

La Protección de Datos en España.  
Análisis de los principales desarrollos



# 1. Informes sobre Proyectos de Disposiciones Generales

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 h) de la LOPD corresponde a la Agencia de Protección de Datos informar, con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones generales que desarrollen la Ley Orgánica. Por su parte, el artículo 5 del Estatuto de la Agencia concreta, en sus apartados a) y b), este precepto, estableciendo que la Agencia informará preceptivamente los proyectos de disposiciones generales de desarrollo de la Ley Orgánica, así como cualesquiera proyectos de ley o reglamentos que incidan en la materia propia de la Ley Orgánica.

A lo largo de 2002 se han sometido al parecer de la Agencia de Protección de Datos, para su informe preceptivo, un total de 33 disposiciones, debiendo destacarse por su especial relevancia las siguientes:

- Anteproyecto de Ley de Estadística de Castilla-La Mancha.
- Anteproyecto de Ley de Firma Electrónica.
- *Proyecto de Ley de la Agencia Catalana de Protección de Datos.*
- Proyecto de Ley de Prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.
- Borrador de Anteproyecto de Ley por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal de titularidad pública y se crea la Agencia Vasca de Protección de Datos.

- Enmienda al Proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, relativa a la retención de datos de tráfico por parte de los operadores de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet.
- Proyecto de Orden Ministerial reguladora de los ficheros automatizados de datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.
- Proyecto de Real Decreto por el que se establece la garantía al ciudadano del tiempo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud.
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.
- Proyecto de Real Decreto para el impulso de la Administración electrónica.
- Proyecto de Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual.
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen los procedimientos y las medidas técnicas para la interceptación legal de las telecomunicaciones exigibles a los operadores de servicios de telecomunicaciones disponibles al público y de redes públicas de telecomunicaciones.
- Proyecto de Orden sobre regulación de los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio de Educación y Cultura.
- Proyecto de Orden Ministerial reguladora de los ficheros automatizados de datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Fomento.
- Proyecto de Orden por el que se incorporan ficheros a la relación de ficheros automatizados de datos de carácter personal del Ministerio de Fomento.
- Proyecto de Orden Ministerial por la que se determinan los ficheros automatizados con datos de carácter personal del Ministerio de Justicia y de sus organismos.
- Proyecto de Orden por la que se regulan los ficheros automatizados de datos de carácter personal del Ministerio de Medio Ambiente.

- Proyecto de Orden por el que se amplía la de 21 de julio de 1994, que regula los ficheros con datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Sanidad y Consumo.
- Proyecto de Orden del Ministerio del Interior por la que se regulan los ficheros informáticos de la Dirección General de la Policía.
- Propuesta de Orden Ministerial por la que se regulan los ficheros automatizados de datos de carácter personal correspondiente al Cuerpo de Notarios.
- Propuesta de Orden del Consejero de Interior del Gobierno Vasco, reguladora de los ficheros automatizados de datos de carácter personal del Departamento de Interior y del Organismo Autónomo «Academia de Policía del País Vasco» adscrito al mismo.

Debe indicarse que entre los proyectos de disposiciones generales informadas en el periodo comentado, ha sido especialmente significativo el número de disposiciones dirigidas a la creación de ficheros o a la modificación de disposiciones ya existentes que los regulaban, muy particularmente en el ámbito de la Administración General del Estado. Analizando este dato, puede considerarse que ello ha obedecido, por un lado, a una actividad de los organismos responsables de los ficheros en orden a adaptar disposiciones ya en vigor de creación de ficheros públicos tanto a la Ley Orgánica 15/1999, como a las modificaciones en ella introducidas por la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre (que la declaró parcialmente inconstitucional precisamente en preceptos relativos a ficheros públicos, como fue ampliamente analizado en la Memoria del año 2000 de esta Agencia de Protección de Datos).

También en ello ha influido el cada vez más cercano fin del periodo transitorio establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 15/1999 para adecuar los ficheros automatizados preexistentes a la entrada en vigor de la Ley, que expresamente indicaba que en el plazo de tres años «las Administraciones Públicas, responsables de ficheros de titularidad pública, deberán aprobar la pertinente disposición de regulación del fichero o adaptar la existente».

Sin duda, otro factor coadyuvante han sido los requerimientos efectuados por el Director de la APD a los Departamentos ministeriales y otros organismos públicos en el año 2000 (para que se hiciesen constar los cambios derivados de reestructuraciones orgánicas) y en el año 2001 (por ejemplo, en relación con la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000), a todos los cuales se ha hecho ya referencia en el apartado de esta Memoria correspondiente al Registro General de Protección de Datos.



## 2. Consultas de Responsables de Ficheros

El Gabinete Jurídico, incardinado en la Unidad de Apoyo al Director de la Agencia, ha venido ejerciendo, desde la creación de la Agencia de Protección de Datos, y junto con la función consultiva y de asesoramiento en Derecho a los distintos órganos de la propia Agencia que le es propia, una función de asesoramiento externo, emitiendo dictámenes jurídicos sobre las cuestiones de mayor complejidad sometidas al parecer de la Agencia de Protección de Datos por los responsables de ficheros, tanto particulares como Administraciones Públicas.

Durante el año 2002 se ha mantenido el importante volumen de actividad desplegado en el ejercicio de esta función, que desarrolla la Agencia aún cuando no existe una atribución legal o reglamentaria de la misma, pero que se considera de gran interés en orden a proporcionar asistencia y asesoramiento a personas y entidades en el cumplimiento de las obligaciones que les impone la Ley Orgánica 15/1999.

En el periodo de referencia, han sido emitidos un total de 415 informes. Aunque el número de los mismos ha descendido ligeramente respecto de los que se emitieron en el año 2001, debe destacarse cómo se ha incrementado notablemente, en muchos casos, la complejidad de las cuestiones planteadas, descendiendo correlativamente el volumen de consultas que han sometido cuestiones más simples o reiteradas otros años.

De este modo, cuestiones planteadas de modo reiterado en años anteriores han descendido en gran número, habida cuenta la importante labor divulgativa efectuada durante esos ejer-

cicios anteriores que ha permitido conocer en profundidad dichas materias, reduciendo el número de consultas relacionadas con las mismas. A título de ejemplo, las cuestiones relacionadas con el tratamiento y cesión de los datos del Padrón Municipal han descendido ininterrumpidamente desde las casi 100 planteadas en 1999 a las 35 formuladas en 2002.

Por contra, en 2002, se ha contabilizado un importante volumen de consultas relacionadas con la publicación y la cesión de datos de carácter personal en Internet y con las actividades relacionadas con la prestación de servicios de la sociedad de la información y los operadores de telecomunicaciones, lo que pone de manifiesto la importancia cada vez mayor de este sector, tanto en el ámbito público como en el privado.

Asimismo, debe destacarse el notable incremento de las cuestiones relacionadas con las características y formas de prestación del consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal, poniendo este hecho de manifiesto la cada vez mayor problemática relacionada con esta figura.

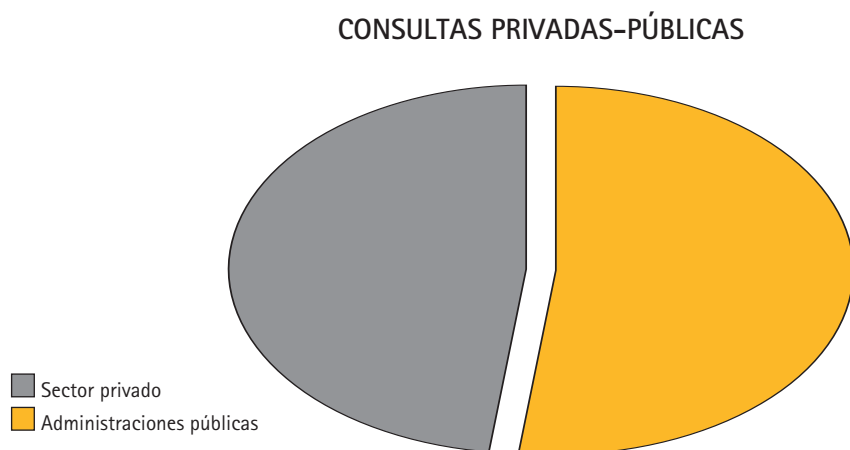
Del mismo modo, se han incrementado notablemente las cuestiones relacionadas con las comunicaciones de datos a las Administraciones Tributarias (que casi se han triplicado durante el ejercicio) y las relacionadas con el sector policial.

Igualmente, ha sido importante el volumen de cuestiones referidas al criterio de la Agencia de Protección de Datos en relación con las transferencias internacionales, dentro de una práctica creciente de transmisiones de datos por parte de empresas españolas a sus filiales o matrices en el extranjero, de algunas de sus bases de datos, tanto de clientes como de trabajadores en muchos casos, cuando no, como en algún supuesto, de la totalidad de las mismas.

## 2.1. Datos estadísticos de interés relacionados con las consultas

Atendiendo en primer lugar a la naturaleza pública o privada de los consultantes, pueden distribuirse los informe emitidos como sigue:

<b>Administraciones Públicas .....</b>	<b>199</b>
Administración General del Estado .....	82
Comunidades Autónomas .....	27
Entidades Locales .....	66
Otros organismos públicos .....	24
<b>Consultas Privadas .....</b>	<b>216</b>
Empresas .....	167
Particulares .....	13
Asociaciones/Fundaciones .....	20
Sindicatos .....	4
Otros .....	12
<b>Total informes .....</b>	<b>415</b>



Como puede observarse, del volumen de informes evacuados a instancia de responsables de ficheros durante el año 2002, 208 han correspondido a consultas privadas, mientras que 199 han sido las planteadas por las Administraciones Públicas, pudiendo reseñarse que en este año ha seguido siendo mayor (al igual que ocurrió en años anteriores) el número de consultas planteadas por particulares (personas físicas o jurídicas), aunque también debe ponerse de manifiesto que, siguiendo la tendencia iniciada durante 2001, ha aumentado

proporcionalmente el número de las remitidas por las Administraciones Públicas, que se acercan paulatinamente a la mitad del total.

Considerando estas cifras, puede apreciarse cómo, respecto a las cuestiones planteadas por el sector público, ha disminuido respecto al año anterior el número de las consultas formuladas por Ayuntamientos, que incluso pasan a ser menores en número a las remitidas por la Administración General del Estado que, por el contrario aumentan en torno a un 20 por 100. Del mismo modo, las consultas planteadas por las Administraciones Autonómicas aumentan en casi un 70 por 100, descendiendo en similar proporción las provenientes de la Administración corporativa, lo que puede deberse a las actuaciones desarrolladas por la Agencia en estrecha colaboración con los Colegios Profesionales y las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación dentro del marco de los distintos protocolos de colaboración celebrados con estas entidades.

Por su parte, en cuanto a las consultas del sector privado, y al igual que ha venido sucediendo en años anteriores, predominan notablemente las consultas planteadas por empresarios.

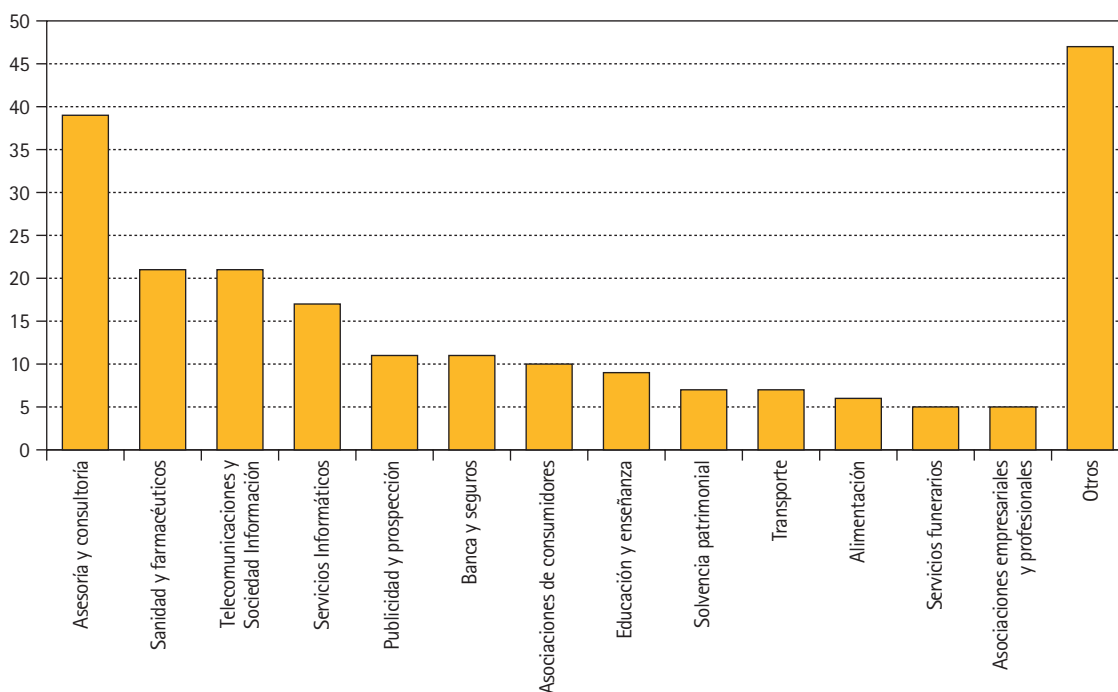
Atendiendo a la distribución sectorial de las consultas, cabe destacar la notoria reducción de las planteadas por entidades que realizan actividades de asesoría y consultoría (que descienden en un 75 por 100 en los dos últimos años). Esta reducción se debe al hecho de que las consultas planteadas se han centrado en las relativas a la gestión de los propios ficheros de estas entidades, dado que, como se ha indicado en anteriores Memorias, se ha dejado constancia a las mismas que, en lo referente a las cuestiones planteadas en relación con la función asesora de los clientes responsables de ficheros, se estaría obligando a la Agencia de Protección de Datos (al margen de las previsiones de la Ley Orgánica y del Estatuto) a llevar a cabo actividades propias de dichas entidades, entrando en concurrencia con éstas.

Por otra parte, debe destacarse el notable incremento de las consultas planteadas por el sector sanitario y el de telecomunicaciones (que doblan las cifras correspondientes a 2001), así como las entidades prestadoras de servicios informáticos. En relación con el sector de las telecomunicaciones, las cifras referidas al sector privado deben complementarse con las 11 consultas formuladas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si bien sus datos se encuentran recogidos, lógicamente, dentro de las cifras referidas al sector público.

También resulta relevante, por novedoso, el volumen de las consultas formuladas por las asociaciones de consumidores y usuarios, las empresas de transporte y alimentación, así como las prestadoras de servicios funerarios.

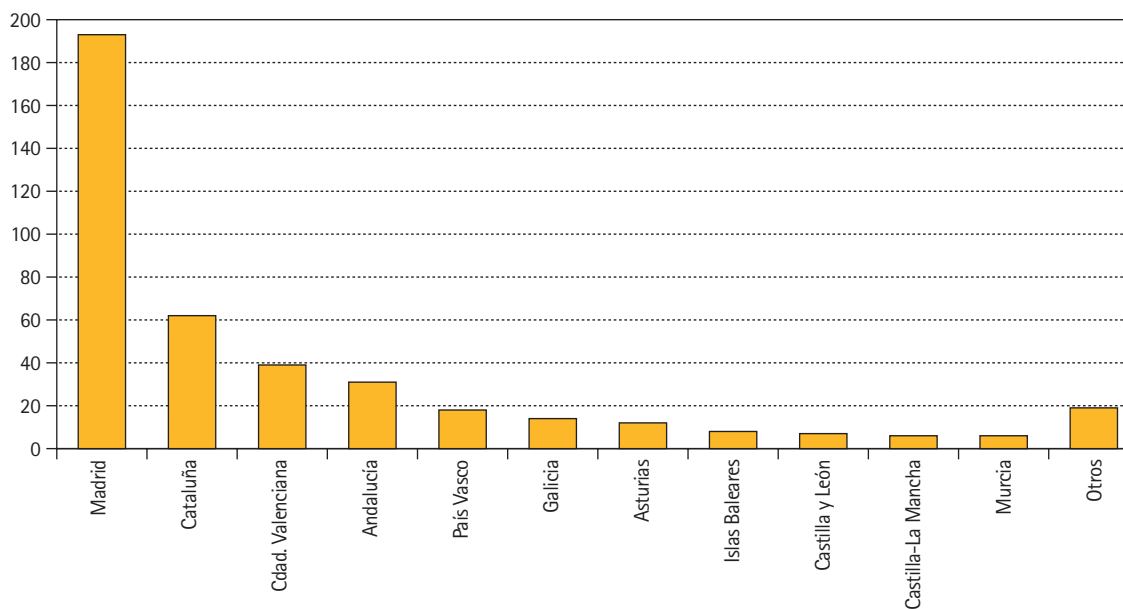
En relación con las cuestiones que acaban de exponerse, puede establecerse la siguiente distribución por sectores de actividad:

### CONSULTAS POR SECTORES DE ACTIVIDAD

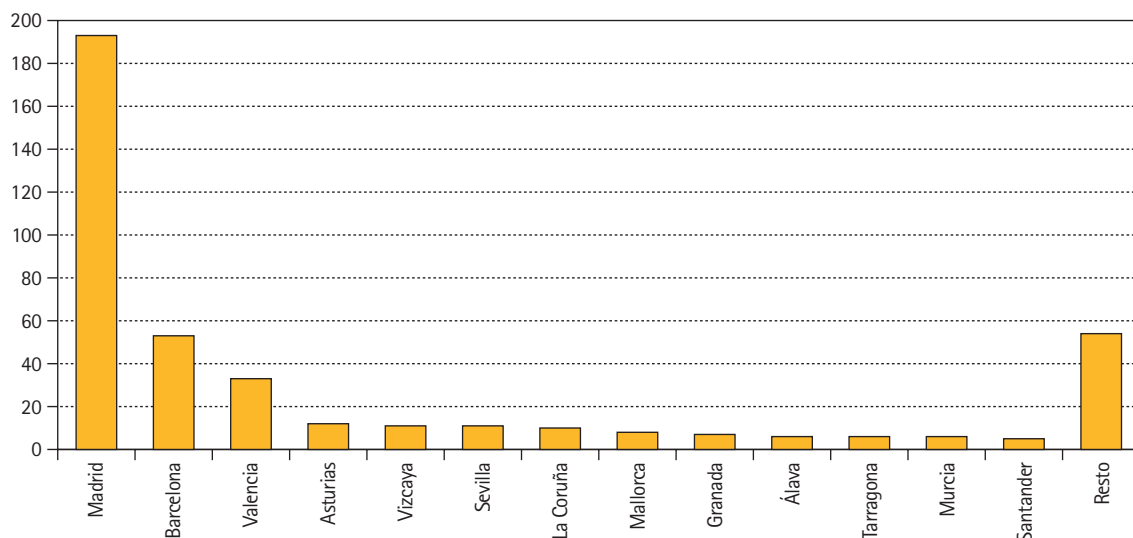


También ha existido una continuidad respecto al pasado año en cuanto a la distribución geográfica de las consultas planteadas, cuya distribución se ofrece a continuación, tanto por Comunidades Autónomas como por provincias. Como puede comprobarse, y siguiendo la tendencia de años anteriores, las consultas formuladas por personas y entidades ubicadas en la Comunidad de Madrid alcanzan prácticamente la mitad del total, seguidas a mucha distancia por Cataluña y la Comunidad Valenciana.

### DISTRIBUCIÓN POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS



## DISTRIBUCIÓN POR PROVINCIAS

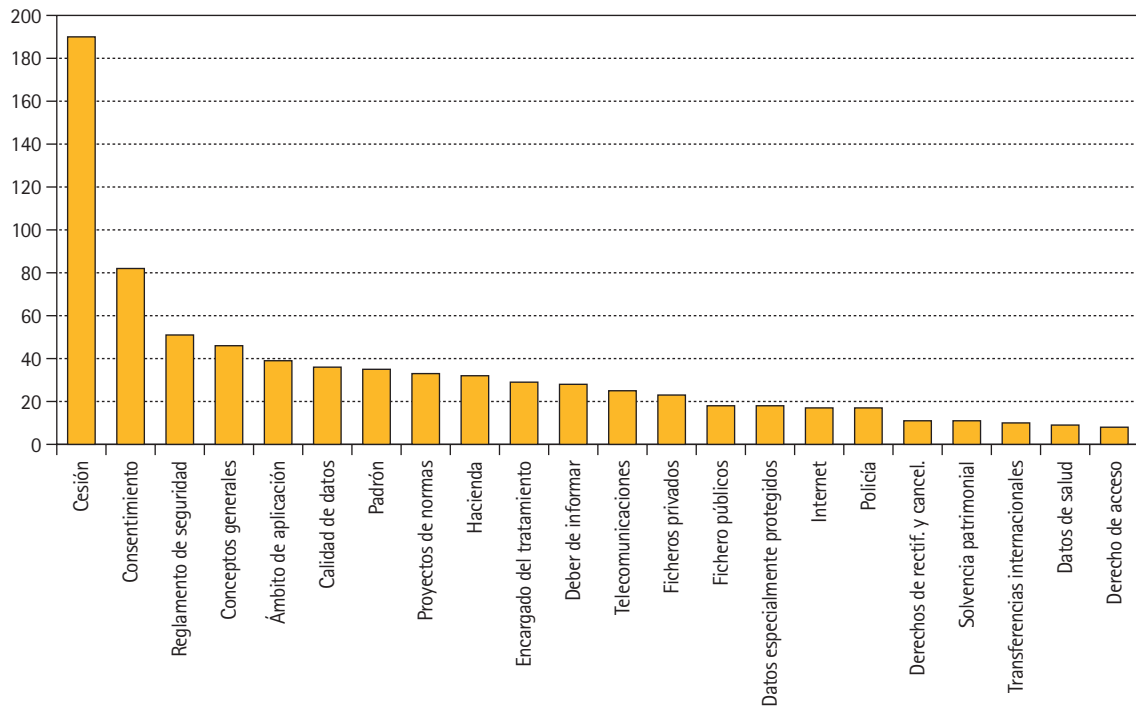


Finalmente, en lo referente a la distribución de consultas atendiendo a la materia sobre la que las mismas versan, puede observarse que predominan aquellas relativas a las cesiones de datos, en las que se mantiene la tendencia iniciada el año anterior, siendo muy elevadas las relativas a cesiones entre Administraciones Públicas, consecuencia de la modificación operada en la LOPD en este concreto aspecto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000.

Se ha incrementado ligeramente el número de consultas relativas a la implantación del Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados, aprobado por Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, especialmente las relativas a medidas de nivel alto, suscitándose una gran diversidad de cuestiones, generalmente de carácter interpretativo.

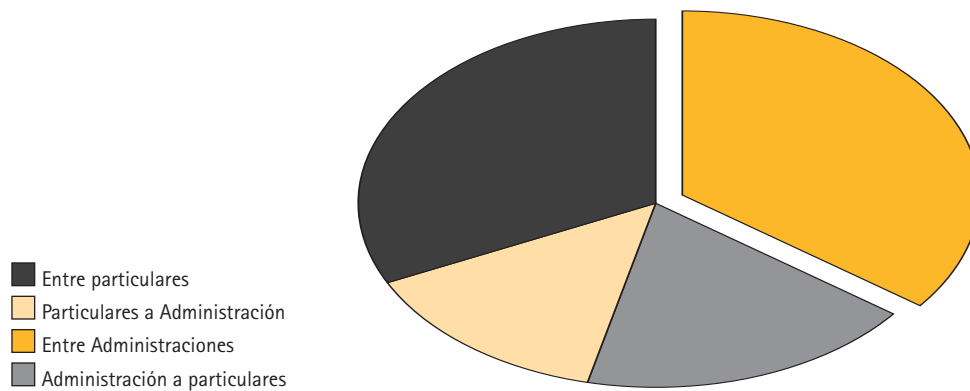
También, como se indicó anteriormente, resulta significativo el aumento de las cuestiones relacionadas con el sector de las comunicaciones electrónicas, así como el tratamiento de datos por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y por la Administración Tributaria. Por último, cabe destacar el incremento de las consultas relativas a transferencias internacionales, planteadas principalmente por empresas españolas, pero también en algún caso desde empresas extranjeras del ámbito de la Unión Europea.

### CONSULTAS POR MATERIAS



Dado que, como se ha indicado, las consultas relativas a cesiones de datos siguen siendo las más abundantes, y siguiendo la sistemática ya planteada en Memorias anteriores, la distribución de los supuestos planteados atendiendo a la naturaleza pública o privada del cedente y del cesionario, es la siguiente:

### CONSULTAS SOBRE CESIONES DE DATOS SEGÚN SU PROCEDENCIA Y DESTINO



## 2.2. Estudio de las cuestiones más relevantes planteadas por los responsables de ficheros o tratamientos

Como viene siendo ya habitual en cada Memoria anual de la Agencia, se considera de interés comentar aquellas cuestiones que, al hilo de las consultas planteadas, y atendiendo a su trascendencia o generalidad, se consideran más significativas.

### 2.2.1. Vigencia de la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 2 de febrero de 1995

Se planteó por una determinada empresa si es necesaria la autorización del Director de la Agencia para llevar a cabo una transferencia internacional de datos a un tercer Estado no miembro de la Unión Europea ni del Espacio Económico Europeo y respecto de cuyo nivel de protección de datos no existe Decisión alguna por parte de la Comisión Europea, dado que dicho Estado figura en la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 2 de febrero de 1995, por la que se declaran los Estados que ofrecen un nivel de protección de datos equiparable al establecido en la legislación española.

Sentado todo lo anterior, debe analizarse detenidamente si la competencia y criterios que sustentaban la adopción de la Orden de 2 de febrero de 1995 han de considerarse confirmados tras la entrada en vigor de la LOPD, lo que determinaría la aplicación de su Disposición transitoria tercera.

Tanto la derogada LORTAD como la vigente Ley Orgánica 15/1999 parten del concepto de que será admisible la transferencia internacional (sin requerir autorización específica del Director de la Agencia de Protección de Datos) en los supuestos en que el nivel de protección de datos en el país de destino sea «equiparable» al establecido en la Ley.

Si bien una mera lectura de estos preceptos permitiría considerar que, reproducido el precepto en una y otra norma, su contenido es el mismo, lo que induciría a considerar vigente la Orden citada, es necesario tener en cuenta que el término «equiparable» se predica de dos normas que, en ciertos aspectos, resultan ser distintas, toda vez que la Ley Orgánica 15/1999 viene a introducir en nuestro ordenamiento jurídico determinados principios en materia de protección de datos personales que hasta su entrada en vigor no aparecían recogidos en la legislación española.

En particular, es relevante tener en consideración cómo la nueva Ley Orgánica vino a reforzar los principios de consentimiento y finalidad, ejes esenciales de la protección de datos,

exigiendo requisitos más rigurosos para considerar cumplida la norma por parte de los responsables de los ficheros en estos casos. Así, desaparece la admisibilidad del consentimiento presunto, reforzándose los requisitos del consentimiento, que habrá de ser, en línea con lo exigido en la Directiva 95/46/CE, «libre, inequívoco, específico e informado».

Del mismo modo, se refuerzan las exigencias de información a los afectados, exigible en un mayor número de supuestos, así como, tal y como se indicó anteriormente, la necesidad de que cualquier finalidad del tratamiento resulte ser «determinada, explícita y legítima».

Además, la Ley regula con mayor detalle la figura del encargado del tratamiento, introduciendo requisitos más rigurosos que los contenidos en el artículo 27 de la LORTAD reconoce por primera vez el derecho de oposición, establece un régimen más pormenorizado del derecho de los afectados frente a las denominadas «decisiones personales automatizadas» y limita determinadas facultades hasta entonces ostentadas por los responsables de los ficheros de titularidad pública.

Por su parte, tras la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 290/2000 y 292/2000, se establece un régimen aún más riguroso del derecho a la protección de datos, concebido ahora como derecho fundamental autónomo, y del principio de reserva de Ley en las limitaciones que puedan establecerse al ejercicio de este derecho.

Por todos estos motivos, si bien el artículo 33.1 de la LOPD reproduce el texto del artículo 32 de la LORTAD, ello no supone que dicho precepto haya de considerarse dotado de un mismo contenido normativo, dado que al establecer el mismo un término de referencia que, como se ha indicado, ha resultado alterado por las previsiones resultantes de la reforma de la Ley Orgánica, debe considerarse modificado el propio contenido del precepto, siendo así que resulta posible que la equiparabilidad que pudiera existir a partir del análisis comparativo de la legislación del país de destino en relación con la LORTAD no resulte tal tras la entrada en vigor de la LOPD.

Por ello, la mera inclusión de un determinado país en la Orden de 2 de febrero de 1995 no podría determinar automáticamente que su nivel de protección pueda ser considerado equiparable al previsto en la LOPD, aprobada casi cinco años después y reguladora de un régimen parcialmente distinto al de la norma derogada. Ello impide que pueda considerarse directamente aplicable la citada Orden en virtud de la Disposición transitoria tercera de la citada Ley Orgánica.

Por otra parte, debe indicarse que, en todo caso, el marco regulador de la protección de datos de carácter personal existente en el momento de adopción de la Orden de 1995 se encuentra modificado, además de en lo referente a determinados aspectos sustantivos de la protección de datos, como consecuencia de la adopción y entrada en vigor en octubre de 1998 de la Directiva 95/46/CE, que la propia Ley Orgánica 15/1999 viene a transponer

al ordenamiento español. Dicha Directiva impone determinadas conductas a las autoridades de control en lo que a la determinación del nivel adecuado o equiparable de protección se refiere.

Existe un último argumento de índole competencial que coadyuva a la consideración de la citada Orden de 2 de febrero de 1995 como derogada por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/1999.

En efecto, la Orden fue dictada en virtud de la habilitación efectuada a favor del entonces Ministerio de Justicia e Interior por la Disposición final primera del Real Decreto 1332/1994. Dicha habilitación encontraba su justificación en la Disposición final primera de la Ley Orgánica 5/1992, que habilitaba al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para la aplicación y desarrollo de la misma.

Sin embargo, la Ley Orgánica 15/1999, aún conteniendo una habilitación similar en su Disposición final primera, introduce una fundamental modificación en lo que a la determinación del nivel adecuado de protección se refiere, al establecer el inciso primero del artículo 33.2 que «el carácter adecuado del nivel de protección que ofrece el país de destino se evaluará por la Agencia de Protección de Datos atendiendo a todas las circunstancias que concurran en la transferencia o categoría de transferencias de datos».

En consecuencia, la mencionada Ley Orgánica atribuye a esta Agencia la competencia exclusiva para enjuiciar la existencia o inexistencia del mencionado nivel de adecuación, sin que dicho enjuiciamiento pueda efectuarse por la mera aplicación automática de una norma emanada de otro Órgano distinto, que delimite cuándo ha de entenderse procedente o improcedente dicha decisión.

En resumen, si bien en el momento de su adopción la Orden de 2 de febrero de 1995 fue dictada por Órgano competente para resolver sobre la existencia o inexistencia de adecuación, dicho Órgano perdió la competencia para decidir sobre esta cuestión con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/1999, que atribuyó dicha competencia en exclusiva a la Agencia de Protección de Datos. Por este motivo, la Orden, válida en el momento de su adopción, devino contraria a lo establecido en la Ley Orgánica, lo que inequívocamente supone que la misma ha de entenderse derogada por ser contraria a la propia Ley, que atribuye en exclusiva a la Agencia la potestad de resolver sobre la existencia del nivel equiparable de protección en el Estado donde se encuentre el destinatario de los datos en una transferencia internacional.

En consecuencia, se ha indicado que la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 2 de febrero de 1995, y por extensión la Orden del Ministerio de Justicia de 31 de julio de 1998, por la que se ampliaba la relación contenida en la primera, deben entenderse derogadas por

la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/1999, sin que resulte de aplicación a este caso la previsión contenida en la Disposición transitoria tercera de la misma.

### **2.2.2. Competencias de la Agencia de Protección de Datos y las Autoridades de control creadas por las Comunidades Autónomas en materia de Registro**

Se ha planteado por una Autoridad de control autonómica, de las previstas en el artículo 41.1 de la LOPD, el modo en que habría de resolverse el problema de que los ficheros sometidos a su ámbito de aplicación hayan de ser inscritos tanto en el Registro General de Protección de Datos como en el gestionado por la propia Agencia autonómica, considerando que el Registro ante el que debe efectuarse originariamente la inscripción es el de ésta última, siendo la inscripción en el Registro General de Protección de Datos «complementaria» de la anterior, a los meros efectos de publicidad.

Ello exige, lógicamente analizar la naturaleza de los registros existentes en ambas Autoridades de Control, así como su régimen jurídico y finalidad.

El deber de notificación y ulterior inscripción registral de los tratamientos de datos de carácter personal trae su causa de lo establecido en la Directiva 95/46/CE. En particular, el Considerando 48 de su Exposición de Motivos parte del principio de que «los procedimientos de notificación a la autoridad de control tienen por objeto asegurar la publicidad de los fines de los tratamientos y de sus principales características a fin de controlarlos a la luz de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva».

Esta vinculación entre la existencia misma de un registro de los tratamientos realizados en cada uno en los distintos Estados miembros y el deber de dar publicidad a dichos tratamientos, como garantía esencial de la posibilidad del ejercicio por los ciudadanos afectados de sus derechos derivados del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, reconocido, entre otros instrumentos, por el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aparece claramente explicitada en el artículo 21 de la mencionada Directiva.

En el apartado 2 de dicho precepto, cuya rúbrica resulta ser precisamente «publicidad de los tratamientos», se impone a los Estados miembros la obligación de establecer «que la autoridad de control lleve un Registro de los tratamientos notificados con arreglo al artículo 18». Es necesario recordar que el artículo 21.1 establece claramente que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la publicidad de los tratamientos» y que el artículo 21.2 delimita, en su párrafo segundo, la extensión que habrá de darse al registro público al que la misma se refiere, añadiendo expresamente el párrafo tercero que «el registro podrá ser consultado por cualquier persona».

Quiere todo ello decir que el Registro de los tratamientos, cuya existencia viene precisamente impuesta por la norma comunitaria rectora de la protección de datos de carácter personal, tiene por finalidad esencial el preservar la obligación de dar publicidad a dichos tratamientos. En consecuencia, tal finalidad no es meramente «complementaria» de otras atribuidas a los registros de tratamientos de datos de carácter personal, sino que constituye la verdadera justificación de su existencia.

Esta vinculación entre el Registro y el deber de publicidad de los tratamientos impuesto a los Estados miembros aparece también recogida en la Ley Orgánica 15/1999 que establece, en su artículo 14, el derecho de los afectados a conocer la existencia de los tratamientos, señalando que «cualquier persona podrá conocer, recabando a tal fin la información oportuna del Registro General de Protección de Datos, la existencia de tratamientos de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del tratamiento. El Registro General será de consulta pública y gratuita».

Posteriormente, los artículos 26 y 39 vienen a detallar el procedimiento de notificación de los ficheros o tratamientos al Registro General de Protección de Datos, así como el contenido del mismo.

En consecuencia, la Ley Orgánica 15/1999 atribuye al Registro General de Protección de Datos la esencial función, derivada de lo exigido por la Directiva 95/46/CE, de dar publicidad a los tratamientos de datos de carácter personal realizados en todo el territorio del Estado español, esto es, atribuye a ese Registro el cumplimiento de la finalidad que motiva su propia existencia a tenor de la Directiva Comunitaria.

Por este motivo, el artículo 23 del Estatuto de la Agencia de Protección de Datos establece inequívocamente que «el Registro General de Protección de Datos es el órgano de la Agencia de Protección de Datos al que corresponde velar por la publicidad de la existencia de los ficheros automatizados de datos de carácter personal, con miras a hacer posible el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación de datos regulados en los artículos 13 a 15 de la Ley Orgánica 15/1992, de 29 de octubre». Debe tenerse en cuenta que dicha disposición ha de considerarse vigente, en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 15/1999, si bien las referencias a la derogada Ley Orgánica 5/1992 deberán entenderse realizadas a aquélla.

A la luz de lo antedicho, el artículo 24 del Estatuto de esta Agencia impone la inscripción en el Registro de los ficheros que sean de titularidad de cualesquiera Administraciones Públicas, sin diferenciar entre los correspondientes a la Administración autonómica o local de aquellas Comunidades Autónomas que constituyeran, con arreglo a lo establecido en la derogada Ley Orgánica 5/1992 o en el artículo 41 de la vigente Ley Orgánica 15/1999 sus propias autoridades de control, regulando los artículos 5 y siguientes del Real Decreto

1332/1994, de 20 de junio, también vigente, los requisitos y procedimiento para proceder a la notificación y ulterior inscripción de los tratamientos en el Registro General de Protección de Datos.

Por otra parte, el artículo 41.1 de la Ley Orgánica 15/1999, delimita las competencias de las Autoridades de control de las Comunidades Autónomas, disponiendo que «las funciones de la Agencia de Protección de Datos reguladas en el artículo 37, a excepción de las mencionadas en los apartados j), k) y l), y en los apartados f) y g) en lo que se refiere a las transferencias internacionales de datos, así como en los artículos 46 y 49, en relación con sus específicas competencias serán ejercidas, cuando afecten a ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración local de su ámbito territorial, por los órganos correspondientes de cada Comunidad, que tendrán la consideración de autoridades de control, a los que garantizarán plena independencia y objetividad en el ejercicio de su cometido».

Además, esta norma se complementa con lo previsto en el artículo 41.2 que literalmente indica que «las Comunidades Autónomas podrán crear y mantener sus propios registros de ficheros para el ejercicio de las competencias que se les reconoce sobre los mismos».

Pues bien, de la delimitación del ámbito competencial de las autoridades de control que, en su día, fueran creadas por las distintas Comunidades Autónomas en virtud del título competencial contenido en el propio artículo 41, se desprende la existencia de dos límites importantes del mismo: uno en cuanto a las efectivas competencias que podrán ejercerse y otro en lo referente a los ficheros sobre los cuales cabrá ejercer la competencia.

A los efectos que aquí interesan, reviste especial importancia el primero de los límites señalados, dado que el propio artículo 41.1 impone expresamente que la habilitación competencial se extenderá, en relación con los ficheros incluidos en la norma, a todas las competencias de esta Agencia salvo las referentes a la elaboración de su Memoria Anual, elevada al Ministro de Justicia (artículo 37 k), la autorización y control de los movimientos internacionales de datos, tanto en cuanto a esta potestad en sí misma (artículo 37 l) como a lo que se refiera a la adopción de medidas de adecuación del tratamiento y ejercicio de la potestad sancionadora (artículos 37 f y 37 g) vinculadas con dicho movimiento internacional de datos y, lo que resulta esencial en este momento, a la competencia para «velar por la publicidad de la existencia de los ficheros de datos con carácter personal», así como la publicación periódica de «una relación de dichos ficheros con la información adicional que el Director de la Agencia determine» (artículo 37 j).

Quiere ello decir que el legislador ha querido atribuir en exclusiva a la Agencia de Protección de Datos la competencia derivada del cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 21 de la Directiva 95/46/CE. Por este motivo sólo existirá un único Registro de

ficheros y tratamientos de datos de carácter personal constituido para cumplir la finalidad de publicidad exigida por la normativa comunitaria.

La razón de esta atribución, derivada directamente de lo dispuesto en el artículo 41.1 de la Ley Orgánica 15/1999, resulta lógica: si el principio de publicidad de los tratamientos va directamente vinculado al derecho de los ciudadanos a conocer la totalidad de los tratamientos de carácter personal, tal y como prescribe el artículo 14 de la Ley Orgánica 15/1999, este derecho quedará satisfecho con las mayores garantías para los ciudadanos en caso de que la publicidad proceda de una única fuente que, inmediatamente, incorpora cuantos tratamientos son objeto de notificación (en su caso, previa publicación de la disposición correspondiente), dado que dicha notificación es requisito necesario y previo a la existencia misma de las actividades de tratamiento de datos de carácter personal.

A esta conclusión coadyuva también la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre, que delimita el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia. Según indica el Fundamento Jurídico 14 de la citada Sentencia, tras consagrar la naturaleza de derecho fundamental de la protección de datos de carácter personal:

*«...la exigencia constitucional de protección de los derechos fundamentales en todo el territorio nacional requiere que éstos, en correspondencia con la función que poseen en nuestro ordenamiento (art. 10.1 CE), tengan una proyección directa sobre el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas «ex» art. 149.1.1 CE para asegurar la igualdad de todos los españoles en su disfrute. Asimismo, que dicha exigencia faculta al Estado para adoptar garantías normativas y, en su caso, garantías institucionales.*

*A este fin la LORTAD ha atribuido a la Agencia de Protección de Datos diversas funciones y potestades, de información, inspección y sanción, para prevenir las violaciones de los derechos fundamentales antes mencionados. Y dado que la garantía de estos derechos, así como la relativa a la igualdad de todos los españoles en su disfrute es el objetivo que guía la actuación de la Agencia de Protección de Datos, es claro que las funciones y potestades de este órgano han de ejercerse cualquiera que sea el lugar del territorio nacional donde se encuentren los ficheros automatizados conteniendo datos de carácter personal y sean quienes sean los responsables de tales ficheros».*

Cabría argumentar, en contra de la tesis hasta ahora sostenida y ratificada, como se ha podido comprobar, por la jurisprudencia Constitucional, que la consideración como exclusiva de la competencia de llevanza de un Registro que dé publicidad a los tratamientos de datos de carácter personal se contradice con la previsión contenida en el artículo 41.2 de la Ley Orgánica 15/1999, anteriormente transcrito.

No obstante, es necesario tener en consideración el tenor literal de este precepto, que aparece separado de aquél en que vienen expresamente a enumerarse las competencias que podrán ser ejercidas, en el ámbito objetivo que se delimita, por las Comunidades Autónomas. De dicho tenor literal se desprenden, cuando menos, dos consecuencias:

- La creación de registros de ficheros por parte de las Comunidades Autónomas es meramente potestativa.
- La finalidad de dichos registros no será la de dar publicidad a los tratamientos de datos de carácter personal, sino actuar como medio instrumental «para el ejercicio de las competencias que se les reconoce sobre los mismos».

Estas notas revisten una importancia fundamental en la resolución de la cuestión planteada. Ello se debe, en primer término, a que los registros no son considerados por el legislador como un instrumento necesario para el desempeño por las Comunidades Autónomas de las competencias que la Ley les atribuye, toda vez que podrán optar entre la creación de dichos registros o la utilización del propio Registro General de Protección de Datos, en virtud del principio de publicidad del mismo, consagrado por las normas españolas y comunitarias.

Por otra parte, en caso de que se opte por la creación de dichos registros, la naturaleza de los mismos diferirá completamente de la que justifica la existencia del Registro General de Protección de Datos: mientras este es el único registro creado directamente por el legislador para dar cumplimiento al deber de publicidad de los tratamientos consagrado por el artículo 21 de la Directiva 95/46/CE (que, insistimos, es la razón misma de la existencia de estos registros en los Estados miembros de la Unión Europea), los registros a los que se refiere el artículo 42.2 serán meros instrumentos internos que las Agencias Autonómicas podrán constituir para facilitar el desempeño de sus funciones. Serán en consecuencia, meros registros administrativos de los tratamientos, instrumentales de la actividad de la Agencia Autónoma, pero no se registrarán por el principio de publicidad aplicable en exclusiva a la Agencia del Estado.

La legislación autonómica aplicable al caso consagra la obligación de inscripción de los tratamientos en el Registro de Ficheros de Datos de la Agencia Autónoma, añadiendo que es función de la misma velar por la publicidad de la existencia de los ficheros de datos de carácter personal.

No obstante, debe considerarse que lo establecido en la legislación autonómica deberá ser interpretado de forma conforme con la competencia exclusiva atribuida a la Agencia. Del mismo modo, las disposiciones contenidas en la legislación autonómica deberán armonizarse con el ámbito normativo contenido en la Ley Orgánica 15/1999.

Ello supone que, por una parte, la Comunidad ha optado por la creación del Registro al que se refiere el artículo 41.2 y que, por otra, la finalidad de dicho registro no podrá diferir de la establecida en aquel precepto, siendo por tanto la publicidad que la Agencia de Protección de Datos autonómica dé a los ficheros y tratamientos llevados a cabo por las Administraciones Públicas incluidas en el ámbito de aplicación de su normativa reguladora meramente complementaria o accesoria de la atribuida en exclusiva por el legislador a la Agencia de Protección de Datos a través del Registro General de Protección de Datos.

Por todo ello, no nos encontraríamos en este caso ante un supuesto de «doble inscripción registral» no prevista en nuestro Ordenamiento, sino ante un sistema en que existirá una inscripción obligatoria en el único registro al que la Ley otorga la función de dar publicidad a los tratamientos de datos de carácter personal, complementada con la inclusión de los tratamientos en el registro administrativo que la Comunidad Autónoma ha optado por crear, en cumplimiento de la facultad que le otorga el artículo 41.2 de la Ley Orgánica 15/1999, para finalidades meramente instrumentales para el mejor desempeño de las competencias del artículo 37 de la Ley Orgánica que la Agencia autonómica puede asumir (no para otras distintas).

Consecuencia de todo lo anterior es que no resulta posible considerar que la obligación de notificación y posterior inscripción en el Registro General de Protección de Datos de los tratamientos pueda quedar sometida a una previa notificación e inscripción en un Registro de ámbito autonómico, que enjuiciará, con carácter previo, la posibilidad de dicha inscripción.

Esta conclusión resulta especialmente relevante si se tiene en cuenta que algunos de los extremos que habrían de contenerse en la notificación del tratamiento deberán ser objeto de previa autorización de la Agencia de Protección de Datos, tal y como sucede en lo referente a la autorización de transferencias internacionales de datos de carácter personal.

Tampoco puede resultar de recibo la solución ofrecida, que implica la mera inscripción en el Registro General de Protección de Datos como consecuencia de la notificación periódica de los tratamientos inscritos en el Registro de Ficheros de la agencia autonómica, dado que, entre otras cosas, la inscripción del tratamiento en el Registro General es requisito previo indispensable para que pueda, efectivamente, llevarse a cabo el tratamiento de los datos de carácter personal.

A la vista de todo ello, el responsable del fichero estará obligado, en todo caso, a notificar la existencia del mismo a la Agencia de Protección de Datos, sin perjuicio de la obligación de aquél de notificar dicho tratamiento para su inclusión en el Registro de Ficheros de la autoridad autonómica, sin que ello suponga una «doble inscripción registral» en dos registros de la misma naturaleza, dado que la naturaleza de ambos registros es completamente dispar, procediendo la obligación de notificar el tratamiento a esta Agencia de normas aplicables en todo caso, por la expresa salvedad contenida en el artículo 41.1 de la Ley Orgánica 15/1999 a su artículo 37 j).

### **2.2.3. Cesión de datos de abonados a prestadores de servicios de emergencia. Diferencias con la cesión para elaboración de directorios**

Se planteó a la Agencia si resulta conforme a las normas de protección de datos la comunicación a un Centro de Emergencias de los datos referidos a la totalidad de los abonados al servicio telefónico disponible al público, dado que la citada Entidad ha sido habilitada para la gestión del teléfono de emergencias 112. En particular, la consulta hacía referencia a la previsión contenida en la Directiva 96/19/CE que reconoce el derecho de los abonados a no figurar en los directorios telefónicos.

El problema se plantea en relación con los datos de aquellas personas que hubieran ejercido su derecho de no figurar en los directorios telefónicos, en los términos previstos en el artículo 67.2 del Real Decreto 1736/1998, reproducidos asimismo por el apartado 4 de la Norma tercera de la Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 26 de marzo de 2002, que establece las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

Sin embargo, a juicio de la Agencia, no se produciría una contradicción entre ambas normas por el hecho de que se faciliten al prestador del servicio telefónico de emergencia 112 los datos referentes a las personas que hayan ejercitado su derecho a no aparecer en las guías telefónicas o en los servicios de consulta telefónica, dado que el tratamiento llevado a cabo por los prestadores del servicio de información o de elaboración de guías y el desarrollado por las entidades a las que se encomienda la gestión del número de emergencias 112 resulta distinto.

Ello se basa en que la finalidad del tratamiento en uno y otro caso (prestación de servicios de directorio telefónico o información y atención del servicio de emergencias 112) difieren claramente: el primero persigue una finalidad meramente divulgativa, mientras que el segundo se deriva de la atribución otorgada a los distintos entes por la Administración competente para resolver situaciones de emergencia en las que la vida o la integridad del interesado o de terceros puede encontrarse en una situación de riesgo.

Por este motivo, dadas las distintas finalidades perseguidas con el tratamiento, el legislador comunitario y nacional resuelve de manera distinta el supuesto de colisión entre la privacidad de los afectados y la protección de la finalidad perseguida por el tratamiento.

En efecto, las normas nacionales y comunitarias reguladoras del servicio de telecomunicaciones incluyen previsiones sobre la prestación del servicio de directorio e información telefónica en que se reconoce, como norma fundamental, el derecho del afectado a no aparecer en tales directorios o servicios de información. Ello se funda en que, ante la colisión

sión que podría producirse entre la prestación del servicio y el derecho de los terceros a conocer los datos del afectado y el derecho de este último a su intimidad, el legislador comunitario, y posteriormente el nacional, han considerado la prevalencia de este último, como más digno de protección que el potencial derecho a conocer los datos publicados en el directorio.

Sin embargo, estas mismas normas, al regular la existencia del servicio de emergencias 112, han venido a considerar prevalente el derecho de salvaguardar la integridad de personas o bienes del afectado o de terceras personas e incluso el derecho a atender una necesidad vital del afectado o terceros (que, como ya indicamos, habilita el tratamiento de datos de carácter personal sin el consentimiento del afectado, tanto en la Directiva como en la Ley Orgánica 15/1999), sobre el mencionado derecho a preservar esa intimidad.

Esta diferenciación encuentra su reflejo en la consagración por el artículo 54.3 de la Ley General de Telecomunicaciones del derecho del abonado a no figurar en los directorios telefónicos. Pero este derecho no puede identificarse en modo alguno con un derecho del abonado a que no se comuniquen a los entes competentes sus datos con el fin de poder atender a situaciones de emergencia.

Así, en desarrollo de la meritada Ley, y del Real Decreto 1736/1998, la Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 26 de marzo de 2002 establece dos supuestos claramente diferenciados en cuanto a la cesión o comunicación de los datos de los abonados al servicio telefónico, en atención al destinatario de los datos:

- En cuanto a la cesión para las entidades habilitadas para prestar el servicio de consulta telefónica, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, facilitará a las mismas «la información actualizada que puedan utilizar en sus bases de datos, a la que se refiere el apartado tercero» (número 1 del apartado decimoquinto), en el que se incluye el derecho del interesado a «que se le excluya de las guías telefónicas o de los servicios de consulta telefónica sobre números de abonado» (número 4). De este modo, los datos de quienes desean ser excluidos de este servicio podrían no ser facilitados a estas entidades.
- Sin embargo, en lo referente a la comunicación de los datos a las entidades que presen servicios de llamadas de urgencia a través del número 112 y a las entidades que determine la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información por prestar servicios de llamadas de urgencia a través de números cortos, el número 2 del propio apartado decimoquinto de la Orden dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará, previa petición, «la información actualizada a la que se refiere el punto 1 del apartado decimocuarto», según el cual los operadores facilitarán a la Comisión los datos de «todos sus abonados», sin distinguir entre quienes desean o no figurar en los directorios telefónicos.

En consecuencia, la norma establece una clara distinción entre ambos supuestos, basada en el hecho de que el derecho del abonado a no figurar en el directorio no implica la posibilidad de que el mismo pueda ejercer un derecho a que sus datos no se faciliten a las entidades prestadoras del servicio telefónico de urgencia.

Por todo ello, la comunicación podrá extenderse, tal y como se indica en la Orden de 26 de marzo de 2002 a los datos de «todos los abonados».

No obstante, es preciso indicar que la limitación al ejercicio del derecho del abonado impuesta por la norma no es absoluta, sino que, en línea con lo que se ha venido razonando, se hace depender explícitamente de la utilización de los datos para la finalidad de prestación del servicio de urgencia. Por este motivo, el apartado decimoquinto de la Orden dispone en su punto 2 que «los datos obtenidos serán utilizados exclusivamente como soporte para la efectiva prestación de los servicios de atención de llamadas de urgencia, siendo responsabilidad de la entidad prestataria el adecuado uso de los mismos, que estará sometido a la legislación vigente sobre protección de datos de carácter personal».

#### **2.2.4. Utilización del dato de afiliación sindical en los procedimientos de despido**

Se ha planteado si resulta conforme con lo establecido en la LOPD la utilización por parte del empresario del dato referente a la afiliación sindical del trabajador, facilitado por éste a fin de que por la empresa se proceda al pago de la cuota sindical, con la finalidad de que el empresario pueda comunicar a los representantes del sindicato a que el trabajador se halle afiliado la iniciación de un procedimiento de despido disciplinario contra aquél.

Como regla general, el dato de la afiliación sindical tiene la naturaleza de dato especialmente protegido, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, disponiendo el artículo 7.2 de la misma, en su inciso primero, que «sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias».

Por otra parte, el artículo 4.2 de la Ley, «los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos».

Esta previsión, debe interpretarse de forma armonizada con lo establecido en el artículo 7.2 precitado y con lo que dispone, en general, el artículo 6.1 de la Ley Orgánica, cuando esta-

blece que «el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa».

Dado que la Ley no identifica qué ha de entenderse por «fin compatible», debe analizarse la existencia de dicha compatibilidad en cada supuesto de hecho que se plantee, determinando si a la luz de las disposiciones aplicables a cada caso y de las circunstancias del mismo cabe considerar que esa finalidad que se alega como compatible resulta lícita a la luz de las normas aplicables y si la misma guarda una adecuada relación con la finalidad que justificó el tratamiento de los datos.

En el supuesto objeto de análisis, el artículo 10.3.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical dispone que «Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros de los comités de empresa o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, así como los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo: Ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos».

En ejecución de este derecho, el artículo 115.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril, dispone que «A los efectos de lo previsto en el número anterior serán nulas las sanciones impuestas a los representantes legales de los trabajadores o a los Delegados sindicales por faltas graves o muy graves, sin la previa audiencia de los restantes integrantes de la representación a que el trabajador perteneciera así como a los trabajadores afiliados a un Sindicato, sin dar audiencia a los Delegados sindicales», debiendo constar esta circunstancia en la demanda de despido, según dispone el artículo 114.

Por último, el artículo 55.1, párrafo cuarto, del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, impone una carga al empleador, al señalar que «si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato».

Como puede comprobarse, el legislador ha considerado como único requisito necesario para que proceda la comunicación a los representantes sindicales del trabajador inmerso en un expediente de despido de esta circunstancia que al empresario «le constare» dicha afiliación sindical, sin especificar el motivo del que pueda proceder dicha constancia. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 30/1992 señala en su Fundamento Jurídico 6 que «dicha obligación (de notificación a los representantes sindicales) sólo puede sur-

gir cuando el trabajador, al menos, ha puesto en conocimiento del empresario su condición de afiliado a un sindicato».

También por este motivo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 5 de febrero de 1991 declaró que era «indudable que al organismo demandado necesariamente le constaba la condición de afiliado del actor a dicha central sindical desde el momento en que en la nómina le efectuaba el descuento de la cuota sindical correspondiente» y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 31 de mayo de 1996 declara no haber lugar a la nulidad del despido por cuanto no se solicitó dicha deducción.

A la vista de todo lo anterior, no cabe duda que de las normas vigentes y de la interpretación que de las mismas realizan los distintos Órganos Jurisdiccionales y el propio Tribunal Constitucional se desprende que el mero conocimiento del hecho de la afiliación por haberse solicitado la deducción de la cuota sindical es suficiente para que el empresario esté obligado a la notificación del expediente de despido a la representación del sindicato al que pertenezca el trabajador impuesta por el Estatuto de los Trabajadores, so pena de la declaración de nulidad del despido.

Por ello, se considera que la utilización del dato de la afiliación para comunicar a la representación sindical del sindicato al que pertenece el trabajador la notificación del despido del mismo supondrá la utilización del dato para un fin compatible con el que motiva el tratamiento, siendo dicha utilización conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999.

### **2.2.5. Naturaleza del dato de opción por la asignatura de religión**

Se ha formulado una consulta cuestionando si el dato relativo al hecho de que un determinado alumno de un centro docente opte por cursar la asignatura de religión o la alternativa prevista por la Ley ha de ser considerado como dato especialmente protegido a los efectos previstos en la LOPD.

Como punto de partida, el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999 dispone que «sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias», prohibiendo el artículo 7.4 «los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual». Estas previsiones deben ponerse en conexión con lo establecido en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica, a cuyo tenor «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creen-

cias». Dicho precepto es una mera reproducción de lo establecido, a su vez, en el artículo 16.2 de la Constitución.

De este modo, ha de considerarse que los datos a los que se refiere el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999 son aquellos que efectivamente se encuentran directamente vinculados con las creencias religiosas, filosóficas, políticas o morales de la persona, protegidas constitucionalmente a través del derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto, consagrado por el artículo 16.1 de la Constitución.

Sentados así los términos de interpretación de lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, debe ahora plantearse si el hecho de cursar la asignatura de religión, o el hecho de no cursarla, suponen la revelación de un dato protegido por el citado derecho fundamental, que coadyuva a la especial protección que también confiere la LOPD, es decir, si ese dato revela efectivamente las convicciones religiosas de la persona a la que se refiere.

Pues bien, el hecho mismo de cursar la asignatura de religión no revela necesariamente que el estudiante profese las creencias a las que tal asignatura se refiere, del mismo modo que el hecho de no cursarla no revela la inexistencia de esas creencias, sino que tal circunstancia puede deberse al estudio de la religión en otros foros distintos del escolar. Es decir, a nuestro juicio, lo único que revela el dato de optar por cursar la asignatura de religión sería el interés del alumno por conocer los principios, historia y preceptos de la misma, sin que ello implique una efectiva confesionalidad del mismo, a cuya declaración no podría encontrarse obligado.

Por este motivo, el dato relacionado con el hecho de que el alumno curse la asignatura de religión, no vinculada a la participación del alumno en un rito relacionado con una religión determinada (lo que sí implicaría que el individuo profesa dicha creencia religiosa), no puede ser considerado por sí mismo un dato que revele inmediatamente las creencias religiosas del afectado, por lo que su régimen no se encuentra sometido a lo establecido en las normas que se citaron anteriormente, dado que el dato no tendría la naturaleza de especialmente protegido.

#### **2.2.6. Cesión del dato del NIF del afectado por los bancos en que aquél domicilia sus pagos**

Se formuló por un operador de telecomunicaciones una consulta a fin de obtener el parecer de la APD sobre si resulta conforme a lo establecido en la LOPD que por aquél se sollicitase de las entidades bancarias en que sus clientes hubieran domiciliado el pago de su factura telefónica el dato referente a su Número de Identificación Fiscal en aquellos supuestos en que la consultante careciera del mismo o dicho dato fuera erróneo.

La solicitud del dato del NIF de los abonados se funda en lo dispuesto en el artículo 13.1 del Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo, que regula la composición y forma de utilización del número de identificación fiscal, según el cual «los sujetos pasivos u obligados tributarios deberán consignar el Número de Identificación Fiscal de otras personas o Entidades, con quienes establezcan relaciones económicas o profesionales, en declaraciones, comunicaciones o documentos con trascendencia fiscal, de acuerdo con lo dispuesto en este Real Decreto o en otras disposiciones de naturaleza tributaria».

De este modo, la consultante no podría cumplir su obligación de consignar el número de identificación fiscal de sus clientes, ante la negativa, expresa o tácita, de los mismos a facilitarlo.

El mencionado Real Decreto es desarrollo de lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, por el que se crea y regula el Número de Identificación Fiscal. El párrafo tercero del apartado 1 del citado precepto dispone que «reglamentariamente se regulará la composición del número de identificación fiscal y la forma en que deberá utilizarse en aquellas relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria».

En consecuencia, la mencionada Ley habilita expresamente un desarrollo reglamentario que delimite los supuestos en que, en el ámbito de los negocios celebrados por su titular, deberá facilitarse o comunicarse a quien mantenga con el una relación con trascendencia tributaria, el dato correspondiente al número de identificación fiscal.

El artículo 13 del Real Decreto 339/1990 dispone, en cumplimiento de la habilitación efectuada por el artículo 113.1 de la Ley 33/1987, y en relación con su propio artículo 13.1, que «Para cumplir lo dispuesto en el apartado anterior, los sujetos pasivos u obligados tributarios exigirán de las personas o Entidades con quienes se relacionen que les comuniquen y acrediten su Número de Identificación Fiscal, debiendo éstas facilitarlo».

En resumen, el citado precepto impone a cualquier persona o entidad que se relacione con un sujeto pasivo u obligado tributario la obligación de comunicar al mismo su número de identificación fiscal, dentro de los términos habilitados por el artículo 113.1 de la Ley 33/1987. Es decir, el número de identificación fiscal deberá ser comunicado en cualquier acto que pudiera revestir trascendencia tributaria, entre los que se encontrará, en todo caso, el abono de un determinado servicio, como el telefónico, dado que el mismo se encuentra sometido al impuesto sobre el valor añadido, según las normas de este impuesto, lo que implica su trascendencia a efectos tributarios.

Consecuencia de lo anterior es la concurrencia de una obligación de facilitar el dato del número de identificación fiscal en aquellos abonados que se han negado previamente a su facilitación.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta la falta de comunicación del número de identificación fiscal por los propios afectados, se plantea si las entidades encargadas, en nombre y por cuenta del propio abonado, de efectuar el abono del servicio telefónico podrían transmitir a la consultante el dato referente a dicho número de identificación fiscal.

Las entidades operan en virtud de un mandato de pago efectuado por el propio abonado que solicita de la entidad bancaria su realización. En consecuencia, se produce en este caso un mandato a la entidad para dar cumplimiento a la prestación exigida por el contrato celebrado por aquella entidad a la que se efectúa el pago, es decir, para consumar la relación que vincula al cliente de la entidad crediticia con la persona o entidad con la que se encuentra obligado en virtud de una relación contractual o meramente negocial.

Pues bien, dado que la entidad bancaria viene a dar cumplimiento a la prestación derivada de tal relación jurídica, dicho cumplimiento habría de cumplir los requisitos que las Leyes establezcan para que pueda efectivamente considerarse cumplida en plenitud la obligación del cliente.

De entre dichos requisitos, como se ha indicado anteriormente, el artículo 13.2 del Real Decreto 339/1990 impone a quienes establezcan con cualquier sujeto pasivo u obligado tributario una relación con trascendencia tributaria la obligación de facilitar su número de identificación fiscal. De este modo, para que la entidad bancaria dé adecuado cumplimiento al mandato de pago otorgado, será preciso que, dada su trascendencia tributaria, facilite al destinatario del pago el número de identificación fiscal del cliente, relacionado con dicha entidad, en aquellos supuestos en que la misma no tuviera conocimiento de ese dato, tal y como sucede en este caso, dado que es la Ley (que prevé la habilitación reglamentaria de los supuestos en que deba ser facilitado el NIF) la que daría cobertura a la cesión, encontrándose ésta amparada en el artículo 11.2 a) de la LOPD.

En todo caso, sería necesario que el tratamiento que realice la consultante del dato resultante de la cesión se ajuste estrictamente a la finalidad que motiva la misma, es decir, el cumplimiento de lo previsto en las normas reguladoras del número de identificación fiscal, de forma que este dato sea únicamente empleado a los fines previstos en dichas normas.

### **2.2.7. Procedimiento para la exención del deber de informar (artículo 5.4 LOPD)**

Se recibió en la Agencia de Protección de Datos un escrito en que se solicitaba que por el Director de la Agencia de Protección de Datos se resolviera sobre la procedencia de aplicar a la entidad solicitante la excepción al deber de información a los afectados, contemplada en el artículo 5.4 de la LOPD, al suponer dicha notificación «un esfuerzo desproporcionado en consideración al número de interesados».

El artículo 5.5 de la Ley dispone que «no será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior (referido al deber de información a os afectados cuando los datos no sean recabados de los mismos) (...) cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la Agencia de Protección de Datos o del organismo autonómico equivalente, en consideración al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias».

De ello se desprende que la apreciación de la excepción indicada sólo será posible a través de un acto administrativo de la Agencia en que se decida acerca de la procedencia o improcedencia de la excepción alegada en cada caso concreto. Dicho acto implicará la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, con todas las garantías establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y que habrá de someterse a las reglas previstas en su Título VI, dada la aplicación supletoria de la misma prevista por el artículo 35.2 de la Ley Orgánica 15/1999.

Se tratará en todo caso de un procedimiento iniciado por la propia solicitud del interesado, de modo que no será necesaria la adopción de un acuerdo de iniciación de oficio.

En la tramitación del procedimiento deberá requerirse al solicitante para que acredite efectivamente la desproporcionalidad del esfuerzo que conllevaría la práctica de la notificación. En particular, la Ley Orgánica 15/1999 establece como criterios que habrán de ser ponderados por la Agencia para valorar si procede o no aplicar la excepción del artículo 5.4 la antigüedad de los datos, el número de afectados y las medidas compensatorias que se adopten por el responsable del tratamiento.

Por ello, sería necesario que en la fase probatoria se cuantificara realmente el coste que conllevaría la notificación a los afectados y que, durante esta misma fase, se solicitara la expresión del modo en que se adoptarán, en su caso, las medidas compensatorias.

Por otra parte, es necesario resaltar que de lo dispuesto en el artículo 5.4 se desprende que la facultad de decisión de esta Agencia se limitará a determinar si, dadas las circunstancias del caso (y, en particular, las previstas en la propia norma) la notificación implicaría un esfuerzo desproporcionado.

En consecuencia, del tenor de la norma no se desprende que sea la Agencia de Protección de Datos la que haya de resolver sobre las medidas compensatorias que hayan de adoptarse, sino únicamente sobre la suficiencia de las medidas que se hayan propuesto. Por esta razón, no parece que la Resolución pueda aprobar o no la medida propuesta, sino simplemente declarar si es posible aplicar la excepción a la vista de tal medida.

Por este motivo en caso de que se considere que la medida no fuera suficiente, esta circunstancia debería quedar claramente expresada en la propuesta de Resolución, en la que además podría señalarse (a fin de garantizar la debida celeridad de procedimiento, impuesta por el artículo 75 de la Ley 30/1992) cuál sería el criterio de la Agencia para delimitar las medidas compensatorias que, en su caso, pudieran ser suficientes para estimar la solicitud planteada, a fin de que el interesado pudiera, en el trámite de audiencia concedido por el artículo 84 de la Ley 30/1992 aclarar, si lo estima necesario, las medidas compensatorias propuestas o si procede proponer nuevas medidas.

Finalmente, la Resolución del procedimiento debería ser dictada por el Director de la Agencia de Protección de Datos, dado que, pese a que el artículo 12 del Estatuto de la Agencia de Protección de Datos no incluye referencia alguna a este procedimiento, si cabría apreciar su competencia en virtud de la función de Dirección y Representación de la Agencia atribuida por el artículo 36.1 de la Ley Orgánica 15/1999, siendo dicha Resolución susceptible de recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, de conformidad con lo establecido en el apartado 5 la Disposición Adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

### **2.2.8. Cesión de datos para la realización de un estudio sociológico**

Se ha planteado una consulta sobre la posibilidad de que sean comunicadas por parte de varias Universidades públicas a una persona o entidad que tenga prevista la realización de un proyecto de Investigación sociológico determinados datos personales, con la finalidad de delimitar a las personas concretas que serán contactadas para la efectiva realización del estudio. La consultante amparaba la cesión en el artículo 11.2 e) de la LOPD, según el cual sería posible la cesión de los datos sin contar con el consentimiento de los afectados cuando la misma se produjera entre Administraciones Públicas y se realizara con fines históricos, científicos o estadísticos.

Para que fuera posible la aplicación del supuesto invocado es preciso, en primer lugar, que exista una adecuación subjetiva del supuesto de hecho al que se pretenda aplicar. Ello implicaría que tanto el cedente como el cesionario tuviesen encaje en el concepto jurídico de Administración Pública.

En este caso, dicho presupuesto no planteaba problemas en el caso del cedente, pues se trataría en todo caso de universidades públicas, pero sí plantea ciertas dudas en el supuesto del cesionario. En caso de que el destinatario fuese un Instituto Universitario de Investigación, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, indica que los mismos se configuran como centros dedicados a la investigación científica y técnica o a la creación artística, que se rigen por dicha Ley y por sus propios estatutos o convenios de

creación o adscripción, y cuya creación ha de ser acordada por la Comunidad Autónoma, bien a propuesta del Consejo Social o bien por propia iniciativa con el acuerdo del referido Consejo, en todo caso previo informe del Consejo de Gobierno de la Universidad (artículo 10. 3 en relación con el 8. 2).

Pues bien, cabe indicar que únicamente en el supuesto de que el proyecto científico se desarrollase por un Instituto Universitario a título institucional podrían ser de aplicación los artículos 21. 1 y 11.2 e) de la LOPD, siendo en caso contrario (desarrollo del mismo a título personal por personal docente universitario, adscrito o no al mismo) de aplicación el artículo 11.1 LOPD, que exigiría el consentimiento del afectado para la cesión de los datos.

Establecido lo anterior, es necesario analizar si la cesión analizada puede tener encaje en el citado supuesto, esto es, cesión entre Administraciones públicas para el tratamiento de los datos con un fin científico.

El término «científico» desde un punto de vista semántico implica pertenencia a una ciencia. Tal expresión, entendida literalmente, tiene una amplitud omnicomprensiva que implicaría la posibilidad de conectar prácticamente cualquier tratamiento de datos personales con una especialidad científica, tanto referida a las ciencias sociales como a las naturales. Así, incluso un estudio de mercado, de publicidad, o de técnicas comerciales o publicidad tendría o podría establecerse una conexión con una especialidad o rama del conocimiento (ciencias económicas, ciencias de la información, etc.).

Parece en consecuencia lógico que la interpretación auténtica de tal precepto deba efectuarse desde su subordinación a los principios de calidad de los datos y de proporcionalidad que establece la LOPD. Así el artículo 4 de la misma establece en su apartado primero que «Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido».

De este modo, los artículos 21. 1 y 11. 2 e) de la LOPD deben ser interpretados a la luz de este principio y de la doctrina consagrada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, que configura la protección de datos como un auténtico derecho fundamental. Cuando dichos preceptos aluden al fin científico del tratamiento de los datos personales como supuesto que al excluir el consentimiento previo a la cesión de los mismos, están limitando y excluyendo tal poder decisorio y dispositivo de los ciudadanos que les es inherente según se ha visto. No todo proyecto intitulado «científico» amparará la cesión de datos prevista en los preceptos indicados, debiéndose analizar detenidamente y de forma individualizada a fin de determinar si efectivamente, a la vista del ente que desarrolla la investigación, el fin de la misma y la proporcionalidad de la intromisión o limitación del

derecho considerado que dicho estudio conlleve, puede efectivamente considerarse procedente la aplicación de tales preceptos de la Ley Orgánica 15/1999. Se trataría en consecuencia de considerar las circunstancias concretas que concurrirían en cada supuesto sometido a la opinión de la Agencia de Protección de Datos, teniendo en cuenta, en especial, la normativa específica que pudiese resultar de aplicación al mismo (como por ejemplo sucedería en el caso de actividades científico-sanitarias).

En el caso sometido a informe se apreció, en primer lugar, que los datos que se tratan de obtener deben considerarse adecuados y proporcionados a la finalidad del estudio que se pretende desarrollar. Además, la materia objeto de análisis ha sido considerada relevante por la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología que decidió incluir el proyecto en el Plan I+D+I.

Por otra parte, la obtención de dichos datos simplemente tenía por objeto determinar el ámbito subjetivo del estudio en personas concretas, con las que posteriormente los investigadores se pondrían en contacto para solicitarles datos adicionales o analizar su situación personal, lo cual en todo caso va a requerir el consentimiento y la colaboración de los mismos. Del mismo modo, si dicho consentimiento no se obtuviese finalmente, los datos personales de los interesados que los hubiesen denegado deberían en todo caso ser cancelados de manera inmediata, ya que habría desaparecido la finalidad que dio fundamento legal a su tratamiento.

Por todo ello, atendiendo a las circunstancias concurrentes en ese caso concreto, se consideró que la comunicación planteada tendría cabida en el régimen impuesto por la LOPD sin necesidad de recabar con carácter previo el consentimiento de los afectados.

### **2.2.9. Publicación en Internet de datos históricos**

Se planteó a la Agencia si resulta conforme a la LOPD la difusión en Internet de una base de datos de nombramientos de jefes, oficiales, suboficiales y miembros de los Cuerpos de Seguridad en los años de la Guerra Civil española, partiendo del hecho de que dicha publicación sólo incorporará los datos de nombre y apellidos, año del nombramiento y publicación oficial en que apareció el mismo.

Tras indicarse que la publicación de los datos supondría una cesión de los mismos, se recordó que el artículo 11.1 de la LOPD dispone que «los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado» y que el consentimiento sólo podrá verse exceptuado en los supuestos establecidos en el art. 11.2, de los que resultan relevantes a efectos de este caso los apartados a) y e) referido el primero a la existencia de una norma habilitante que

tenga rango de Ley, y el segundo a la cesión entre Administraciones Públicas fundadas en motivos históricos, científicos o estadísticos.

Dado que la difusión se va a efectuar a través de Internet, siendo destinatarios de la misma tanto las Administraciones Públicas como los ciudadanos, no será posible invocar la excepción contenida en el citado art. 11.2 e), planteándose si la misma podrá fundarse en lo establecido en el art. 11 .2 a), siempre y cuando la cesión se refiera a documentos que, según lo estipulado en las Leyes, pudieran dar lugar a la existencia de un interés histórico en su conocimiento.

En este sentido, el art. 57. 1c) de la Ley 16/1985 de 25 de Junio reguladora del Patrimonio Histórico Español establece que «los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico, o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de 25 años desde su muerte si su fecha es conocida o, en otro caso, de 50 años a partir de la fecha de los documentos».

A la vista de este precepto, y siempre que se cumplan los requisitos de plazo que el mismo establece, sería posible la consulta pública del documento, siendo así admisible su divulgación a través de Internet.

En los demás supuestos, es decir cuando los documentos no tengan la antigüedad exigida por la Ley del Patrimonio Histórico Español para que los mismos puedan ser considerados como de interés histórico, será necesario recabar el consentimiento de los afectados para la publicación del documento, dado que en este caso, dicha divulgación no se encontraría amparada en ninguna disposición con rango de Ley, al limitar el art. 37.2 de la Ley 30/1992 el acceso a dichos documentos al propio interesado.

#### **2.2.10. Requisitos para la inclusión de datos de abonados en directorios de telefonía móvil**

Se ha planteado por un operador de telefonía móvil si conforme a la LOPD y la normativa vigente en materia de telecomunicaciones, es posible incluir directamente los datos de sus abonados en guías telefónicas, con excepción de aquellos que hayan solicitado expresamente su exclusión, o para ello es preciso obtener previamente el consentimiento previo de cada uno de sus clientes.

En este sentido debe previamente recordarse como la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en relación con la inclusión de abonados en las guías telefónicas,

establece en primer lugar, entre las prestaciones que deben integrar el servicio universal de telecomunicaciones la recogida en el artículo 37. 1 b), consistente en que «que los abonados al servicio telefónico dispongan, gratuitamente, de una guía telefónica, actualizada e impresa y unificada para cada ámbito territorial. Todos los abonados tendrán derecho a figurar en las guías y a un servicio de información nacional sobre su contenido, sin perjuicio, en todo caso, del respeto a las normas que regulen la protección de los datos personales y el derecho a la intimidad».

A su vez, el artículo 50 recoge el principio de protección de datos personales (con una remisión a la LORTAD que hoy debe entenderse efectuada a la Ley Orgánica 15/1999) en la que, en dicha materia, remite a las disposiciones reglamentarias de carácter técnico que puedan dictarse posteriormente, al afirmar que «los operadores que presten servicios de telecomunicaciones al público o exploten redes de telecomunicaciones accesibles al público deberán garantizar, en el ejercicio de su actividad, la protección de los datos de carácter personal, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, en las normas dictadas en su desarrollo y en las normas reglamentarias de carácter técnico, cuya aprobación exija la normativa comunitaria en materia de protección de los datos personales».

Debe estarse pues, además de a la normativa específica de protección de datos, a lo dispuesto en las normas reglamentarias de desarrollo de dicha Ley 11/1998 en relación con la inclusión de datos personales en guías de abonados.

Así, y en primer lugar, la Orden del Ministro de Ciencia y Tecnología, de 21 de diciembre de 2001 (BOE 28 de diciembre), por la que se regulan determinados aspectos del Servicio Universal de Telecomunicaciones (cuyo capítulo III establece los datos que deben figurar en las guías telefónicas incluidas en el ámbito del servicio universal, criterios para su elaboración, actualización y versión en formato electrónico) ha tratado la cuestión, diferenciando el supuesto de abonados al servicio telefónico fijo y de abonados a servicio de telefonía móvil.

Su apartado sexto al regular los datos que deben figurar en las guías telefónicas incluidas en el ámbito del servicio universal, incluida la versión en formato electrónico, indica en el punto segundo que «en las guías telefónicas figurarán los datos de los abonados del servicio telefónico fijo disponible al público que tengan asignado algún número y no hayan manifestado al operador del cual dependen dichos números su deseo de no aparecer en ellas, los datos de los abonados del servicio telefónico móvil que hayan solicitado a su proveedor del servicio su deseo de aparecer en ellas, acreditando fehacientemente la titularidad cuando no exista una relación contractual nominal, y los datos de los abonados que tengan asignados números de inteligencia de red que hayan solicitado al operador del cual dependen dichos números su deseo de figurar en ellas».

Se establece así, en el caso de abonados al servicio de telefonía móvil, la necesidad del consentimiento expreso de los mismos para poder incluir sus datos en guías telefónicas, consentimiento que no es necesario para la inclusión de los datos básicos de los abonados a servicios de telefonía fija.

En igual sentido, la más reciente Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología, de 26 de marzo de 2002, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, después de efectuar la delimitación de los datos personales que podrán obtenerse a través de guías telefónicas y servicios de consulta telefónica en el apartado tercero, inserto en el Capítulo II que regula la gestión de datos personales de los abonados, aborda en el Capítulo III las condiciones de prestación de este segundo servicio, sometiendo tal actividad a la obtención de la autorización administrativa que se regula en el apartado quinto, estableciendo igualmente el principio de no discriminación por razón del operador a que se refieran los datos que debe regir dicha actividad así como la atribución de recursos de numeración para su prestación.

El punto tercero del apartado tercero de dicha Orden establece, en relación con los abonados a servicios de telefonía móvil, la distinción que ya se ha visto establecía la Orden de 21 diciembre de 2001, al indicar que «Se requerirá el consentimiento expreso de los abonados del servicio telefónico móvil disponible al público y de los abonados de los servicios de inteligencia de red para poder utilizar la información a la que se refiere el punto 1 de este apartado. Además, cuando los usuarios no sean titulares de un contrato de abono, tales como usuarios adicionales al titular del contrato, o propietarios de tarjetas de pago previo de servicios de telecomunicaciones, sólo se podrá utilizar dicha información cuando los interesados hayan manifestado su deseo de figurar en las guías o en los servicios de consulta sobre números de abonado. En el caso de usuarios adicionales al titular del contrato, se requerirá el consentimiento previo de éste».

Igualmente, en el apartado decimocuarto de la misma Orden, al referirse a los datos de abonados que los operadores deben facilitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en orden a permitir la prestación de servicios de directorio telefónico en régimen de libre competencia, se establece: «3. Además, los operadores comunicarán a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los abonados del servicio telefónico móvil disponible al público y los abonados de los servicios de inteligencia de red que hayan manifestado expresamente su deseo de figurar en las guías telefónicas o en los servicios de directorio.»

Puede así concluirse que, en razón de la delegación reglamentaria que establece la Ley General de Telecomunicaciones, se ha establecido en cuanto a los abonados a servicios de telefonía móvil la necesidad de exigir su consentimiento expreso para incluir sus datos básicos en guías telefónicas, lo cual a su vez resulta acorde con el régimen de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que resulta de los artículos 6 y 11 al regular el tratamiento y la cesión de datos de carácter personal.

### 2.2.11. Legislación aplicable a las misiones diplomáticas extranjeras en España

Se ha formulado una consulta referente a la aplicación de la LOPD a los ficheros de datos de carácter personal de que sean responsables las misiones diplomáticas extranjeras en España.

En primer lugar, hay que partir de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 2.1 de la LOPD que, en relación con el ámbito territorial de aplicación de la Ley, establece que «se regirá por la presente Ley Orgánica todo tratamiento de datos de carácter personal:

- a) Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento.
- b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho internacional público.
- c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito».

Las embajadas, como misiones diplomáticas de los estados en el extranjero, se constituyen como un conjunto de elementos sometidos al conocido como «*status*» diplomático, conjunto de privilegios e inmunidades que fruto de una larga evolución consuetudinaria, se encuentran actualmente codificados en la «Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas», de 18 de abril de 1961, a la que España se adhirió el 21 de noviembre de 1967, que sustraen a la misión diplomática de la aplicación de determinadas disposiciones del ordenamiento jurídico del Estado receptor de las mismas. Así, entre las manifestaciones de dicho régimen se encuentran, entre otras, la inviolabilidad de los locales de la Misión (artículo 22), así como de sus archivos y documentos dondequiera que se hallen (artículo 24), la inviolabilidad penal e inmunidad jurisdiccional penal, civil —con algunas excepciones— y administrativa de los agentes diplomáticos (artículos 20 y 31).

Ello determina, conforme a su artículo 2. 1, de la Ley Orgánica 15/1999, una situación de extraterritorialidad de los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal de que sean responsables dichas misiones diplomáticas extranjeras y se verifiquen por las mismas, los cuales se regirán a la postre por el derecho nacional del Estado que acredita la misión diplomática.

Dicho lo anterior, debe aclararse que las empresas españolas que puedan establecer relaciones con misiones diplomáticas extranjeras en España si estarán sometidas a la LOPD, y en concreto en los supuestos en que dichas relaciones jurídicas impliquen la comunicación o cesión de datos personales (por ejemplo, de sus empleados) que consten en ficheros o tratamientos de los que aquéllas sean responsables, debiendo en tal supuesto considerarse que

la comunicación de datos se estará efectuando al Estado del que la misión sea representante, y en consecuencia, se estará en presencia de una transferencia internacional de datos.

Con carácter general debe indicarse que las transferencias internacionales de datos se regulan en los artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica 15/1.999, siendo definidas las mismas por la Norma Primera de la Instrucción 1/2000 de 1 de diciembre, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a las normas por las que se rigen los Movimientos Internacionales de Datos, como «Toda transmisión de los mismos fuera del territorio español. En particular, se consideran como tales las que constituyan una cesión o comunicación de datos y las que tengan por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable de fichero».

Tal Instrucción ha venido a fijar los criterios orientativos seguidos por la Agencia de Protección de Datos en la materia, aclarando a los interesados el procedimiento seguido por la Agencia de Protección de Datos para dar cumplimiento a las previsiones contenidas en la normativa reguladora de la materia.

Conforme a dicho régimen jurídico, las transferencias internacionales de datos efectuadas desde España están sometidas a la obtención de autorización del Director de la Agencia de Protección de Datos cuando las mismas se vayan a efectuar a países que no proporcionan un nivel de protección equivalente al de la LOPD y no concurra uno de los supuestos excepcionales previstos en el artículo 34 de la misma.

#### **2.2.12. Aplicación del Reglamento de Medidas de Seguridad a los ficheros médicos**

Se ha instado al Director de la Agencia de Protección de Datos por un Colegio Oficial de Médicos a dictar «un acto administrativo expreso en el que se establezca la no exigibilidad a los médicos, sujetos al secreto profesional, la obligación de adoptar las medidas de seguridad del Real Decreto 994/1999, con relación al tratamiento que efectúan de los datos relativos a la salud de sus pacientes, contenidos en las correspondiente historias clínicas».

Se fundamentó tal solicitud básicamente en la interpretación de que lo dispuesto en el Real Decreto citado no sería aplicable al ámbito médico, ya que a juicio del Colegio, la competencia para regular el tratamiento de los datos clínicos de los servicios sanitarios correspondería a las Comunidades Autónomas, no a una norma reglamentaria estatal.

El artículo 9 LOPD, dedicado a la seguridad de los datos, establece en su apartado tercero que «Reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros y las personas que intervengan en el tratamiento de los datos a que se refiere el artículo 7 de esta Ley».

En cumplimiento, entre otras, de esta remisión a desarrollo reglamentario, con fecha 11 de junio de 1999 se dictó el ya citado Real Decreto 994/1999, que aprobó el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, cuyo artículo 1 dispone que «El presente Reglamento tiene por objeto establecer las medidas de índole técnica y organizativas necesarias para garantizar la seguridad que deben reunir los ficheros automatizados, los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas, programas y las personas que intervengan en el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal sujetos al régimen de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal».

Derogada la LORTAD, la Ley Orgánica 15/1999 que la sustituyó declaró expresamente la vigencia de este Real Decreto, en lo que no se opusiera a la misma, en la Disposición Transitoria tercera.

En el ya tantas veces citado Reglamento de medidas de seguridad se establece en el artículo 4. 3, en lo que aquí interesa, que «Los ficheros que contengan datos de ideología, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual, así como los que contengan datos recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas deberán reunir, además de las medidas de seguridad de nivel básico y medio, las calificadas como de nivel alto».

En relación con la alegación de falta de competencia del legislador estatal para regular esta materia ha de recordarse la distribución de competencias que en el concreto ámbito que nos ocupa establece la Constitución Española de 1.978, que atribuye la competencia, en lo que a la protección de los derechos fundamentales se refiere, al Estado. Así se desprende de lo dispuesto en su artículo 149.1 1º de aquélla, a cuyo tenor «el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes».

Por su parte, las Comunidades Autónomas deberán velar por el pleno desenvolvimiento de los derechos dentro del ámbito de sus respectivas competencias y de las condiciones que establezcan las normas del Estado reguladoras de dichos derechos fundamentales.

Dicho marco ha sido desarrollado por los artículos 41 y 42 de la LOPD, debiendo recordarse que el artículo 42.1 dispone que «Cuando el Director de la Agencia de Protección de Datos constate que el mantenimiento o uso de un determinado fichero de las Comunidades Autónomas contraviene algún precepto de esta Ley en materia de su exclusiva competencia podrá requerir a la Administración correspondiente que se adopten las medidas correctoras que determine en el plazo que expresamente se fije en el requerimiento», añadiendo incluso el artículo 42.2 que «Si la Administración Pública correspondiente no cumpliera el requerimiento formulado, el Director de la Agencia de Protección de Datos podrá impugnar la resolución adoptada por aquella Administración».

Por último, algunas otras disposiciones de la Ley Orgánica se refieren a las competencias de las Autoridades de Control de las Comunidades Autónomas, siempre en el ámbito competencial diseñado por el artículo 41 de la Ley (esto es, en relación con los ficheros creados y gestionados por la propia Comunidad Autónoma o por las entidades integrantes de la Administración Local, dentro de su ámbito territorial). Así sucede en lo referente a la tutela de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (artículo 18.2), en lo relativo a la inscripción de los códigos tipo, que podrán inscribirse en los registros autonómicos, sin perjuicio de la obligación de inscripción en el Registro general de Protección de Datos (artículo 32.3) o en lo atinente al ejercicio de la potestad de inspección (artículo 40.1), la potestad sancionadora en relación con los ficheros de titularidad pública (artículo 46) y la potestad de inmovilización de ficheros (artículo 49).

De todo lo antedicho se desprende que la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, vino a establecer un marco competencial fundamentalmente similar al ya diseñado por la anterior LORTAD, si bien que ampliando las competencias de las agencias autonómicas a los ficheros de los que sean responsables las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, quedando las competencias de las citadas agencias limitadas a las expresamente establecidas en la Ley Orgánica, que han sido anteriormente enumeradas y exclusivamente en lo referente a los ficheros ya citados, sin que sea posible el ejercicio por las Comunidades Autónomas de ninguna competencia sobre los ficheros de titularidad privada ni sobre los de titularidad pública distinta de la Autonómica o local, aunque las competencias se desempeñen en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma (así, no cabrá el ejercicio de competencia alguna en relación con los ficheros de titularidad de los órganos integrantes de la Administración Periférica del Estado).

Por otra parte, y según se ha visto, la competencia para establecer el régimen legal en la materia de protección de datos corresponde al legislador estatal, por lo que la apreciación de que el legislador autonómico pueda establecer régimen específico o distinto en la materia no es acertada.

Debe, por todo ello, concluirse que el Reglamento aprobado por Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, es plenamente aplicable al tratamiento de datos de carácter personal relativos a la salud, cuando los mismos se contengan en ficheros automatizados, aun cuando dicho tratamiento se realice por personal médico sujeto al secreto profesional, sin que las especialidades que respecto al tratamiento de tales datos contienen los artículos 7. 6 y 8 de la LOPD establezcan o supongan excepción alguna al resto de obligaciones que establece dicha norma para los médicos que actúen como responsables de dichos ficheros o tratamientos, así como de las medidas de seguridad que establece aquél Reglamento, y sin que pueda considerarse que exista una extralimitación competencial del legislador estatal al establecer tal regulación.

A tal efecto, debe recordarse que la cuestión fue analizada detenidamente en la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre, en cuyo fundamento jurídico 14 se indicaba: «la exigencia constitucional de protección de los derechos fundamentales en todo el territorio nacional requiere que éstos, en correspondencia con la función que poseen en nuestro ordenamiento (art. 10. 1 CE), tengan una proyección directa sobre el reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas ex art. 149. 1.1 CE para asegurar la igualdad de todos los españoles en su disfrute. Asimismo, que dicha exigencia faculta al Estado para adoptar garantías normativas y, en su caso, garantías constitucionales».

Si bien la respuesta analizada fue emitida con anterioridad a la aprobación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo artículo 14.4 dispone que «Las Comunidades Autónomas aprobarán las disposiciones necesarias para que los centros sanitarios puedan adoptar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para archivar y proteger las historias clínicas y evitar su destrucción o su pérdida accidental», debe entenderse que dicha disposición no impide en modo alguno alcanzar una conclusión similar a la analizada.

Ello se funda, primeramente, en que el artículo 17.6 de la propia Ley dispone que «Son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la legislación reguladora de la conservación de los ficheros que contienen datos de carácter personal y, en general, por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal», lo que implica que las normas que a tal efecto se dictasen en el ámbito autonómico deberían en todo caso respetar el marco dispuesto por el legislador estatal en el Reglamento de Medidas de Seguridad, y en la interpretación del principio de aplicación uniforme de las normas de protección de datos en el territorio nacional, impuesto por la STC 290/2002 a la que se ha hecho anteriormente referencia.

### **2.2.13. Naturaleza de los ficheros colegiales**

Diversos colegios profesionales han elevado consultas a la Agencia solicitando su parecer acerca de la naturaleza de los ficheros colegiales, en el sentido de considerarlos ficheros de titularidad pública o privada.

En relación con esta cuestión, debe señalarse que, si bien la LOPD delimita en su articulado el régimen de los ficheros de titularidad pública y privada, no establece un concepto de los mismos. Por esta razón, la delimitación deberá fundarse en los criterios que determinan la naturaleza jurídico-pública o jurídico-privada del responsable del fichero.

Esta conclusión se alcanza atendiendo a las peculiaridades establecidas para el régimen de los ficheros de titularidad pública, toda vez que los mismos únicamente podrían ser constituidos en caso de que se desarrollen como consecuencia del ejercicio de una competencia administrativa, tal y como se desprende del artículo 21.1 de la LOPD, que permite la cesión entre Administraciones Públicas cuando la misma se funde en el ejercicio de unas mismas competencias. En este mismo sentido, el artículo 20 de la Ley exige que los ficheros se encuentren relacionados con la actuación de una Administración con potestad para dictar la correspondiente Disposición de carácter general de creación del fichero.

Por tanto, se considera que la delimitación del régimen aplicable a los ficheros de titularidad pública y privada deberá fundarse en un doble criterio: por una parte el responsable del fichero deberá ser una Administración Pública y por otra, en los supuestos que pudieran plantear una mayor complejidad, sería necesario que el fichero sea creado como consecuencia del ejercicio de potestades públicas.

Dicho lo anterior, la delimitación de la naturaleza jurídica de las denominadas corporaciones de derecho público ha sido una cuestión ampliamente debatida por la doctrina administrativista, no habiéndose alcanzado en el momento presente una tesis unívoca sobre este particular.

No obstante, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha analizado reiteradamente esta cuestión en numerosas sentencias, cuya cita conviene recordar en este momento. En particular, merece especial atención la Sentencia 20/1988, cuyo Fundamento Jurídico cuarto analiza la naturaleza de los Colegios Profesionales, indicando lo siguiente:

«Como ha declarado este Tribunal en anteriores ocasiones —SSTC 76/1983, de 5 de agosto; 23/1984, de 20 de febrero y 123/1987, de 15 de julio—, los Colegios Profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las Administraciones territoriales o permite a estas últimas recabar la colaboración de aquéllas mediante delegaciones expresas de competencias administrativas, lo que sitúa a tales Corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas Administraciones territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquéllas».

Del mismo modo, la Sentencia 87/1989, recordando la doctrina sentada por la sentencia anteriormente transcrita, aclara, en su Fundamento Jurídico tercero que:

«Si bien es cierto que el carácter de Corporaciones Públicas que la Ley reconoce a los Colegios Profesionales no oscurece la naturaleza privada de sus fines y cometidos principales, también lo es que la dimensión pública de los entes colegiales les equipara a las Administraciones Públicas de carácter territorial, si bien tal equiparación quede limitada a los solos aspectos organizativos y competenciales en los que se concreta y singulariza la dimensión pública de los Colegios».

De lo indicado por el Tribunal en las dos sentencias transcritas cabe deducir una serie de consecuencias sumamente relevantes en la materia que nos ocupa.

Así, si bien es cierto que el Tribunal recuerda que los colegios profesionales son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público, posteriormente esta afirmación se ve complementada por otras que, reiteradamente, atribuyen a los colegios una naturaleza jurídica que, incluso se indica, les equipara a las Administraciones Públicas de carácter territorial.

Así, se recuerda que dichas entidades ejercen en determinadas materias competencias administrativas, del mismo modo en que lo hacen las administraciones territoriales, lo que, precisamente sitúa a los Colegios bajo la dependencia o tutela de dichas Administraciones.

Del mismo modo, se indica que estas auténticas potestades administrativas, tales como la ordenación de la profesión colegiada o el ejercicio de la potestad sancionadora, entre otras, se ejercen por expresa atribución del propio legislador que, o bien atribuye expresamente la competencia a las entidades colegiales o le permite recabar la colaboración de las Administraciones territoriales mediante delegaciones expresas de competencias administrativas.

La misma conclusión se alcanzaría en caso de considerarse que la referencia a la «delegación» de las competencias ha de entenderse no en sentido estricto, sino que supusiera en la práctica una centralización o desconcentración de competencias, tal y como indican las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1993 (Ar. 1993\8010) y 17 de noviembre de 2001 (Ar. 2001\10273).

En consecuencia, a la luz de dicha sentencia, los colegios profesionales ejercen auténticas potestades de derecho público bien por expresa atribución del legislador bien por delegación o desconcentración a las mismas de dichas potestades.

De ello no cabe sino concluir que la naturaleza de los colegios profesionales es la de ente de derecho público equiparable, al menos en lo referente al ejercicio de las potestades administrativas que expresamente le atribuye el legislador, a las Administraciones

Públicas Territoriales. Ello se funda en el hecho de que, según se desprende de la jurisprudencia referenciada los colegios profesionales ejercen dichas competencias bien por expresa atribución del legislador, siendo así que la competencia originaria para el ejercicio de potestades administrativas sólo puede encomendarse a Administraciones Públicas, bien por delegación o desconcentración de la Administración tutelante, dado que las mismas no podrían tener lugar a favor de quien no ostenta la naturaleza de Administración Pública.

Así se refleja en lo establecido en la propia normativa reguladora de los colegios profesionales.

En particular, el artículo 1.3 de la Ley 2/74, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales, si bien incluye entre los «fines esenciales de estas Corporaciones» la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, debe recordarse que, con anterioridad a dicha finalidad incluye como esencial «la ordenación del ejercicio de las profesiones».

Como consecuencia de esta «finalidad esencial», evidentemente pública el artículo 5 atribuye a los Colegios las competencias para «ejercer cuantas funciones les sean encomendadas por la Administración» (apartado b), «ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial» (apartado i), «adoptar las medidas conducentes a evitar el intrusismo profesional» (apartado l) o «cumplir y hacer cumplir a los colegiados las Leyes generales y especiales y los Estatutos profesionales y Reglamentos de Régimen interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los órganos colegiados en materia de su competencia» (apartado u).

Al propio tiempo, los Colegios se someten a sus estatutos, que habrán de ser adoptados por la Administración Pública competente para ejercer la tutela sobre los mismos, bien la del Estado, bien las de las Comunidades Autónomas en cuanto a los colegios situados en su ámbito respectivo, en virtud de las correspondientes normas de traspaso de competencias.

Del mismo modo, la Ley 2/1974 establece en su artículo 8 que «los actos emanados de los órganos de los colegios profesionales y de los Consejos Generales en cuanto estén sujetos al Derecho Administrativo, una vez agotados los recursos corporativos serán directamente impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

De todo ello se desprende que los Colegios y Consejos se encuentran, al menos en parte de las funciones que desempeñan, sometidos al Derecho Administrativo, dictando auténticos actos administrativos revisables, como tales actos, por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Al propio tiempo, el artículo 8.3 de la Ley 2/1974 enumera en su párrafo segundo las causas de nulidad de los actos administrativos dictados por los órganos colegiales, coincidiendo plenamente con lo previsto en la entonces vigente Ley de Procedimiento Administrativo, lo que no hace sino ahondar en la naturaleza pública de las potestades en cuya virtud se dictan dichos actos.

Además, la tesis que se ha venido indicando resulta asimismo confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, bien por el hecho mismo de que su Sala Tercera ha venido ininterrumpidamente conociendo de los recursos planteados contra los actos dictados por los órganos de los Colegios, bien por el análisis efectuado por la Sala Primera cuando ante la misma se han planteado recursos de casación referentes a actos emanados de los órganos colegiales.

En este punto, y sin ánimo de resultar en exceso exhaustivos, la Sentencia de 28 de septiembre de 1998 (Ar. 1998\7289) recuerda en su único Fundamento de derecho que los Colegios Profesionales «tienen facultades de autoadministración sobre sus miembros y sus decisiones están sujetas al control jurisdiccional que es el contencioso-administrativo cuando se trata de defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina, así como los actos de aprobación de presupuestos».

En el mismo sentido, la Sentencia del Alto Tribunal de 26 de noviembre de 1998 (Ar. 1998\8758), tras recordar la naturaleza dual de los Colegios Profesionales indica claramente que los mismos «desarrollan, a la par, una serie de actividades propias de un ámbito de derecho público, de servicio público e interés general, y otras de orden privado restringidas a su relación interna con los integrantes de las corporaciones y que carecen de toda eficacia externa o pública». Así reiterando la jurisprudencia citada, la sentencia concluye que «en los temas que versen, entre otros, sobre defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina, por su evidente matiz de derecho público, (los Colegios) están sujetos al control jurisdiccional del orden contencioso-administrativo».

En resumen, los colegios profesionales, en cuanto dicten actos relacionados, entre otros, con las materias reseñadas por la jurisprudencia, ejercen auténticas potestades administrativas, siendo tales decisiones auténticos actos administrativos.

La consecuencia de todo lo que se ha venido indicando, aplicando lo dispuesto en la LOPD, es que los ficheros creados o gestionados por los Colegios Profesionales o sus Consejos para el ejercicio de las potestades a las que se ha venido haciendo referencia se encontrarán sometidos al régimen de los ficheros de titularidad pública, contenido en los artículos 20 y siguientes de la Ley Orgánica.

En este sentido, es necesario recalcar que, del tenor de la Ley, y en especial de su artículo 21, la naturaleza pública de los ficheros viene expresamente ligada a la titularidad y ejercicio de competencias de derecho público. Sólo de este modo podría resultar comprensible y aplicable la referencia efectuada por dicho precepto a la comunicación de los datos «para el ejercicio de competencias» diferentes o que versen sobre materias distintas.

Del mismo modo, teniendo en cuenta que la Ley 2/1974 atribuye a los Colegios Profesionales el ejercicio de la potestad disciplinaria, de derecho público sobre sus colegiados, la consideración de los ficheros de dichas Corporaciones como de titularidad privada haría imposible la creación de ficheros referentes al ejercicio de esta potestad, toda vez que el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 15/1999 limita claramente la creación de estos ficheros al disponer que «los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras».

Todo ello no hace sino reincidir en nuestra tesis de que los ficheros de que sean responsables los Colegios Profesionales y Consejos Generales, en cuanto se relacionen con el ejercicio por los mismos de sus competencias de derecho público y, en consecuencia, con la atribución a los mismos de potestades administrativas, se encontrarán sometidos al régimen de los ficheros de titularidad pública y no al de los ficheros de titularidad privada, que será aplicable a los ficheros no vinculados con el ejercicio de tales potestades.

#### **2.2.14. Ejercicio del derecho de acceso por los herederos del afectado**

Se ha planteado si resulta posible que los herederos de una persona fallecida ejerciten el derecho de acceso a los datos de la misma o si es posible que alguno de ellos pueda obstaculizar dicho acceso.

La resolución de la cuestión planteada deberá obtenerse en función de la naturaleza misma del derecho protegido por la norma, lo que conduce a la necesidad de determinar si la muerte de las personas da lugar a la extinción del derecho a la protección de la «privacidad» o a la denominada «libertad informática», regulada por la LOPD, ya que el artículo 32 del Código Civil dispone que «la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas», lo que determinaría, en principio, la extinción con la muerte de los derechos inherentes a la personalidad.

La protección otorgada por la Ley frente a las intromisiones que supongan una vulneración de los derechos al honor y a la intimidad subsiste con posterioridad a la muerte de las personas. En ese sentido, cabe destacar que la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pone de manifiesto en sus artículos 4 a 6 que el fallecimiento no impide que por las personas

que enumera el primero de los preceptos citados puedan ejercitarse las acciones correspondientes, siendo éstas la persona que el difunto haya designado a tal efecto en testamento, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos que viviesen al tiempo de su fallecimiento o, a falta de las personas anteriormente citadas, el Ministerio Fiscal.

Por su parte, la Ley Orgánica 15/1999 tiene como objeto esencial, tal y como dispone su artículo 1, la protección de los derechos fundamentales y, en especial del honor y la intimidad frente al tratamiento de los datos de carácter personal, estableciendo a lo largo de su articulado las medidas precisas para asegurar que dicha protección se lleva plenamente a efecto.

Del análisis conjunto de las disposiciones contenidas en ambas Leyes se desprende que la legitimación conferida para el ejercicio de las acciones reconocidas en la Ley Orgánica 1/1982 existirá, en el ámbito de la LOPD, cuando la actuación de las personas legitimadas tenga por directo y exclusivo objeto el ejercicio de las acciones tendentes a la protección del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen de las personas fallecidas, no siendo posible la actuación de éstas en cualquier otro supuesto en que la finalidad de su actividad difiera de la antedicha protección.

Ello supone que, las personas legitimadas por la Ley Orgánica 1/1982 carecerán de legitimación para el ejercicio de los derechos reconocidos por la LOPD, salvo en los supuestos en que esos derechos se ejerciten como instrumento para la realización de alguna de las finalidades protectoras indicadas que la Ley les atribuye. Fuera de estos supuestos no será posible entender que la actividad de los herederos o personas referidas en el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982 se encuentra amparada por la LOPD.

No obstante, sería posible el acceso de los herederos a los datos del causante siempre que los mismos aparezcan directamente relacionados con su propia condición de heredero (por ejemplo, el acceso a los datos necesarios para conocer el caudal relicto o el estado de determinados bienes de la herencia). Sin embargo, el acceso a la información a la que nos referimos no podría entenderse relacionado con el derecho de acceso consagrado en la legislación de protección de datos de carácter personal, sino que se desprendería del derecho de todo heredero a conocer el caudal relicto y el estado del mismo, así como realizar las acciones necesarias para su determinación y defensa, toda vez que el mismo sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones como consecuencia de su muerte, tal y como determinan los artículos 651, 659 y 661 del Código Civil.

En consecuencia, a la vista de lo que se ha venido exponiendo, los herederos podrán tener acceso a los datos del causante en cuanto ello suponga el ejercicio en su nombre de una acción amparada por la Ley Orgánica 1/1982 o en cuanto dicho acceso se produzca en defensa de su derecho hereditario. Sin embargo, tales accesos no podrán ser considerados como manifestaciones del derecho de acceso, consagrado por el artículo 15 de la LOPD.

## 2.2.15. Acceso a datos catastrales

Se ha planteado una consulta relacionada con lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que vino a regular el Acceso a los datos catastrales.

Dicha disposición establece en su apartado primero que «Todos podrán acceder a la información de los inmuebles de su titularidad y a la información de datos no protegidos contenida en el Catastro», añadiendo que «Tienen la consideración de datos protegidos el nombre, apellidos, razón social, código de identificación y domicilio de quienes figuren inscritos en el Catastro como titulares o sujetos pasivos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, así como el valor catastral y los valores del suelo y, en su caso, de la construcción, de los bienes inmuebles individualizados».

Analizando dicha disposición legal, puede indicarse que la misma se ajusta al régimen general de cesión de datos de carácter personal que establece el artículo 11. 1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, según el cual «Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado».

Debe considerarse por otro lado que tal disposición sí permite en determinados supuestos de interés legítimo, el acceso inconsentido a los datos de identidad del titular, como en casos de identificación de parcelas colindantes, sucesiones mortis causa, titularidades de derechos reales, etc. Por tanto, la posible contradicción que pudiera alegarse, al considerar que puede accederse a los datos en casos de interés legítimo, no es tal, puesto que como se ha indicado, la disposición delimita expresamente qué supuestos de interés legítimo justifican tal posibilidad ni abarcar cualquier supuesto de interés legítimo, sin existir en consecuencia esa contradicción.

Fuera de tales casos, existen otros registros públicos inmobiliarios, como el Registro de la Propiedad, que entre sus principios básicos cuentan con el de publicidad formal, siendo en consecuencia un registro idóneo para acoger otros supuestos de interés legítimo en el conocimiento de titularidades inmobiliarias.

Por todo ello, puede concluirse que la disposición normativa objeto de consulta no resulta contradictoria con las normas contenidas en la LOPD y que debe interpretarse en sus propios términos, siendo plenamente respetuosa con la misma, atendiendo a la específica finalidad del Catastro como registro administrativo vinculado u orientado a la gestión tributaria de entidades locales (artículo 77 de la Ley 39/1988, de 28 de Diciembre, de Haciendas Locales), sin perjuicio de que por disposición legal tenga en ciertos casos otros posibles usos.



## 3. Análisis Jurisprudencial

### 3.1. Análisis de las principales sentencias de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Según dispone el artículo 48.2 de la LOPD, que reproduce lo que ya establecía el artículo 48.2 de la derogada LORTAD, las resoluciones del Director de la Agencia de Protección de Datos ponen fin a la vía administrativa. Por ello, y sin perjuicio de la eventual interposición del recurso potestativo de reposición (al que se refiere el artículo 116 Ley 30/1992), dichas resoluciones sólo serán susceptibles de impugnación en vía contencioso-administrativa.

En este orden jurisdiccional, los órganos fiscalizadores competentes durante el año 2002 han sido las Salas de lo Contencioso-administrativo tanto de los Tribunales Superiores de Justicia como de la Audiencia Nacional, tomando en cuenta que el recurso hubiera sido interpuesto, respectivamente, antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que atribuyó a la Audiencia Nacional la competencia anteriormente radicada en los tribunales Superiores de Justicia. Además, como dato novedoso frente a lo indicado en la Memoria del año anterior, durante el año 2002 han comenzado a notificarse a la Agencia Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, que resuelven recursos de casación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Órganos jurisdiccionales a los que se acaba de hacer referencia, en los casos en que así lo permite la Ley Rituaria.

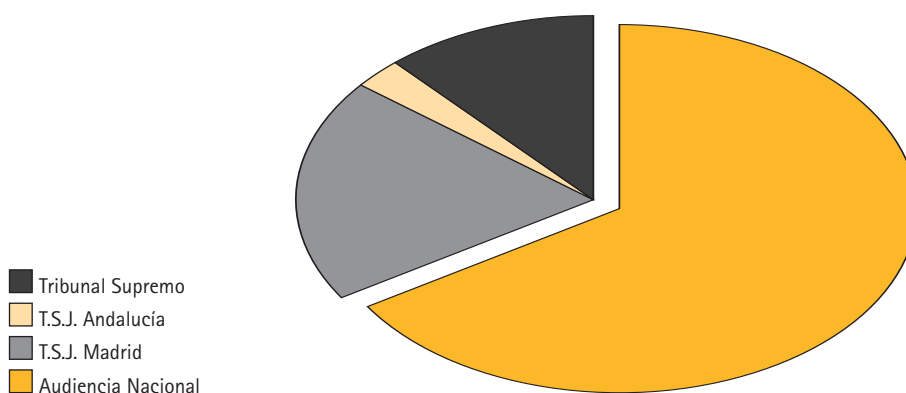
Hasta la fecha en que se redacta la Memoria de la APD correspondiente a 2002, se tiene conocimiento de un total de 99 Sentencias dictadas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, conociendo recursos interpuestos en primera o única instancia, y 11 Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, resolviendo recursos de casación o casación para unificación de doctrina, así como dos Autos del Alto Tribunal por los que se declara la inadmisión de sendos recursos de casación interpuestos contra sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que confirmaban la resolución dictada por la Agencia.

De las 99 sentencias dictadas en primera o única instancia 74 lo fueron por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; 22 por la Sala del mismo Orden del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y 3 por la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Como puede comprobarse, cada vez es mayor la proporción de las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional, dado que los recursos pendientes en las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia son cada vez menores.

El cada vez mayor número de las sentencias procedentes de la Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia acentúa la importancia de la doctrina sentada por aquél órgano jurisdiccional, llamado a configurarse, a medida que se vayan resolviendo los recursos pendientes en los Tribunales Superiores de Justicia, como el único competente en la materia, sin perjuicio, claro está, del ámbito superior que es propio del Tribunal Supremo.

El siguiente gráfico muestra la distribución de las sentencias, teniendo en cuenta el Órgano que ha dictado las mismas

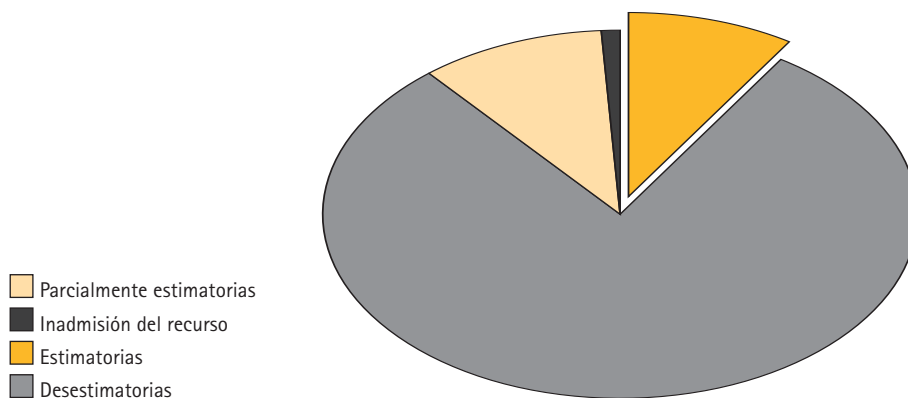
SENTENCIAS POR ÓRGANO JURISDICCIONAL



En cuanto al fallo de los pronunciamientos judiciales, debe indicarse que de las 99 sentencias dictadas en primera o única instancia, 79 fueron desestimatorias de los recursos formulados contra resoluciones de la Agencia, que quedaron plenamente confirmadas, 10 estimaron par-

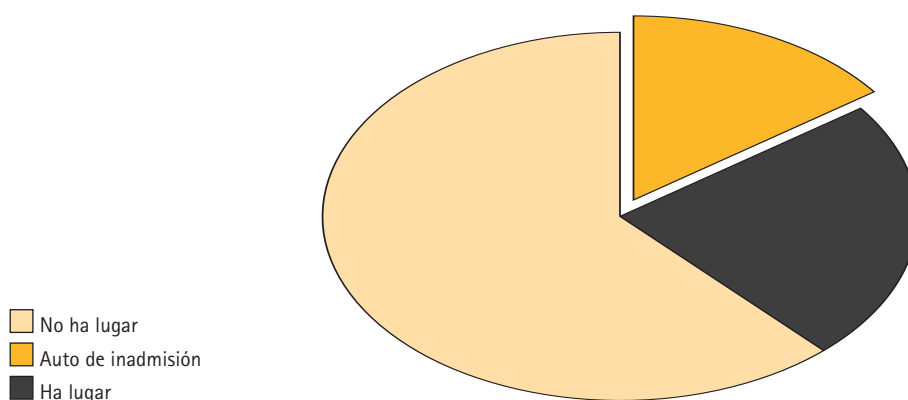
cialmente los recursos, mientras que solamente 9 de ellas estimaron íntegramente las pretensiones anulatorias de las resoluciones de la Agencia. En un único caso se inadmitió el recurso.

### SENTENCIAS EN PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA



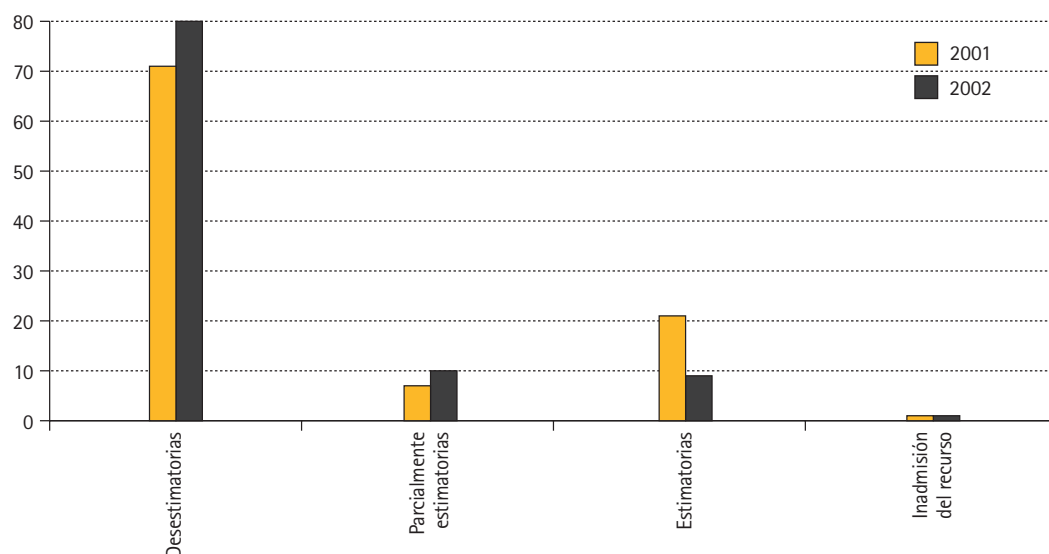
De las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, ocho declararon no haber lugar al recurso interpuesto y tres de ellas declararon haber lugar al mismo.

### RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO



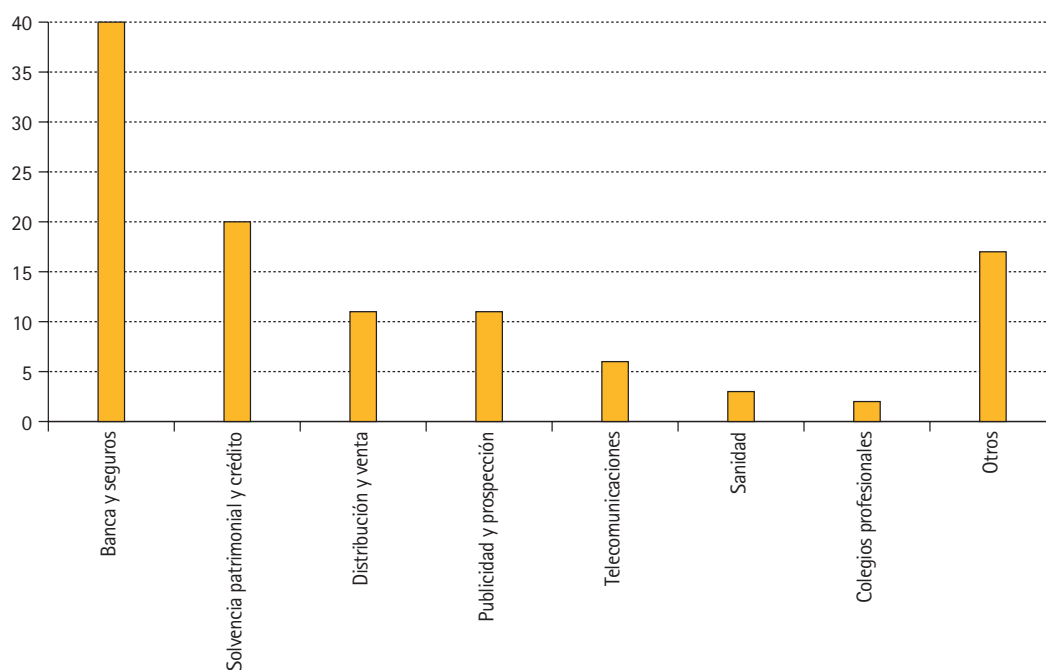
Como puede comprobarse, la cifra referente a los recursos en que el criterio de la Agencia ha sido confirmado en sede jurisdiccional es creciente, alcanzando en el año 2002 un 80 por 100 de las sentencias dictadas en primera o única instancia. Además, como dato aún más relevante, el porcentaje de sentencias estimatorias de los recursos ha descendido en el año 2002 a un 9 por 100 del total, frente al 21 por 100 del año 2001. En consecuencia, los criterios de la Agencia son considerados en la inmensa mayoría de los casos como ajustados a derecho por parte de quienes tienen la misión de enjuiciarlos. Así puede comprobarse en el siguiente gráfico:

### COMPARATIVA POR FALLO (PORCENTAJES)



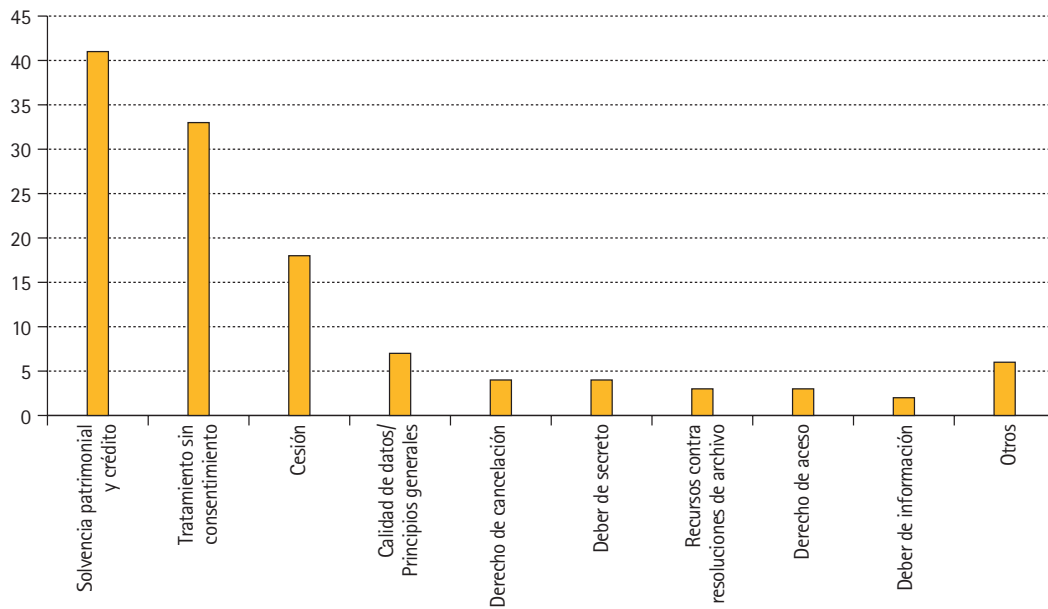
Atendiendo al sector o ámbito de actividad al que pertenece el recurrente, puede comprobarse en el siguiente gráfico cómo se mantienen los ya recogidos en anteriores memorias, con un amplio predominio del sector bancario y del de solvencia patrimonial y crédito:

### SECTOR AL QUE PERTENECE EL RECURRENTE



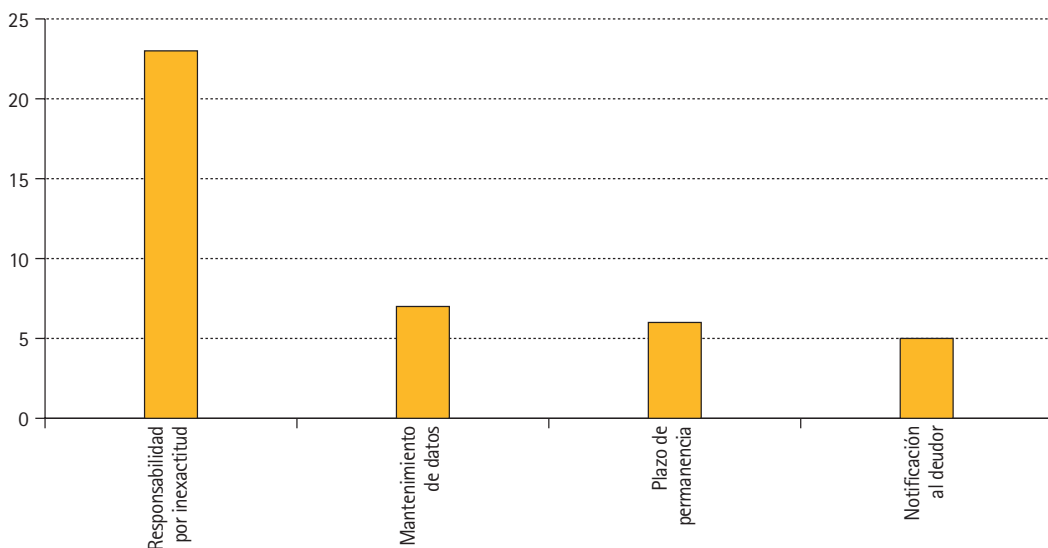
En cuanto a las materias, dentro del ámbito de la protección de datos, a las que se refería el proceso cabe también extraer una conclusión de continuidad similar a la referente al sector de actividad del recurrente. Así resulta de la siguiente distribución:

### SENTENCIAS POR MATERIAS



Al igual que en los años 2000 y 2001, en este periodo el mayor número de sentencias ha guardado relación con los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, siendo de interés examinar qué cuestiones se han tratado, en relación con los mismos, en los procedimientos judiciales finalizados en el año 2001, en las que se aprecia una mayor incidencia de las cuestiones relacionadas con la responsabilidad en caso de inclusión de datos inexactos o indebidos en los ficheros, que acaparan casi un 60 por 100 del total:

### SENTENCIAS SOBRE FICHEROS DE SOLVENCIAS



## 3.2. Sentencias de mayor relevancia dictadas en primera o única instancia

### 3.2.1. Conservación de datos de obligaciones satisfechas en ficheros de solvencia patrimonial y crédito. Saldo cero

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2002 vino a resolver el recurso planteado contra resolución de la Agencia de 1 de marzo de 2001, por la que se sancionaba a una determinada entidad informante de un fichero de solvencia patrimonial y crédito relacionado con el cumplimiento de obligaciones dinerarias por no haber instado la cancelación de los datos referidos a una deuda efectivamente satisfecha cinco años antes del momento en que se formuló la denuncia. En el fichero común constaba la existencia de dicha obligación, aunque con saldo cero.

La Sentencia desestima el recurso y confirma el criterio sustentado por la Agencia, razonando que dicha conducta, conforme a lo establecido en la derogada LORTAD, es contraria a lo dispuesto en la LOPD, cuyo artículo 4.3 dispone que «Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado», reemplazando así el requisito de que el dato responda a la situación «real» del afectado por el de que responda a la situación «actual» del mismo. En el mismo sentido, se recuerda que una reforma similar se ha producido en el artículo 29.4 de la LOPD, a cuyo tenor «Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos».

Así, el Fundamento de Derecho cuarto de la Sentencia recuerda que «el reflejo del dato personal «saldo 0» no es un reflejo veraz de la situación real del afectado, puesto que el denunciante no tenía saldo alguno al haberse cancelado la deuda, por lo que la única razón que explica la permanencia del dato en un fichero de solvencia patrimonial, cuando la deuda ha sido cancelada, es informar sobre la morosidad reciente, pero pasada, del afectado, lo que no se conjuga con la previsión del artículo 4.3 de tanta cita que impone que se refleje la situación actual del afectado, es decir, su solvencia en la actualidad».

Prosigue la Sentencia indicando que «la única finalidad que tiene el mantenimiento en un registro de solvencia patrimonial, a instancias de la entidad informante y ahora recurrente, de los datos de quien no tiene deudas, con el término «saldo 0», es informar de su morosidad anterior, recordar sus deudas pasadas, lo que resulta incompatible con la situación «actual» del afectado, que establece el artículo 4.3 de la Ley Orgánica».

Al propio tiempo, se añade en el Fundamento de derecho sexto que «la inclusión en este tipo de ficheros se hace de modo diferente, como excepción a la regla general de prestación de consentimiento del afectado (...) este mecanismo excepcional de acceso de los datos de carácter personal a este tipo de ficheros, cuando además, resultan afectados los derechos fundamentales, impiden interpretar el tipo sancionador de forma diferente a la anteriormente referida», concluyendo que «la función que cumplen estos ficheros no puede imponerse por encima de la salvaguardia de los derechos fundamentales y de las previsiones plasmadas en la Ley en forma de tipos sancionadores».

### **3.2.2. Cesión de datos para la prestación de nuevos servicios no solicitados por el afectado**

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de septiembre de 2002 desestima el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia de 8 de diciembre de 2000.

Los hechos pueden ser resumidos del siguiente modo: en agosto de 1995 la afectada contrató una póliza de seguro para su vehículo con una determinada entidad aseguradora. Un año después dicha aseguradora contrató con una entidad expedidora de tarjetas de crédito para el uso de combustible un contrato por el que se facilitaría a sus asegurados este tipo de tarjeta, comprometiéndose la entidad a asumir el riesgo de la tarjeta siempre que se disponga de los datos del cliente y que el mismo no se encuentre incluido en determinados ficheros de solvencia patrimonial y crédito. De este modo, sin que la afectada hubiera en ningún momento solicitado la tarjeta ni prestado su consentimiento al tratamiento efectuado por la entidad expedidora, fue creada una tarjeta a su nombre que nunca fue recibida por la afectada sino por un tercero que hizo uso de la misma por importe cercano al millón de pesetas. La entidad expedidora anotó el descubierto en la cuenta de la afectada, que denunció los hechos como estafa, siendo descubierto el tenedor de la tarjeta.

El recurso analizado fue interpuesto por la entidad gestora de la tarjeta de crédito, alegando que la misma era un mero encargado del tratamiento, por lo que no se precisaba el consentimiento de la afectada para crear dicha tarjeta, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la LORTAD, entonces vigente, y que, en todo caso se contaba con su consentimiento tácito al tratamiento.

La sentencia razona la inexistencia de la condición de encargado del tratamiento en la recurrente, señalando que, si bien es cierto que entre la misma y la aseguradora existe una relación de prestación de servicios, dicha relación incorpora ciertas especialidades (a la vista del contrato suscrito por ambas) que la hacen singular, dado que la entidad gestora es quien asume el riesgo de la emisión de la tarjeta, encargándose por ello de analizar los

riesgos de cada titular antes de la expedición, comprobando la inclusión de sus datos en los ficheros de morosos.

De este modo, se señala en el Fundamento de Derecho quinto de la sentencia que «la denunciante se encuentra con un desfalco en una tarjeta que no ha solicitado y nunca ha usado y debe responder ante (la recurrente) con quien no le une relación alguna y ante la que no ha prestado ningún consentimiento para la emisión de la tarjeta (...) obligaciones que el deudor ha de cumplir sin haber mostrado voluntad alguna de contraerlas». Añade la Sentencia que del contrato suscrito entre la recurrente y la aseguradora se deriva «la creación de una nueva relación jurídica con las personas cuyos datos ha cedido (la aseguradora) que es de todo punto incompatible con la relación de servicios por cuenta de otro».

Así se concluye que «lo importante y trascendente es que a quien no había solicitado el uso de una tarjeta de crédito se le extendiera con unos datos que ella había proporcionado para otra finalidad», concluyéndose que «en ningún caso ha existido consentimiento tácito o subsiguiente por parte de (la afectada) que nunca tuvo conocimiento de la existencia de la misma hasta que pudo comprobar un descubierto en su cuenta bancaria por un importe de 934.128 pts. Y nunca la tuvo en su poder».

Por último, la sentencia incide en el grado de culpabilidad exigible para la imposición de la sanción, señalando que «basta la simple negligencia o incumplimiento de los deberes que la Ley impone a las personas responsables de ficheros o del tratamiento de datos de extremar la diligencia para evitar, como en el caso que nos ocupa, un tratamiento de datos personales sin consentimiento de la persona afectada, lo que denota una falta evidente en la observancia de estos deberes que conculcan claramente los principios y garantías establecidas (...) concretamente el del consentimiento del afectado».

Este criterio fue ratificado por la propia Sala en Sentencia de 20 de septiembre de 2002, que resuelve el recurso interpuesto por la entidad aseguradora, a la que la Agencia había sancionado por vulneración del artículo 11 de la LOPD.

### **3.2.3. Requisitos para la existencia de un encargado del tratamiento. Prestación de servicios de «scoring»**

La Audiencia Nacional se ha pronunciado en tres ocasiones en relación con la prestación por una determinada entidad de servicios de «scoring» o valoración de la situación financiera de los clientes de una tercera que contrata la prestación de dichos servicios. Así cabe citar las sentencias de 18 de enero, 14 de junio y 15 de noviembre de 2002, siendo la resolución en todos los casos confirmatoria de la resolución dictada por la Agencia y, en consecuencia, desestimatoria del recurso.

En la primera y la tercera de las sentencias anteriormente citadas se confirma el criterio de la Agencia, que consideró esta práctica una cesión sin consentimiento del afectado, al no constar prueba alguna que acreditara la existencia de un contrato escrito entre la entidad solicitante y la que efectuó los servicios de «scoring» y no haberse recabado el consentimiento del afectado para la realización del mismo.

En resumen, esta práctica puede resumirse como la comunicación por parte de una empresa, generalmente prestadora de servicios a sus clientes de los datos de aquéllos a una tercera empresa, generalmente perteneciente al sector del estudio de la solvencia patrimonial y crédito, a fin de que por la misma se considere a dichos clientes «aptos» o «no aptos», en función bien de los datos facilitados, bien de los que la propia destinataria tiene en su poder.

La Sentencia de 15 de noviembre de 2002 analiza si, al amparo del artículo 27 de la LORTAD, vigente al tiempo de producirse los hechos, resulta necesaria la forma escrita en el contrato a celebrar entre la entidad solicitante de los servicios de «scoring» y la que presta dichos servicios para que dicha práctica pueda ser considerada amparada por la regulación que dicha Ley efectuaba de la prestación de servicios por cuenta de terceros, actualmente regulada por el artículo 12 de la LOPD.

Dicha sentencia considera que sería necesaria la celebración del contrato en forma escrita por los siguientes motivos:

- Porque así se infiere de una interpretación literal de la norma.
- Porque tal interpretación resulta más acorde con la finalidad de la Ley, dado que si bien no existe una cesión en sentido estricto, se produce una transmisión de los datos que supone un peligro o riesgo de publicidad del dato, que se encuentra en poder de un tercero distinto de aquél a quien el afectado consintió el tratamiento, exigiendo el legislador al responsable un deber de diligencia en la elección del encargado del tratamiento, que garantice la integridad de los derechos del afectado, exigiendo la operatividad de esta finalidad que el contrato sea escrito y con las menciones previstas en la Ley, pues «en otro caso se generaría una inseguridad jurídica en perjuicio del titular del dato».
- Porque la exigencia de constancia escrita se deriva del artículo 17.2 de la Directiva 95/46/CE, que dispone que «la realización de tratamiento por encargo deberá estar regulada por un contrato o acto jurídico que vincule al encargado del tratamiento con el responsable del tratamiento», precepto que, añade la Sentencia «la doctrina interpreta en el sentido de que es preciso un contrato escrito y queda corroborada por el actual artículo 12 de la LOPD que habla expresamente de constancia por escrito».

En relación con el régimen establecido en la LOPD la sentencia ofrece asimismo una interpretación de dicho precepto que resulta sumamente relevante a los efectos de su aplicación futura, al señalar en su Fundamento de Derecho cuarto que «ciertamente el artículo 12 de la Ley también habla de constancia en alguna otra forma» que permita acreditar la celebración del contrato. Pero estos términos no pueden interpretarse, como pretende la recurrente, en el sentido de que rige el principio de libertad de forma y es posible un pacto verbal, lo que sería contradictorio con que al mismo tiempo la norma exija forma escrita. Lejos de ello lo que ocurre es que existen formas de formalización que pueden ofrecer garantías similares a la forma escrita (Vgr. un supuesto de firma electrónica avanzada conforme a lo establecido en el Real Decreto-Ley 14/1999, caso en el que no existiría un documento escrito en sentido estricto).

Al propio tiempo, considerada ya por la sentencia la existencia de una cesión de datos, se señala que la misma no cuenta con el consentimiento del afectado, dado que las cláusulas incluidas en el contrato entre la prestadora de servicios al afectado y aquél no hacían en ningún lugar mención de la posible cesión de sus datos para «valorar la aptitud crediticia de sus titulares, ni en ella se recaba el consentimiento de éstos para que sus datos puedan ser cedidos a terceros con dicha finalidad».

#### **3.2.4. Vulneración del deber de seguridad. Documentación no destruida.**

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia nacional de Madrid de 13 de junio de 2002 desestima el recurso interpuesto contra Resolución de la Agencia de 21 de mayo de 2001, de la que se dio cuenta en la Memoria correspondiente al anterior ejercicio, en que se sancionaba a una determinada entidad por vulneración del deber de implantar las medidas de seguridad exigidas por la LOPD y el Reglamento de Medidas de Seguridad, como consecuencia del hecho de haber aparecido en contenedores de basura documentos de uso interno de la entidad que contenían datos de carácter personal. Este hecho además alcanzó relevancia pública al aparecer esta noticia reflejada en distintos medios de comunicación.

La sentencia, tras considerar adecuado el criterio de la Agencia que, tras considerar los hechos como contrarios tanto al artículo 9 de la LOPD (deber de seguridad) como al artículo 10 de la misma (deber de secreto), se limitó a sancionarlos por la primera de las vulneraciones al considerar que la segunda infracción quedaba automática e inexorablemente subsumida en la primera, declara improcedentes las alegaciones de la entidad recurrente, que consideraba la inexistencia de infracción, al haberse adoptado por aquélla las adecuadas medidas y aprobado el correspondiente documento de seguridad, al tiempo que se consideraba vulnerada la presunción de inocencia, por no haberse acreditado efectivamente que los documentos hallados procedieran inequívocamente de sus oficinas.

Así, en relación con la primera de las alegaciones, la sentencia señala que «no basta con la adopción de cualquier medida, pues deben ser las necesarias para garantizar aquellos objetivos que marca el precepto (art. 9 LOPD). Y por supuesto, no basta con la aprobación formal de las medidas de seguridad, pues resulta exigible que aquéllas se instauren y pongan en práctica de manera efectiva. Así, de nada sirve que se aprueben unas instrucciones detalladas sobre el modo de proceder para la recogida y destrucción de documentos que contengan datos personales si luego no se exige a los empleados (...) la observancia de aquellas instrucciones».

Continúa la sentencia señalando que en el presente caso la recurrente «no prestó la diligencia necesaria en orden a la efectiva observancia de aquellas medidas de seguridad, pues de otro modo no se explica que los documentos en los que figuran datos de carácter personal apareciesen publicados en una revista de amplia difusión en la que se afirmaba que habían sido encontrados en la basura», recordando que la resolución sólo sancionaba a la entidad por la aparición de listados de datos de carácter personal que además procedía de documentos de uso estrictamente interno de la entidad.

Precisamente por este motivo, la sentencia declara no haber lugar a ninguna vulneración del principio de presunción de inocencia, dado que «ha quedado acreditado, siquiera sea por exclusión de otra explicación razonable, que la conducta que se sanciona es imputable a la entidad (...) ahora demandante».

### **3.2.5. Tratamiento de datos médicos para el control del absentismo**

Las sentencias de la Audiencia Nacional de 12 de abril y 10 de mayo de 2002 desestiman dos recursos frente a resoluciones de la Agencia que guardan una enorme semejanza.

En ambos casos, la resolución recurrida había sancionado por tratamiento de datos relacionados con la salud de las personas a sendas empresas que prestaban para un Órgano de una Administración Pública, en el primero de los casos, y una Entidad Pública Empresarial, en el segundo, un servicio consistente en el control del absentismo de sus empleados. Para ello, el empleador facilitaba a las entidades los datos de sus trabajadores, incluyendo las fechas de alta y baja, en su caso, y el personal médico de las entidades sancionadas visitaba a esas personas, elaborando un informe médico en que se recogía el diagnóstico de la enfermedad que padecía el trabajador; esos informes eran almacenados en los ordenadores de la entidad sin contar con el consentimiento del afectado.

En ambos casos, el contrato celebrado indicaba como finalidad del mismo «el control del absentismo»; con cita expresa en uno de ellos del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, que atribuye al empresario la facultad de verificar el estado de enfermedad o acci-

dente del trabajador que sea alegado para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante el reconocimiento a cargo de personal médico.

Por su parte, las entidades recurrentes fundaban la licitud del tratamiento en lo establecido en el párrafo primero del artículo 7.6 de la LOPD, a cuyo tenor «No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto».

Frente a ello, las sentencias recuerdan que la aplicabilidad de dicho precepto sólo resulta posible cuando el tratamiento se efectúa realmente para «la prevención y el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médico o la gestión de servicios sanitarios», indicando que, según la primera de las citadas «en nuestro caso, el tratamiento de datos personales relativos a la salud efectuada por la entidad recurrente, no se realizaron con esa finalidad, sino en virtud de un contrato suscrito con (...), cuyo objeto era controlar el absentismo del personal que prestaba sus servicios en (...). Y para ello (la recurrente) crea un fichero en el que registra los datos de diagnóstico médico de cada trabajador que utiliza como medio para elaborar un informe que remitirá a (...), para que éste pueda controlar el absentismo laboral».

Prosigue la sentencia en su Fundamento de Derecho V que «la prestación del servicio médico realizado por los facultativos (...) no tiene por objeto ni la mejora, ni la prevención de la salud de las personas a quienes examina y cuyos datos incorpora al fichero, es decir, no realiza una prestación necesaria para su salud, ni tampoco para el tratamiento médico a que pudieran estar sometidos, ni para la investigación científica o el desarrollo de la medicina, sino que la prestación únicamente está al servicio de los intereses del arrendador que, a través de ese mecanismo, pretende evitar el absentismo en el trabajo».

«Por tanto —concluye la sentencia— no puede hablarse de prestación de servicios médicos en los términos exigidos en la Ley, y ello aunque intervengan facultativos sometidos al secreto profesional, sino de otro tipo de prestación de servicios, no amparada en el artículo 7.6 de la LOPD, para cuyo tratamiento informatizado de datos precisa el consentimiento del afectado».

### **3.2.6. Tratamiento de datos de profesionales sin su consentimiento para su inclusión en una publicación periódica**

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2002 confirma la resolución de la Agencia de 18 de mayo de 2000 en que

es sancionada una determinada empresa editora de una publicación relacionada con el mundo de la arquitectura por tratamiento de datos personales de diversos profesionales de ese sector sin contar con su consentimiento. Dicha resolución ponía fin al procedimiento iniciado como consecuencia de la denuncia de 48 de los profesionales cuyos datos constaban en dos números de la revista, al no haberse podido acreditar por la recurrente que los datos procedieran de fuentes accesibles al público.

La sentencia analizada resulta sumamente interesante en cuanto delimita claramente si las previsiones de la LORTAD (y hoy de la LOPD) resultan de aplicación a los profesionales, por un lado y, por otro, en cuanto establece a quién corresponde la carga de la prueba de que los datos sometidos a tratamiento proceden de fuentes accesibles al público.

En cuanto a la primera de las cuestiones, la Sentencia razona, en su fundamento de Derecho tercero, que «siendo así que la protección que otorga la LORTAD —como ahora sucede con la LOPD— se refiere a los datos de carácter personal de las personas físicas (...) no hay razones para excluir de ese ámbito de protección los datos personales de unos profesionales, en este caso Arquitectos, habida cuenta que, como señala la resolución recurrida, aquellos datos se refieren a profesionales que no ejercen su actividad bajo forma de empresa, no ostentando en consecuencia la condición de comerciante a la que se refieren los artículos primero y siguientes del Código de Comercio».

En este mismo sentido, la sentencia niega el razonamiento de que la Ley no es aplicable al tratarse de datos de «agentes económicos que operan en el mercado», dado que la aplicación de dicho razonamiento implicaría que «la protección que nuestro ordenamiento pretende dispensar a los datos de carácter personal quedaría desvirtuada y vaciada de contenido en relación con buena parte de los ciudadanos, conclusión ésta que no resulta conciliable con aquellos postulados que la Ley Orgánica 5/1992 —y ahora la Ley Orgánica 15/1999— sirve de desarrollo.

Por su parte, y frente a la alegación de que la resolución impugnada invertía la carga de la prueba, por cuanto no resulta conforme a derecho que la Agencia impusiera a la recurrente la carga de probar que los datos objeto de tratamiento provenían de fuentes accesibles al público, la Sentencia indica claramente que «aunque a la parte actora le parezca inaudito, lo cierto es que a quien alega haber obtenido los datos de una fuente accesible al público le corresponde acreditar o cuando menos especificar cuál es esa fuente; y debe hacerlo no de manera hipotética o posibilista sino de forma clara y referida a todos y cada uno de los datos cuyo tratamiento y cesión no consentidos se le imputa, pues si la regla general es que tanto el tratamiento como la cesión de datos de carácter personal requieren el previo consentimiento de los afectados y tal exigencia se dispensa sólo en casos de excepción, sólo una especificación del responsable del fichero acerca de la procedencia de los datos permitiría constatar si efectivamente concurre o no el supuesto de excepción alegado».

En consecuencia, dado que el recurrente se había limitado a indicar genéricamente las posibles fuentes de origen de los datos y que por la Agencia se había constatado que los datos no figuraban en dichas fuentes en los términos en que aparecían en el fichero de la propia recurrente, la Sala considera no haber quedado probado que el tratamiento de los datos proceda de fuentes accesibles al público y, en consecuencia, declara ajustada a derecho la sanción impuesta por la Agencia.

Además, la sentencia se refiere a la naturaleza del censo electoral como fuente no accesible al público, siguiendo el criterio ya reiterado y mencionado en anteriores Memorias de esta Agencia, indicando finalmente que la mera indicación administrativa en las obras sitas en la vía pública no puede considerarse como fuente de tal naturaleza, habida cuenta que la misma se efectúa en virtud de una determinada relación contractual o negocial que vincula al profesional con esa obra determinada, aparte por lo demás del hecho de que en dicha indicación no se incluyen todos los datos que se habían incorporado al fichero de la recurrente.

En conexión con la Sentencia analizada, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 21 de junio y 11 de octubre de 2002 confirmaron las sanciones impuestas por la Agencia a ciertos Colegios Profesionales que facilitaron a la editorial a la que ha venido haciéndose referencia los datos correspondientes a los proyectos visados por los Colegios en ejercicio de las potestades que la Ley les atribuye, considerando que las corporaciones no habían acreditado la existencia de consentimiento de los afectados ni que la comunicación se refiriese a datos contenidos en fuentes accesibles al público, dado que, como señala la primera de las sentencias citadas, no pueden considerarse como tales los datos relacionados con las personas que intervengan en una construcción por el mero hecho de la existencia de una acción pública en el derecho urbanístico, «porque una cosa es el interés público de que el ius aedificandi se acomode a los dictados de la Ley y al planeamiento urbanístico, y se facilite la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda intervenir en pro de la legislación de ese sector, y otra que se pueda traficar libremente con los datos de las personas que intervengan en la actividad económica de la construcción».

### **3.2.7. Campañas publicitarias. Responsable del fichero y cesiones de datos**

La sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de junio de 2002 desestima el recurso formulado contra resolución de la Agencia relacionado con la utilización y cesión de datos en el ámbito de una determinada campaña publicitaria.

Dada la complejidad del supuesto, resulta necesario describir los hechos a los que el mismo se refiere con un cierto detalle: La empresa «A», dedicada a la comercialización de deter-

minados productos, contrata con la empresa «B», que presta servicios de publicidad y planificación de campañas, la realización de una determinada campaña, en que partiendo de las indicaciones de «A», «B» queda encargada de obtener los registros correspondientes a los individuos relevantes para la campaña, la impresión de las cartas a enviar, su ensobrado, franqueo y envío a los afectados.

«B» obtiene los datos de una tercera empresa «C», dedicada a la manipulación de correspondencia y envíos diversos. Los datos, a su vez, son comunicados a las empresas «D» y «E», encargadas de la manipulación, impresión de las cartas, ensobrado y envío. Según se alega por «B», los datos se comunican directamente de «C» a «D» y «E», sin que aquélla en ningún momento tenga acceso a dichos datos.

La Agencia impone a «B» una sanción por cesión de los datos a «D», sin haber recabado el consentimiento del interesado para ello.

Dentro de la extensa fundamentación jurídica de la Sentencia, que abunda en conceptos que ya se han reproducido en la presente memoria, tales como la forma escrita en que debe materializarse el contrato que vincula al responsable del fichero con el encargado del tratamiento, la sentencia analizada resulta relevante en dos cuestiones esenciales: por una parte, la consideración de la empresa «B» como responsable del tratamiento; y por otra, la apreciación de que los hechos constituyen una cesión de datos de carácter personal, con independencia de que la empresa «B» haya tenido materialmente en su poder los datos cedidos.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, la Sentencia, tras recordar el concepto de responsable del fichero contenido en el artículo 3 d) de la LORTAD, vigente al tiempo de producirse los hechos, así como el establecido en el artículo 2 d) de la Directiva 95/46/CE, recuerda que «la figura del responsable del fichero se conecta pues en la Ley con el poder de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, poder de decisión que ha de diferenciarse de la realización material de actividades que integran el tratamiento, ya que será el responsable tanto quien decida y trate como quien, teniendo poder de decisión, encomiende la materialidad del tratamiento a un tercero que actúe bajo la dependencia o instrucciones del primero».

«En el presente supuesto —prosigue la resolución— tal y como pone de manifiesto la APD, ha sido («B») quien ha decidido sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento. Sobre la finalidad por haber alquilado los datos a («C») para organizar la campaña de publicidad ya aludida. Sobre el contenido puesto que tales datos alquilados y usados en la campaña eran los de personas que tuvieran determinadas características. Y sobre el uso puesto que era también la entidad actora la encargada de enviar los registros a los destinatarios finales».

Asimismo, se niega la alegación de «B» de no ser más que un mero intermediario entre «A» y «C», puesto que en los envíos recibidos por los afectados se indicaba que los datos habían sido suministrados por «B», ante quien los afectados podían ejercitar sus derechos.

Por otra parte, como se indicó, la recurrente alegó no haber tenido en su poder en momento alguno los datos supuestamente cedidos, toda vez que los mismos fueron comunicados a «D» directamente por «C», tal y como se desprende de un documento aportado por «B» en el procedimiento seguido por la Agencia.

La sentencia, reincidiendo en la consideración de que «B» era responsable del fichero, al poseer el poder de decisión que se ha descrito anteriormente, considera que la cesión existe en todo caso con independencia del contacto material de «B» sobre los datos, dado que la transmisión se habría realizado bajo ese poder de disposición, actuando «C» por encargo de «B».

Así, indica el Fundamento de Derecho sexto de la sentencia que el documento en que la recurrente pretende fundar su no culpabilidad «lo que evidencia es que («B») no tenía necesidad de tener conocimiento de los datos entregados a («D») pero no es prueba suficiente de que tal actora no haya comunicado o revelado tales ficheros informatizados de datos a una persona distinta del interesado o afectado sin consentimiento de sus titulares, conducta que, como ya se ha manifestado con anterioridad, constituye cesión de datos de carácter ilícito, al no estar respaldada por el consentimiento de los titulares de tales datos».

En consecuencia, la sentencia considera que «B», ya sea directamente, ya sea a través de «C», ha comunicado los datos de carácter personal a «D» sin consentimiento de los afectados, conducta contraria a lo dispuesto en la entonces vigente LORTAD y, en la actualidad, a la LOPD.

### **3.2.8. Utilización de datos personales de abonados a servicios telefónicos**

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de julio de 2002 viene a resolver finalmente el recurso formulado contra resolución de la Agencia, de 6 de junio de 1997 en que se sancionaba a una empresa filial de un determinado operador de telecomunicaciones.

Los hechos son analizados con detalle en la Memoria correspondiente a 1997 (págs. 148 a 152), si bien pueden resumirse del siguiente modo:

La entidad sancionada tiene por objeto social la actividad publicitaria de todo género así como la confección para su matriz de directorios de abonado. A tal fin, la operadora le

remitía mensualmente un fichero de información de sus abonados en el que, junto con la información necesaria para la publicación de los directorios, facilitaba otra información (hasta 44 datos), referida al nivel de facturación, oficina de domiciliación, etc.

La entidad recurrente completaba dicha información con otros datos obtenidos estadísticamente por el cruce con otros ficheros, incluyendo la «sección censal» publicada por el Instituto Nacional de Estadística. Además, otros datos se deducían de los ya obtenidos, tales como el sexo, el hábitat rural o urbano de residencia o el tipo de vivienda a partir del dato del domicilio.

La recurrente empleaba los datos del fichero con la finalidad de alquilarlos a otras entidades para la realización de campañas publicitarias a partir de la segmentación que se alcanzaba de la combinación final de más de 70 datos correspondientes a más de 11 millones de hogares.

La argumentación del recurso se centraba en la consideración de los datos obtenidos como «públicos», lo que eximía de la obtención del consentimiento de los afectados tanto para su recogida y tratamiento como para su cesión ulterior mediante alquiler a otras empresas. Este argumento no es acogido por la Sentencia a la que nos referimos, partiendo en primer lugar de que la mayor parte de los datos suministrados por la operadora de telecomunicaciones, tales como la facturación, los equipos instalados o el sistema de cobro de las facturas, no tenían ningún carácter público.

Así se indica que «no hay duda de que estos datos no son públicos y es imposible adquirirlos cruzando o tratando automatizadamente los que constan en las guías telefónicas con los difundidos por los organismos públicos, por más perfecto que sea el proceso informático empleado. Además, la naturaleza de los datos sólo permite atribuírselos a (el operador), entidad a la que son suministrados por el cliente a efectos de concertar y ejecutar el contrato de servicio telefónico».

A mayor abundamiento, la sentencia considera que algunos de los datos son obtenidos «mediante la aplicación de complejos procedimientos informáticos y a través del uso de informaciones a disposición el público en general».

En este sentido recuerda lo establecido en la Exposición de Motivos de la LORTAD, vigente al tiempo de producirse los hechos, en cuanto a la posibilidad de que una serie de datos aislados pueda arrojar un perfil completo del individuo que, precisamente, es lo que el artículo 18.4 de la Constitución pretende impedir, señalando que tal conducta es exactamente la llevada a cabo por la recurrente, que efectuaba un detallado proceso de segmentación y microsegmentación que permitía la identificación de perfiles sumamente detallados de los individuos y hogares. Así, concluye, «la referida conducta configura una modalidad de tratamiento

de datos mediante su elaboración, con arreglo a la definición del artículo 3 c) de la Ley que, sin consentimiento del afectado, también es objeto de prohibición por el artículo 6.1».

Por último, la sentencia aclara que la invocación de que no se ha producido un daño efectivo como consecuencia de esta conducta no resulta suficiente para excluir la reprobabilidad de la misma, confirmando las sanciones impuestas por la Agencia, tanto por tratamiento como por cesión ilegal de datos de carácter personal sin contar con el consentimiento del afectado.

### **3.2.9. Sentencia en recurso contra la Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la Agencia de Protección de Datos**

Especial análisis merece la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2002, que resuelve la impugnación directa de la Instrucción 1/2000 de la Agencia, particularizada, como la propia Sentencia pone de manifiesto en algunas de sus normas (apartado 2 de la Norma Tercera, apartado 1 de la Norma Cuarta, apartados 1 y 2 de la Norma Quinta la Norma Sexta en su totalidad).

El fallo de dicha sentencia señala literalmente «que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto (...) contra la Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la Agencia de Protección de Datos, relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos, debemos anular y anulamos el apartado 2 de la Norma Tercera y la Norma Sexta de dicha Instrucción, si bien ambos en cuanto pretenden extender su aplicación a las transferencias internacionales de datos comprendidas en los supuestos de excepción del artículo 34 de la Ley Orgánica 15/1999, y anulamos también el apartado 1 de la Norma Cuarta de la misma Instrucción, desestimando en lo demás la pretensión de la demandante, sin imponer las costas de este proceso a ninguno de los litigantes».

En consecuencia, salvo en lo referido al apartado 1 de la Norma Cuarta, la Sentencia no declara una anulación real de la Instrucción, sino que sólo prohíbe la interpretación de determinadas normas de la misma de forma que ello obstaculice el régimen previsto en el artículo 34: En resumen, no será posible que, en caso de que un responsable del tratamiento pretenda efectuar una transferencia internacional de datos de carácter personal amparada en una de las causas del artículo 34 de la LOPD, la Agencia exija para llevarla a cabo una autorización de su Director, en los términos previstos en el artículo 33.1 de la misma.

Entrando ya en el estudio de la Sentencia, su Fundamento Jurídico tercero describe el régimen establecido en los artículos 33 y 34 de la LOPD, partiendo de la regla de autorización contenida en el primero de ellos, que habrá de complementarse con las excepciones pre-

vistas en el artículo 34. De este modo, concluye la Sentencia, el legislador ha establecido un doble régimen en materia de transferencias internacionales de datos, diferenciando las sometidas o no sometidas a autorización del Director de la Agencia, según concurra o no una de las causas previstas en el artículo 34; todo ello sin perjuicio del deber de notificación de la transferencia a efectos de su inscripción en el RGPD. Por este motivo, en caso de que la transferencia se funde en una de las causas del artículo 34, no será posible que la Instrucción exija la autorización del Director de la Agencia.

Concluye el citado Fundamento que «la existencia de las mencionadas excepciones a la regla general en modo alguno significa, claro es, que en estos supuestos de inexigibilidad de la autorización previa el responsable del fichero que promueve la transferencia de datos quede liberado del conjunto de deberes y obligaciones que le impone la Ley Orgánica 15/1999; ni que pueda eludir las responsabilidades derivadas de su actuación. Únicamente queda liberado de la exigencia de autorización expresa de la transferencia por el Director de la Agencia, y ello por disponerlo así de manera expresa el artículo 34».

Tomando como referente esta exposición, la sentencia señala en su fundamento quinto que «para determinar si estas disposiciones contenidas en el apartado 2 de la Norma Tercera de la Instrucción son o no ajustadas a derecho resulta imprescindible diferenciar —aunque la Norma examinada no lo hace— según que vengan referidas a las transferencias de datos sujetas a autorización previa o, por el contrario, a cualquiera de los supuestos de excepción enumerados en el artículo 34 de la Ley Orgánica 15/1999», añadiendo que, según la Sala «el problema de partida que presenta este apartado 2 de la Norma Tercera es, precisamente, que pretende referirse de manera indistinta a toda clase de transferencias internacionales de datos, siendo así que, por imperativo legal, el margen de actuación y las posibilidades de intervención de la Agencia son muy distintos en uno y otro caso».

De este modo, si bien no resulta duda alguna de la plena aplicación del precepto al primero de los supuestos planteados, sí cabría, según indica la sentencia, objetar que en el segundo de ellos la potestad de la Agencia no puede llevar nunca a la existencia de un procedimiento encubierto de autorización.

Así se añade que «es precisamente esta vocación expansiva la que nos lleva a concluir que el apartado 2 de la Norma Tercera de la Instrucción no puede ser considerado ajustado a derecho en la medida en que pretende ser aplicable en los supuestos de excepción».

En consecuencia, y tras volver a recalcar en su Fundamento noveno que, tal y como indica el apartado primero de la Norma Segunda de la Instrucción, la transferencia no puede impedir el cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999 ni limitar las potestades que la misma atribuye a la Agencia, «no resulta aceptable que estas potestades de comprobación o incluso de inspección encaminadas a asegurar el cumplimiento de la Ley las ejerza la Agencia pre-

cisamente al tener conocimiento de que se pretende realizar una transferencia de datos para la que no es necesaria su autorización».

Por todo ello, la Sentencia declara la nulidad del apartado 1 de la Norma Cuarta y el apartado 2 de la Norma Tercera en cuanto su aplicación contravenga el criterio expuesto.

Por su parte, en el Fundamento décimo se declara la plena validez de la Norma Quinta de la Instrucción. Dentro de su contenido resulta especialmente relevante que la Sentencia señala «en la hipótesis del apartado 1 la Norma se limita a señalar que la Agencia de Protección de Datos podrá requerir al responsable del fichero para que aporte la documentación que justifique su alegación. Nada hay que objetar a esta previsión, pues, como ya anteriormente tuvimos ocasión de señalar, si el responsable del fichero alega encontrarse en un supuesto de excepción en los que la transferencia de datos no necesita autorización. Resulta procedente que la Agencia pueda solicitar alguna justificación que le permita constatar que efectivamente concurre la circunstancia alegada».

Por último, en cuanto a la Norma Sexta de la Instrucción, el fundamento undécimo efectúa un razonamiento similar al que se ha expuesto en relación con el apartado 2 de la Norma Tercera.

A la vista de lo indicado, del tenor de la sentencia se deduce que, sin perjuicio de la potestad de que «la Agencia pueda solicitar alguna justificación que le permita constatar que efectivamente concurre la circunstancia alegada», dentro de las recogidas en el artículo 34 de la LOPD, lo que no será posible es exigir una específica autorización para dicha transferencia.

Por último, debe indicarse que la sentencia que ha venido analizándose ha sido objeto de recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por lo que habrá de estarse a la decisión de dicho recurso.

### **3.3. Sentencias del Tribunal Supremo en materia de protección de datos de carácter personal**

Como ya se indicó, durante 2002 se han dictado por el Tribunal Supremo 9 sentencias relacionadas con resoluciones de la Agencia de Protección de Datos, además de dos Autos inadmitiendo sendos recursos contra sentencias que desestimaron los interpuestos contra resoluciones de la Agencia.

De las 11 sentencias, 8 confirmaron el criterio de la Agencia y sólo 3 declararon haber lugar al recurso.

Las sentencias pueden organizarse en cuatro grupos básicos, dado que varias de las mismas guardan similitud en las materias planteadas. Por ello, las analizaremos en atención a esa clasificación.

### **3.3.1. Invocación de la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD**

Cuatro de las sentencias indicadas rechazan la pretensión del recurrente de aplicar retroactivamente a la sanción impuesta el artículo 45.5 de la LOPD, según el cual «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».

Concretamente, cabe hacer referencia a las Sentencias de 18 de marzo, 12 de abril, 18 de abril y 22 de noviembre de 2002 (todas ellas dictadas en recursos de casación para unificación de doctrina), que contienen pronunciamientos en ese sentido, rechazando en todo caso la aplicación de la norma invocada.

En las sentencias de 18 de marzo y 12 de abril de 2002, la pretensión es desestimada por el hecho de no haberse efectuado por la recurrente en instancia alegación alguna en este sentido, no probándose la existencia de circunstancias que permitiesen analizar su aplicación.

Así, la Sentencia primeramente citada señala que «en el presente caso, la recurrente simplemente alega que distintas sentencias anteriores de la Sala de la Jurisdicción de la Audiencia Nacional hicieron aplicación de un precepto que no se invocó en su demanda por el recurrente ni se aplicó en el caso de la recurrida, lo que por sí solo habría de dar lugar a la desestimación del recurso, puesto que, evidentemente, no concurre el requisito exigible conforme al artículo 96.1 de que el pronunciamiento de la sentencia llegue a resultados diferentes con fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales».

Concluye la sentencia que «tampoco existe identidad de pretensiones, puesto que, a diferencia de las razones concurrentes en aquellos otros recursos y que, a diferencia de las razones concurrentes en aquellos otros recursos y que dan lugar a la aplicación de dicho precepto por la Sala, ocurre que en la sentencia recurrida ni se enjuiciaron esas especiales circunstancias determinantes de la aplicación del citado artículo 45 ni, desde luego, se formuló cuestión o pretensión alguna en la demanda del recurso de instancia sobre la aplicación o no al caso del precepto repetidamente transcrito.

En la sentencia de 18 de abril de 2002, la Sala ahonda en este criterio, indicando que «La aplicación de esa norma nueva introducida por la LORTAD de 1999 exige una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso y la parte recurrente, ni en la instancia ni en este recurso, hace la menor referencia a este extremo. Simplemente dice que puesto que el precepto existe y la sentencia de contraste lo aplicó debió aplicarse también por la Sala que dictó la sentencia impugnada. Pero esto no es lo que dice el artículo 45.5 de la nueva LORTAD, que hemos transcrito más arriba. Debiéndose notar también porque es un dato más que revela esa falta de identidad sustancial, que en el caso de la sentencia de contraste y al hilo precisamente de los argumentos que proporciona la entidad bancaria recurrente —entre ellos que pudo haberse aplicado el artículo 43.2 c) que tipificaba como infracción leve el no conservar actualizados los datos de carácter personal que consten en los ficheros—, la Sala de instancia pudo obtener el conocimiento de la concurrencia de esas circunstancias».

Al propio tiempo, la sentencia pone de manifiesto una importante doctrina relacionada con los supuestos en que sería admisible la aportación de una sentencia de contraste que pudiera permitir la prosperabilidad del recurso, señalando claramente que la misma debería referirse a una sanción impuesta por la infracción del mismo tipo de la LOPD que la impuesta al recurrente.

Así, el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia, después de señalar los términos en que aparecen tipificadas las infracciones contenidas en la sentencia recurrida y la de contraste, indica que «Es claro, sin necesidad de mayor análisis, que aquí falta esa identidad sustancial cuya concurrencia es necesaria para que pueda prosperar un recurso de casación para unificación de doctrina, pues si hay algo verdaderamente decisivo que permite apreciar la existencia o no de identidad sustancial cuando de la aplicación del derecho administrativo sancionador se trata es, precisamente, el tipo de la actuación reprochada por el mismo», añadiendo que «Esto basta, sin más, para concluir que el presente recurso debe ser rechazado totalmente».

Por último, la Sentencia de 22 de noviembre de 2002 acoge los argumentos mantenidos en la jurisprudencia que se ha venido citando.

### **3.3.2. Utilización de los datos del censo electoral con fines de publicidad y prospección comercial**

A lo largo del año 2002 el Tribunal Supremo ha dictado dos sentencias relacionadas con la actividad de empresas dedicadas a la publicidad y prospección comercial, de fechas 26 de abril y 23 de septiembre. De ambas, sólo la segunda se encuentra directamente vinculada con actividades de esta naturaleza, dado que la primera, desestimatoria del recurso interpuesto contra Sentencia del TSJ de Madrid, por la que se desestimaba a su

vez el recurso interpuesto contra resolución sancionadora de la Agencia por la comisión de una infracción de obstrucción a la labor inspectora, se refiere en su fundamentación jurídica a determinados vicios procesales alegados por la recurrente y no a cuestiones de fondo.

Entrando así en el estudio de la Sentencia de 23 de septiembre de 2002, la misma se refiere al supuesto, ampliamente analizado en Memorias correspondientes a años anteriores, en que una empresa dedicada a la actividad de publicidad o prospección recogía y trataba datos de carácter personal provenientes de las listas del censo electoral publicadas a fines de comprobación por los ciudadanos.

En relación con esta materia, la sentencia, que desestima el recurso y confirma la resolución de esta Agencia indica en su Fundamento de Derecho tercero que «La parte recurrente, partiendo de la premisa de que el artículo 39.3 de la Ley de Comercio Minorista contiene una declaración general de accesibilidad al público respecto del nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral, considera que las empresas dedicadas a publicidad y a la venta directa tienen derecho a obtener determinados datos del censo electoral a fin de desarrollar sus legítimas actividades, ya que los datos de carácter personal provenientes del censo electoral se utilizaron en el momento de la elaboración de aquel, en el que los datos de los electores son expuestos al público y, consiguientemente, son susceptibles de ser conocidos por cualquier persona, pues durante este período los datos electorales son accesibles al público, puesto que se encuentran, según el artículo 1.3 del Real Decreto 1332/1994, «a disposición del público en general» y, por consiguiente, eran aplicables las normas de la Ley Orgánica 5/1992, que autorizan el uso de tales datos sin necesidad de obtener el consentimiento previo de los afectados.

Esta tesis supone una interpretación fragmentaria de dicha disposición, que, en contra del parecer de la representación procesal de la sociedad recurrente, no se limita a formular una declaración de accesibilidad al público del nombre, apellidos y domicilio de electores, sino que, dada su exclusiva finalidad de ordenar el comercio minorista y concretamente las ventas a distancia, se remite expresamente el régimen establecido al efecto por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, que, a su vez, contiene en su artículo 2.3.a) una remisión a la legislación de régimen electoral en cuanto al censo electoral y, además, excluye del régimen general de su artículo 11.2.b) —cesión sin consentimiento del afectado de datos recogidos de fuentes accesibles al público— los ficheros de titularidad pública —artículo 19.3—, para cuya cesión o transferencia de datos a ficheros de titularidad privada se requiere el consentimiento del interesado».

Asimismo, la Sentencia desestima las pretensiones del recurrente tomando en consideración la regulación contenida en la ahora vigente LOPD, al señalar, en su Fundamento

cuarto, que «La exégesis que acabamos de hacer se corrobora por el método contemplado en la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, para la confección del denominado «censo promocional» (artículo 31) con el nombre, apellidos y domicilio que consten en el censo electoral, pues se prevé que en el documento de empadronamiento el interesado pueda solicitar no aparecer en el indicado censo promocional, de manera que si al cumplimentar dicho documento de empadronamiento, que constituye la base para la formación del censo electoral, el ciudadano manifiesta su oposición a aparecer en el censo promocional, su nombre, apellidos y domicilio, aunque figuren en el censo electoral, no podrán incluirse en el «censo promocional», único del que pueden servirse para sus lícitas actividades las empresas dedicadas a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial u otras análogas, con la particularidad añadida de que el plazo de vigencia del censo promocional es de un año, transcurrido el cual la lista pierde su carácter de fuente de acceso público, debiéndose editar, además, trimestralmente una lista actualizada del censo promocional con exclusión de los nombres y domicilio de quienes así lo soliciten».

### **3.3.3. Tratamiento de datos de clientes en casinos de juego**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2002 desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia del TSJ de Madrid de 2 de abril de 1998, que a su vez confirmó una resolución de la Agencia por la que se sancionaba a un determinado casino de juego por tratamiento de datos sin consentimiento del afectado.

El citado casino recogía los datos referidos al gasto efectuado por sus clientes, así como la indicación de sus pérdidas y ganancias sin haber solicitado el consentimiento de los mismos y sin haber siquiera notificado este tratamiento al RGPD para su inscripción. Por parte de la recurrente se alegaba que el tratamiento era necesario para el mantenimiento de las relaciones contractuales con sus clientes, encontrándose así amparado en el artículo 6.2 de la LORTAD, vigente al tiempo de producirse los hechos.

La Sentencia niega que el supuesto tenga encaje en la excepción prevista, respecto al consentimiento del afectado, en el número 2 del artículo 6 de la LORTAD «pues, aun cuando se admitiera que el afectado estaba vinculado por una relación negocial con el Casino, es lo cierto que dichos datos no eran necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato ya que, según expresa la sentencia que se recurre, en función del listado obrante en el expediente en el mismo, contrariamente a lo que se defiende en este recurso de casación, no se recogían exclusivamente los pagos efectuados por cheque sino también los efectuados en metálico y con billetes en mesa, sin que conste dato alguno relativo al buen fin o no de los citados cheques, por lo que no está acreditado que los

datos fueren necesarios para el mantenimiento de las relaciones, al no recogerse exclusivamente los pagos mediante cheques ni constar el control de éstos con independencia de su importe, de donde se deduce la inexistencia de la supuesta infracción del artículo 6 de la Ley Orgánica 5/1992».

Además, la sentencia pone de manifiesto el hecho de que, con posterioridad, el propio casino de juego reemplazó el tratamiento automatizado de datos por un tratamiento manual, «de donde resulta la falta de necesidad de la automatización de los datos obtenidos sin consentimiento del afectado y, en consecuencia, la inexistencia de las infracciones imputadas a la sentencia recurrida que correctamente apreció infracción de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley Orgánica 5/1992 y, por ello, confirmó la sanción acordada al amparo de lo dispuesto en el artículo 43.3 d) de la Ley Orgánica de 29 de octubre 1992 por tratar de forma automatizada los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley»

### **3.3.4. Responsabilidad por la inclusión de un dato inexacto en ficheros referidos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias**

Por último, es necesario hacer referencia a la doctrina sentada por la Sentencia del tribunal Supremo de 13 de abril de 2002, reproducida de forma prácticamente literal por las de 29 de julio y 3 de diciembre del mismo año.

Dichas sentencias vienen a resolver sendos recursos de casación para la unificación de doctrina relacionadas con la cuestión, detalladamente analizada en anteriores Memorias de a quién corresponde la responsabilidad por la inclusión de datos incorrectos o inexactos en los ficheros relacionados con el pago o impago de obligaciones dinerarias. A lo largo de una consolidada doctrina, formada por más de 25 sentencias, las salas del TSJ de Madrid y de la Audiencia Nacional habían sentado el criterio de que la entidad informante en estos ficheros era la responsable de la integridad y exactitud del asiento, de modo que a la misma debían dirigirse las actuaciones en caso de detectarse la existencia de infracción de los principios de calidad de los datos. No obstante existieron, esencialmente entre las primeras sentencias dictadas, algunos fallos discrepantes con esta doctrina.

Pues bien, la citada Sentencia de 13 de abril de 2002 viene a resolver por el momento la cuestión, considerando la inexistencia de responsabilidad en el informante, al no ostentar el mismo la condición de responsable del fichero o encargado del tratamiento, por lo que la imposición de la sanción supondría una aplicación analógica de las normas sancionadoras de la protección de datos de carácter personal, proscrita por el artículo 25 de la Constitución.

Esta conclusión se alcanza en el Fundamento de Derecho tercero de la citada sentencia, quizá excesivamente breve en su exposición y razonamiento, que pasamos a reproducir íntegramente:

«La sentencia recurrida, al extender el régimen sancionador contemplado en la Ley a quien suministró en virtud de un contrato el dato de carácter personal al responsable del fichero, ha conculcado el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución, el artículo 129.4 de la Ley 30/1992, que impide la aplicación analógica de las normas definidoras de infracciones y sanciones, y el artículo 42.1 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, en relación con el artículo 3 d) de esta misma Ley, que limita el régimen sancionador al responsable del fichero, cuyo concepto define este último precepto.

En contra del parecer del Abogado del Estado, el responsable del fichero es quien decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento automatizado y no quien le facilita el dato en virtud de un contrato celebrado con aquél, de modo que sólo el responsable del fichero está sujeto al régimen sancionador establecido en la aludida Ley Orgánica, que no cabe extender a cualquier otra persona, pues, de hacerlo, como la sentencia recurrida, se incurre en una aplicación extensiva o analógica del régimen sancionador, prohibida por el artículo 25.1 de la Constitución y 129.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con manifiesta conculcación de los principios de legalidad y tipicidad, y por consiguiente la mencionada sentencia debe ser anulada.

La limitación subjetiva del régimen sancionador ha sido mantenida, teniendo en cuenta la lógica del propio sistema, en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, al señalar en su artículo 43.1 que «los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley», continuando, por consiguiente, excluidos quienes hubiesen contratado el suministro de datos con aquéllos».