inconcretos e instrumentales de los que no caben deducir, sin duda o equivocación, la finalidad para la cual van a ser cedidos, lo que impide que el interesado pueda conocer, como señala el Tribunal Constitucional, a qué uso lo está destinando y , por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

A mayor abundamiento, la Audiencia Nacional en Sentencia de 13/04/2005 ya señaló que *“la amplitud de categoría de bienes y servicios para los que se presta el consentimiento... tampoco permite al particular, identificar de forma determinada y explícita las finalidades para los que serán tratados sus datos personales, en términos que le permitan prestar un conocimiento inequívoco como el exigido por la LOPD”*.

Tampoco en la cláusula informativa se informa de modo expreso, preciso e inequívoco, sobre los destinatarios de la información, haciéndose una genérica referencia en el siguiente sentido *“...CHIVA podrá ceder sus datos a empresas pertenecientes a los sectores antes citados, incluyendo la transferencia internacional de dichos datos, a empresas ubicadas en países miembros de la Unión Europea, a Estados Unidos y a Suiza, países éstos que en unos casos garantizan un nivel de protección adecuado a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y en otros, no tienen el mismo nivel de protección que la LOPD, para que dichas empresas le remitan publicidad de sus productos...”*

Por tanto, de acuerdo con lo señalado, de la cláusula implementada no cabe deducir que los interesados que han remitido sus datos personales, hubiesen prestado su consentimiento inequívoco para el tratamiento de los mismos, y , menos aún, para proceder a ceder sus datos a un tercero.

VI



El artículo 30 de la LOPD al regular los “*tratamientos con fines de publicidad y de prospección comercial,*” en su apartado 1 establece:

“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.”

De la documentación obrante en el presente procedimiento, cabe deducir que la actividad de BANCO DE DATOS, S.L. y B.D. MAIL, S.L. se encuadran en dicho artículo 30 de la LOPD al estar su objeto social relacionado con la publicidad y prospección comercial.

VII

En cuanto a la segunda cuestión de fondo, relativa a si, en el presente supuesto, BANCO DE DATOS, S.L. y B.D. MAIL, S.L. han actuado como encargados de tratamiento de CHIVA, al amparo del contrato suscrito entre ambas entidades el 1/07/2004, en cuyo caso no deberían responder de vulneración alguna de la LOPD pues habría actuado en nombre y por cuenta de CHIVA, es preciso recordar que el artículo 12 de la LOPD, al regular el “*Acceso a los datos por cuenta de terceros*”, establece lo siguiente:

“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” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

De acuerdo con lo señalado en el citado artículo 12 de la LOPD, conviene entrar a considerar si a CHIVA, en este caso, se le puede considerar como responsable del tratamiento, ya que, para que BANCO DE DATOS, S.L. y BD MAIL, S.L. puedan constituirse en sus encargados de tratamiento, es preciso que aquélla sea responsable a tenor de lo previsto en la LOPD.

En este sentido, el artículo 2.1 de la LOPD establece lo siguiente:

“1. La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado.

Se regirá por la presente Ley Orgánica todo tratamiento de datos de carácter personal:

a) Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento.

b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho Internacional público.

c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito.”

De acuerdo con lo señalado en el citado precepto, cabe deducir que CHIVA no tiene ni su sede ni ningún establecimiento en territorio español.

Asimismo, ha quedado acreditado en el presente procedimiento, que CHIVA no tiene tampoco inscrito ningún fichero, como responsable, en el R.G.P.D.

Por tanto, si CHIVA no es responsable del tratamiento ambas entidades desarrollan las funciones recogidas en el contrato de 1/07/2004 a título de responsables y en beneficio propio. En tales casos, respecto a la delimitación de quién es el responsable del fichero, en la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 29/04/2005, la Sala aplica la siguiente doctrina:

“Se plantea en definitiva a la Sala el problema de la diferenciación entre la cesión y el encargado de tratamiento, “encargado de tratamiento” que no venía expresamente regulado en la LO 5/1992, pero entendía la doctrina que tenía cabida en lo establecido en



el Art. 27. Siguiendo lo dispuesto en tal Directiva Europea 95/46/CE, la LO 15/1999 ha regulado específicamente la figura en los aludidos Art. 3.g) y 12, y de hecho la definición de “encargado de tratamiento” contenida en el Art. 3.g) no es sino transcripción del Art. 2.e) de la Directiva.

Y si bien la diferencia entre encargo de tratamiento y cesión, como reconoce la doctrina, en algunos casos es compleja, lo que es evidente es que no puede haber cesión cuando existe encargo de tratamiento y no resulta preciso el consentimiento del afectado.

Lo típico del encargo de tratamiento es que un sujeto externo o ajeno al responsable del fichero va a tratar datos de carácter personal pertenecientes a los tratamientos efectuados por aquél con el objeto de prestarle un servicio en un ámbito concreto. Habría por tanto encargo de tratamiento en los supuestos de outsourcing o en los de prestación derivada de un contrato de obra o arrendamiento de servicios con un fin concreto. Siendo esencial, para no desnaturalizar la figura, que el encargado del tratamiento se limite a realizar el acto material de tratamiento encargado, y no siendo supuestos de encargo de tratamiento aquellos en los que el objeto del contrato fuese el ejercicio de una función o actividad independiente del encargo...”

“En definitiva xxx y xxxx accedieron a los datos personales del afectado, para prestar un servicio, más no a la cesionaria de tales datos, sino a las beneficiarias de la obtención de los mismos, por lo que de ningún modo su relación con xxx puede ser considerada como un encargado de tratamiento a tenor del art. 12 de la LOPD, y tal pretensión ha de ser desestimada.”(el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

Asimismo otras sentencias de la Audiencia Nacional, también han tenido ocasión de referirse a esta cuestión:

En la Sentencia de 24/06/2003, la Sala ante un supuesto de pretendido contrato de arrendamiento de servicios por cuenta de tercero, que, a juicio del cesionario, le eximía de solicitar el consentimiento de los afectados, señaló que no se trataba de una auténtica prestación de servicios por cuenta de terceros porque para ello el tercero se debería de haber limitado a efectuar el tratamiento por cuenta del responsable, pero ello no fue así porque el tercero... *“no desaparece de la relación, sino que utiliza los datos en su provecho económico...”*, cuando lo que debería ser es que el tercero recibiera su remuneración del responsable del fichero por cuenta del que trata sus datos.



En la Sentencia de 15/10/2004, reitera la doctrina anterior al señalar que no son incardinables en el artículo 12 de la LOPD, los supuestos en los que el tercero no actúa como encargado de tratamiento porque... *“no es encargado...en los términos previstos en el artículo 3.g) de la Ley 15/1999 (por cuanto no trata los datos personales por cuenta del responsable del tratamiento, sino en beneficio propio)...”*

Por tanto, de acuerdo con lo señalado, ha quedado acreditado que BANCO DE DATOS, S.L. y BD MAIL, S.L. han actuado, en este caso, como responsables de los datos que recogían y trataban, ya que, en ningún momento, ha quedado probado que CHIVA fuese el verdadero responsable de los datos recabados en la campaña publicitaria objeto del presente procedimiento sancionador.

VIII

El artículo 6. 1 y 2 de la LOPD disponen lo siguiente:

“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 competencia; 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.”

De acuerdo con lo señalado en el Fundamento de Derecho anterior, BANCO DE DATOS, S.L. y B.D. MAIL, S.L., al no actuar como encargados de tratamiento de CHIVA, necesitaban del consentimiento de los interesados para poder tratar sus datos, sin que haya quedado acreditada dicha circunstancia sobre la base de la cláusula informativa incluida en el cupón, como ya se señaló, y sin que concurriera ninguna de las causas establecidas en el apartado 2 de dicho artículo para que no fuese preciso su consentimiento.

Todo ello, supone un tratamiento de datos sin consentimiento del titular de los datos, por parte de ambas entidades, lo que supone sendas infracciones del artículo 6.1, tipificadas como graves en el artículo 44.3.d) de la LOPD.



IX

El artículo 44.3.d) de la LOPD considera infracción grave: *“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 infracción muy grave”*.

La Audiencia Nacional ha manifestado, en su Sentencia de 22/10/2003, que *“la descripción de conductas que establece el artículo 44.3d) de la Ley Orgánica 15/1999 cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, a juicio de esta Sala, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cuál es la conducta prohibida. En efecto, el tipo aplicable considera infracción grave “tratar de forma automatizada los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la Ley”, por tanto, se está describiendo una conducta –el tratamiento automatizado de datos personales o su uso posterior- que precisa, para configurar el tipo, que dicha conducta haya vulnerado los principios que establece la Ley Orgánica. Ahora bien, estos principios no son de aquellos que deben inferirse de dicha regulación legal, sino que aparecen claramente determinados y relacionados en el título II de la Ley, concretamente, por lo que ahora interesa, en el artículo 6 se recoge un principio que resulta elemental en la materia, que es la necesidad de consentimiento del afectado para que puedan tratarse automatizadamente datos de carácter personal. Por tanto, la conducta ilícita por la que se sanciona a la parte recurrente como responsable del tratamiento consiste en usar datos sin consentimiento de los titulares de los mismos, realizando envíos publicitarios.”*

De acuerdo con lo señalado con anterioridad, BANCO DE DATOS, S.L. y B.D. MAIL, S.L. han vulneraron el principio del consentimiento, recogido en el artículo 6 de la LOPD, lo que encuentra su tipificación en el citado artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

X

El artículo 33 de la LOPD disponen lo siguiente: *“1. No podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la presente Ley, salvo que, además de haberse observado lo dispuesto en ésta, se obtenga autorización previa del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas...”*(el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).



De acuerdo con lo señalado en el hecho probado noveno, BANCO DE DATOS, S.L. y B.D. MAIL, S.L., reconocieron, en sus escritos de 30/05/2006, que entregaban semanalmente los datos recogidos a CHIVA con sede en (.....). Dichas alegaciones eran realizadas sobre la base de que su actuación era como simples encargados de tratamiento, sin responsabilidad alguna por su actuación en el tratamiento de datos de acuerdo con la LOPD, en base al contrato suscrito con CHIVA. Sin embargo, los términos empleados, “*se entregan*”, las actividades básicas de dichas entidades, el número de ficheros inscritos en el R.G.P.D. los antecedentes en otros procedimientos sancionadores tramitados en esta Agencia Española de Protección de Datos, con dicha denominación o con denominaciones diferentes y las alegaciones efectuadas frente a la propuesta de resolución, permiten considerar que no ha quedado acreditado que se hubiera producido la transferencia de dichos datos a (.....). En consecuencia, procede estimar las alegaciones citadas, y proceder al archivo del presente procedimiento sancionador respecto a la presunta infracción, por parte de las entidades imputadas, del artículo 33 de la LOPD.

XI

El artículo 45.2 y 4 de la LOPD establece:

“2. Las infracciones graves serán sancionadas con multas de 60.101,21 € a 300.506,05 €.

4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad, a la reincidencia, a los daños y perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas, y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.”

En relación a los criterios de graduación de las sanciones recogidos en el artículo 45.4 de la LOPD, y en especial, en función de la ausencia de reincidencia acreditadas en el presente procedimiento, procede imponer las sanciones, por la vulneración del artículo 6.1 de la citada Ley Orgánica, en su cuantía mínima.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

PRIMERO: IMPONER a las entidades **BANCO DE DATOS, S.L.** y **B.D. MAIL, S.L.** , por la infracción del artículo 6.1, en relación con el artículo 5.1 y 2 de la LOPD, tipificadas



como graves en el artículo 44.3.d) de dicha norma, una multa de 60.101,21 €(sesenta mil ciento un euro con veintiún céntimos) a cada una, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **BANCO DE DATOS, S.L.**, (C/.....), a **B.D. MAIL, S.L.** , (C/.....), y a la **CONFEDERACION DE CONSUMIDORES Y USUARIOS**, (C/.....).

TERCERO: Advertir a las sancionadas que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0000 0000 00 0000000000 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si recibe la notificación entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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.

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, 1 de marzo de 2007

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte