



Procedimiento Nº PS/00264/2009

RESOLUCIÓN: R/01976/2009

En el procedimiento sancionador PS/00264/2009, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad GARBEN CONSULTORES, S.L., vista la denuncia presentada por D. L.L.L. y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 27 de junio de 2008, tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. L.L.L., en el que denuncia que, la empresa GARBEN CONSULOTRES, S.L., se dedica, entre otras cosas, a la impartición de cursos on-line por Internet, subvencionados por la Administración, a través del PLAN AVANZA. El Sr. L.L.L. solicitó uno de los cursos ofertados (Administración de Windows 2003), pero tras varios e-mail enviados por dicha empresa, ha observado que ha sido matriculado en varios cursos que nunca solicitó, para lo cual han utilizado los datos aportados por el interesado en el cuestionario que remitió en su día.

Entre la documentación remitida por el denunciante a esta Agencia con su escrito de denuncia, se encuentran varios correos en los que el Sr. L.L.L. manifiesta que las claves de los cursos que le envían no han sido solicitados por él.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se solicita información a la entidad GARBEN CONSULTORES, S.L., teniendo conocimiento de que:

1. Con fecha 20 de febrero de 2009, se realiza inspección en los locales de la empresa GARBEN CONSULTORES, S.L., poniéndose de manifiesto los siguientes hechos en el transcurso de la misma:
 - 1.1. GARBEN CONSULTORES, S.L. es una empresa dedicada a la Formación de Nuevas Tecnologías dirigida a empresas y a personas que acceden a cursos subvencionados a través del INEM o mediante el plan AVANZA, subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.
 - 1.2. Dichos cursos son impartidos, bien de forma presencial en los locales de las empresas que contratan los cursos o bien a través de Internet mediante el Campus Virtual de GARBEN CONSULTORES, S.L.
 - 1.3. Los cursos de formación son adjudicados mediante Concurso Público a diferentes entidades entre las que se encuentra, la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos (en adelante UPTA).
 - 1.4. UPTA España suscribió con GARBEN CONSULTORES, S.L., con fecha 24 de octubre de 2007 un contrato de Prestación de Servicios para el PROGRAMA AVANZA FORMACION PROFESIONALES 2007, entre los que se encontraban: Gestión académica y administrativa durante el desarrollo del proyecto y Justificación del proyecto.



- 1.5. A partir de la adjudicación de los cursos, se inicia una campaña publicitaria a través de diferentes páginas web en diferentes Portales de Formación, o bien en las propias empresas.
- 1.6. En las Páginas donde se ofertan los cursos, existe la posibilidad de realizar la solicitud de cualquier curso, mediante la cumplimentación de un cuestionario existente al efecto. Asimismo, se informa al solicitante de la documentación que ha de remitir para la formalización de la solicitud. Tanto la solicitud cumplimentada por el solicitante como la documentación requerida es remitida a Garben Consultores, S.L. por mensajería, así como por vía telemática (solo el cuestionario).
- 1.7. En el caso de que se acceda a través del Portal de Garben Consultores, S.L. o por el correo electrónico que se facilita en la misma, las solicitudes llegan al coordinador de formación Online, el cual contacta con los solicitantes para informarles de la documentación que han de remitir para poder formalizar la inscripción en el curso, consistente en: copia del DNI, cabecera de la nómina y una autorización de la empresa en la que trabaja. Una persona puede hacer hasta cuatro cursos diferentes.

Para poder participar en cualquiera de los cursos ofertados, es necesario tener presentada toda la documentación requerida así como el cuestionario correspondiente a cada curso.

- 1.8. Todas las solicitudes con la documentación correspondiente, es remitida a UPTA para su presentación en el Ministerio de Ciencia y Tecnología, con la finalidad de justificar la finalización de los cursos y los alumnos que han participado.
- 1.9. El procedimiento establecido para la realización de los cursos es el siguiente:

- 1.9.1. A través de la Plataforma de Garben Consultores, S.L. el Coordinador de Formación Online accede al Campus Virtual y procede a dar de alta el curso correspondiente, así como los tutores adscritos al mismo y los alumnos participantes, a los que asigna una CLAVE, la cual no puede ser modificada por el alumno. Dicha clave permite al alumno acceder a su área personal dentro del Campus Virtual y comunicarse con el tutor, el cual podrá tener acceso al área de todos los alumnos adscritos al mismo.
- 1.9.2. Los alumnos van recibiendo todo el temario a lo largo del curso, realizándose evaluaciones periódicas, así como comunicaciones con el Tutor. Los cursos tienen una duración determinada, una vez terminado este plazo se cancela la clave del alumno, no pudiendo acceder al Campus a partir de ese momento.
- 1.10. Mediante acceso al ordenador donde se encuentra el fichero que contiene la información de los alumnos que han solicitado cursos, se realizan las siguientes comprobaciones sobre el fichero de *Gestión Académica de Alumnos*, inscrito en la Agencia con el código #####:
 - 1.10.1. Se realiza una búsqueda a nombre de D. L.L.L., verificándose que figuran cuatro solicitudes de cursos con la siguiente denominación: **Administración de Windows 2003: recursos y redes, Estructura y Funcionamiento Linux9, Administración Linux9: recursos y sistemas y Estructura y Funcionamiento de Windows Server 2003**. Todos ellos figuran como solicitados por el alumno y constan como comenzados durante el período comprendido entre 22/4/2008 y 27/05/2008.
 - 1.10.2. Se accede dentro de cada curso a la búsqueda de los datos relativos al Sr. L.L.L., comprobándose que consta que el alumno estuvo inscrito en dos cursos, el primero de ellos denominado **Administración de Windows 2003: recursos y redes**, el cual



figura como realizado al 100% y el segundo el denominado **Estructura y Funcionamiento de Windows Server 2003**, el cual figura como No terminado (0%).

- 1.11. La información que se remitió a UPTA para su presentación en el Ministerio de Ciencia y Tecnología con el fin de acreditar los cursos realizados por cada alumno, se realizó en un CD que contiene un fichero generado desde el Campus Virtual, comprobándose que en el caso del Sr. L.L.L. solo existe una anotación asociada al curso ADMINISTRACION DE WINDOWS 2003: recursos y redes.
- 1.12. Con relación a los correos existentes entre el Sr. L.L.L. y la empresa con marca comercial “InfoForma”, en los cuales se comunica al mismo que GARBEN CONSULTORES, S.L. procederá a remitirle todo lo necesario para la realización del curso de Administración de Windows 2003, el responsable de la entidad manifestó que, el alumno realizó la solicitud de los cursos a través del Portal de InfoForma, con quien GARBEN CONSULTORES, S.L. tiene suscrito un contrato de Prestación de servicios con esta finalidad, la cual, trató la solicitud del Sr. L.L.L., procediendo con posterioridad a remitir toda la documentación aportada por el mismo, a GARBEN CONSULTORES, S.L.
- 1.13. Con relación a los correos electrónicos mostrados al representante de la entidad, existentes entre el Sr. L.L.L. y el Departamento de formación de GARBEN CONSULTORES, S.L., en los que el alumno manifiesta haber recibido claves para la realización de cursos que él no ha solicitado, y para los que solicita reiteradamente la baja de los mismos, el representante de la entidad manifiesta que solo cuentan con los correos correspondientes al 29 y 30 de mayo, no obstante, según consta en los correos mostrados, se le debió de incluir en los cursos en los que se le remitió el mensaje de bienvenida, pero se debieron de dar de baja, tal y como solicita en los correos, motivo por el que no aparecen en la consulta de cursos realizados.
- 1.14. Se verificó que solo existe un cuestionario con su documentación asociada, correspondiente el curso ADMINISTRACIÓN DE WINDOWS 2003. RECURSOS Y REDES, por lo que el representante de la entidad manifiesta que se debe de tratar de un error al registrar los cursos que había solicitado el Sr. L.L.L., ya que no cuentan con las solicitudes del resto de los cursos.

TERCERO: Con fecha 25 de mayo de 2009, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar, procedimiento sancionador a GARBEN CONSULTORES, S.L., por presunta infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13/12, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma, pudiendo ser sancionada cada una, con multa de 60.101,21 € a 300.506,05 €, de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio, GARBEN CONSULTORES, S.L. mediante escrito de fecha de registro de entrada 25 de junio de 2009 formuló alegaciones, significando, que:

“Todo lo expuesto anteriormente, que determina la falta de tipicidad en la conducta de GARBEN CONSULTORES S.L. a efectos del ejercicio de la potestad sancionadora, no impide que tengamos que reconocer la existencia de errores que tal vez justifiquen el malestar del Sr. L.L.L. a la hora de formular la denuncia, pero en ningún caso justifica la imposición de una sanción por falta grave.

En efecto, tenemos que reconocer que en la elaboración de la tabla en Excel que inicia el proceso, el administrativo encargado de la inclusión de los datos cometió el error de asignar al alumno D: L.L.L. unos cursos que no había solicitado. Estos datos erróneos tienen acceso al



“Campus Virtual” y, precisamente por ello, el Sr. L.L.L. recibe la comunicación referida a cuatro cursos en vez de a uno solo, con sus correspondientes claves personales de acceso. Sin embargo, al activar solamente la clave de acceso correspondiente al curso efectivamente solicitado y efectivamente terminado, el resultado final es que solamente existe registrado en el “Campus Virtual” un curso como comenzado y terminado: el denominado Administración de Windows 2003: recursos y redes, es decir, el curso efectivamente solicitado por el Sr. L.L.L..

Igualmente, al tener conocimiento el Coordinador On Line del deseo del señor L.L.L. de que no aparecieran vinculados a sus datos cursos que él no había solicitado, se procedió a suprimir del campus Virtual las referencias a los cursos: Estructura y Funcionamiento Linux 9 y Administración Linux 9: recursos y sistemas.

No se suprimió, sin duda por otro error involuntario, la referencia al tercer curso no solicitado por el Sr. L.L.L., el denominado Estructura y Funcionamiento de Windows Server 2003.

Debemos insistir que las consecuencias de este error son muy limitadas, ya que GARBEN CONSULTORES S.L, en ningún momento ha hecho uso de esa referencia, ni la ha cedido a ningún tercero, ni persona alguna, al margen del Coordinador on line, ha podido tener acceso a ella. Por otra parte la referencia se limita a vincular dicho curso como no realizado a la persona del alumno D. L.L.L.. (...)

Las circunstancias concurrentes en el supuesto que nos ocupa, y que justifican la aplicación, en su caso, del mencionado principio de proporcionalidad, son las siguientes:

- El volumen de los tratamientos efectuados ha sido ínfimo.*
- El grado de intencionalidad ha sido nulo.*
- No existe reincidencia.*
- Los daños y perjuicios causados son inexistentes.*

-Y que, aunque desconozcamos la naturaleza de los derechos personales afectados, lo cierto es que los datos erróneos, no se han comunicado ni cedido a terceros ni se han hecho públicos ni han reportado beneficio alguno a GARBEN CONSULTORES S.L.

Sobre este particular, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo N° 1 de la Audiencia Nacional de 28 de Marzo de 2008 ya señaló que “cualquier actuación de los poderes públicos limitativa o restrictiva de derechos debe responder a los criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido, dicho en término legales, debe existir una debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicable.” Así, en el supuesto enjuiciado, la Sala gradúa la sanción de multa en aplicación de los artículos 45. 4 y 5 LOPD, atendiendo a la singularidad de los hechos sancionados, la ausencia de reincidencias, la ausencia de beneficio económico, aplicando en consecuencia la sanción prevista para faltas leves en su grado mínimo.”

Concluyen las alegaciones solicitando que se “dicte Resolución declarando la inexistencia de responsabilidad de GARBEN CONSULTORES S.L. por los hechos denunciados y, por tanto, la inexistencia de infracción alguna de la Ley Orgánica de Protección de Datos, y, subsidiariamente, se declare que la actuación de GARBEN CONSULTORES, S.L. por los errores cometidos, es tipificable como una infracción leve, sancionable, atendiendo a las circunstancias concurrentes, en su grado mínimo.”

QUINTO: Con fecha 29 de junio de 2009 se inició el período de práctica de pruebas, acordándose practicar las siguientes:

1. Se dan por reproducidos a efectos probatorios la denuncia interpuesta por L.L.L. y su documentación, los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección ante GARBEN CONSULTORES, S.L., y el Informe de actuaciones previas de Inspección que forman parte del expediente E/01510/2008.
2. Asimismo, se da por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio PS/00264/2009 presentadas por GARBEN CONSULTORES, S.L., y la documentación que a ellas acompaña.

SEXTO: Con fecha 28 de agosto de 2009 se formuló propuesta de resolución en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se impusiera a GARBEN CONSULTORES, S.L. una multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euros con veintiún céntimos) por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma y de conformidad con lo establecido en el artículo 45. 2 y 4 de esa misma Ley Orgánica, en esa cuantía mínima.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 19.1 del Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto, Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, en dicha propuesta de resolución se concedió un plazo de QUINCE DÍAS hábiles para que las partes interesadas en el procedimiento pudieran alegar cuanto considerasen para su defensa y presentasen los documentos e informaciones que estimasen pertinentes, así como se detallaba, en un anexo adjunto a esa propuesta de resolución, la relación de documentos obrantes en el procedimiento, a fin de que las partes interesadas en el procedimiento pudieran obtener copia de los que estimasen convenientes.

SÉPTIMO: Concedido el plazo citado para formular alegaciones, éstas se recibieron en esta Agencia en fecha 17 de septiembre de 2009, en ellas se reiteran básicamente los argumentos ya expuestos en anteriores alegaciones, significando:

“Que para el tratamiento de los datos de carácter personal del Sr. L.L.L., GARBEN CONSULTORES, S.L., sí contaba inicialmente con su consentimiento, cuando menos en relación con el curso antes referenciado que fue realizado íntegramente por el alumno. (...)

El error del administrativo de GARBEN CONSULTORES, S.L. se produce en el inicio del proceso y es evidente que cuando el responsable último detecta el error como consecuencia de los escritos del Sr. L.L.L., se procede a su corrección. (...)

Que una vez que el Coordinador ON-LINE de GARBEN CONSULTORES, .L. tiene constancia del error inicial cometido y del deseo del Sr. L.L.L. de que se proceda a su subsanación, lo lleva inmediatamente a cabo.

El Fundamento de Derecho II de la Propuesta de Resolución intenta tipificar la conducta de GARBEN CONSULTORES, S.L. como Falta Grave, por una hipotética vulneración del artículo 44.3.d) de la L.O.P.D. pues bien, frente a esta pretensión debemos reiterar:

1º) Que el denunciante, D. L.L.L., facilitó sus datos a GARBEN CONSULTORES para la realización del curso denominado: Administración de Windows 2003: recursos y redes, lo que supone un consentimiento expreso para el tratamiento de los mismos.



2º) Que en la información remitida por GARBEN CONSULTORES S.L. a UPTA para su presentación en el Ministerio de Ciencia y Tecnología, con el fin de acreditar los cursos realizados por cada alumno, solo aparecen los datos relativos a D. L.L.L. asociados a la realización del curso solicitado por dicho alumno, es decir:

Administración de Windows 2003: recursos y registro de redes.

3º) Que en el fichero de GARBEN CONSULTORES para la Gestión Académica de Alumnos, inscrito en la Agencia Española de Protección de Datos, el Sr. L.L.L. solo aparece con un curso realizado: "Administración de Windows 2003: recursos y redes."

Concluyen las alegaciones solicitando la aplicación de lo previsto en el artículo 45.4 y 5, basándose en que:

- "El volumen de los tratamientos efectuados ha sido ínfimo.
- El grado de intencionalidad ha sido nulo.
- No existe reincidencia.
- Los daños y perjuicios causados son inexistentes.
- Y que, aunque desconozcamos la naturaleza de los derechos personales afectados, lo cierto es que los datos erróneos, no se han comunicado ni cedido a terceros ni se han hecho públicos ni han reportado beneficio alguno a GARBEN CONSULTORES S.L."

Se considera desproporcionada la sanción prevista por: "el irreprochable respeto al tratamiento de los datos personales que realiza de sus miles de alumnos, sino también, de las consecuencias que para su viabilidad futura como empresa puede tener. En los tiempos críticos por los que atraviesa la economía de nuestro país, y particularmente, la pequeña empresa de la que GARBEN CONSULTORES, S.L. es un exponente digno de elogio por su reconocido carácter innovador, el pago de 60.000 € puede suponer, y de hecho supone, un riesgo claro para la viabilidad inmediata de la empresa para el mantenimiento de gran parte de los puestos de trabajo de su personal."

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: El Sr. L.L.L. solicitó uno de los cursos ofertados por la empresa GARBEN CONSULTORES S.L., (Administración de Windows 2003), pero tras varios e-mail enviados por dicha empresa, observa que ha sido matriculado en varios cursos que nunca solicitó, para lo cual han utilizado los datos aportados por el interesado en el cuestionario que remitió en su día.

SEGUNDO: GARBEN CONSULTORES, S.L. es una empresa dedicada a la Formación de Nuevas Tecnologías dirigida a empresas y a personas que acceden a cursos subvencionados a través del INEM o mediante el plan AVANZA, subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Los cursos se imparten, bien de forma presencial en los locales de las empresas que contratan los cursos o a través de Internet mediante el Campus Virtual de GARBEN CONSULTORES, S.L.

Los cursos de formación son adjudicados mediante Concurso Público a diferentes entidades entre las que se encuentra, la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos (en adelante UPTA).

TERCERO: UPTA España suscribió con GARBEN CONSULTORES, S.L., un contrato de Prestación de Servicios para el PROGRAMA AVANZA FORMACION PROFESIONALES 2007. A partir de la adjudicación de los cursos, se inicia una campaña publicitaria en diferentes páginas web, Portales de Formación, o en las propias empresas.

Para solicitar los cursos se cumplimenta un cuestionario, y se informa al solicitante de la documentación que ha de remitir para la formalización de la solicitud. Todo ello se remite a Garben Consultores, S.L. por mensajería, y el cuestionario por vía telemática.



CUARTO: En el caso de que se acceda a través del Portal de Garben Consultores, S.L. o por el correo electrónico que se facilita en el mismo, las solicitudes llegan al coordinador de formación Online, quien contacta con los solicitantes para informarles de la documentación que han de remitir para poder formalizar la inscripción en el curso, consistente en: copia del DNI, cabecera de la nómina y una autorización de la empresa en la que trabaja. Una persona puede hacer hasta cuatro cursos diferentes.

Para poder participar en cualquiera de los cursos ofertados, es necesario tener presentada toda la documentación requerida así como el cuestionario correspondiente a cada curso. Todas las solicitudes con la documentación correspondiente, es remitida a UPTA para su presentación en el Ministerio de Ciencia y Tecnología, con la finalidad de justificar la finalización de los cursos y los alumnos que han participado.

QUINTO: El procedimiento para realizar los cursos es el siguiente: el Coordinador de Formación Online accede al Campus Virtual y da de alta el curso correspondiente, los tutores adscritos al mismo y los alumnos participantes, a los que asigna una CLAVE, que no puede ser modificada por el alumno. Dicha clave permite al alumno acceder a su área personal dentro del Campus Virtual y comunicarse con el tutor, el cual podrá tener acceso al área de todos los alumnos adscritos al mismo. Los alumnos van recibiendo el temario a lo largo del curso, realizándose evaluaciones periódicas, así como comunicaciones con el Tutor. Los cursos tienen una duración determinada, una vez terminado este plazo se cancela la clave del alumno, no pudiendo acceder al Campus a partir de ese momento.

SEXTO: En el fichero de Gestión Académica de Alumnos, inscrito en la Agencia con el código #####, se realiza una búsqueda a nombre de D. L.L.L., verificándose que figuran cuatro solicitudes de cursos con la siguiente denominación: **Administración de Windows 2003: recursos y redes, Estructura y Funcionamiento Linux9, Administración Linux9: recursos y sistemas y Estructura y Funcionamiento de Windows Server 2003**. Todos ellos figuran como solicitados por el alumno y constan como comenzados durante el período comprendido entre 22/4/2008 y 27/05/2008.

En cada curso se buscan los datos del Sr. L.L.L., comprobándose que consta que estuvo inscrito en dos cursos, **Administración de Windows 2003: recursos y redes**, que figura como realizado al 100% y en el curso **Estructura y Funcionamiento de Windows Server 2003**, que figura como No terminado (0%).

En la información que se remitió a UPTA para su presentación en el Ministerio de Ciencia y Tecnología con el fin de acreditar los cursos realizados por cada alumno, se comprueba que en el caso del Sr. L.L.L. solo existe una anotación asociada al curso ADMINISTRACION DE WINDOWS 2003: recursos y redes.

SÉPTIMO: Con relación a los correos electrónicos existentes entre el Sr. L.L.L. y el Departamento de formación de GARBEN CONSULTORES, S.L., en los que el alumno manifiesta haber recibido claves para la realización de cursos que él no ha solicitado, y para los que solicita reiteradamente la baja de los mismos, el representante de la entidad manifiesta que solo cuentan con los correos correspondientes al 29 y 30 de mayo, no obstante, según consta en los correos mostrados, se le debió de incluir en los cursos en los que se le remitió el mensaje de bienvenida, pero se debieron de dar de baja, tal y como solicita en los correos, motivo por el que no aparecen en la consulta de cursos realizados.

Se verificó que solo existe un cuestionario con su documentación asociada, correspondiente el curso ADMINISTRACIÓN DE WINDOWS 2003. RECURSOS Y REDES, por lo que el representante de la entidad manifiesta que se debe de tratar de un error al registrar los cursos que había solicitado el Sr. L.L.L., ya que no cuentan con las solicitudes del resto de los cursos



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

Se imputa a GARBEN CONSULTORES SL el tratamiento de los datos del denunciante sin consentimiento. En este sentido, el artículo 6.1 y 2 dispone:

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

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

Para que el tratamiento de los datos del denunciante realizado por GARBEN CONSULTORES SL resultara conforme con los preceptos de la LOPD, hubiera debido concurrir alguno de los supuestos contemplados en el artículo 6 de la LOPD. Sin embargo, GARBEN CONSULTORES SL no ha acreditado que el denunciante hubiera prestado el consentimiento para el tratamiento de sus datos, y tampoco se ajusta el presente caso a ninguno de los supuestos exentos de tal consentimiento que recoge el apartado 2 del artículo 6 citado.

El artículo 3 de la LOPD define en su apartado h) como “Consentimiento del interesado” a “Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.”

La LOPD no requiere que el consentimiento se preste por escrito o con formalidades determinadas, pero sí exige que el consentimiento de los afectados sea “inequívoco”.

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



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

Por otra parte, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste, así, en este sentido la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 31 de mayo de 2006 señalaba: *“Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la ley”*.

En el presente caso, GARBEN CONSULTORES SL alega que reconocen *“la existencia de errores que tal vez justifiquen el malestar del Sr. L.L.L. a la hora de formular la denuncia, pero en ningún caso justifica la imposición de una sanción por falta grave. (...) En efecto, tenemos que reconocer que en la elaboración de la tabla en Excel que inicia el proceso, el administrativo encargado de la inclusión de los datos cometió el error de asignar al alumno D: L.L.L. unos cursos que no había solicitado. (...) Al tener conocimiento el Coordinador On Line del deseo del señor L.L.L. de que no aparecieran vinculados a sus datos cursos que él no había solicitado, se procedió a suprimir del campus Virtual las referencias a los cursos: Estructura y Funcionamiento Linux 9 y Administración Linux 9: recursos y sistemas”*.

A este respecto 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.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 16/10/2001, declaró en cuanto al error alegado por la parte demandante que *“el TC en su Sentencia 76/1990, de 26 de abril, nos recuerda que, aún sin reconocimiento explícito en la Constitución, el principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición de exceso (art. 25.1 CE) o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho; manifestando la STC 246/1991, de 19 de diciembre, que es inadmisible en el ámbito del derecho administrativo sancionador una responsabilidad sin culpa. La Ley 30/92 ha pretendido regular la cuestión en su artículo 130.1 al consagrar el principio de responsabilidad como uno de los informadores del ejercicio de la potestad sancionadora, estableciendo que “sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia”; el último inciso “aún a título de simple inobservancia” no es muy preciso puesto que pudiera pensarse que consagra una responsabilidad objetiva sin dolo o culpa del sujeto, por lo que deberá interpretarse conforme a la doctrina aludida, así como señala la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS 16 y 22 de abril de 1991 y 5 de febrero de 1992) uno de los principales componentes de la infracción administrativa es el elemento culpabilista, del que 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.- Probablemente, el legislador de la Ley 30/92 haya pretendido aludir a que serán sancionables las infracciones meramente formales, aunque no produzcan un resultado dañosos al interés público e, igualmente, que será incriminable la culpa inconsciente o sin representación, atendiendo al aspecto normativo de la culpabilidad según el cual puede reprocharse no haber previsto lo que se podía y debía prever.”*



Conforme a esta doctrina jurisprudencial, es evidente la existencia, en este caso de, al menos, una falta de diligencia plenamente imputable a GARBEN CONSULTORES, S.L. por haber tratado los datos personales del denunciante después de haber manifestado su oposición al tratamiento, hecho que pudo haberse detectado si hubiera empleado la diligencia debida que le resulta exigible.

Como indica la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000 ya mencionada, el afectado es el que da el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales a Garben Consultores, y lo da para una finalidad concreta, participar en el curso Administración de Windows 2003 y la entidad usa los datos para otros fines distintos al inscribirle en otros cursos, manteniendo ese tratamiento de sus datos con posterioridad a que el Sr. L.L.L. les indicara el tratamiento indebido de sus datos personales.

Alega Garben Consultores que los hechos se produjeron como consecuencia de un error de un administrativo y que cuando el responsable último detecta el error como consecuencia de los escritos del Sr. L.L.L., se procede a su corrección. A este respecto 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.

Conforme a esta doctrina jurisprudencial, es evidente la existencia, en este caso de, al menos, una falta de diligencia plenamente imputable a Garben Consultores por haber tratado los datos personales del denunciante después de haber estimado su oposición al tratamiento, hecho que pudo haberse detectado si hubiera empleado la diligencia debida que le resulta exigible.

III

El artículo 44.3.d) de la LOPD, dispone:

“3. Son infracciones graves:”

“d) Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con concurrencia 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 constituye infracción muy grave.”

En el presente caso, la descripción de conductas que establece el artículo 44.3.d) de la LOPD cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cuál es la conducta prohibida, 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 LOPD.

El principio del consentimiento se configura como principio básico en materia de protección de datos. Concretamente, por lo que ahora interesa, el artículo 6 de la LOPD recoge el citado principio.

La conducta ilícita por la que se sanciona a GARBEN CONSULTORES SL vulnera el citado principio, toda vez que ha quedado acreditado que los datos del denunciante resultaron tratados sin consentimiento válido atendiendo a las circunstancias expuestas.



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 concurrencia 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.*”

IV

El artículo 45 .2 .4 y .5 de la LOPD establece lo siguiente:

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

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

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.”*

La Sentencia de 21/01/2004 de la Audiencia Nacional, en su recurso 1939/2001, señaló que dicho precepto <<...no es sino manifestación del llamado principio de proporcionalidad (artículo 131.1 de la LRJPAC), incluido en el más general del prohibición de exceso, reconocido por la jurisprudencia como principio general del Derecho. Ahora bien, la presente regla debe aplicarse con exquisita ponderación y sólo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas, atendidas las circunstancias del caso concreto. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos (de aquí la expresión “especialmente cualificada”) y concretos.

En lo que respecta a la falta de perjuicios causados al denunciante, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 19/10/2005, declara que “*Los perjuicios directamente causados o beneficios obtenidos por la entidad recurrente son circunstancias que no admiten ser incluidas dentro de los que deben ser objeto de valoración al amparo de lo previsto por el artículo 45 de la LO 15/1999*”.

En este caso, no se pueden ignorar las circunstancias apuntadas por GARBEN CONSULTORES SL, que se consideran de relevancia y trascendencia suficiente para apreciar



una cualificada disminución de la culpabilidad, por cuanto actuó en la creencia de que gozaba del consentimiento del afectado y en reconocimiento de lo manifiestado en sus alegaciones al decir que, “los datos erróneos, no se han comunicado ni cedido a terceros ni se han hecho públicos ni han reportado beneficio alguno a GARBEN CONSULTORES S.L.”. Atendiendo también a lo alegado sobre: “el irreprochable respeto al tratamiento de los datos personales que realiza de sus miles de alumnos, sino también, de las consecuencias que para su viabilidad futura como empresa puede tener.”

Por todo ello se considera que concurren en el presente caso circunstancias que disminuyen la antijuricidad y la culpabilidad de GARBEN CONSULTORES SL. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo considera, en el ámbito penal, una causa de exclusión de la culpabilidad cuando “las circunstancias concurrentes han podido producir razonablemente en el interesado la creencia de estar actuando lícitamente” STS de 27 de abril de 1998.

En consecuencia, constatada la comisión de la infracción imputada, se observa, como se ha expuesto, sin embargo, la concurrencia de circunstancias que, si bien no eximen del cumplimiento de la norma, sí permiten apreciar una cualificada disminución de la culpabilidad imputada respecto de la comisión de dicha infracción, por lo que se estima que procede la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD respecto de la misma, no apreciándose obstáculo alguno ni indefensión o perjuicio para ninguna de las partes por dicha aplicación.

Por tanto procede imponer la sanción correspondiente a una infracción leve y, de acuerdo a los criterios de graduación de las sanciones previstas en el artículo 45.4, en especial en base a la ausencia de intencionalidad y de reincidencia acreditada en el presente procedimiento sancionador, procede la imposición de una sanción de 6.000 €.

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 GARBEN CONSULTORES, S.L., 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 6.000 € (seis mil euros) de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2.4 y .5 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a GARBEN CONSULTORES, S.L. y a D. L.L.L..

TERCERO: 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 y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (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, 5 de octubre de 2009

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte