



Procedimiento Nº PS/00281/2007

RESOLUCIÓN: R/00284/2008

En el procedimiento sancionador PS/00281/2007, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a las entidades ANTEVENIO, S.A. y BANKINTER, S.A., vista la denuncia presentada por DÑA. B.B.B., y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 20/02/2006, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de Dña. B.B.B. (en lo sucesivo la denunciante), fechado el 25/01/2006, en el que denuncia el envío a su domicilio, a nombre de su hijo D. D.D.D. (en lo sucesivo el afectado), menor de edad, de una promoción comercial por parte de Bankinter, S.A. (en lo sucesivo BANKINTER), habiendo utilizado para ello datos de carácter personal facilitados por la empresa Antevenio, S.A. (en lo sucesivo ANTEVENIO).

Aporta copia del envío publicitario efectuado por BANKINTER, en el que se ofrece la contratación de una tarjeta de crédito “*Capital One*”. En dicho envío figura el nombre, apellidos y domicilio del afectado, así como la leyenda siguiente:

“En cumplimiento de la normativa sobre protección de datos de carácter personal, le informamos que sus datos proceden de un fichero del que es titular ANTEVENIO, S.A. Si usted desea ejercer sus derechos de acceso, rectificación oposición o cancelación, debe dirigirse por escrito acompañado de fotocopia de DNI a: ANTEVENIO, S.A., (C/.....)”

Asimismo, aporta copia del Libro de Familia, comprobándose que el afectado, destinatario del envío publicitario objeto de la denuncia, nació en fecha 16/12/1995.

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. Mediante escrito de fecha 04/04/2006, BANKINTER manifestó que la campaña de promoción de la tarjeta “*Visa Oro de Capital One*” se dirigió a personas que constan en un fichero cuyo titular es ANTEVENIO, inscrito en el Registro General de Protección de Datos, formado por personas que se han registrado como usuarios en su página web. Dicho fichero es utilizado por BANKINTER en base al contrato suscrito con la entidad MEDIAPRISME ESPAÑA, S.L. (en lo sucesivo MEDIAPRISME), que actuó en representación de ANTEVENIO.

BANKINTER aportó copia de un “*Contrato Marco de Intermediación o Listbroking*” firmado con la empresa MEDIAPRISME, de fecha 24/11/2004, en el que se contienen, entre otras, las “*Manifestaciones*” y “*Estipulaciones*” siguientes:

<<EXPONEN

(...)

II.- Que MEDIAPRISME ha suscrito diferentes acuerdos con entidades responsables de ficheros de datos personales (en adelante los TITULARES) ... que cumplen los requisitos necesarios para su utilización en la realización de campañas o acciones de publicidad directa ...

III.- Que en virtud de los acuerdos establecidos a tal efecto con los TITULARES, MEDIAPRISME se halla autorizado por los TITULARES para mediar en el arrendamiento de sus ficheros a BANKINTER en orden a su uso en diversas campañas o envíos publicitarios u otras acciones de publicidad directa de productos de BANKINTER identificados con la marca CAPITAL ONE, si bien dicha utilización se halla sometida, en todos los casos, a la obtención previa de la conformidad de todos los TITULARES en relación con cada una de las campañas o acciones publicitarias a llevar a cabo, por el tiempo y en los términos y condiciones estipulados en cada caso en documento que se ajustará al modelo que se adjunta como Anexo nº 1 a este contrato ...

CLÁUSULAS

PRIMERA.- En virtud del presente contrato, MEDIAPRISME actuará como intermediario en la comercialización de los ficheros de datos personales de los TITULARES que se describen en los anexos a este contrato, para su utilización en acciones de marketing directo de productos de BANKINTER identificados con la marca CAPITAL ONE ...

SEGUNDA.- MEDIAPRISME manifiesta y garantiza, bajo su responsabilidad, que:

(...)

(ii) los datos personales que serán empleados en las campañas y acciones publicitarias de BANKINTER serán facilitados en virtud de los contratos firmados con MEDIAPRISME con las empresas TITULARES de los ficheros, en las fechas que se indican en los anexos al presente contrato.

(iii) MEDIAPRISME, en nombre de los TITULARES de los ficheros garantiza que los datos personales son recogidos directamente de fuentes accesibles al público o facilitados por los propios afectados u obtenidos con consentimiento ...

TERCERA.- Siempre que lo solicite BANKINTER, el tratamiento y confección de los listados o ficheros de destinatarios (que consistirá normalmente en una segmentación o selección de los destinatarios de la campaña que atiendan a determinados perfiles predeterminados por BANKINTER) ... se efectuará por los TITULARES en los términos expresamente pactados en

cada caso en los correspondientes anexos a este contrato.

Por intermediación de MEDIAPRISME, los TITULARES entregarán a BANKINTER, o por indicación de éste a las empresas –cuyos datos se recogerán en los anexos correspondientes– encargadas de realizar la personalización de la promoción de marketing y/o la ejecución de la acción publicitaria, cada fichero o listado comercializado a tal fin, sin que tal entrega tenga, en ningún caso, el carácter de cesión de dato alguno, y sin que, en consecuencia, pueda BANKINTER, o las empresas a las que éste pudiera encargar la personalización de la promoción y la realización de la acción publicitaria, disponer, en modo alguno, de tales listados o de parte de los mismos ni extraer dato alguno.

Concluida la promoción de marketing o la realización de la acción publicitaria de que se trate, BANKINTER, o las empresas a las que éste hubiera encargado la personalización del envío y/o la realización de la acción publicitaria, deberán proceder a la inmediata destrucción o devolución de los datos de carácter personal entregados, sin poder guardar copia alguna, total o parcial, del mismo.

(...)

NOVENA.- Siempre que lo solicite BANKINTER, la mencionada entrega de los listados se efectuará en un sitio seguro <https> al que tendrá acceso BANKINTER y, en su caso, la empresa que haya de realizar la personalización del envío publicitario o la acción publicitaria. En su caso, BANKINTER indicará el domicilio o lugar de entrega de cada listado de direcciones solicitado ...

UNDÉCIMA.- El precio a satisfacer por BANKINTER a MEDIAPRISME será el que quedará establecido en cada caso en los correspondientes anexos al presente documento, en los que, igualmente, quedará determinada su forma de facturación y pago.

(...)”.

Asimismo, BANKINTER aportó copia del Anexo 10 al contrato antes reseñado, de fecha 07/11/2005, en el que la citada entidad y MEDIAPRISME convienen lo siguiente:

“1. Nombre del fichero y del TITULAR (responsable del tratamiento) en cuyo nombre actúa MEDIAPRISME y fecha del contrato celebrado por el TITULAR y MEDIAPRISME:

<i>NOMBRE DEL FICHERO</i>	<i>TITULAR</i>	<i>FECHA FIRMA</i>
(...)		
<i>Correo Direct Hombres</i>	<i>ANTEVENIO, S.A.</i>	<i>06/09/2005</i>
(...)		

3. Segmentación:

(...)

2. Correo Direct – HOMBRES MAYORES DE 18 AÑOS

Cantidad: Todos los registros masculinos (263.590 registros).

4. Formato o soporte de entrega: texto delimitado en formato zip encriptado con contraseña.

5. Forma y lugar de entrega:

. 11 de noviembre 2005

. En <https://www....X./...../>; Usuario: (.....); Password: ...

6. Condiciones de uso: Un solo uso para una campaña mail promocional Capital One de Bankinter lanzado durante el mes de enero de 2006.

(...)

10. Condiciones de pago: mediante transferencia bancaria a:

Entidad ...

Dirección ...

Titular de la cuenta. MEDIAPRISME ESPAÑA, S.L. ...”.

Finalmente, BANKINTER aportó copia de los contratos, de fecha 23/06/2004, suscritos con las entidades Vértice Comunicación Global, S.L. y Publimail 2000, S.L., que se obligan a prestar servicios a BANKINTER para el desarrollo de campañas de publicidad, incluidos los trabajos de impresión y envíos publicitarios. En dichos contratos se recogen las previsiones establecidas en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), otorgándose a dichas entidades prestadoras del servicio la condición de encargados del tratamiento de los datos de BANKINTER a los que pudieran tener acceso como proveedores de servicios.

2. La entidad ANTEVENIO informó a los Servicios de Inspección de la Agencia Española de Protección de Datos que el afectado se registró voluntariamente en un formulario insertado en el sitio web “...Y...”, cuya titularidad corresponde a la entidad Desarrollos Almadén, S.L., perteneciente a la red de afiliados de ANTEVENIO adheridos al programa de afiliación “Correo Direct” mediante contrato de fecha 30/03/2005. En dicho contrato se conviene lo siguiente:

<<EXPONEN

I. Que LA EMPRESA O PERSONA (Desarrollos Almadén, S.L.) es una sociedad cuya actividad principal es la explotación de un portal de Internet y la prestación de diversos servicios de Internet, a través de la página web www....Y...

II-Network Publicidad S.A. (actualmente ANTEVENIO) ha desarrollado CorreoDirect ... que ofrece a los usuarios de Internet que se suscriban voluntariamente, la oportunidad de recibir, por medio de correos electrónicos (e-mail) material publicitario de terceros a través de un programa “Opt-in/Opt-out” de correo electrónico y se ofrece a los profesionales del marketing directo información demográfica relativa a los usuarios que accedan a la Página de

CorreoDirect.

(...)

CLÁUSULAS

PRIMERA.- En virtud del presente contrato, I-Network recabará, alojará y explotará los datos de los usuarios registrados en el Servicio CorreoDirect ...

SEGUNDA- LA EMPRESA se obliga a informar en la Página web www....Y... que los datos proporcionados por los usuarios al rellenar el formulario de registro serán utilizados por CorreoDirect, quien los gestionará de acuerdo a lo establecido en este contrato.

TERCERA.- LA EMPRESA se compromete a insertar en la página web www....Y... los Términos y Condiciones del servicio CorreoDirect proporcionados por I-Network, ...

LA EMPRESA O PERSONA, carecerá de derechos sobre los registros generados ...

CUARTA.- LA EMPRESA O PERSONA. se obliga a colaborar en exclusividad con I-Network. no pudiendo, directa o indirectamente, recabar o comercializar por sí o través de terceros contratados a tal efecto, la información objeto del presente contrato.

QUINTA.- I-Network será responsable única y exclusivamente de los datos recabados a través del formulario de CorreoDirect ...>>.

Según manifestó la entidad ANTEVENIO, D. D.D.D. se dio de alta dentro del citado programa. Para ello, según consta en las impresiones de pantalla del cuestionario que se ha de cumplimentar a través de la página web "...Y...", debió aceptar expresamente las condiciones, mediante la marca del recuadro de "Términos y Condiciones", en las cuales se informa lo siguiente:

<<PRIVACIDAD EN CORREODIRECT

(...)

2. Permission E-mail Marketing

2.1. ANTEVENIO a través de los acuerdos con usuarios provenientes de la Red de Compañías Afiliadas (en adelante, Red de Afiliados), esto es, de los sitios web que ceden un espacio a CorreoDirect para que pueda registrar a usuarios opt in, ofrece el servido de permission e-mail marketing y marketing directo, Servicio CorreoDirect

2.2. El servicio CorreoDirect consiste en ofrecer al usuario, información y publicidad sobre productos y servicios incluidos en las áreas de interés que el usuario ha señalado al darse de alta en el Servido CorreoDirect así como información y publicidad sobre los productos y servicios en los que, atendiendo a su perfil, y según el criterio de CorreoDirect, éste pudiera estar también interesado.

2.3. Si el usuario desea tener acceso al Servicio CorreoDirect debe prestar su consentimiento de forma libre, voluntaria y expresa, cumplimentando el formulario de registro.

(...)

4. Uso de los servicios de menores de edad.

4.1.- El uso del Servicio CorreoDirect no esta permitido a los menores de edad.

5. Cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal

a) Derecho de información

A los efectos de lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (en adelante, LOPD), ANTEVENIO, S.A. informa al usuario de la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal creado por ANTEVENIO, SA. y denominado "CORREODIRECT.MEMBERS", que ha sido inscrito ante la Agencia de Protección de Datos ...

b) Finalidad

Los datos que el usuario facilita a ANTEVENIO, SA. tienen como finalidad conocer sus áreas de interés y obtener perfiles específicos para realizar e-mail marketing y marketing directo. Esta información será tratada con la máxima privacidad, confidencialidad y seguridad de acuerdo con la legislación vigente.

(...)

d) Cesión de datos de los usuarios

El usuario consiente expresamente que sus datos puedan ser cedidos a las empresas Centrocom Cyber, S.L. y Europermission, SL., integrantes del grupo ANTEVENIO, ambas domiciliadas en la (C/.....), con el fin de remitir al usuario información sobre los temas que resulten de su interés. El usuario puede revocar en todo momento el consentimiento prestado en el presente, así como ejercitar los derechos que le asisten de acceso, rectificación, cancelación y oposición, dirigiendo una comunicación escrita a la dirección indicada anteriormente a los referidos efectos,

Asimismo, el usuario consiente expresamente que sus datos (nombre, apellidos y dirección postal) puedan ser cedidos a otras entidades españolas o de la Unión Europea del sector del Marketing o pertenecientes a la Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD), o agrupadas en diversos sectores (Financiero, Editorial, Educación, Automoción, ONO, Informática, Telecomunicaciones, Consultoría, Energía, Medicina, Textil, Hogar, Higiene, Salud, Productos de Belleza y de Cuidado Personal, Mobiliario, Alimentación, Coleccionismo, Música, Vídeos, Pasatiempos, Material de Oficina, Informática,

Tecnología, Viajes, Juguetería, joyería, Droguería y Limpieza, Seguros), con el fin de que puedan recibir ofertas de diversos productos o servicios que puedan ser de su interés,

e) Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición

El usuario podrá ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento de sus datos personales dirigiendo una comunicación por escrito a ANTEVENIO, S.A. a la siguiente dirección: (C/.....) o bien dirigiéndose a la siguiente dirección de correo electrónico: ...Z..@..... >>.

El mencionado formulario de recogida de datos insertado en el sitio Web “...Y...” solicita a los usuarios los datos personales relativos a dirección de correo electrónico, nombre, apellidos, fecha de nacimiento, localidad, país, dirección postal, profesión, educación y sector. En dicho formulario se advierte que la identificación como usuario de la citada página web, una vez realizado el proceso y validado el email del usuario, permite “acceder a todos los contenidos privados que trucoteca ofrece exclusivamente para sus usuarios”. Además, en dicho formulario se indica “Selecciona tus áreas de interés y recibirás las mejores promociones de la mano de CorreoDirect” y posibilita la realización de una marca para diversos “temas” señalados separadamente (automóviles, casa/jardín, comida/cocina, educación/formación, familia/niños, informática, juegos, moda, noticias/novedades, tecnología/entretenimiento, salud/belleza, vivienda/inmobiliaria, concursos/promociones, deportes, empleo, finanzas, Internet, libros, negocios, música, regalos y viajes).

Por otra parte, ANTEVENIO manifestó que no tuvo conocimiento de la minoría de edad del afectado debido a que, al cumplimentar el formulario de alta insertado en la página web “...Y...”, introdujo un dato erróneo relativo a la fecha de nacimiento, “ya que no completó correctamente los campos solicitados”, provocando que el Sistema lo identificase como mayor de edad. No obstante en la impresión de los datos que figuran en el fichero de la entidad, remitido a esta Agencia, no se refleja la fecha de nacimiento introducida por el usuario.

Según consta en las impresiones de pantalla remitidas por ANTEVENIO, relacionadas con la información que consta en sus Sistemas de Información sobre la inscripción del afectado, consta que la misma se realizó a través del formulario existente en la página web “...Y...”, en fecha 12/09/2005, hora: 22:17:00, desde la dirección IP “#####”, señalando como dirección de correo electrónico “...V..@.....”.

3. Mediante consulta, a través de Internet, al Registro de Direcciones IP (RIPE), se constata que la dirección “#####” se encuentra incluida en un rango de direcciones pertenecientes a Telefónica de España, S.A.U. Esta operadora informó que la dirección “#####” se asocia a una dirección dinámica, que realizó una conexión en fecha 12/09/2005, entre las 21:03 y 22:25 horas, a través de la línea telefónica *****, cuya titularidad corresponde a D. M.M.M., cuyo domicilio de instalación coincide con el domicilio de la denunciante y del afectado.

4. Asimismo, ANTEVENIO informó que la comercialización a terceros del fichero

CorreoDirect se realiza con la intermediación de MEDIAPRISME, en virtud de un contrato marco formalizado en fecha 15/09/2005, que contempla la firma entre las partes de una “*Hoja de Encargo*” para cada utilización del citado fichero por una entidad tercera, que queda así autorizada por ANTEVENIO. En dicho contrato marco se estipula lo siguiente:

<<MANIFIESTAN

I.- ... ANTEVENIO es la propietaria de la siguiente base de datos de Permission Marketing: CorreoDirect - Base de datos multicanal (correo electrónico y dirección postal), con multitud de variables, constituida por usuarios de Internet de lengua española ...

II.- Que MEDIAPRISME ESPAÑA, SL., tiene por objeto la intermediación en la comercialización de ficheros para acciones de marketing directo de direcciones personales (!list broking).

(...)

PACTOS

PRIMERO.- OBJETO DEL PRESENTE CONTRATO MARCO

Constituye el objeto del presente Contrato Marco establecer las bases y condiciones con arreglo a las cuales ANTEVENIO autoriza, de forma no exclusiva y dentro del territorio español, a MEDIAPRISME para la gestión, en su nombre y representación, como mero intermediario, de la gestión de campañas publicitarias de marketing directo a los titulares de los datos de carácter personal incluidos en el Fichero de Datos, de los que ANTEVENIO es responsable y ello mediante cualesquiera sistemas, incluyendo, entre otros sistemas electrónicos (correo electrónico, SMS, etc.) que terceros agentes estén interesadas en remitir a las personas cuyos datos obran en los ficheros detallado en el Expositivo I del presente Contrato Marco.

SEGUNDO,- ACTIVIDAD CONJUNTA DE LAS PARTES

2.1. MEDIAPRISME se compromete a facilitar a ANTEVENIO el contacto con terceros agentes (en lo sucesivo Beneficiario/s de la Campaña/s) para el desarrollo de la actividad antes referida, y sin que en ningún momento MEDIAPRISME ni el Beneficiario de la Campaña trate los datos o tenga acceso al Fichero de Datos, ni al tratamiento del mismo.

2.2. El número de personas y condiciones de utilización se concretarán, para cada ocasión, en documentos adicionales al presente contrato (denominadas Hojas de Encargo) ... En dichas Hojas de Encargo se especificará el tipo de campaña comercial o publicitaria, el número de datos solicitados, el tercero Agente Beneficiario y responsable de la campaña publicitaria, las fechas de realización de la misma, así como toda aquella información adicional que ANTEVENIO, en cada momento, precise o indique.

(...)

2.5. *MEDIAPRISME se compromete a informar con la suficiente antelación y por escrito a ANTEVENIO cada vez que un tercero Agente Beneficiario de la publicidad pretenda realizar una campaña publicitaria a los usuarios de ANTEVENIO incluidos en el Fichero de Datos de ANTEVENIO, a los efectos de obtener la autorización previa y por escrito de ANTEVENIO ...*

2.6. *En cualquier caso dicha autorización será válida para un único uso de los datos, y exclusivamente para los fines publicitarios detallados en el documento de colaboración ...*

TERCERO.- REALIZACIÓN DE LA CAMPAÑA DEL BENEFICIARIO.

3.1. *La entrega de los registros se realizará por ANTEVENIO directamente a aquellos terceros agentes (personalizadores, manipuladores, etc.), designados por ANTEVENIO encargados del proceso de los mismos, en la forma, lugar y condiciones que ANTEVENIO en cada momento fije, y sin que a MEDIAPRISME, o al tercero Beneficiario de la Campaña traten, se le cedan, o se le de acceso a los datos*

3.2. *Si MEDIAPRISME se encargase de gestionar, en nombre de ANTEVENIO, la contratación de la terceros agentes de proceso de datos, MEDIAPRISME se compromete obtener manifestación expresa de dichos agentes de su compromiso de mantener el secreto profesional respecto a dichos datos personales y del deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar las relaciones objeto del presente contrato ... Asimismo, MEDIAPRISME obtendrá el compromiso de la terceros agentes de proceso de datos en cuanto a la utilización de los datos de carácter personal entregados por ANTEVENIO única y exclusivamente para la realización de la campaña publicitaria autorizada y conforme a las instrucciones de ANTEVENIO, a no aplicar o utilizar los datos con fin distinto al autorizado, ni a comunicarlos, ni siquiera para su conservación a terceras personas, con la excepción que en el propio contrato se indica (personalizadores, manipuladores, etc.) ...*

3.3. *En este sentido y en virtud de lo dispuesto en el punto 3.2. anterior, MEDIAPRISME, siguiendo las instrucciones de ANTEVENIO, se compromete a suscribir un contrato con los terceros agentes encargados del tratamiento de los datos personales (personalizadores, manipuladores, etc.) que regule expresamente el tratamiento de los datos autorizado y que prevea lo establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 ...*

3.4. *Como consecuencia de la operativa detallada en la presente cláusula, los registros no pasarán, en ningún momento, a estar en posesión del cliente de MEDIAPRISME, Agentes Beneficiarios de la publicidad, ni de MEDIAPRISME, ni se le revelará dato de carácter personal alguno, no teniendo aquél conocimiento ni acceso material a los datos personales de los destinatarios de su publicidad. Consecuentemente, el cliente de MEDIAPRISME no llevará a cabo tratamiento automatizado alguno de los datos de carácter personal obrantes en el fichero de ANTEVENIO ...*

QUINTO.- PRECIO Y FORMA DE PAGO.

ANTEVENIO percibirá, en relación con la utilización total o parcial de los datos recogidos en el fichero del cual ANTEVENIO es titular para la realización de campañas publicitarias a



favor de Clientes de MEDIAPRISME, la contraprestación que figure en la hoja de encargo, pudiendo por su parte, MEDIAPRISME podrá fijar aquellas condiciones económicas que estime oportunas con sus clientes finales ...>>.

Con fecha 04/11/2005, ambas entidades, ANTEVENIO y MEDIAPRISME, suscribieron un Anexo al contrato marco reseñado, correspondiente a la utilización del fichero CorreoDirect por la entidad BANKINTER, en el que se establece que los datos en cuestión debían entregarse el día 11/11/2005. En este Anexo se indica, asimismo, entre otra información, la siguiente:

<<CONDICIONES PARTICULARES

DATOS IDENTIFICATIVOS

1.1 MEDIAPRISME

Empresa: MEDIAPRISME ESPANA, S.L.

Dirección: (C/.....)

1.2. TITULAR del fichero

Empresa: ANTEVENIO, S.A.

Dirección: (C/.....)

1.3. EL CLIENTE

Empresa: BANKINTER, S.A

Dirección: (C/.....)

1.4. EMPRESA PROCESO DE DATOS

Empresa: Schober PDM Iberia, S.A.

Dirección: (C/.....)

Dirección de entrega: https://www.....X.....

Usuario: (.....)

1.5. MANIPULADORES

Denominación social: VÉRTICE COMUNICACIÓN GLOBAL, S.L.

Dirección: (C/.....)

Denominación social: PUBLIMAIL 2000, S.L

Dirección: (C/.....)

2. DATOS PERSONALES

MediaPrisme, actúa como intermediario, en la comercialización de ficheros para acciones de marketing directo de direcciones de los propietarios antes mencionados. Dichos propietarios enviarán la selección de direcciones ordenada por Bankinter directamente a la empresa que se encarga de hacer el proceso de datos y serán destruidos una vez utilizados,

Selección: Cantidad: Todos los registros masculinos (230.542 registros)

Criterio: Que sean hombres.

3. FECHA LIMITE DE ENTREGA. DE LOS DATOS PERSONALES

Fecha de entrega de los ficheros: 11/noviembre/2005

Fecha del mailing: enero 2006

4. NUMERO DE UTILIZACIONES PERMITIDAS Y PLAZO MÁXIMO

MEDIAPRISME, en nombre y representación del TITULAR del fichero, y en virtud del presente contrato, autoriza a EL CLIENTE a una (1) única utilización de los datos recogidos en los ficheros descritos en el punto 2. Dicha autorización tendrá una duración máxima de 60 días. A la finalización del presente Contrato, EL CLIENTE deberá proceder a la destrucción o, en su caso, devolución a TITULAR del fichero de datos, de los datos de carácter personal procedentes del fichero del TITULAR del fichero de datos, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal, sin quedarse copia alguna de los mismos.

5. CARACTERISTICAS DE UTILIZACION DEL FICHERO

Un único uso para mailing promocional de Bankinter-Capital One

6. CONDICIONES ECONOMICAS FORMA DE PAGO

263,590 registros con 25% sin coste por efectos de normalización y deduplicación

Coste: ...

Menos ...% de comisión a MEDIAPRISME

Forma de entrega:

Dirección de entrega: <https://www....X./...../>

Usuario: (.....)>>.

TERCERO: Con fecha 21/09/2007, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a la entidad ANTEVENIO por las presuntas infracciones de los artículos 6.1 y 11.1 de la LOPD, tipificadas como grave y muy grave, respectivamente, en los artículos 44.3.d) y 44.4.b) de dicha Ley, y a la entidad BANKINTER por la presunta infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el citado artículo 44.3.d) de la misma norma, pudiendo ser sancionadas con multa de 60.101, 21 € a 300.506,05 € las infracciones graves y con multa de 300.506,05 a 601.012,1 € la infracción muy grave, de acuerdo con el artículo 45.2 y 3 de la LOPD.

CUARTO: Notificado el citado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, se recibe escrito de la entidad ANTEVENIO, en el que, previa advertencia sobre la falta de motivación

del acuerdo de apertura del procedimiento sancionador de referencia, que le impide identificar los hechos que se le imputan y perjudica, consiguientemente, su derecho de defensa, solicita el archivo del expediente en base a las siguientes consideraciones:

. El programa de afiliación “*Correo Direct*” se inicia con la cumplimentación de un formulario publicado en la Web “...Y...” perteneciente a la red de colaboradores de ANTEVENIO, que fue el utilizado por el afectado para facilitar sus datos identificativos y marcar las áreas de su interés para la recepción de información publicitaria, obligándose al usuario, como requisito para cursar su solicitud, a aceptar expresamente las indicaciones contenidas en los apartados “*Términos y Condiciones del servicio Correo Direct*” y “*Política de Privacidad en Correo Direct*”. Con ello, se da cumplimiento al deber de información previa a la prestación del consentimiento inequívoco previsto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI).

Además, a través del mencionado formulario únicamente se recabaron aquellos datos necesarios para la finalidad propia del servicio, en cumplimiento de la establecido en el artículo 4 de la LOPD.

Por otra parte, añade que, tan pronto tuvo conocimiento de la inexactitud de los datos facilitados por el afectado, procedió a su eliminación, conservando los datos disociados para poder atender cualquier tipo de reclamación.

. El tratamiento de los datos del afectado, su recogida y conservación, según ha quedado expuesto, se realizó con su consentimiento, manifestado de forma libre, inequívoca, específica e informada. Conforme al sistema antes descrito, el usuario conoce que sus datos van a ser registrados y almacenados con fines publicitarios, la existencia de un fichero, los destinatarios de la información, la posibilidad de ejercer los derechos que le asisten y la identidad del responsable de dicho fichero.

. El usuario se registra en el sistema de ANTEVENIO, específicamente, con la voluntad de recibir publicidad, después de haber sido informado sobre la posibilidad de que sus datos sean cedidos, con tal fin, a otras entidades agrupadas en diversos sectores de actividad, tal como ha exigido la propia Agencia Española de Protección de Datos en los Informes de su Gabinete Jurídico de 26/09/2002 y 12/06/2004, emitidos en respuesta a las consultas planteadas por la FECEMD y el Grupo Planeta, respectivamente. Conforme a lo expuesto, ANTEVENIO invoca el principio de confianza legítima.

BANKINTER, por su parte, en su escrito de alegaciones de fecha 24/10/2007, manifestó que se vulnera el principio de tipicidad, que exige la comisión del hecho subsumible en el tipo infringido y la concurrencia de un elemento subjetivo. En este caso, el artículo 43 de la LOPD define quienes son los responsables de las infracciones que dicha norma tipifica, estableciendo que “*los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley*”, definiéndose el responsable del fichero o tratamiento en el artículo 3.d) de la misma norma como “*toda persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida*

sobre finalidad, contenido y uso del tratamiento”.

BANKINTER, aún siendo el beneficiario de la campaña publicitaria, no accedió a los datos ni decidió la finalidad ni el uso del fichero, cuya titularidad corresponde a ANTEVENIO, que determina dichos extremos en el momento de recabar el consentimiento de sus clientes. Añade que el afectado se registró voluntariamente en el formulario insertado en el sitio Web “...Y...”, introduciendo un dato erróneo relativo a la fecha de su nacimiento, que posibilitó que el programa le identificara como mayor de edad; que BANKINTER se limitó a contratar con MEDIAPRISME la realización de la campaña publicitaria, obligándose esta entidad a asegurar el cumplimiento de la normativa de protección de datos; y que fue MEDIAPRISME quien contrató con ANTEVENIO la entrega de las direcciones para la realización de la prospección comercial. Advierte que estas circunstancias están avaladas por el contenido de las relaciones contractuales formalizadas y que en un caso similar, analizado en la Resolución R/00553/2004 del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, así se consideró.

Tampoco concurre, en el presente caso, un problema de validez del consentimiento prestado por el afectado, que tuvo capacidad suficiente para introducir sus datos en el formulario en cuestión. La propia Agencia Española de Protección de Datos, en Informe Jurídico del año 2000, relativo al consentimiento otorgado por menores, determinó válido el prestado por los mayores de catorce años para el tratamiento de sus datos personales, y válida la referencia, al respecto, a lo dispuesto en el artículo 162.1 del Código Civil, que establece la posibilidad de interpretar las condiciones de madurez del menor. Así, la capacidad que se supone al afectado, en tanto que usuario de Internet y de programas informáticos, y la claridad de la cláusula informativa que le fue facilitada en el momento de la recogida de los datos, permiten concluir que no existe falta de consentimiento.

Se invoca el principio de culpabilidad, alegando que no existió dolo ni culpa ni falta de diligencia en su actuación, como se acredita por las obligaciones impuestas a MEDIAPRISME en el contrato formalizado, Cláusula Segunda, para que ésta se asegurase del cumplimiento de las normas de protección de datos.

De forma subsidiaria, solicita que se aplique el principio de proporcionalidad en virtud de la falta de intencionalidad demostrada, aplicando lo dispuesto en el artículo 45.5 de la LOPD e imponiendo, en base a lo manifestado, la sanción establecida para las infracciones leves en su cuantía mínima.

QUINTO: En fecha 30/11/2007, se acordó por el Instructor del procedimiento la apertura de un período de pruebas, teniéndose por reproducida la documental aportada por el denunciante, así como las actuaciones previas de investigación desarrolladas por la Inspección de Datos de esta Agencia Española de Protección de Datos, E/00282/2006, e incorporada, como medio de prueba, la documental aportada por la entidad ANTEVENIO con su escrito de alegaciones.

SEXTO: Transcurrido el período de pruebas, se inició el trámite de audiencia, en el que ANTEVENIO y BANKINTER presentaron sendos escritos en los que se reiteran, básicamente,

en sus alegaciones anteriores.

Añade ANTEVENIO, como ya hiciera BANKINTER, que debe considerarse válido el consentimiento prestado por el afectado, al resultar acreditada su capacidad para discernir, conforme a lo dispuesto en el artículo 162.1 del Código Civil, que se refiere a las condiciones de madurez del menor para realizar acciones. En este caso, se demuestra capacidad suficiente para *“jugar con videojuegos, acceder a Internet, buscar una página que examinar con el fin de localizar trucos para sus videojuegos, ser consciente de que debe darse de alta para poder acceder a los contenidos de la página web y realizar las acciones necesarias para conseguir el acceso. De igual manera es consciente de que ha de rellenar determinados campos para que dicha alta sea correcta y conseguir así el permiso para realizar acciones en la mencionada página ...”*. En base a estos argumentos, considera ANTEVENIO que su política de privacidad es cabalmente comprensible, de tal manera que un menor es capaz de dar su consentimiento.

Por otra lado, advierte que no existe dolo o culpa en su actuación, ya que en ningún momento ha tenido voluntad de engañar, causar algún daño o incumplir una obligación, según queda patente en el primer punto de su política de privacidad, ni se omite la diligencia que le es exigible, cumpliendo el deber de información establecido en el artículo 5 de la LOPD y avisando expresamente sobre la prohibición de uso del servicio de Correo Direct a los menores de edad.

Además, considera ANTEVENIO que el presente caso se sustenta en un error del propio afectado, intencionado o no, en la consignación de la fecha de nacimiento, que motivó su registro en el sistema como mayor de edad, sin que aquella entidad tuviese forma de comprobar dicha minoría de edad.

Finalmente, invoca el principio de proporcionalidad y solicita la aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.5 de la LOPD, dada la inexistencia de prueba alguna de intencionalidad.

BANKINTER insiste en afirmar que no realizó ningún tratamiento de datos, manifestando que se limitó a dar instrucciones a la empresa por ella contratada, Schober PDM Iberia, S.A., para la realización del envío publicitario a las direcciones incluidas en el fichero *“Correo Direct”*, previamente aprobado por ANTEVENIO. Asimismo, señala que, considerando la naturaleza del producto ofertado en la campaña comercial, la remisión de la comunicación comercial no ha comportado lesión alguna para el afectado, ni fue remitida por BANKINTER en el conocimiento de que se estaba dirigiendo a un menor, dado que no se realizó ninguna selección de las direcciones incluidas en el mencionado fichero.

SÉPTIMO: Con fecha 04/02/2008, tuvo entrada en esta Agencia un nuevo escrito de la entidad ANTEVENIO, en el que reitera sus alegaciones anteriores, relativas a las condiciones de madurez del afectado constatadas en el presente caso y su capacidad para comprender la cláusula informativa que aparece en la página Web *“...Y...”*. En dicho escrito se indica lo siguiente:

<<CUARTA.- Por todo ello hemos de esclarecer en el presente punto, si el menor reúne las condiciones de madurez suficientes para realizar el acto que en el presente Procedimiento Sancionador se discute. En éste caso, comprobamos cómo el niño, ante la disyuntiva de localizar trucos para sus videojuegos o no poder proseguir con los mismos, tiene la consciencia suficiente para acudir al ordenador, acceder a Internet, buscar una página sobre videojuegos que pueda serle de utilidad y darse de alta para acceder a la misma, acceso que logra mediante la introducción de sus datos personales, datos que abarcan desde el nombre y los apellidos hasta la dirección física y de correo electrónico, pasando por aficiones y temas de interés.

De igual manera, al ser consciente el menor de que resultaba necesario marcar algún área de interés así como la aceptación de los términos y condiciones expuestos para que el alta resultara correcta, marcó dichas casillas de forma expresa y consciente, con la finalidad de seguir con el alta.

Todos estos actos realizó dicho menor pese a la prohibición expresa que reza en las condiciones de uso, de acceder a los servicios de ANTEVENIO a todos aquellos menores de edad. Dicha prohibición se hace patente a la hora de introducir el dato de la fecha de nacimiento, establecida de tal manera que si la persona que introduce sus datos resulta ser, en base al mencionado campo “fecha de nacimiento”, menor de edad, sus datos no quedan reflejados en las bases de datos de ANTEVENIO. Por ello, el menor tuvo que introducir, de forma intencionada o no, una fecha de nacimiento diferente de la real, que le identificara como mayor de edad, de tal forma que sorteara la barrera interpuesta a tal fin de forma expresa por ANTEVENIO para que los menores de edad no puedan acceder a los servicios de la misma.

QUINTA.- Es igualmente necesario resaltar las circunstancias que rodean el alta del menor en la página web ...Y.... De esta manera se puede observar que el menor se encuentra conectado a Internet un día laboral a horas intempestivas para un niño de su edad (diez y cuarto de la noche) y sin restricciones de ningún tipo ni vigilancia paterna. Por todo lo anteriormente expuesto, y debido a las circunstancias que rodean a los hechos producidos podemos afirmar que la facilitación de los datos por parte del menor se debe en gran medida a una culpa in vigilando de los progenitores del mismo, ya que el acceso a Internet ha demostrado ser libre sin ningún tipo de filtro establecido por parte de los padres del menor.

Por lo expuesto en párrafos anteriores entendemos que no cabe aplicar una infracción del artículo 6.1 LOPD ya que el menor es perfectamente capaz de discernir qué campos ha de completar y lo hace con datos personales propios, rellenando campos de nombre, apellidos, dirección postal y de correo electrónico, teléfono e incluso fecha de nacimiento, siendo ésta última el único dato erróneo del formulario, precisamente aquel que resulta imprescindible para diferenciar quienes tienen la edad necesaria para acceder a los servicios de ANTEVENIO y quienes no, por lo que se podría desprender que el menor en cuestión no cometió un error al introducir una fecha errónea en el campo correspondiente a la misma.

SEXTA.- Lo anteriormente mostrado lleva a esta parte a considerar que el menor que accede a los contenidos de la página y por tanto a los servicios de ANTEVENIO tiene madurez suficiente para leer y comprender los términos y condiciones reflejados en la página web y

otorgar así consentimiento para el trato de sus datos de carácter personal. Sin embargo, y debido a la naturaleza de los servicios prestados, dirigidos expresamente a mayores de edad, ANTEVENIO desea tomar tantas medidas como sea posible para evitar que en el futuro se produzcan infracciones de sus Condiciones de Uso como la que ha dado lugar a este procedimiento.

Se puede observar así que en la actualidad el campo de fecha de nacimiento ha sido variado de tal forma que el interesado no puede sino marcar la fecha que viene predeterminada en dicho campo. Asimismo, ANTEVENIO ha incorporado a una persona a los únicos efectos de que sea ésta la que vele por la protección de datos y los derechos de los afectados. De igual manera, ANTEVENIO está llevando a cabo una exhaustiva revisión de todas las campañas en vigor para implantar procedimientos más garantistas en relación con el cumplimiento de la LOPD y el Reglamento de Medidas de Seguridad.

De igual manera conviene remarcar que las medidas adoptadas para eludir la posibilidad de que la presente situación se repita en el futuro no queda en las mencionadas. Aparte de las mismas, se hace notar que no se han vuelto a realizar campañas de marketing directo postal, pese a que en la cláusula queda perfectamente recogida la posibilidad de llevarlas a cabo. Por otro lado, para remarcar la importancia de que los servicios ofertados por ANTEVENIO son única y exclusivamente para mayores de edad e intentar garantizar al máximo el acceso de aquellos que realmente son mayores de edad, se ha llevado a cabo la modificación de la aceptación de los términos y condiciones en TRUCOTECA.com, para que no se lea solamente la frase “Acepto los términos y condiciones” sino que pueda leerse “Acepto los términos y condiciones y garantizo que soy mayor de edad” de forma que los usuarios tomen parte activa en el proceso de garantizar que las bases de datos no contienen información sobre menores de edad.

(...)

OCTAVA.- Aparte de lo ya mostrado en párrafos anteriores, es necesario resaltar que en ningún momento los datos del menor, ni de ninguna otra persona que figura en las bases de datos de ANTEVENIO, han sido cedidos a BANKINTER, beneficiario a la postre de la publicidad realizada. Así, se desprende de las alegaciones presentadas por Bankinter en fecha 24 de octubre de 2007 y del contenido del Anexo de 7 de noviembre de 2005, al contrato celebrado entre MEDIAPRISME ESPAÑA y BANKINTER, en las cuales se pone de manifiesto que BANKINTER nunca tuvo en su poder ni accedió a dicho fichero.

En el mismo sentido en lo regulado en el pacto tercero del contrato celebrado con fecha 15 de septiembre de 2005 entre el responsable del fichero —ANTEVENIO- y el intermediario MEDIA PRISME ESPAÑA, se afirma o siguiente: “la entrega de los registros se realizará por ANTEVENIO directamente a aquellos terceros designados por ANTEVENIO, encargados del proceso de los mismos, en la forma lugar y condiciones que ANTEVENIO en cada momento fije, y sin que a MEDIA PRISME ESPAÑA o al tercero beneficiario de la campaña traten, se le cedan, o se le dé acceso a los datos’. Si bien este punto es irrelevante por resultar la cesión a terceros expresamente recogida en la cláusula de la que mi defendida hace gala en la página web anteriormente mencionada ...Y... ...>>.



OCTAVO: Con fecha 19/02/2008, se emitió propuesta de resolución en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se adoptasen los siguientes acuerdos:

1. Que se sancione a la entidad ANTEVENIO con multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euros con veintinueve céntimos) por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma.
2. Que se sancione a la entidad ANTEVENIO con multa de 300.506,05 € (trescientos mil quinientos seis euros con cinco céntimos) por la infracción del artículo 11.1 de la LOPD, tipificada como muy grave en el artículo 44.4.b) de dicha norma.
3. Que se sancione a la entidad BANKINTER con multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euros con veintinueve céntimos) por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma.

Notificada la citada propuesta, ANTEVENIO presentó escrito en el que se reitera en sus alegaciones anteriores, relativas a la indefensión provocada por la falta de motivación del acuerdo de apertura del procedimiento, la validez de las cláusulas informativas comunicadas al denunciante, así como el consentimiento prestado por el mismo y la procedencia de aplicar lo dispuesto en el artículo 45.5 de la LOPD, por la ausencia de intencionalidad constatada en el presente caso.

En cuanto a la prestación del consentimiento por el afectado en el momento en que facilitó sus datos con la cumplimentación del formulario en cuestión, advierte que no le resta validez la ausencia de marca en los sectores de actividad a los que puede referirse la publicidad que se remita al interesado y que, además, resulta igualmente válido el consentimiento tácito, admitido por la Agencia Española de Protección de Datos.

Reitera que la introducción por el afectado de una fecha errónea provocó que el sistema lo identificara como mayor de edad. En este caso concreto, aclara ANTEVENIO, el usuario introdujo como año de nacimiento "95" y, dado que el sistema está diseñado para insertar dicho dato con cuatro dígitos, el sistema atribuyó al afectado una edad de 1911 años, por lo que, según indica dicha entidad, el sistema "*no era capaz de identificar como menor de edad*". Añade que, actualmente, el sistema ha sido corregido para que no puedan repetirse incidencias de este tipo.

Invoca los principios de proporcionalidad, presunción de inocencia, de culpabilidad y de confianza legítima, y, después de reiterar sus argumentos relativos a la capacidad y condiciones de madurez acreditadas por el afectado, insiste en señalar que no hubo cesión de datos a BANKINTER, según consta en los contratos formalizados para la realización de la campaña publicitaria.

En fecha 07/03/2008, tuvo entrada en esta Agencia el escrito de alegaciones elaborado



por BANKINTER en respuesta a la propuesta de resolución. En dicho escrito, la citada entidad se reitera, básicamente, las alegaciones formuladas anteriormente, señalando que no decidió la finalidad y uso del fichero, ni tuvo acceso al mismo, según consta en los contratos formalizados, de modo que no puede ser considerada responsable del tratamiento, y que en el presente caso consta el consentimiento otorgado por el afectado. Invoca nuevamente el principio de culpabilidad, que impide la responsabilidad objetiva del administrado y requiere una prueba de intencionalidad.

En cuanto a la diligencia exigida a BANKINTER, advierte que hizo uso del único medio a su alcance, exigiendo a la entidad con la que formalizó la contratación de la campaña publicitaria que garantizase el cumplimiento de la normativa de protección de datos, no correspondiéndole llevar a cabo una labor auditora previa, y que esta actuación ya fue valorada en un supuesto similar por la Agencia Española de Protección de Datos, que dio lugar al procedimiento señalado con el número PS/00226/2005, en el que se impuso la sanción correspondiente a las infracciones leves al considerar que BANKINTER *“desplegó la diligencia que estuvo a su alcance al tener presente al celebrar el contrato las garantías previstas en la LOPD, a pesar de lo cual no pudo evitar el tratamiento sin consentimiento de los datos de al denunciante”*.

En base a lo expuesto, invoca el principio de proporcionalidad y solicita la aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.5 de la LOPD.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: La entidad ANTEVENIO dispone de un fichero denominado *“Correodirect.Members”* inscrito en el Registro General de Protección de Datos. Según consta en dicha inscripción, el citado fichero tiene como finalidad y usos previstos *“ofrecer información y publicidad sobre productos y servicios solicitados por el usuario y en los que pudiera estar interesado”*. Asimismo, en el apartado *“Tipificación correspondiente a la finalidad y usos previstos”* se indica *“Gestión de clientes / Prospección comercial / Recopilación de direcciones”* (folios 9 a 14).

SEGUNDO: Los datos personales que constan en el fichero *“Correodirect.members”* se recaban por ANTEVENIO directamente de los interesados. Para ello, la citada entidad dispone de una red de afiliados adheridos al programa *“Correodirect”*, entre los que figura la entidad Desarrollos Almadén, S.L., titular del sitio Web *“...Y...”*, a través de la cual presta diversos servicios de Internet. Las entidades ANTEVENIO y Desarrollos Almadén, S.L. suscribieron un contrato, de fecha 30/03/2005, que permite a la entidad ANTEVENIO recabar datos a través de un formulario alojado en el sitio Web *“...Y...”*. En virtud de dicho contrato, Desarrollos Almadén, S.L. se obliga igualmente a insertar en el mencionado sitio Web los *“Términos y Condiciones del servicio CorreoDirect”*, que deben ser aceptadas por los usuarios mediante la marca del recuadro correspondiente, que contienen, entre otras, la siguiente información:

<2.2. El servicio CorreoDirect consiste en ofrecer al usuario, información y publicidad sobre

productos y servicios incluidos en las áreas de interés que el usuario ha señalado al darse de alta en el Servicio CorreoDirect así como información y publicidad sobre los productos y servicios en los que, atendiendo a su perfil, y según el criterio de CorreoDirect, éste pudiera estar también interesado.

2.3. Si el usuario desea tener acceso al Servicio CorreoDirect debe prestar su consentimiento de forma libre, voluntaria y expresa, cumplimentando el formulario de registro ...

4.1.- El uso del Servicio CorreoDirect no esta permitido a los menores de edad ...

a) Derecho de información

A los efectos de lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (en adelante, LOPD), ANTEVENIO, S.A. informa al usuario de la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal creado por ANTEVENIO, SA. y denominado “CORREODIRECT.MEMBERS”, que ha sido inscrito ante la Agencia de Protección de Datos ...

b) Finalidad

Los datos que el usuario facilita a ANTEVENIO, SA. tienen como finalidad conocer sus áreas de interés y obtener perfiles específicos para realizar e-mail marketing y marketing directo. Esta información será tratada con la máxima privacidad, confidencialidad y seguridad de acuerdo con la legislación vigente ...

d) Cesión de datos de los usuarios ...

Asimismo, el usuario consiente expresamente que sus datos (nombre, apellidos y dirección postal) puedan ser cedidos a otras entidades españolas o de la Unión Europea del sector del Marketing o pertenecientes a la Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM), o agrupadas en diversos sectores (Financiero, Editorial, Educación, Automoción, ONO, Informática, Telecomunicaciones, Consultoría, Energía, Medicina, Textil, Hogar, Higiene, Salud, Productos de Belleza y de Cuidado Personal, Mobiliario, Alimentación, Coleccionismo, Música, Vídeos, Pasatiempos, Material de Oficina, Informática, Tecnología, Viajes, Juguetería, joyería, Droguería y Limpieza, Seguros), con el fin de que puedan recibir ofertas de diversos productos o servicios que puedan ser de su interés.

e) Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición

El usuario podrá ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición al tratamiento de sus datos personales dirigiendo una comunicación por escrito a ANTEVENIO, S.A. a la siguiente dirección: (C/.....) o bien dirigiéndose a la siguiente dirección de correo electrónico: ...Z..@..... >.

TERCERO: El formulario de recogida de datos insertado en el sitio Web “...Y...” solicita a los usuarios los datos personales relativos a dirección de correo electrónico, nombre, apellidos, fecha de nacimiento, localidad, país, dirección postal, profesión, educación y sector. En dicho formulario se advierte que la identificación como usuario de la citada página web permite, una vez realizado el proceso y validado el email del usuario, permite “acceder a todos los contenidos privados que trucoteca ofrece exclusivamente para sus usuarios”. Además, en dicho formulario se indica “Selecciona tus áreas de interés y recibirás las mejores promociones de la mano de CorreoDirect” y se posibilita la realización de una marca para diversos “temas” señalados separadamente (automóviles, casa/jardín, comida/cocina, educación/formación, familia/niños, informática, juegos, moda, noticias/novedades, tecnología/entretenimiento, salud/belleza, vivienda/inmobiliaria, concursos/promociones, deportes, empleo, finanzas, Internet, libros, negocios, música, regalos y viajes).

CUARTO: En el fichero “*Correodirect.Members*” de la entidad ANTEVENIO figuran los datos personales de D. D.D.D. relativos a nombre, apellidos, domicilio postal y dirección de correo electrónico. D. D.D.D. se registró como usuario de los servicios “*Correodirect*” a través del formulario alojado en el sitio Web “...Y...”, en fecha 12/09/2005.

ANTEVENIO, en respuesta al requerimiento de información realizado por los Servicios de Inspección de la Agencia Española de Protección de Datos, manifestó que D. D.D.D., al cumplimentar el formulario de alta insertado en la página Web “...Y...”, introdujo un dato erróneo relativo a la fecha de nacimiento, “*ya que no completó correctamente los campos solicitados*”, provocando que el Sistema lo identificase como mayor de edad. No obstante en la impresión de los datos que figuran en el fichero de la entidad, remitido a esta Agencia, no se refleja la fecha de nacimiento introducida por el usuario.

QUINTO: Con fecha 19/05/2005, la entidad ANTEVENIO suscribió un “*Contrato Marco*” con MEDIAPRISME, que actúa como intermediaria en la comercialización del fichero “*Correodirect.members*” con fines de marketing directo. MEDIAPRISME se compromete a facilitar a ANTEVENIO el contacto con terceros, beneficiarios de las campañas de marketing directo, según las condiciones de utilización del fichero que se concreten, para cada ocasión, en las “*Hojas de encargo*” que deberán formalizarse. Así, en cumplimiento de lo acordado en el mencionado “*Contrato Marco*”, con fecha 04/11/2005, ANTEVENIO y MEDIAPRISME, suscribieron un Anexo al mismo, estableciendo las condiciones para la utilización del citado fichero por parte de la entidad BANKINTER. En este Anexo se indica, entre otra información, lo siguiente:

“DATOS IDENTIFICATIVOS

1.1 MEDIAPRISME

Empresa: MEDIAPRISME ESPANA, S.L. ...

1.2. TITULAR del fichero

Empresa: ANTEVENIO, S.A. ...

1.3. EL CLIENTE

Empresa: BANKINTER, S.A. ...

1 4. EMPRESA PROCESO DE DATOS

Empresa: Schober PDM Iberia, S.A. ...

Dirección de entrega: <https://www.....X.....>

Usuario: (.....)

1.5. MANIPULADORES

Denominación social: VÉRTICE COMUNICACIÓN GLOBAL, S.L. ...

Denominación social: PUBLIMAIL 2000, S.L. ...

2. DATOS PERSONALES

MediaPrisme, actúa como intermediario, en la comercialización de ficheros para acciones de

marketing directo de direcciones de los propietarios antes mencionados. Dichos propietarios enviarán la selección de direcciones ordenada por Bankinter directamente a la empresa que se encarga de hacer el proceso de datos y serán destruidos una vez utilizados.

Selección: Cantidad: Todos los registros masculinos (230.542 registros)

Criterio: Que sean hombres.

3. FECHA LIMITE DE ENTREGA. DE LOS DATOS PERSONALES

Fecha de entrega de los ficheros: 11/noviembre/2005

Fecha del mailing: enero 2006

4. NUMERO DE UTILIZACIONES PERMITIDAS Y PLAZO MÁXIMO

MEDIAPRISME, en nombre y representación del TITULAR del fichero, y en virtud del presente contrato, autoriza a EL CLIENTE a una (1) única utilización de los datos recogidos en los ficheros descritos en el punto 2. Dicha autorización tendrá una duración máxima de 60 días. A la finalización del presente Contrato, EL CLIENTE deberá proceder a la destrucción o, en su caso, devolución a TITULAR del fichero de datos, de los datos de carácter personal procedentes del fichero del TITULAR del fichero de datos, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal, sin quedarse copia alguna de los mismos.

5. CARACTERISTICAS DE UTILIZACION DEL FICHERO

Un único uso para mailing promocional de Bankinter-Capital One

6. CONDICIONES ECONOMICAS FORMA DE PAGO

263,590 registros con 25% sin coste por efectos de normalización y deduplicación

Coste: ...

Menos ...% de comisión a MEDIAPRISME

Forma de entrega:

Dirección de entrega: <https://www....X../...../>

*Usuario: (.....)”.
.....*

SEXTO: Con el fin de llevar a cabo una campaña de promoción de los productos identificados con la marca “Capital One”, con fecha 24/11/2004, la entidad BANKINTER suscribió “Contrato Marco de Intermediación o Listbroking” con la empresa MEDIAPRISME, en el que se contienen, entre otras, las “Estipulaciones” siguientes:

(iii) MEDIAPRISME, en nombre de los TITULARES de los ficheros garantiza que los datos personales son recogidos directamente de fuentes accesibles al público o facilitados por los propios afectados u obtenidos con consentimiento ...

Por intermediación de MEDIAPRISME, los TITULARES entregarán a BANKINTER, o por indicación de éste a las empresas –cuyos datos se recogerán en los anexos correspondientes– encargadas de realizar la personalización de la promoción de marketing y/o la ejecución de la acción publicitaria, cada fichero o listado comercializado a tal fin,...

Concluida la promoción de marketing o la realización de la acción publicitaria de que se trate, BANKINTER, o las empresas a las que éste hubiera encargado la personalización del envío y/o la realización de la acción publicitaria, deberán proceder a la inmediata destrucción o devolución de los datos de carácter personal entregados, sin poder guardar copia alguna, total o parcial, del mismo ...

NOVENA.- Siempre que lo solicite BANKINTER, la mencionada entrega de los listados se efectuará en un sitio seguro <https> al que tendrá acceso BANKINTER y, en su caso, la empresa que haya de realizar la personalización del envío publicitario o la acción publicitaria. En su caso, BANKINTER indicará el domicilio o lugar de entrega de cada listado de direcciones solicitado ...”.

SÉPTIMO: Con fecha 07/11/2005, las entidades BANKINTER y MEDIAPRISME suscribieron un Anexo 10 al “Contrato Marco de Intermediación o Listbroking” de 24/11/2004, en el que convienen la utilización del fichero “Correodirect.members” de ANTEVENIO para la realización de una campaña promocional de la de la tarjeta “Visa Oro de Capital One” conforme a las siguientes condiciones:

Asimismo, BANKINTER aportó copia del Anexo 10 al contrato antes reseñado, de fecha 07/11/2005, en el que la citada entidad y MEDIAPRISME convienen lo siguiente:

“2. Correo Direct – HOMBRES MAYORES DE 18 AÑOS

Cantidad: Todos los registros masculinos (263.590 registros).

4. Formato o soporte de entrega: texto delimitado en formato zip encriptado con contraseña.

5. Forma y lugar de entrega:

. 11 de noviembre 2005

. En <https://www....X./...../>; Usuario: (.....); Password: ...

6. Condiciones de uso: Un solo uso para una campaña mail promocional Capital One de Bankinter lanzado durante el mes de enero de 2006 ...”.

OCTAVO: Con fecha 23/06/2004, BANKINTER suscribió un contrato con las entidad Vértice Comunicación Global, S.L., que se obliga a prestar servicios a BANKINTER para el desarrollo de campañas de publicidad, incluidos los trabajos de impresión y envíos publicitarios. En dicho contrato, además de las previsiones establecidas en el artículo 12 de la LOPD, se recogen las siguientes estipulaciones, entre otras:

“Novena. Protección de Datos Personales

1. Propiedad de los datos.- BANKINTER, como responsable del tratamiento, será el propietario de los datos a los que la EMPRESA pudiera tener acceso por razón de los diferentes servicios contratados ...

2. Finalidad de los datos ...

Una vez finalizada la prestación de los servicios objeto de este Contrato, los datos deberán ser destruidos o devueltos a BANKINTER, al igual que cualquier soporte o documento en que

conste algún dato objeto de tratamiento ...”.

En la misma fecha 23/06/2004, la entidad Vértice Comunicación Global, S.L., con el consentimiento de BANKINTER, subcontrató con la entidad Publimail 2000, S.L. los trabajos de impresión necesarios para la realización de las campañas publicitarias, incluidos los trabajos de ensobrado y cierre. En este contrato se contempla, igualmente, que los datos que se proporcionen a Publimail 2000, S.L. serán destruidos por la misma o devueltos a BANKINTER una vez finalizados los trabajos.

NOVENO: En enero de 2006, D. D.D.D. recibió por correo postal una información comercial de la entidad BANKINTER, en la que se ofrece la contratación de una tarjeta de crédito “*Capital One*”, habiendo utilizado para ello datos de carácter personal facilitados por la empresa ANTEVENIO. En dicho envío figuran los datos personales de D. D.D.D. relativos a nombre, apellidos y domicilio postal, así como la leyenda siguiente:

“En cumplimiento de la normativa sobre protección de datos de carácter personal, le informamos que sus datos proceden de un fichero del que es titular ANTEVENIO, S.A. Si usted desea ejercer sus derechos de acceso, rectificación oposición o cancelación, debe dirigirse por escrito acompañado de fotocopia de DNI a: ANTEVENIO, S.A., (C/.....)”.

DÉCIMO: D. D.D.D. nació en fecha 16/12/1995.

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

En el presente supuesto se constata que la entidad ANTEVENIO recaba datos de carácter personal de un menor de edad a través de un formulario insertado en la página Web “...Y...”, que posteriormente cede a una entidad tercera para la realización de una campaña publicitaria, sin que los representantes legales del menor hubiesen prestado el consentimiento para las acciones indicadas.

La recogida de datos de carácter personal que realiza ANTEVENIO y el registro de los mismos en sus ficheros constituye un tratamiento de datos de carácter personal que ha de contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que concurre alguno de los supuestos contemplados en la LOPD que eximen de tal requisito. Por ello, procede analizar el marco normativo aplicable al consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter

personal.

A este respecto, conviene señalar lo dispuesto en el artículo 6.1 y 2 de la LOPD, que consagra el principio de consentimiento:

“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 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 artículo 3.c) de la citada LOPD define el tratamiento de datos como *“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”.*

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye, por tanto, un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional, según se indica en la 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 proporciona 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 uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

Para que esta manifestación de voluntad pueda ser inequívoca y específica, resulta particularmente relevante que sea informada, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la LOPD, según ha quedado expuesto en el Fundamento de Derecho III. Específicamente, deberá informarse sobre las finalidades de la recogida de los datos, las cuales, según el artículo 4.1 de la misma norma, deben ser *“determinadas, explícitas y legítimas”.*

En resumen, el tratamiento de los datos se encuentra condicionado a que pueda

acreditarse que el mismo ha sido consentido por el afectado y que dicho consentimiento constituye una manifestación de voluntad libre, inequívoca y específica, que se presta una vez que se ha tenido conocimiento de una concreta información entre la que, necesariamente, ha de constar la finalidad determinada, explícita y legítima del tratamiento que se va a realizar sobre los datos personales del afectado.

Además, en el supuesto de que las personas de las que se obtienen los datos sean menores de edad, deberá considerarse cuándo las mismas ostentan pleno discernimiento para prestar ese consentimiento y cuándo aquél habrá de completarse con el de un representante legal, es decir, cuándo tienen capacidad jurídica para actuar como tal persona.

El artículo 162.1 del Código Civil, respecto de los mayores de catorce años, exceptúa de la representación legal del titular de la patria potestad a *“los actos referidos a derechos de la personalidad u otros del hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”*. Así, para los mayores de catorce años, ha de considerarse que el menor tiene condiciones suficientes de madurez y discernimiento para prestar su consentimiento respecto al tratamiento de sus datos personales.

A mayor abundamiento, la Audiencia Nacional, en Sentencia 897/2003 de 29/06/2005, señala que *“A los efectos de la minoría de edad conviene recordar la distinción existente entre capacidad jurídica que es la que posee toda la persona por el hecho de serlo y, capacidad de obrar, que es la idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o en otros términos, la capacidad para ejercitar derechos o asumir obligaciones, que puede ser plena o encontrarse limitada si el sujeto no puede realizar con plena eficacia actos o negocios jurídicos o algún tipo de ellos, encontrándose entre esas limitaciones de la capacidad de obrar, la minoría de edad, de ahí que sean sus representantes legales los que actúen por él”*.

En consecuencia, cabe considerar que los mayores de catorce años disponen de capacidad jurídica, es decir poseen las condiciones de madurez precisas para consentir, por sí mismos, respecto del tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal. Respecto de los menores de catorce años, la referencia deberá buscarse en el artículo 162 1º del Código Civil, tomando en cuenta, fundamentalmente sus condiciones de madurez.

A la vista de lo anteriormente señalado, será necesario recabar el consentimiento de los menores para la recogida y tratamiento de sus datos, con expresa información de la totalidad de los extremos contenidos en el artículo 5.1 de la Ley, recabándose, en caso de menores de catorce años cuyas condiciones de madurez no garantizan la plena comprensión por los mismos del consentimiento prestado, el consentimiento de sus padres o tutores.

En definitiva, en el caso de los menores de edad el poder de disposición y control sobre la información personal que constituye el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, al encontrarse limitada su capacidad de obrar, ha de ser ejercido por sus representantes legales.

Lo que obliga a quienes puedan tratar datos de menores a extremar la diligencia a la hora de obtener y tratar datos de quienes adolecen de la limitación en su capacidad de obrar que

se ha mencionado.

De ello se desprende que deben facilitar una información adecuada a este objetivo, comprobar la edad del menor y, en caso de duda, abstenerse de realizar el tratamiento de sus datos.

En el presente caso, la cláusula que figura en el formulario utilizado para recabar los datos sometidos a tratamiento incluye una referencia expresa a que *“el uso del servicio Correo Direct no está permitido a los menores de edad ...”*. De lo que se desprende que ANTEVENIO era plenamente consciente de que las finalidades para las que se iban a tratar los datos personales recabados de quienes se registraran y aceptaran los términos y condiciones del Servicio Correo Direct y de su política de privacidad eran inadecuados respecto de los menores y, también, que no resultaba descartable que algún menor pudiera tratar de registrarse (máxime si se tienen en cuenta las características de los contenidos que *“...Y...”* ofrece a sus usuarios) y, también que en el formulario, bajo la rúbrica *“Selecciona tus áreas de interés y recibirás las mejores promociones de la mano de Correo Direct”* se incluyen informaciones relacionadas con la *“familia/niños, juegos, ...entretenimiento, ..., deportes, ... música, regalos, ...”* de las que resulta difícil afirmar que no susciten el interés de menores.

Consciente de esta circunstancia, ANTEVENIO debió adoptar medidas adecuadas para evitar el registro y, sobre todo, el ulterior tratamiento de datos de menores.

Así se explican los términos rotundos de la advertencia contenida en los términos y condiciones del servicio según la cual *“el servicio no esté permitido a menores”* (el subrayado es de la AEPD) que manifiesta una prohibición a los menores respecto de la utilización del servicio.

Atendiendo a las circunstancias de hecho que concurren en el presente procedimiento la diligencia exigible a ANTEVENIO para evitar dicho tratamiento se tradujo en la inclusión, entre los datos que debían registrarse, de la fecha de nacimiento del usuario.

Y no puede admitirse, como alega ANTEVENIO que la mera capacidad para *“jugar con videojuegos, acceder a Internet, buscar una página que examinar con el fin de localizar trucos para sus videojuegos (...) y rellenar determinados campos”* constituyan una barrera apropiada para evitar, por sí mismas, el intento de acceso y registro de menores.

Analizando las medidas adoptadas por ANTEVENIO para tratar de impedir, congruentemente con sus términos y condiciones del servicio, el tratamiento de datos de menores resulta, en primer lugar, que la entidad imputada no ha justificado el tratamiento del dato relativo a la fecha de nacimiento, ya que no ha detallado en que consistió el presunto error que alega ni la fecha de nacimiento que consideró el sistema a partir de los datos insertados por el afectado. Al contrario, según la información facilitada a los Servicios de Inspección por dicha entidad, en sus Sistemas de Información no constaba ningún detalle sobre la fecha de nacimiento del afectado. Por lo que puede considerarse que se admitieron sus datos personales sin que se hubiese adoptado ninguna cautela al respecto, a pesar de la diligencia que debe exigirse cuando existe conciencia de que pueden tratarse datos de menores, como resulta en el presente

caso.

Posteriormente, ANTENEVIO ha alegado que el afectado introdujo la cifra “95” en el apartado correspondiente al año de nacimiento, cifra que coincide con el año real de su nacimiento (1995), lo que significa que, en el momento de la recogida de los datos, el afectado contaba con una edad de nueve años. A juicio de ANTEVENIO la inclusión de este dato debe considerarse errónea y motivó que el sistema atribuyera a ese usuario la edad de 1911 años.

Pese a que este resultado supone una anomalía discutible respecto de la edad del usuario registrado, de admitirse estos hechos, tampoco consta que se realizaran comprobaciones adicionales sobre una circunstancia que afecta al único elemento dirigido a tratar de comprobar efectivamente que se registrara como usuario del servicio pese a la prohibición expresada por ANTEVENIO.

Y, ante esta anomalía que no dio lugar a comprobaciones adicionales, ANTEVENIO tampoco actuó con la diligencia exigible optando, ante la evidente duda sobre la edad del usuario registrado, por excluir el tratamiento de estos datos. Por el contrario, consideró que había obtenido el consentimiento informado procediendo a su tratamiento en los términos que se describen en el presente procedimiento.

Por otra parte, conforme a la información facilitada por ANTEVENIO en el formulario de recogida de datos, el servicio CorreoDirect ofrece al usuario información y publicidad sobre productos y servicios incluidos en las áreas de interés que el mismo señale al darse de alta mediante la realización de una marca para cada uno de esos temas. Del mismo modo, al recabar el consentimiento del usuario para que sus datos sean cedidos a otras entidades terceras, dicho consentimiento se vinculan con los productos o servicios que puedan ser de interés para el usuario. Pues bien, en el presente caso, ANTEVENIO no ha aportado prueba alguna que acredite que el afectado, en el formulario de recogida de datos que cumplimentó, incluyera alguna indicación sobre su interés en recibir publicidad sobre temas financieros y, consiguientemente, sobre la posibilidad de que sus datos personales pudieran ser cedidos a entidades terceras del sector financiero. Por tanto, ANTEVENIO no ha justificado que dispusiera del consentimiento para ceder los datos del afectado a BANKINTER, con la finalidad de que esta entidad los utilizara para promocionar sus productos y servicios.

En definitiva, ni ha resultado acreditado que se tratara de comprobar con el único elemento previsto al respecto, la minoría de edad de los usuarios, al no constar detalle en la inspección practicada que constatará detalles sobre la fecha de nacimiento, ni tampoco, de admitirse que se incluyó la cifra “95”, cabe considerar que ANTEVENIO desarrollara una conducta razonablemente diligente para evitar el tratamiento de datos de menores por las razones que se han expuesto.

Esta diligencia exigible a ANTEVENIO, en modo alguno resulta desproporcionada pues como ha manifestado *“debido a la naturaleza de los servicios prestados, dirigidos expresamente a mayores de edad, ANTEVENIO desea tomar tantas medidas como sea posible para evitar que en el futuro se produzcan infracciones de sus Condiciones de Uso como la que ha dado lugar a este procedimiento”*. Y a continuación señala que *“se puede observar así que*

en la actualidad el campo fecha de nacimiento ha sido variado de forma que no puede sino marcar la fecha que viene predeterminada en dicho campo”, ha incorporado a una persona que vele por la protección de datos y los derechos de los afectados y “se ha llevado a cabo la modificación de la aceptación de los términos y condiciones en ...Y... para que no se lea solamente la frase “acepto los términos y condiciones” sino que puede leerse “Acepto los términos y condiciones y garantizo que soy mayor de edad” de forma que los usuarios tomen parte activa en el proceso de garantizar que las bases de datos no contienen información sobre menores de edad”, como se cita en el folio 16 de la presente Resolución.

Manifestaciones estas que ratifican que los servicios prestados se dirigen expresamente a mayores de edad, con la consiguiente necesidad de evitar diligentemente su acceso a menores, y acreditan que la implantación de medidas dirigidas a evitar el tratamiento de sus datos como usuarios del servicio, siendo factibles, no fueron adoptadas.

Al no haberse adoptado medidas adecuadas para evitar el tratamiento de datos de menores y, especialmente, al no haber actuado con la diligencia exigible para evitarlo respecto a los datos relativos a la fecha de nacimiento, debe considerarse que ha infringido el artículo 6.1 de la LOPD.

III

El artículo 11.1 y 2 de la LOPD dispone lo siguiente:

“1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

a) Cuando la cesión está autorizada en una Ley.

b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.

c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique.

d) Cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tampoco será preciso el consentimiento cuando la comunicación tenga como destinatario a instituciones autonómicas con funciones análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas.

e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones Públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica”.

La LOPD define, en su artículo 3.i), la *“cesión o comunicación de datos”* como *“toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”*, y el Real Decreto 1332/1994, 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, considera cesión de datos *“toda obtención de datos resultante de la consulta de un fichero, su interconexión con otros ficheros y la comunicación de datos realizada por una persona distinta de la afectada”*.

La Directiva 95/46/CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, se refiere en su artículo 2.b) a la cesión, dentro de la definición del tratamiento de datos, y la define como *“comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso de los datos, cotejo o interconexión”*.

En el presente caso, ha quedado acreditado que ANTEVENIO obtuvo los datos del afectado mediante un formulario accesible a través de Internet, y que tales datos fueron cedidos por dicha entidad a BANKINTER, con la intermediación de la entidad MEDIAPRISME, en virtud de los contratos suscritos por dichas entidades. Para que dicha cesión se adapte a lo previsto en la normativa de protección de datos es preciso que ANTEVENIO contara con el consentimiento del afectado, siendo necesario, además, que dicha entidad acredite la existencia de ese consentimiento. En su defecto, debe acreditarse que concurría alguno de los supuestos contemplados en el artículo 11.2, que eximen al responsable del fichero del citado requisito del consentimiento.

En cuanto a la carga de la prueba, la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 11/05/2001 afirma que *“quien gestiona la base, debe estar en condiciones de acreditar el consentimiento del afectado ... siendo carga de la prueba del mismo su justificación, y la entidad recurrente en ningún momento ha realizado esfuerzo probatorio tendente a la acreditación del consentimiento de las personas en las que se basa la sanción”*. Así, compete a la entidad que efectúa el tratamiento de datos probar que posee el consentimiento del afectado para la utilización de los datos realizada, en definitiva acreditar que el tratamiento y cesión de datos que realiza resulta acorde con los dictados de la LOPD.

En el presente caso, según se desprende de lo expuesto en el Fundamento de Derecho anterior, ANTEVENIO no disponía del consentimiento del afectado para ceder sus datos a la entidad BANKINTER, considerando la minoría de edad del mismo en el momento en que fueron recabados sus datos y el consentimiento para cederlos a entidades terceras con fines promocionales.

Por tanto, ANTEVENIO realizó una cesión inconsentida de los datos del afectado, lo que supone la comisión de la infracción del artículo 11.1 de la LOPD. Ha quedado acreditado que BANKINTER tuvo acceso a los datos facilitados por ANTEVENIO, según resulta de los contratos suscritos por ambas entidades, en virtud del cual ANTEVENIO se obligaba a entregar el fichero para la realización de envíos publicitarios, bien a BANKINTER, o bien a la empresa con la que esta entidad financiera contratase la realización de la campaña publicitaria. En los



Anexos formalizados para esta campaña en concreto se indicaba, asimismo, que la información necesaria para la personalización de la promoción se entregaría, por cuenta de BANKINTER, a las empresas Vértice Comunicación Global, S.L. y Publimail 2000, S.L., responsables de las tareas de impresión, incluidos los trabajos de ensobrado y cierre. Además, en los documentos formalizados se establecía expresamente la obligación de BANKINTER o de las entidades que le prestan el servicio de impresión, a la finalización de la promoción, de devolver o destruir los datos a los que hubiese tenido acceso. En todo caso, cabe añadir que, en virtud de este contrato, Vértice Comunicación Global, S.L. y Publimail 2000, S.L. actuaban por cuenta de BANKINTER, que en dichos contratos se declara responsable del tratamiento, de modo que la entrega de los datos por ANTEVENIO a Vértice Comunicación Global, S.L. y Publimail 2000, S.L. se valora como un acceso a los datos por parte de BANKINTER.

ANTEVENIO no ha acreditado que tuviera el consentimiento del afectado para comunicar sus datos a BANKINTER, ni estar exceptuada para ello conforme al apartado 2 de dicho precepto. Por tanto, se considera que ANTEVENIO ha vulnerado lo previsto en el artículo 11 de la LOPD.

IV

Por otra parte, se imputa a la entidad BANKINTER una infracción del artículo 6 de la LOPD.

La hoy derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29/10, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LORTAD), delimitaba su ámbito de aplicación en torno al concepto de fichero automatizado (artículo 2), que figuraba definido como “*todo conjunto organizado de datos de carácter personal que sean objeto de tratamiento automatizado (...)*”. Congruentemente con dicha configuración legal, la LORTAD se limitaba a definir la figura del responsable del fichero (artículo 3.b) y d)).

Por el contrario, la vigente LOPD ha modificado el ámbito de aplicación objetivo de la norma circunscribiéndola a “*los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento automatizado, y a toda modalidad de uso posterior a estos datos (...)*” (artículo 2). De acuerdo con esta delimitación, la LOPD modifica la definición del fichero y diferencia las figuras del responsable del fichero y del responsable del tratamiento (artículo 3.b. y d.). Asimismo delimita con precisión la figura del encargado del tratamiento (artículo 12). Efectivamente, el artículo 3 de la LOPD establece lo siguiente:

“b) Fichero: Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”.

“d) 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”.

Esta modificación es congruente con las exigencias de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de

datos personales y a la libre circulación de estos datos, que la LOPD incorpora a nuestro derecho, conforme a la cual, en el caso de los datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, la Ley se aplica no sólo cuando existe un conjunto organizado (fichero) de dichos datos, sino también cuando se realizan operaciones y procedimientos que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, bloqueo y cancelación de aquellos, aunque el responsable de ese tratamiento carezca de bases de datos de su titularidad que, de acuerdo con los términos legales, se incluyen en la definición de fichero.

Conforme se ha señalado, cabe que el sistema de protección de la LOPD se exija a los responsables del tratamiento, aunque carezcan de ficheros, e incluso, a los meros encargados de aquél, a los que la LOPD también puede convertir en responsables (art. 12.4).

Una interpretación contraria llevaría a que el sistema de protección de datos pudiera quedar vacío de tutela respecto de un número cada vez mayor de tratamientos que se externalizan.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26/01/2005, dictada en casación para unificación de doctrina, confirma la doctrina anteriormente expuesta al señalar que *“junto al responsable del fichero –que era en la Ley 5/1992- quien estaba sujeto al régimen sancionador establecido en dicha ley (art. 42) en la nueva Ley 15/1999 aparece un nuevo personaje, el responsable del tratamiento, como posible sujeto pasivo de la potestad sancionadora de la que hoy se llama –a partir de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre- Agencia Española de Protección de Datos (artículo 43), Véase lo que dicen uno y otro precepto:*

Ley 5/1992 <<Art. 42. Responsables: 1. Los responsables de los ficheros estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley>>.

Ley 15/1999 << Art. 43. Responsables: 1- Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente ley>>.

Y esto es así porque la nueva Ley Orgánica –a diferencia de la vieja Ley Orgánica, que atribuía la potestad de decidir sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento únicamente al responsable del fichero- reconoce que esa decisión pueda tomarla –y así ocurre muchas veces- el responsable del tratamiento.

He aquí el nuevo texto: Ley 15/1999. <<Artículo 3. A los efectos de la presente Ley se entenderá por: [...] d) 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>>.

No se trata como se ve de un mero cambio de redacción, de un simple giro gramatical, o una innovación puramente estilística. Es algo más profundo: estamos ante un cambio esencial en el modo de afrontar la regulación de las relaciones que se entablan entre quienes manejan los datos y el titular de los mismos”.

En este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Nacional en su Sentencia de 03/03/2004, citada entre otras en su Sentencia de 18/01/2006, al señalar que *<<el tipo sancionador previsto en el artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica 15/1999, castiga “tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidas en la presente Ley”, como el previsto en el artículo 4.3 de la citada Ley que impone la veracidad y exactitud de los datos de carácter personal. Acorde con este principio se*

establecen una serie de obligaciones, tendentes a alcanzar esa veracidad y exactitud de los datos de carácter personal que se encuentran en el fichero, y cuyo incumplimiento es digno de reproche y configura una infracción administrativa por la que se impone la sanción que se recurre. Dicho de otra forma, el medio de conseguir que los principios en que se inspira esta regulación sobre la protección de datos –al amparo del artículo 18.4, más allá del contenido del artículo 18.1 de la CE, como un derecho fundamental autónomo tras la STC 292/2000 – sean efectivos es mediante la acción sancionadora, es decir, tipificando las conductas que impidan el cumplimiento de los expresados principios.

El ámbito subjetivo del ilícito administrativo descrito son los “responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos”, pues sólo a éstos les es aplicable el régimen sancionador que diseña la Ley Orgánica 15/1999, ex artículo 43.1 de la misma Ley. Esta delimitación subjetiva, ha sido ampliada en las Ley Orgánica 15/1999, a la sazón aplicable, respecto de la prevista en la Ley Orgánica 5/1992, en cuyo artículo 42.1 sólo sometía a su régimen sancionador a los responsables de los ficheros. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el responsable del fichero tiene una configuración más amplia en la Ley de 1999 que en la de 1992, pues sólo así puede explicarse que cuando el artículo 43.1 alude al “responsable del fichero”, esta expresión comprende ahora al responsable del tratamiento, ex artículo 3.d) de la Ley Orgánica 15/1999, bajo la expresión “responsable del fichero o tratamiento”, desconocida en la Ley de 1992, y si bien es cierto que las definiciones son coincidentes antes y ahora, sin embargo se ha incluido en la vigente Ley a aquellos otros que decidiendo sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, no sean propiamente responsables del fichero.

Entendemos, por tanto, por responsable del fichero o del tratamiento la persona física o jurídica, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento; y por encargado del tratamiento quien trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento, según define el artículo 3, apartados d) y g), respectivamente, de la Ley Orgánica 15/1999>>.

Dentro de la doctrina expuesta, en el presente caso, ha quedado acreditado que el tratamiento de los datos del afectado para la remisión del envío publicitario se realizó por encargo de BANKINTER. Por ello, de la documentación obrante en el presente procedimiento, resulta acreditado que quien decidió, en definitiva, sobre la finalidad, contenido y uso de las campañas publicitarias fue BANKINTER.

En efecto, BANKINTER decidió que se realizara una campaña publicitaria, encargó la elaboración de un listado de destinatarios de los envíos publicitarios, y determinó la finalidad y uso del tratamiento de los datos de las personas seleccionadas al contratar el envío de una comunicación publicitaria de sus productos, de la que, lógicamente, la citada entidad era la beneficiaria, por lo que fue responsable del tratamiento de los datos personales en ella utilizados, por lo que ha cometido una infracción del artículo 44.3.d) de la LOPD, por cuanto el tratamiento realizado de los datos personales del afectado se efectuó sin contar con su consentimiento, y sin que concurriera ninguna de las causas de exclusión del consentimiento contempladas en el artículo 6.2 de la LOPD.

Por tanto, en el presente caso, ha quedado acreditado que BANKINTER es responsable del tratamiento de los datos sin consentimiento del denunciante, lo que supone una infracción del artículo 6.1 de la LOPD.



Además, según se ha señalado anteriormente, ha quedado acreditado que BANKINTER tuvo acceso a los datos facilitados por ANTEVENIO que, en virtud del contrato suscrito, se obligaba a entregar un listado de destinatarios para la realización de envíos publicitarios, bien a BANKINTER, o bien a las empresas con las que esta entidad financiera contratase la realización de la campaña publicitaria, en este caso Vértice Comunicación Global, S.L. y Publmail 2000, S.L.. Estas entidades actuaban por cuenta de BANKINTER, de modo que el acceso a los datos por parte de Vértice Comunicación Global, S.L. y Publmail 2000, S.L. se valora, igualmente, como un acceso a los datos por parte de BANKINTER.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 28/01/2004 establece en su Fundamento de Derecho Cuarto que *“... se incurre en la conducta antes descrita, a pesar de la externalización de servicios, siempre que se haya intervenido decidiendo sobre el tratamiento de los datos y su aplicación, y, además, que el responsable, en este caso, del tratamiento haya podido extremar su diligencia para tener constancia de que los datos empleados habían sido recabados con el consentimiento de los titulares de los mismos, lo que se relaciona con la culpabilidad de la conducta por la que se sanciona”*.

En este mismo sentido, la Audiencia Nacional en Sentencia de 18/02/2004 señaló que no se pueden compartir los argumentos de la recurrente en orden a que actuó de buena fe y sin conocer que la empresa con la que contrató utilizó datos que infringían lo establecido en el artículo 6 de la LOPD, señalando que dentro del tráfico de datos debe procederse con especial diligencia, *“no siendo acorde con la diligencia propia del sector el encargo de una actividad por parte del responsable del fichero sin emplear un mínimo de actividad tendente a la verificación de la procedencia legal de los datos que se emplean para realizar el encargo sobre el que posee el poder de dirección”*.

En el presente supuesto, no cabe apreciar que BANKINTER prestara la diligencia debida a fin de evitar el tratamiento de datos sin consentimiento del afectado. Cuando está en juego la protección de derechos fundamentales, como lo es el derecho a la protección de datos, no basta con plasmar en el contrato una serie de garantías sin realizar una mínima comprobación tendente a constatar que las mismas se cumplen.

V

En cuanto al principio de culpabilidad invocado por las entidades imputadas, cabe señalar lo dispuesto en el artículo 130.1 de la LRJPAC, según el cual *“... 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 de 26/04/1990, 19/12/1991 y 04/07/1999, entre otras) y la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo (Sentencia de 23/01/1998, 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 22/04/1991) considera que del elemento culpabilista 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.*”

Por su parte, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 29/06/2001, 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 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, tales como el especial valor del bien jurídico protegido, la profesionalidad exigible al infractor, etc. En este sentido la Sentencia de 05/06/1998 exige a los profesionales del sector “... *un deber de conocer especialmente las normas aplicables*”. En similares términos se pronuncian las Sentencias de 17/12/1997, 11/03/1998, 02/03 y 17/09/1999.

Aplicando la anterior doctrina, la Audiencia Nacional, en varias sentencias, entre otras las de fechas 14/02/ y 20/09/2002 y 13/04/2005, 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 su cesión a terceros, visto que se trata de la protección de un derecho fundamental de las personas a las que se refieren los datos, por lo que los depositarios de éstos deben ser especialmente diligentes y cuidadosos a la hora de realizar operaciones con los mismos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la protección de los bienes jurídicos protegidos por la norma.

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, es evidente la existencia en este caso de, al menos, una falta de diligencia debida que le era exigible en los hechos denunciados atribuible plenamente a ANTEVENIO y BANKINTER de acuerdo con las circunstancias antes expresadas.

VI

El acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador contenía una sucinta referencia a los hechos que lo motivaron y su posible calificación jurídica, conforme a lo dispuesto en el artículo 13.1 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, en el que se dispone lo siguiente:

“1. La iniciación de los procedimientos sancionadores se formalizarán con el contenido mínimo siguiente:

a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.

- b) Los hechos sucintamente expuestos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.*
- c) Instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos.*
- d) Órgano competente para la resolución del expediente y norma que le atribuya tal competencia, indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos en el artículo 8.*
- e) Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante el mismo de conformidad con el artículo 15.*
- f) Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio”.*

En el mencionado acuerdo de inicio se advertía a la entidad ANTEVENIO sobre los hechos específicos que motivan el procedimiento y que su actuación en los mismos podría suponer una vulneración de lo dispuesto en los artículos 6 y 11 de la LOPD.

VII

El artículo 44.3.d) de la LOPD tipifica como 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”.

El principio del consentimiento, que se configura como principio básico en materia de protección de datos, se recoge, según ha quedado expuesto, en el artículo 6 de la LOPD, que exige la necesidad de consentimiento de los afectados para que puedan tratarse sus datos de carácter personal.

La Audiencia Nacional ha manifestado, en su Sentencia de 22/10/2003, que “... la descripción de conductas que establece el artículo 44.3.d) 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 cual 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”.

Asimismo, en Sentencia de 27/10/2004, de la citada Audiencia Nacional, se declara: *“Sucedee así que, como ya dijimos en la Sentencia de 8 de octubre de 2003 (recurso 1.821/01) el mencionado artículo 44.3 d) de la Ley Orgánica 15/1999, aun no siendo, ciertamente, un modelo a seguir en lo que se refiere a claridad y precisión a la hora de tipificar una conducta infractora, no alberga una formulación genérica y carente de contenido como afirma la demandante. La definición de la conducta típica mediante la expresión “tratar los datos de carácter personal ...” no puede ser tachada de falta de contenido pues nos remite directamente a cualquiera de las concretas actividades que el artículo 3.d) de la propia Ley incluye en la definición de “tratamiento de datos” (recogida, grabación, conservación, elaboración, ... de datos de carácter personal). Y tampoco cabe tachar de excesivamente genérico o impreciso el inciso relativo a que el tratamiento o uso de los datos se realice “... con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley...”, pues tales principios y garantías debidamente acotados en el Título II del propio texto legal bajo las rúbricas de Principios de la Protección de Datos (artículos 4 a 12) y Derechos de las Personas (artículos 13 a 19)”.*

En este caso, ANTEVENIO ha incurrido en la infracción descrita en el citado artículo 44.3.d), toda vez que supone una vulneración del principio de consentimiento, consagrado en el artículo 6 de la LOPD, el tratamiento que ha realizado sin el consentimiento del afectado y sin que concurra ninguna de las causas de exclusión del consentimiento recogidas en el apartado 2 del mencionado artículo 6.

Asimismo, BANKINTER ha incurrido en la misma infracción, como responsable del tratamiento de los datos del denunciante, al haberlos utilizado sin contar con su consentimiento en la campaña publicitaria realizada por su encargo.

VIII

El artículo 44.4.b) de la LOPD especifica que constituye infracción de carácter muy grave: *“La comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas”.*

Como ya se ha señalado, la actuación de ANTEVENIO es constitutiva de infracción del artículo 11.1 de la LOPD, por comunicar los datos personales del denunciante sin su consentimiento, que encuentra su tipificación en este artículo 44.4 b).

IX

El artículo 45.2, 3, 4 y 5 de la LOPD establece:

- “2. las infracciones graves serán sancionadas con multa de 60.101,21 € a 300.506,05 €.*
- 3. las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 300.506,05 € a 601.012,1 €.*
- 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.

5. Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, 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 el supuesto examinado, ANTEVENIO y BANKINTER solicitan la aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 45.5 de la LOPD, que admite esta posibilidad siempre que exista una cualificada disminución de la culpabilidad o de la antijuridicidad del hecho.

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

Así, el citado artículo 45.5 de la LOPD debe aplicarse de forma excepcional y cuando se den suficientes circunstancias para ello. En el presente procedimiento, en relación con ANTEVENIO, aunque, de conformidad con lo expuesto en la presente Resolución, la edad del afectado impide considerar válido el consentimiento prestado para el tratamiento y cesión de sus datos, en cambio si se aprecian circunstancias que suponen una disminución cualificada de la culpabilidad.

Por un lado, cabe resaltar que con carácter previo a la recogida de datos que realizaba ANTEVENIO ya se advertía que los menores de edad estaban excluidos y se establecía un mecanismo para verificar la edad, al exigir el dato correspondiente a la fecha de nacimiento de los usuarios en el formulario que debía cumplimentarse. Así, sin olvidar la falta de diligencia apreciada en el presente caso, ya reseñada en los Fundamentos de Derecho anteriores, conviene considerar la ausencia de intencionalidad en la conducta mantenida por ANTEVENIO, que no pretendió recabar dolosamente datos personales de menores de edad, y menos aún utilizarlos para ofertarles servicios financieros. Además, consta acreditado que fue el propio afectado el que accedió, desde su domicilio, al sitio Web “...Y...” y cumplimentó el formulario de recogida de datos.

Por otra parte, resulta que la entidad ANTEVENIO, con objeto de remediar en el futuro la conducta imputada, ha adoptado una serie de medidas con las que pretende evitar la comisión de infracciones en materia de protección de datos de carácter personal, entre otras, ha modificado la información legal previa y el sistema de recogida de datos personales a través de formularios insertados en Internet, ha renunciado a las campañas de marketing directo postal.



Asimismo, cabe destacar que la Agencia Española de Protección de Datos no ha tenido oportunidad de analizar un supuesto similar al que motiva las presentes actuaciones, relacionado con el consentimiento para el tratamiento y cesión de datos personales de menores de edad, prestado a través de sistemas de comunicaciones electrónicas, así como sobre las especiales cautelas que deban adoptar al respecto las entidades que recaban datos mediante formularios insertados en páginas Web, por lo que se estima que esta circunstancia minorará igualmente la responsabilidad imputada a la entidad ANTEVENIO.

Por todo ello, se estima que concurre una cualificada disminución de la culpabilidad en la entidad ANTEVENIO que permite la aplicación, en el presente supuesto, del artículo 45.5 de la LOPD.

En cuanto a BANKINTER, es necesario considerar que dicha entidad desplegó la diligencia que estuvo a su alcance, al exigir en los contratos celebrados las garantías previstas en la LOPD, por lo que procede, de igual modo, aplicar lo dispuesto en el citado artículo 45.5 de la LOPD.

Por otra parte, en relación con los criterios de graduación recogidos en el citado artículo 45.4, que permite graduar la sanción a imponer tomando en consideración cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora, procede valorar que los datos personales corresponden a menores de edad, así como la mayor diligencia que debe exigirse a entidades como ANTEVENIO, cuya actividad principal se centra en la gestión de bases de datos con fines promocionales, o como BANKINTER, que sistemáticamente oferta sus productos y servicios mediante campañas publicitarias para las que conviene la utilización de ficheros de entidades terceras, que constituyen en eje principal en la promoción y extensión de su actividad financiera, con la captación de nuevos clientes como resultado las mismas.

En consecuencia, conforme a lo expuesto, procede la imposición a ANTEVENIO y BANKINTER de las sanciones que se indican en la parte dispositiva de la presente Resolución.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

PRIMERO: IMPONER a la entidad **ANTEVENIO, S.A.**, por una infracción de los artículos 6.1 y 11.1 de la LOPD, tipificadas como grave y muy grave en los artículos 44.3.d) y 44.4.b) de dicha norma, respectivamente, una multa de 60.000 € (sesenta mil euros) y una multa de 150.000 € (ciento cincuenta mil), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2, 3, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: IMPONER a la entidad **BANKINTER, S.A.**, por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma, una multa de 60.000 € (sesenta mil euros), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica.

TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución a **ANTEVENIO, S.A.**, con domicilio en (c/.....), a **BANKINTER, S.A.**, con domicilio en



(C/.....) y a **DÑA. B.B.B.**, con domicilio en
(C/.....).

CUARTO: Advertir al sancionado 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, 14 de marzo de 2008
EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte