



Procedimiento N° PS/00663/2012

RESOLUCIÓN: R/00679/2013

En el procedimiento sancionador PS/00663/2012, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **FROGGIE S.L., USERS2CASH NETWORK IBERICA, S.L.**, vista la denuncia presentada por **ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN ACCIÓN-FACUA** y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 23 de diciembre de 2011 tiene entrada en esta Agencia un escrito de FACUA CONSUMIDORES EN ACCIÓN en el que se manifiesta lo siguiente:

1. Presenta denuncia contra FROGGIE, S.L. y por la implicación de dicha entidad en *"...un fraude masivo a los consumidores mediante la introducción de un virus gusano en sus muros de la red social Facebook..."*
2. En fechas recientes, multitud de usuarios de la red social Facebook han encontrado en sus muros cómo un amigo en dicha red social les había remitido un mensaje en el que se le indicaba que salía en un video con textos como *"¿Sabes que sales en un video?"* o similares.
3. El mensaje, acompañado de una imagen que aparentaba ser la miniatura de un video, contenía un enlace que dirigía al usuario de la red social a uno de un conjunto de sitios web alojados en el dominio blogspot.com.

Dichas paginas, entienden que debido a las denuncias de los usuarios, han sido eliminadas pero continúan apareciendo nuevas páginas.

4. Las páginas web del dominio blogspot.com implicadas, que simulaban mediante su aspecto ser parte de la red social Facebook, informaban de que se requería la instalación de un complemento para el navegador que permitiese visualizar el video.

Al pulsar en el enlace proporcionado para la descarga del complemento lo que en realidad se descargaba era un programa para utilizar el perfil de Facebook del afectado para transmitir el mensaje inicial a los amigos del usuario afectado.

5. El programa descargado, además de propagar el mensaje inicial, solicitaba un número de línea de telefonía móvil que fue utilizado para suscribir dicha línea a un servicio de tarificación adicional (SMS Premium).
6. Información detallada sobre los hechos puede encontrarse en la URL [WWW.....1.](#)
7. La empresa responsable del servicio de tarificación adicional, FROGGIE, S.L., en respuesta a su requerimiento de información, les informó de que una de las empresas contratadas para el desarrollo de sus campañas publicitarias era la responsable de los hechos.

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 **FROGGIE S.L., USERS2CASH NETWORK IBERICA, S.L.**, teniendo conocimiento de que:

1. El Subinspector actuante, al no disponer de un ordenador infectado con el software citado en los antecedentes, ha utilizado la información proporcionada en la denuncia, en la página [www.....1](#) y en otras páginas web que describen los hechos ocurridos e indican que:

- 1.1. La página listaba un conjunto de 97 sitios web utilizados para propagar el software malicioso, ubicados en el dominio [blogspot.com](#).

Las páginas web enlazadas utilizaban el nombre y la imagen de Facebook para confundir al usuario haciéndole pensar que dicha página era parte de los servicios de la red social.

Google Inc. es la entidad que, a través del dominio [blogspot.com](#), presta un servicio gratuito de publicación en Internet mediante bitácoras o blogs a los usuarios que allí se inscriben.

Se trató de acceder a varios de ellos al iniciar la investigación pero ninguno de los sitios web comprobados se encontraba activo.

El 7 de noviembre de 2012 se verificó que 93 de los sitios web listados no se encontraban activos y los cuatro blogs restantes no contenían las páginas utilizadas en los hechos descritos.

En anteriores investigaciones, al ser requerida Google Inc. sobre los datos de registros de usuarios de sus servicios, ésta se ha negado sistemáticamente invocando su adherencia a la legislación de los Estados Unidos, país en el que tiene su sede la compañía. Por ese motivo no es posible identificar al titular o titulares de los blogs utilizados.

- 1.2. Al pulsar en el enlace de la página alojada en el dominio [blogspot.com](#) se solicitaba al usuario permiso para instalar un software desde el sitio web [www.....2](#), tal y como se muestra en la imagen bajo este párrafo

El complemento que se instalaba, si el usuario accedía a ello, no permitía la visualización de ningún video sino que

- a) Mostraba un mensaje indicando que, para comprobar la mayoría de edad era necesario proporcionar un número de móvil al que se remitiría un código de activación.

Redirigía al navegante a una página de confirmación de suscripción de servicios del sitio web [ese.sinfindejuegos.com](#).

- b) Ejecutaba un software que, utilizando el identificador de la red social Facebook del navegante (que se encuentra almacenado en una cookie) y diversas funcionalidades dispuestas por Facebook, como son el listado de amigos ([first_degree.php](#)) o la composición de un mensaje a publicar ([composer.php](#)) replicaba, de manera automática y sin que el navegante fuese consciente de ello, el mensaje recibido en los muros de 30 de sus amigos.



2. FROGGIE, S.L., una empresa dedicada a la prestación de contenidos a través de la red de telefonía móvil, es la titular del sitio web ese.sinfindejuegos.com.

El sitio web en cuestión permite solicitar servicios de tarificación adicional de telefonía móvil, tanto en su variedad de suscripción como bajo demanda.

3. En relación con la entidad responsable de los hechos denunciados, los representantes de FROGGIE, S.L. manifestaron lo siguiente:

- 3.1. FROGGIE, S.L. contrató para el desarrollo de las campañas publicitarias de sus productos a una agencia de publicidad que forma parte del mismo grupo de empresas. La entidad contratada se denomina Publicidad interactiva 2006, S.L, en adelante PI 2006.

PI 2006 contrató la ejecución de las campañas a otras entidades denominadas redes publicitarias. Este tipo de entidades son intermediarias entre los editores o “publishers”, que son quienes finalmente publican en Internet los enlaces a las páginas a publicitar, y las agencias publicitarias.

En el caso que nos ocupa, la página a publicitar era una en la que los usuarios interesados podían introducir su número de línea móvil para suscribirse a uno de los servicios de FROGGIE, S.L

- 3.2. El funcionamiento habitual en este tipo de relaciones es la firma de contratos marco para la prestación de servicios que se concretan mediante órdenes de servicio que se remiten por correo electrónico.

PI 2006 ordenó la ejecución de la campaña que nos ocupa a, entre otras, una entidad denominada USERS2CASH NETWORK IBERICA, S.L.U., en adelante USERS2CASH.

4. En la inspección realizada en la sede de FROGGIE, S.L. se pudo comprobar, mediante la documentación aportada que:

- 4.1. El 13 de diciembre de 2011 USERS2CASH remitió un correo electrónico, en respuesta a uno enviado por PI 2006 ese mismo día en el que se solicitaba la paralización de la campaña debido a los hechos descritos en la denuncia.

En el correo de respuesta, el representante de USERS2CASH manifestaba que *“Detectamos más de uno usando métodos de SPAM para promocionar campañas [...] El problema es que hasta ahora hemos estado trabajando de modo que cualquier persona puede registrarse a3 mediante este formulario [...] Donde apenas se solicita información. Este hecho era para conseguir el máximo número de de afiliados pero realmente no nos permitía controlar quién entra y quién no.”*. A continuación describía las modificaciones en sus procedimientos destinadas a evitar ee tipo de incidentes.

- 4.2. PI 2006 remitió un burofax el 14 de diciembre de 2011a USERS2CASH en el que se le solicita toda la información de que disponga sobre los hechos denunciados.

- 4.3. PI 2006 paralizó el pago de los servicios prestados por USERS2CASH y cualquier otra actividad posterior informando a esta última que la recogida del burofax y la respuesta a la solicitud de información contenida en el mismo eran condiciones necesarias para el pago del servicio y la reanudación de de la actividad entre las partes.



4.4. El 14 de diciembre de 2011 FROGGIE, S.L. remite un burofax a los las operadoras de telefonía MOVISTAR, VODAFONE y ORANGE con idéntico texto informando de lo ocurrido.

Los representantes de FROGGIE manifiestan que en dicho escrito se daba la orden de que no se cobrase a los usuarios suscritos mediante dicha campaña y la cancelación de las suscripciones pero el texto del burofax no permite afirmarlo ya que es el que sigue “... *A día de hoy, por los procedimientos técnicos actuales de Froggie no es posible discriminar o identificar a los usuarios que han sido dados de alta a través de esta campaña fraudulenta, en un plazo adecuado para mitigar los posibles perjuicios que se deriven de dicha campaña a los usuarios. Necesitamos que sean en las fechas que arriba indicamos, ya que presuponemos que el día 8 de diciembre se inició la campaña y el día 13, en el que fuimos concedores de ese fraude, y comunicamos a la red orden de paralización inmediata....*”.

4.5. FROGGIE, S.L. publicó el 15 de diciembre de 2011, a través de la agencia de noticias Europa Press, una nota de prensa en la que se explicaba lo sucedido en torno a la campaña.

4.6. A partir de ese momento recibieron solicitudes de información de distintas asociaciones de usuarios así como el Instituto Nacional de Consumo o la Oficina Andaluza de Consumo de las que, una vez respondidas, a la fecha de la inspección no habían recibido comunicación alguna.

4.7. El 16 de diciembre de 2011 FROGGIE denunció los hechos ante la unidad de delitos de telemáticos de la policía, a la que se le remitieron mediante correo electrónico los datos de la persona de contacto de USERS2CASH.

4.8. El 16 de diciembre de 2011 y el 5 de enero de 2012 FROGGIE remitió correos electrónicos dirigidos a empleados de la red social Facebook a fin de solicitar una reunión para tratar de paliar en lo posible el daño causado a la imagen de ambas empresas.

5. La solicitud de información remitida al domicilio que consta en la página web [www.....3](#) fue devuelta con motivo de ser desconocido el destinatario.

6. El grupo de Seguridad Lógica de la Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía Nacional contactó reiteradas veces con el administrador de USERS2CASH sin que este aportase la información que le fue solicitada.

La unidad no dispone de información que permita identificar a la entidad responsable de los hechos y no tiene conocimiento de que se haya iniciado procedimiento judicial alguno.

TERCERO: Con fecha 3 de diciembre de 2012, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar, procedimiento sancionador a **FROGGIE S.L.**, y a **USERS2CASH NETWORK IBERICA, S.L.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por la presunta infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 b) de la citada Ley Orgánica.



CUARTO: Notificado el acuerdo de inicio, **FROGGIE S.L.**, mediante escrito de fecha formuló alegaciones, significando, que

Que entre los días 11 y 13 de diciembre de 2011, muchos de los usuarios de social Facebook veían publicados en los muros de sus perfiles personales un vídeo "Sales en un vídeo". Estas publicaciones aparentemente provenían de la social.

Cuando el usuario y propietario del perfil hacía clic en el vídeo para verlo, éste direccionaba a una página de descarga de aspecto similar a Facebook y ahí es cuando comenzaba a propagarse.

No sólo no aparecía ningún vídeo, sino que además se le pedía al usuario la instalación de un complemento para el navegador. Finalmente, si se los pasos, el virus redirigía a un portal donde se debía introducir el número de teléfono móvil para recibir mediante mensaje SMS el código que supuestamente le daría acceso a visualizar el vídeo.

En este punto es donde aparece el nombre de Froggie, S.L. vinculado dominios Web propiedad de la empresa, en este caso sínfindejuegos.com, Web c contenidos totalmente legalizada.

Esta landing es propiedad de Froggie, S.L. pero extraída esta parte de la campaña completa que facilitamos a las redes publicitarias con las que trabajamos, y en este caso, una de ellas, la utilizó para expandir el "virus" a la vez de cobrar por cada usuario suscrito.

Nuestra agencia publicitaria se pone en contacto con la empresa de red, que gestionaba varias de sus campañas publicitarias para que paralizase de inmediato el uso fraudulento que se estaba haciendo de una de éstas y reclamándole toda la documentación relativa a la campaña referida para determinar y esclarecer lo ocurrido, lo cual se hizo efectivo el día 13 de 2011.

La red publicitaria contesta a nuestra agencia, que el problema que el que hasta ahora habían estado trabajando de modo que cualquier persona pudiese registrarse desde su página Web como Publisher, donde apenas se solicitaba información, y había sido emitido por uno de estos Publisher. *(Correo electrónico de la Agencia la empresa de red publicitaria, User2cash Network Ibérica, S.L.U. del día 13 de consta como documentación en el expediente de la Inspección y Burofax Publicitaria de fecha 14 de diciembre que consta como documentación en el ex Inspección)*

Se ha contactado telefónicamente con la empresa varias ocasiones pero no ha querido recepcionar el Burofax y tampoco ha facilitado ninguna documentación al respecto y que se le ha requerido.

Es importante insistir, que en estas campañas de publicidad son lanzadas por agencias a través de redes publicitarias online donde hay muchas que son redes "ciegas" que son quienes distribuyen las campañas y creatividades en páginas web y medios online, a las cuales Froggie, o cualquier empresa que contrate esas campañas publicitarias, no tiene ningún tipo de acceso, desconociendo las características y condiciones de la forma promocional. Esta campaña en concreto se lanzó sin conocimiento ni consentimiento por parte de Froggie, la cual no aprueba este tipo de acciones por ser fraudulentas y contrarias a la normativa e aplicación y que, además dañan su imagen de marca al producir un previsible perjuicio al usuario.

PI 20006, tiene contactos con las redes que poseen espacios publicitarios en as distintas páginas Web. Esta agencia, PI 2006, muestra el servicio de nuestras creaciones a 1 s redes, (el cliente es Froggie). Las redes, a su vez, en muchos casos trabajan co Publisher independientes.

En el caso que nos ocupa, PI 2006 (agencia) se puso en contacto con USER2CA H (red con Publisher independientes), para que le diera visibilidad a un servicio de la empresa Froggie. La red cedió este servicio a un Publisher independiente, que creó la manera de dar posibilidad a este servicio, (normalmente estos Publisher trabajan a comisión y cobran según los clicks que reciben su publicidad).

Hay que dejar claro, que Froggie contrata a PI, nunca tiene relación directa con US RZCASH, ni siquiera tiene porque saber con qué red se está trabajando.

También hay que puntualizar que lo que se publicita es un banner, no la página Web donde se aloja el servicio. Para dirigirse a la página Web donde se aloja el servicio ofrecido, hay que pinchar en el banner. Esto quiere decir, que lo único que mueven las redes publicitarias son los banners, nunca la Web.

Estos Publishers independientes al cobrar por comisión, idean las maneras de conseguir llegar más a los usuarios finales.

El usuario ve la publicidad, y pincha en el banner. Este banner redirige al usuario la página Web donde se aloja el alta del servicio.

Interpretación errónea de los pasos

Lo que sucede realmente es que al pulsar el enlace de la página alojada en el dominio blogspot.com se solicitaba al usuario permiso para instalar un software desde el sitio web www.....2.

El complemento que se instalaba, si el usuario accedía a ello, no permitía la visualización de ningún video sino que:

a) Ejecutaba un software que, utilizando el identificador de la red social Facebook del navegador (que se encuentra almacenado en una cookie) y diversas funcionalidades de dispuestas por Facebook, como el listado de amigos o la composición de un mensaje a publicar, replicaba de manera automática y sin que el navegador fuese consciente de que el mensaje fuese recibido en los muros de 30 de sus amigos.

b) Mostraba, entonces pero no antes, un mensaje indicando que, para visualizar el video debía proporcionar un número de teléfono móvil para remitirle un código de activación. Es en este momento cuando se dirigía a la página de suscripción de servicios del sitio web ese.sinfindejuegos.com. Queriendo esto decir que es, en ese momento, cuando entra en nuestra web, en la que se encuentra la landing con la información del servicio todos los avisos requeridos por la normativa de aplicación.

No existencia de tratamiento de datos personales:

No se produce un tratamiento de datos de carácter personal, en la medida que la única información que se trata son números de teléfono móvil, que por si solos, si no van asociados a un interesado o afectado no permite poder identificar a la persona física titular de dicha numeración y, por tanto, el número de teléfono o móvil, por si solo, al no poder identificar a su titular no tiene la consideración de dato personal.

La razón por la que se muestra una política de privacidad que informa del tratamiento de datos personales es para cumplir con la normativa y evitarse ulteriores reclamaciones propias del sector. El teléfono móvil por si solo no es dato personal.

Inexistencia de incumplimiento del art. 46 RDLOPD.



No se ha que ha incumplido los términos establecidos en el artículo 46 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD al que hace referencia la Instrucción del procedimiento.

El tratamiento del número de teléfono móvil para realizar de manera directa una actividad publicitaria de nuestros productos y servicios s una relación comercial conforme a los Términos y Condiciones, junto a la Política d de Datos para mayor transparencia e información al usuario, que acepta de mane hacer click en CONTINUAR y posteriormente se vuelve a aceptar mediante el sms de verificación del alta en el servicio de suscripción que envía la operadora. Froggie únicamente fija el tipo de promoción *web, email, search, downloadable software, content locker, social network, incentive*) pero en ningún caso establece parámetros identificativos de los destinatarios, ni se identifica público objetivo o destinatario de la campaña de servicios que permitan acotar los estinarios individuales de la misma, ni se le hace encargo o indicación de que proceda a tratar datos personales. El objeto de la campaña en cuestión era establecer banners publicitanos en redes sociales que enlazaran a la landing page alojada en la web sinfindejuegos.com, e decir es una campaña del tipo CPA para covertos on a Pm Submit (coste por acción).

Inexistencia de perjuicio a tercero. No se ha producido daño a tercero, se procedió de manera proactiva y directa a la paralización de la campaña y al no cobro o devolución de las cantidades que se hubieran obtenido. Aplicación del principio de proporcionalidad.

Vulneración del principio de presunción de inocencia e Inexistencia de culpabilidad.

No existe prueba de cargo que haga que la imputación recaída sobre Froggie. Sino que se envía el virus se lanza desde blogspot sin que pueda investigarse la titularidad de dichas webs. No hay prueba de que la transmisión del virus o malware haya sido impulsada, promovida o generada por Froggie

Aplicación subsidiaria del art. 45.6 LOPD y en su defecto del art. 45.5 LOPD.

QUINTO: Con fecha 14/01/2013 se inició el período de práctica de pruebas, en el que se dio por reproducidos a efectos probatorios la denuncia interpuesta por **ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN ACCIÓN-FACUA** y su documentación, los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección ante **FROGGIE S.L.**, y el Informe de actuaciones previas de Inspección que forman parte del expediente E/00033/2012 y las alegaciones al acuerdo de inicio PS/00663/2012 presentadas por **FROGGIE S.L.**, y la documentación que a ellas acompaña.

SEXTO: Transcurrido el plazo concedido en el Acuerdo de Inicio del procedimiento de referencia, USERS2CASH no ha presentado alegaciones.

SEPTIMO: En fecha de 12/02/2013 el Instructor del Procedimiento emitió Propuesta de Resolución solicitando:

PRIMERO.- Que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a **USERS2CASH NETWORK IBERICA, S.L.** con multa de 40.001 € (cuarenta mil un euro) por la infracción de los artículos 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 b) de dicha norma.



SEGUNDO.- Que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a **FROGGIE S.L.** con multa de 6.000 € (seis mil euros) por la infracción del artículo 6 de la LOPD, en relación con el artículo 46 del RDLOPD, tipificada como grave en el artículo 6 de dicha norma.

OCTAVO: En fecha de 04/03/2013 la representación de FROGGIE, S.L. presento alegaciones a la propuesta de resolución en las que se reiteraba en las anteriormente formuladas, señalando la vulneración del principio de presunción de inocencia, por no haberse identificado al responsable de la propagación del virus, actuación diligente de FROGGIE cuando detecta que se está utilizando una de sus campañas para propagar un virus, aplicación del principio in dubio pro reo.

Existen tres momentos o estadios que hay que diferenciar en los hechos ocurridos: captación de datos donde se informa del tratamiento que se va a dar a la información que el usuario proporcione a la web. Un segundo momento respecto a la difusión de publicidad de FROGGIE en internet que corresponderá a USER2CASH, siendo de destacar que es el Publisher quien decide donde poner el banner, FROGGIE solo fija el tipo de promoción pero en ningún caso parámetros identificativos.

No hubo encargo de tratamiento pues la practica sectorial y el mercado hace que se trabaje por correo electrónico y por Insertion ORder, resultando muy difícil detallar las campañas. Respecto al tercer estadio, escapa a la responsabilidad de FROGGIE pues corresponde al propietario del sitio bajo dominio de blogspot.com,2 y USERS2CASH.

De manera subsidiaria a lo anterior se solicita la aplicación del art. 45.6 LOPD.

De manera subsidiaria a lo anterior se solicita la aplicación del art. 45.5 LOPD atendiendo a la diligencia y actuación mostrada en cuanto tuvo conocimiento de los hechos.

NOVENO: De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento, han quedado acreditados los siguientes

HECHOS PROBADOS

UNO.- Resulta acreditado que durante el mes de diciembre de 2011, en el muro de diversos perfiles de usuarios de la red social *Facebook* aparecían mensajes provenientes de otros usuarios de la red social con el texto “sabes que sales en un video” y un enlace web denominado acompañado de una imagen en formato video.

DOS.- El enlace que aparecería en el mensaje publicado en el perfil del destinatario, dirigía éste a un conjunto de sitios web alojados en el dominio blogspot.com. que simulaban mediante su aspecto ser parte de la red social *Facebook*, informando que se requería la instalación de un complemento para el navegador que permitiese visualizar dicho video, se solicitaba permiso del usuario para instalar un software desde el sitio web www.....2



TRES.- Resulta acreditado que cuando el usuario decidía instalar el complemento se mostraba un mensaje indicando que, para comprobar la mayoría de edad era necesario proporcionar un número de móvil al que se remitiría un código de activación (Folio 3) , redirigiendo la navegación a un sitio web de suscripción de servicios de tarificación adicional (ese.sinfindejuegos.com) y ejecutando un software que contenía un virus, que utilizaba el identificador de la red social Facebook del usuario y otras funcionalidades (first_degree.php, composer.php) replicaba de manera automática y si que el usuario fuese consciente, el mensaje recibido en los muros de 30 de sus amigos.

CUATRO.- En el sitio web donde se debía introducir el nº de teléfono móvil es propiedad de FROGGIE, donde se incluye una política de privacidad que incluía (...) *los datos que el usuario suministra a FROGGIE, S.L., mediante el acceso a cualquiera de los servicios que presta tiene por finalidad determinar sus áreas de interés de cara a mejorar la satisfacción de la relación contractual. Para ello se tratar sus datos (exclusivamente su número de teléfono) por medios automatizados con el objetivo de obtener perfiles de usuario(...)* (Folio 265)

(...) el tratamiento de datos personales citado en al presente nota informativa afecta a todos aquellos datos personales que sean aportados por el Usuario a FROGGIE en el momento de su registro en el portal web así como todos aquellos que sean facilitados para su acceso a cualquiera de los servicios de otras páginas o servicios de dicha sociedad o de cualquiera de las empresas del Grupo Froggie.(...) (Folio 273)

Respecto al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, requiere para su efectividad la aportación de nombre, apellidos, DNI, nº de teléfono o email sobre el que ejercitar el derecho y un domicilio físico a efectos de notificaciones. (Folio 274)

CINCO.- Según manifestación de los representantes de FROGGIE diligenciadas en el Acta de Inspección E/0033/2012/I-01, ésta encomendó una campaña de publicidad a PI2006 quien, en nombre de aquella encargo a USERS2CASH la ejecución de la campaña. El sitio web a publicitar era una en la que los usuarios interesados podrían introducir su número de teléfono móvil para suscribirse a uno de los servicios de FROGGIE, S.L., y el producto a publicitar era un servicio de suscripción de contenidos cuya página en internet es sinfindejuegos.com(Folios 42 y 43),

SEIS.- Resulta acreditado que FROGGIE, a través de PI2006 decidió el segmento de destinatarios de su campaña, a través del documento *Insertion Order* obrante en los folios 67 a 70.

SIETE.- USERS2CASH utilizo "Publisher" independientes sin poder determinar la identidad de éstos, para conseguir la máxima expansión de la campaña en internet. USERS2CASH reconoció el uso de métodos de SPAM o "dudosos" para propagar la campaña. (Folio 53)

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

La representación de FROGGIE formula alegaciones a la propuesta de resolución, señalando entre otras cuestiones la inexistencia de tratamiento de datos personales. Dicha circunstancia ya fue resuelta en la Propuesta de Resolución pues era reproducción de lo mantenido por aquella en sus alegaciones iniciales, transcribiéndose a continuación:

<<<Con carácter previo, es preciso analizar las excepciones a la aplicación de la LOPD planteadas por la representación de FROGGIE, que de prosperar impedirían una pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Se plantea la inexistencia de tratamiento de datos personales por parte de la entidad denunciada y de ahí la inaplicación de la LOPD. En este sentido es preciso señalar que el tratamiento de datos personales ha acontecido en dos momentos o estadios de los hechos analizados y sobre los que recae la imputación a FROGGIE y a USER2CASH.

Por un lado, en la captación de los nº de teléfono de los potenciales clientes, (con independencia de que éstos hubieran llegado al site web de la entidad denunciada a través de medios fraudulentos como más adelante se analiza) y por otro lado en difusión de la publicidad de FROGGIE, es decir, a través de perfiles de usuarios de la red social.

En el primero de los casos no puede obviarse el modo en que se recaban los números de teléfono móvil de los potenciales clientes, es decir, a través de la red internet (internet en adelante). Este modo de obtención conlleva además de la utilización de una dirección IP, la instalación de cookies, y habida cuenta de la política de privacidad que el usuario acepta cuando introduce el nº de teléfono, está dando carta de naturaleza a la entidad denunciada para que trate esa información como dato personal.

Lo que tiene consecuencias que posibilita, en mayor medida si cabe, la creación de perfiles, a saber: cuando el usuario pretenda ejercer los derechos ARCO, se le requiere Nombre y apellidos, DNI, nº de teléfono o email sobre el que ejercer el derecho y además un domicilio a efectos de notificaciones. Cuando el usuario ejerce un derecho de cancelación no habría inconveniente alguno, pues los datos quedarán bloqueados sin que puedan utilizarse, pero cuando ejerza un derecho de acceso o rectificación, además del nº de teléfono originario, se nutrirá el registro del usuario con esta información adicional. El resultado de aplicarle la política de privacidad de datos personales a este tipo de servicios, es que se parte de un nº de teléfono móvil, ayuno de otras circunstancias, y se concluye con un perfil que incluye nº de teléfono móvil, nombre y apellidos y dirección física.



Cuando se requieren datos personales para la prestación de un servicio o la venta de un producto, o la suscripción a determinadas promociones publicitarias, parece lógico y así lo ha querido el legislador y el propio RDLOPD (Título III) y , que se ejerzan los derechos ARCO utilizando datos personales que permitan identificar al titular de los mismos, sin embargo cuando el servicio solicitado no exige más datos que un nº de teléfono móvil, parece excesivo y en fraude de ley, “alimentar” perfiles de usuarios que inicialmente no resultaron necesarios para la prestación del mismo(Folio 274). A mayor abundamiento la propia entidad reconoce en su política de privacidad que partiendo del número de teléfono móvil “crea perfiles de usuarios” (folio 265)

En segundo lugar, respecto de la difusión de la campaña publicitaria a través de la red social utilizando los perfiles de usuarios, no existe duda del tratamiento de datos personales. Los perfiles de usuario de la red social contienen datos que permiten identificar a sus titulares, encontrando plena cabida en la definición del art. 3 de la LOPD en lo concerniente a dato de carácter personal. A mayor abundamiento, son numerosas las resoluciones de esta Agencia en las que se ha sancionado por vulneración de lo dispuesto en el art. 6 de la LOPD, cuando se ha analizado casos de suplantación de identidad, en concreto de perfiles de usuarios de una red social tal como ha ocurrido en el presente caso.

En este sentido resulta conveniente traer a colación el criterio mantenido por la Audiencia Nacional, al tratamiento de datos de carácter personal en Internet le resulta de aplicación la normativa española de protección de datos. En particular, resulta relevante la sentencia de 20/04/2009 (recurso 561/2007), donde el órgano judicial aplica los fundamentos de la sentencia de 7/11/2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso Lindqvist. Asunto C-101/01), al entender que “la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones constituye un «tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46.”>>

Por lo expuesto se desestiman las alegaciones formuladas respecto a la inaplicación de la LOPD por inexistencia de tratamiento de datos personales.

III

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



Dispone el artículo 6 de la LOPD:

“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.

Dispone el art. 4.7 de la LOPD: *Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.*

IV

El propio artículo 3 en su apartado c) delimita en qué consiste el tratamiento de datos, incluyendo en tal concepto las *“operaciones o 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”*.

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros y a los encargados de tratamiento. Art 43 LOPD, por tanto ambas figuras están sujetas al régimen sancionador de la LOPD.

Conforme al **artículo 3.d) de la LOPD, el responsable del fichero o del tratamiento** es *“la persona física o jurídica (...) que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”*.

Conforme al **artículo 3. g) de la LOPD, el encargado del tratamiento** es *(...) la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento(...)*

Conforme al **artículo 12.4 de la LOPD: 4.** *En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente.*

Conforme al **artículo 21 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre**, en adelante RDLOPD:

1. El encargado del tratamiento no podrá subcontratar con un tercero la realización de ningún tratamiento que le hubiera encomendado el responsable del



tratamiento, salvo que hubiera obtenido de éste autorización para ello. En este caso, la contratación se efectuará siempre en nombre y por cuenta del responsable del tratamiento.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, será posible la subcontratación sin necesidad de autorización siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

Que se especifiquen en el contrato los servicios que puedan ser objeto de subcontratación y, si ello fuera posible, la empresa con la que se vaya a subcontratar.

Cuando no se identificase en el contrato la empresa con la que se vaya a subcontratar, será preciso que el encargado del tratamiento comunique al responsable los datos que la identifiquen antes de proceder a la subcontratación.

Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero.

Que el encargado del tratamiento y la empresa subcontratista formalicen el contrato, en los términos previstos en el artículo anterior.

En este caso, el subcontratista será considerado encargado del tratamiento, siéndole de aplicación lo previsto en el artículo 20.3 de este reglamento.

3. Si durante la prestación del servicio resultase necesario subcontratar una parte del mismo y dicha circunstancia no hubiera sido prevista en el contrato, deberán someterse al responsable del tratamiento los extremos señalados en el apartado anterior.

En el presente caso estamos ante el tratamiento de datos personales por parte de FROGGIE y USERS2CASH.

El primero como **responsable del tratamiento** y en atención a que encarga la campaña publicitaria que ha conllevado un tratamiento de datos personales, sin que pueda serle ajena tal circunstancia, pues en la *Insertion Order* (Folio 68) se fija como parámetros identificativos de la citada campaña, entre otros, a cuentas de correo y a usuarios de redes sociales (*Social Network*), debiendo recordarse que tanto las cuentas de correo (Sentencias de la Audiencia Nacional de fechas 23 de marzo 2006, de 25 de mayo de 2006 y 15 de enero de 2011) como los perfiles de usuario de una red social (*Sentencia Linquist*) pueden ser considerados dato personal. Y como **responsable del fichero**, pues a la base de datos de la entidad se añaden registros nuevos a consecuencia de la campaña publicitaria cuando introducen los números de teléfono en la misma a consecuencia de una comunicación de la identidad suplantada de un perfil de usuario de la red social.

Y el segundo como **encargado del tratamiento** a la vista que presta un servicio a aquel que a la vista de los hechos valorados conlleva un tratamiento de datos personales. Por lo expuesto, ambos ostentan una posición jurídica susceptible de generar responsabilidad por incumplimiento de la LOPD.

V

En el presente caso ha existido un tratamiento de datos personales sin



consentimiento por cuenta de FROGGIE a la vista de que en ejecución de su campaña publicitaria en cargada a PI2006, y subcontratada a USER2CASH que mediante virus de tipo troyano se suplantarón identidades de usuarios de la red social *Facebook* para mediante engaño ser redirigidos a sitio web de FROGGIE donde insertaban el número de teléfono móvil y se incorporaba a una base de datos de ésta, suscribiéndose a un servicio de tarificación adicional (SMS PREMIUM).

Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades de los encargados de tratamiento de FROGGIE y la subcontratación de los servicios realizada por PI2006 a USERS2CASH.

VI

Dispone el artículo 46 del RDLOPD:

1. Para que una entidad pueda realizar por sí misma una actividad publicitaria de sus productos o servicios entre sus clientes será preciso que el tratamiento se ampare en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

2. En caso de que una entidad contrate o encomiende a terceros la realización de una determinada campaña publicitaria de sus productos o servicios, encomendándole el tratamiento de determinados datos, se aplicarán las siguientes normas:

- a) Cuando los parámetros identificativos de los destinatarios de la campaña sean fijados por la entidad que contrate la campaña, ésta será responsable del tratamiento de los datos.*
- b) Cuando los parámetros fueran determinados únicamente por la entidad o entidades contratadas, dichas entidades serán las responsable del tratamiento.*
- c) Cuando en la determinación de los parámetros intervengan ambas entidades, serán ambas responsables del tratamiento.*

3. En el supuesto contemplado en el apartado anterior, la entidad que encargue la realización de la campaña publicitaria deberá adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que la entidad contratada ha recabado los datos cumpliendo las exigencias establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el presente reglamento.

4. A los efectos previstos en este artículo, se consideran parámetros identificativos de los destinatarios las variables utilizadas para identificar el público objetivo o destinatario de una campaña o promoción comercial de productos o servicios que permitan acotar los destinatarios individuales de la misma.

En el presente caso debe recordarse que FROGGIE, S.L. contrató para el desarrollo de las campañas publicitarias de sus productos a una agencia de publicidad que forma parte del mismo grupo de empresas.

La entidad contratada se denomina Publicidad interactiva 2006, S.L, en adelante PI 2006. Así las cosas, FROGGIE es responsable del tratamiento de los datos personales según el apartado 2. a) y 4 del citado precepto, atendiendo a la información obrante en el folio 67 a 70, en la orden de trabajo de PI2006 a USERS2CASH donde en el apartado *Promotion Type*, es decir, tipo de promoción se especifican los parámetros de los destinatarios de las campañas: *web, email, search, Downloadable software, content locker, social network, incentive*. Que conlleva el tratamiento de datos



personales de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento de Derecho IV de la presente Resolución).

Debiendo ser desestimadas las alegaciones de FROGGIE relativas a la inexistencia de establecimiento de parámetros identificativos.

Asimismo en la citada orden de trabajo, (en el apartado Landing Pages preview URLs) constan los enlaces web a los que se han de redirigir los destinatarios de las campañas, siendo estos propiedad de FROGGIE. Finalmente es de destacar que no consta en el procedimiento el documento contractual entre FROGGIE, PI 2006 y USERS2CASH.

En este sentido se estima, a su vez, el incumplimiento por parte de FROGGIE del art. 46.3 del RDLOPD pues no consta que diligencia desplegó a la hora de garantizar el cumplimiento de las previsiones de la LOPD al obtener datos personales de sus potenciales clientes por medio de la campaña encargada.

Sin que proceda justificar la carencia documental y de diligencia por el funcionamiento actual del sector tal como aduce FROGGIE en sus alegaciones a la propuesta de resolución, pues se vaciaría de contenido material los artículos 12 de la LOPD y 46 del RDLOPD y la cautela y rigor que el legislador quiso imponer para acotar las responsabilidades de los actores cuando se trata del tratamiento de datos personales, como contenido esencial de un derecho fundamental *ex art. 18.4 de la Constitución y STC 292/2000*.

VII

Volviendo al citado art. 6 LOPD y su literalidad: *“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.”*

FROGGIE manifiesta en sus alegaciones al acuerdo de inicio como en las formuladas a la propuesta de resolución la vulneración del principio de presunción de inocencia, por desconocerse la titularidad de los sitios web alojados en los dominios blogspot.com,2, sin embargo dicha circunstancia no es óbice para que se haya acreditado el tratamiento de datos realizado por cuenta de aquella, con independencia de la titularidad de los sitios web antes citados.

Por tanto respecto del tratamiento que se imputa a FROGGIE, una vez acreditado el tratamiento de los datos por la Agencia, corresponde a la parte imputada que efectúa el tratamiento justificar que contaba con el repetido consentimiento que sirviera de cobertura al tratamiento realizado. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11/05/2001 dispone 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”* (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

Así las cosas procede citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21/12/2001 en la que declara que *“de acuerdo con el principio que rige en materia probatoria (art. 1214 del Código Civil) la Agencia de Protección de Datos probó el hecho*



constitutivo que era el tratamiento automatizado de los datos personales de D. ... (Nombre, apellidos y domicilio), y a la recurrente incumbía el hecho impositivo o extintivo, cual era el consentimiento del mismo.

Es decir, ... debía acreditar el consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de datos personales, o justificar que el supuesto examinado concurre alguna de las excepciones al principio general del consentimiento consagrado en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 5/1992. Y nada de esto ha sucedido”.

Por ello, una vez acreditado el tratamiento de los datos por la Agencia, corresponde a la parte imputada que efectúa el tratamiento justificar que contaba con el repetido consentimiento que sirviera de cobertura al tratamiento realizado.

VIII

Dispone el artículo 44.3. b) de dicha norma que considera con infracción grave: *“Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo.”*

En el presente caso se cumplen los supuestos de hecho que tipifica el precepto, es decir, resulta acreditado un tratamiento de datos personales y la exigibilidad del consentimiento viene dada en la norma aplicable sin ser aplicables las excepciones previstas.

IX

El artículo 45 de la LOPD, en la redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece, en sus apartados 2 a 5, lo siguiente:

- 2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros.*
- 3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 300.001 a 600.000 euros.*
- 4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:*
 - a) El carácter continuado de la infracción.*
 - b) El volumen de los tratamientos efectuados.*
 - c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.*
 - d) El volumen de negocio o actividad del infractor.*
 - e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
 - f) El grado de intencionalidad.*
 - g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.*
 - h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.*
 - i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción*



la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.

j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

5. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.»

La representación de FROGGIE solicita la aplicación del art. 45.6 de la LOPD y con carácter subsidiario la aplicación del art. 45.5 de la LOPD, por la rápida actuación una vez conocido que se estaba utilizando su campaña publicitaria para cometer un fraude

Señala el art. 45.6 de la LOPD:

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

Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercebido con anterioridad.

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

En el presente caso no puede dejar de analizarse la falta de diligencia de FROGGIE a la hora de encargar la campaña publicitaria sin observar las cautelas que exige el art 12 de la LOPD y el art. 46.3 del RDLOPD y la repercusión de la misma en la



red social donde se propagaba el virus que suplantaba identidades, pues con independencia de la paralización del cobro de las suscripciones a servicio de tarificación adicional como consecuencia de la ejecución de la campaña, nada ha alegado respecto del tratamiento que se ha dado a los números de teléfonos de los que se apropió FROGGIE cuando mediante engaño (ya que los usuarios creían que la comunicación se la enviaba un amigo de la red social, y que introducían su teléfono para recibir un código de verificación de edad), los usuarios los introducían en la web de FROGGIE y eran incorporados a su base de datos. Por lo que atendiendo a la “*excepcionalidad*” de la aplicación del precepto invocado y las consideraciones expuestas, no procede su estimación.

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

Circunstancias del caso concreto que fueron analizadas en la Propuesta de Resolución y tenidas en cuenta para aplicar el citado precepto y graduar el importe de la sanción dentro del intervalo de las infracciones leves: una vez acaecidos los hechos analizados, FROGGIE actuó con exquisita celeridad, desplegó sus medios para paralizar los hechos sucedidos, denunciar los mismos ante el Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil, así como el establecimiento de procedimientos de reclamaciones por las acciones de cobro que pudieran derivarse de los servicios de tarificación adicional contratados a través de la campaña publicitaria llevada a cabo por USER2CASH, por todo ello, procede imponer, la infracciones cometida, una multa cuyo importe se encuentre entre 900 € y 40.000 €, en aplicación de lo previsto en el apartado 1 del citado artículo 45.

FROGGIE aduce falta de culpabilidad en los hechos analizados, sin embargo conviene recordar que desde el punto de vista material, la culpabilidad consiste en la capacidad que tiene el sujeto obligado para obrar de modo distinto y, por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Por tanto, lo relevante es la diligencia desplegada en la acción por el sujeto, lo que excluye la imposición de una sanción, únicamente en base al mero resultado, es decir al principio de responsabilidad objetiva. En este caso no consta si quiera el documento contractual mediante el que se realiza el encargo de la campaña que contenga las previsiones del cumplimiento de la LOPD por mor de lo dispuesto en el art. 46.3 RDLOPD.

FROGGIE solicita el archivo de las actuaciones respecto de su implicación en los hechos valorados entendiéndose “*victima*” de los actos de USERS2CASH, sin embargo no puede obviarse que ésta actuaba en ejecución de una campaña publicitaria de aquella, en este sentido, resulta especialmente clarificadora la Sentencia de la Audiencia



Nacional de 28/01/2004 a la hora de valorar la culpabilidad del *comitente* en lo que se refiere al tratamiento de datos personales por su *comisionado*, establece en su Fundamento de Derecho Cuarto que *“la externalización de servicios no puede comportar la inaplicación del régimen sancionador previsto en la Ley de 1999, abonando la creación de zonas de impunidad, especialmente significativas cuando está en juego la protección de derechos fundamentales, como el recogido en el artículo 18.4 de la CE, bajo la referencia al uso de la informática, que extiende su protección no a los datos íntimos de la persona –que se protegen en el derecho a la intimidad- sino a los datos de carácter personal (STC 292/2000), por tanto, la garantía de la vida privada de la persona y su reputación poseen una dimensión positiva que excede del ámbito del artículo 18.1 CE y que se traduce en un derecho al control sobre los datos. Se pretende garantizar ahora a la persona mediante el control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado. Esta protección se vincula con la antijuridicidad de este tipo de conductas.*

Pues bien, 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 el presente caso, a priori, no consta diligencia alguna prestada por FROGGIE a la hora de contratar o encargar una campaña que ha conllevado tratamiento de datos personales, pues ni siquiera existe en los autos documentación contractual alguna, en el sentido del art. 46.3 del RDLOPD con independencia del funcionamiento del sector, siendo de destacar que en las alegaciones formuladas por FROGGIE reconoce incluso que en ocasiones desconoce la subcontratación de la campaña. Por lo que al menos, es tributario del elemento subjetivo de la culpa circunstancia que impide proponer el importe de la sanción en su cuantía mínima.

Teniendo en cuenta los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD, se impone la sanción en la cuantía de 6.000 €, habida cuenta del volumen de tratamientos efectuados y el amplio espectro de destinatarios de la campaña publicitaria (apartado b), la vinculación de la actividad de ésta con la realización de tratamientos de datos de carácter personal (apartado c) en este sentido FROGGIE no ha mostrado un celo y diligencia, que debe ser de notable entidad en atención a su actividad mercantil, de la que se infiere un continuo tratamiento de datos personales, así la Sentencia de la Audiencia Nacional Recurso 104/2006 señala que *“la entidad demandante por la actividad que realiza debe tratar un gran volumen de datos personales en sus ficheros, lo que hace que deba extremar el cuidado en el manejo de dichos datos para lograr una protección eficaz, pues está en juego un derecho fundamental autónomo, el derecho a la protección de datos personales según la STS 292/2000”*.

X



Respecto de USERS2CASH, y lo dispuesto en el art. 45 de la LOPD, no existe en el procedimiento elementos que permitan aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del citado precepto. Respecto de los criterios de graduación del importe de la sanción se fija en la cuantía de 40.001 €.

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 **USERS2CASH NETWORK IBERICA, S.L.**, por una infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 b) de dicha norma, una multa de 40.001 € (cuarenta mil un euro) de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: IMPONER a la entidad **FROGGIE S.L.**, por una infracción del artículo 6 de la LOPD en relación con el artículo 46 del RDLOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 b) de dicha norma, una multa de 6.000 € (seis mil euros) de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la citada Ley Orgánica.

TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución a **FROGGIE S.L.**, **USERS2CASH NETWORK IBERICA, S.L.** y a **ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN ACCIÓN-FACUA**.

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 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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos