

La actividad del Gabinete Jurídico se ha centrado en 2003 en el asesoramiento verbal y escrito al Director y las distintas Subdirecciones de la Agencia Española de Protección de Datos, así como en el asesoramiento a otras Administraciones Públicas, empresas y entidades dentro de las funciones que a la Agencia de Protección de Datos encomienda el artículo 37 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal.

Al propio tiempo, se evacuaron un total de 544 informes, resolviendo cuestiones de especial complejidad planteadas por responsables de ficheros, de los cuales 232 fueron planteadas por distintos Órganos de las Administraciones Públicas y 312 correspondieron a consultas privadas formuladas por responsables de ficheros.

Asimismo fueron informadas 47 disposiciones de carácter general, sometidas a informe preceptivo de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 h) de la Ley Orgánica 15/1999 y 5 b) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo.

Por otra parte, se ha participado en más de 150 reuniones de trabajo, tanto con representantes de las Administraciones Públicas como del sector privado (tanto a través de las distintas asociaciones empresariales como con empresas), celebradas con la finalidad de resolver cuestiones

concretas relacionadas con la protección de datos, participando además en los distintos grupos de trabajo creados con la finalidad de resolver las cuestiones que afectan en especial a un determinado sector en la aplicación de las normas de protección de datos.

Como se ha indicado, junto con esta actividad consultiva externa se han desarrollado las funciones propias de asesoría jurídica interna de los distintos órganos de la Agencia, en las más diversas materias.

Asimismo se ha participado activamente en distintas actuaciones divulgativas de la legislación reguladora del derecho fundamental a la protección de datos, habiéndose impartido más de 35 conferencias o presentaciones sobre esta materia, tanto en foros nacionales (del sector público y privado) como internacionales.

Por último, en el ámbito internacional, el Abogado del Estado - Jefe del Gabinete Jurídico se ha encargado de la coordinación del Proyecto de Hermanamiento Twinning Light, dentro del Programa PHARE de la Unión Europea, entre la Agencia Española de Protección de Datos y la Oficina Checa para la Protección de Datos Personales, referido a la protección de datos en los sectores de las telecomunicaciones y de la policía. Además, ha colaborado con las autoridades de diversos países Iberoamericanos, en particular con Nicaragua, en la elaboración de Proyectos nacionales de Ley de Protección de Datos.

#### INFORMES SOBRE PROYECTOS DE DISPOSICIONES GENERALES

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 h) de la LOPD corresponde a la Agencia Española 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 gene-

rales de desarrollo de la Ley Orgánica así como cualesquiera proyectos de ley o reglamento que incidan en la materia propia de la Ley Orgánica.

A lo largo de 2003 se han sometido al parecer de la Agencia Española de Protección de Datos, para su informe preceptivo, un total de 47 disposiciones, debiendo destacarse por su especial relevancia las siguientes:

- Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones.
  - 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 (informándose también durante su tramitación como Proyecto de Ley, a solicitud de la Administración General del Estado).
  - Anteproyecto de Ley Básica de Medidas para la Racionalización y Modernización de la Administración Local.
  - Anteproyecto de Ley de Firma Electrónica.
  - Anteproyecto de Ley de Disposiciones Específicas en materia de Seguridad Social.
  - Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se reforman determinados artículos de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y de la Ley 7/1987, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.
  - Anteproyecto de Ley General de Subvenciones.
  - Anteproyecto de Ley General Tributaria.
  - Proyecto de Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y otras Normas Tributarias.
  - Proyecto de Real Decreto por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.
  - Proyecto de Real Decreto por el que se desarrollan el art. 134 y la D.A. Octava de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
  - Proyecto de Real Decreto de modernización de archivos judiciales.
  - Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan determinados censos tributarios y se modifican el Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo, por el que se regula la composición y la forma de utilización del Número de Identificación Fiscal y el Real Decreto 243/1995, de 17 de febrero, por el que se dictan normas para la gestión del Impuesto sobre actividades económicas y se regula la delegación de competencias en materia de gestión censal de dicho Impuesto.
  - Proyecto de Real Decreto sobre Organización y Funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas.
  - Proyecto de Real Decreto por el que regula el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.
  - Proyecto de Real Decreto por el que se regula el contenido de las listas electorales y de las copias del censo electoral.
  - Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio.
  - Proyecto de Real Decreto de tarjeta sanitaria individual.
  - Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.
  - Proyecto de Orden sobre la Central de Información de Riesgos del Banco de España.
  - Proyecto de Orden Ministerial por la que se crean los Registros Nacionales de implantes.
  - Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden PRE/361/2002, de 14 de febrero, de desarrollo en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional.
  - Anteproyecto de circular de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre el procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de directorio telefónico.
- Además, 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 Española de Protección de Datos).

También en ello ha influido la conclusión, el 14 de enero de 2003, 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".

Así, durante el período analizado, han sido sometidas a informe las disposiciones de creación o modificación de ficheros de los Ministerios de Sanidad y Consumo, Medio Ambiente, Justicia, Fomento, Administraciones Públicas e Interior, así como la Propuesta de acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados por el que se regulan los ficheros de datos de carácter personal de dicha Cámara.

## INFORMES SOBRE CONSULTAS PLANTEADAS POR RESPONSABLES DE FICHEROS

Como se ha indicado, el Gabinete Jurídico ha venido ejerciendo, desde la creación de la Agencia Española de Protección de Datos, una función de asesoramiento externo, emitiendo dictámenes jurídicos sobre las cuestiones de mayor complejidad sometidas al parecer de la misma por los responsables de ficheros, tanto particulares como Administraciones Públicas.

Durante el año 2003 se ha mantenido el importante volumen de actividad desplegado en el ejercicio de esta función. Así, en el periodo de referencia, han sido emitidos un total de 544 informes, lo que supone un incremento de más del 31% respecto de los rendidos durante el año 2002. Por otra parte, 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 ejercicios 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 29 formuladas en 2003. Del mismo modo, se ha reducido ampliamente el volumen de consultas relativas a la cesión de datos a las Administraciones Tributarias.

Por su parte, debe resaltarse el notable incremento de las consultas relacionadas con la aplicación del Reglamento de Medidas de Seguridad

(un 67%), la aplicación del artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 en supuestos específicos (un 114%), las cláusulas informativas a los afectados, en cumplimiento del artículo 5 de la Ley Orgánica (un 196%), las referidas a los servicios regulados en la legislación en materia de telecomunicaciones (un 36%), así como las relacionadas con el tratamiento de datos especialmente protegidos (que han duplicado el volumen del ejercicio anterior).

En relación con las consultas relacionadas con el Reglamento de Medidas de Seguridad, la mayoría aparecen referidas a las medidas de nivel alto, suscitándose una gran diversidad de cuestiones, generalmente de carácter interpretativo.

Por último, en este punto, debe hacerse mención al elevado número de cuestiones planteadas con el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, dado que si bien su valor en términos absolutos puede no considerarse especialmente relevante, las mismas se han planteado exclusivamente durante los dos últimos meses del ejercicio, dado que las competencias relacionadas con el control del envío de este tipo de comunicaciones fueron atribuidas a la Agencia Española de Protección de Datos por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en vigor desde el 5 de noviembre de 2003.

Del volumen de informes evacuados a instancia de responsables de ficheros durante el año 2003, 312 han correspondido a consultas privadas, mientras que 232 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 plantea-

das por particulares (personas físicas o jurídicas), incrementándose notablemente la diferencia existente entre ambas en comparación con los dos ejercicios anteriores. De este modo, si bien se aprecia que el incremento de las consultas formuladas por las Administraciones públicas es bastante reducido (un 16%), el incremento de las consultas formuladas por entidades privadas ha alcanzado cifras sensiblemente superiores al del ejercicio anterior (incrementándose un 45%).

Considerando estas cifras, puede apreciarse cómo, respecto a las cuestiones planteadas por el sector público, la inmensa mayoría de las mismas han sido formuladas por Administraciones Públicas territoriales, si bien ha aumentado considerablemente el peso de las consultas planteadas por Órganos no integrados en dichas Administraciones Territoriales (del 12% al 32% del total). Este incremento puede deberse a la constante difusión efectuada por esta Agencia del contenido de la normativa en materia de protección de datos en relación con estos colectivos, en particular con las Entidades que integran la denominada Administración Corporativa, en desarrollo de los protocolos de cooperación celebrados en ejercicios anteriores.

Al propio tiempo, continúa el descenso, ya reseñado en la Memoria correspondiente al ejercicio anterior, de las consultas planteadas por Ayuntamientos, que en los últimos años prácticamente se ha reducido a la mitad, lo que se corresponde con la progresiva disminución de las consultas relacionadas con el padrón municipal de habitantes, a la que ya se ha hecho referencia.

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, si bien el incremento de las planteadas por particulares se ha incrementado en más de un 500%.

Atendiendo a la distribución sectorial de las consultas, cabe destacar que persiste la reducción en términos porcentuales de las consultas planteadas por las entidades dedicadas a actividades de asesoría y consultoría (a pesar de su incremento en términos absolutos). 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 estas entidades de 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 Española 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 de telecomunicaciones (que aumentan un 342% en los dos últimos años), 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 38 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 empresariales y profesionales (con un aumento del 600%), siendo relevante el hecho de que dichas consultas son generalmente objeto de difusión por las propias asociaciones, con el consiguiente efecto de resultar conocidas por la totalidad del sector al que las mismas pertenezcan. Asimismo es significativo el incremento de las consultas efectuadas por el sector asegurador.

También ha existido una continuidad respecto al pasado año en cuanto a la distribución geográfica de las consultas planteadas.

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, Andalucía y la Comunidad Valenciana.

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.

### INFORMES DE MAYOR INTERÉS EMITIDOS DURANTE EL AÑO 2003

Dentro de los informes elaborados durante el año 2003 que presentan mayor relevancia ha de hacerse referencia, esencialmente a aquéllos relacionados, de uno u otro modo, con el ámbito de aplicación de la LOPD o las normas que resultan aplicables a los ficheros de que son responsables determinadas entidades cuya naturaleza pública o privada plantea mayores dudas, así como los que planteaban la licitud de determinadas transmisiones de datos de carácter personal.

No obstante, cabe hacer referencia a otras cuestiones de especial interés, relacionadas con el tratamiento de datos especialmente protegidos por asociaciones o partidos políticos, el plazo para la satisfacción por el responsable del tratamiento del ejercicio de los derechos efectuado por el afectado o el cumplimiento de los requisitos exigibles para la licitud de una determinada transferencia internacional de datos.

Por último, también resultan relevantes algunas cuestiones relacionadas con determinados tratamientos de datos de carácter personal, como los que se desprenden de la obligada llevanza por los centros sanitarios de las historias clínicas o los relacionados con los ficheros de solvencia patrimonial y crédito.

A continuación se hará una somera referencia a los informes más significativos, que podrán ser consultados en su integridad en la página web de la Agencia Española de Protección de Datos.

#### ■ CUESTIONES GENERALES SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY Y SUS CONCEPTOS BÁSICOS

En relación con estas cuestiones, se ha planteado si las direcciones IP han de ser consideradas como datos de carácter personal, teniendo en cuenta el concepto delimitado por el artículo 3 a) de la LOPD (informe 327/03). Teniendo en cuenta los distintos supuestos que pueden concurrir en este caso, se concluyó que, aunque no siempre sea posible para todos los agentes de Internet identificar a un usuario a partir de datos tratados en la Red, debe partirse de la idea de que la posibilidad de identificar a un usuario de Internet existe en muchos casos y, por lo tanto, las direcciones IP tanto fijas como dinámicas, con independencia del tipo de acceso, deberían ser consideradas datos de carácter personal resultando de aplicación la normativa sobre protección de datos.

También dentro de estas cuestiones generales merece ser mencionado el informe 368/03, en que se respondía a una consulta en que se planteaba si resultaba conforme a lo dispuesto en la LOPD aunar en una sola inscripción la totalidad de los ficheros de idénticas características de que pueda ser responsable una determinada entidad y que se encontraban inscritos de forma separada, dadas las distintas ubicaciones de los mismos en cada uno de sus centros, no dotado ninguno de ellos de personalidad jurídica propia e independiente de la propia entidad. Al ser idéntica la estructura de los ficheros y los datos tratados y ser una única entidad la responsable del tratamiento, se consideró que existía un único fichero con tantas ubicaciones como centros en que se trataran los datos.

Por otra parte, resultan relevantes dos informes relacionados con la naturaleza de los ficheros de determinadas entidades, a efectos de señalar si se encontraban sometidos al régimen de los ficheros de titularidad pública o de titularidad privada.

Así, en el informe 156/03 se analizaba la naturaleza de los ficheros de las comunidades de regantes, indicándose, tras proceder al análisis de lo dispuesto en el texto Refundido de la Ley de Aguas y de lo indicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en particular en la Sentencia de la Sala Primera de 26 de octubre de 2000), que las comunidades son corporaciones de derecho público que, junto con la realización de actividades de derecho privado, desarrollan determinadas actividades en el ámbito de relaciones jurídico públicas, en cuyo caso sus actos se encontrarán sometidos al derecho administrativo, teniendo la condición de auténticos actos administrativos, dictados en el ejercicio de potestades administrativas. Por este motivo, y teniendo en cuenta el parecer de la Agencia en cuanto a la naturaleza pública o privada de los ficheros de otras corporaciones de derecho público, tales como los colegios profesionales o las cámaras de comercio, industria y navegación, ha de concluirse que los ficheros de las corporaciones de regantes serán considerados de naturaleza pública o privada dependiendo de la naturaleza pública o privada de las finalidades que justifiquen la realización del correspondiente tratamiento.

En el informe 66/03 se analizó la naturaleza de los Ficheros de las fundaciones del sector público estatal, concluyéndose que dado lo dispuesto en el artículo 46.1 a) de la Ley 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones, según el cual dichas fundaciones "no podrán ejercer potestades públicas", y gozando asimismo dichas entidades de personalidad jurídica propia y distinta de la Administración territorial que hubiera promovido su constitución, los ficheros o tratamientos realizados por las mismas deberán en todo caso ser considerados como de titularidad privada.

Por último, han sido varios los informes (por todos, el 433/03), referidos a la naturaleza de las actividades de mediación de seguros según la LOPD, a fin de delimitar si los mediadores deben ser considerados responsables o encargados del tratamiento y la naturaleza de la relación que vincularía a los mismos con las entidades aseguradoras desde el punto de vista de lo dispuesto por la LOPD.

A tal efecto, debe diferenciarse, con la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación del Seguro Privado, entre agentes de seguros y corredores de seguros. En cuanto a los primeros, su actividad aparece directamente vinculada a la entidad aseguradora para la cual prestan sus servicios de Agencia, no pudiendo prestar los mismos para otras compañías y, en

todo caso, nunca en relación con el mismo ramo del seguro, por lo que cabe concluir que la actividad de los Agentes puede considerarse incardinada en la propia de un encargado del tratamiento, debiendo someterse, en lo que a protección de datos se refiere, a lo exigido por el artículo 12 de la LOPD.

En lo que se refiere a los corredores de seguros, no mantienen vínculos de exclusividad con ninguna entidad aseguradora, ofreciendo asesoramiento profesional imparcial a quienes demandan la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestos, por lo que cabe considerarlos responsables del tratamiento de los datos de las personas que acuden a los mismos para lograr su mediación, siendo la transmisión de los datos de sus clientes a la entidad con la que finalmente el cliente concierte la celebración de un contrato de seguro una cesión o comunicación de datos, necesaria para la definitiva firma del contrato de seguro y, por tanto, amparada en lo dispuesto en el artículo 11.2 c) de la LOPD.

#### ■ CESIONES DE DATOS

Dentro de este capítulo, que como se ha indicado anteriormente y puede constatarse de la lectura de anteriores Memorias de esta Agencia, es el que genera un mayor número de informes, debe hacerse referencia, en primer lugar a un supuesto reiteradamente planteado durante el año 2003 (por todos, informe 161/03), y referido al tratamiento de datos de carácter personal efectuado, en su caso, por la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo, con ocasión de la gestión de las ayudas concedidas dentro de la convocatoria de ayudas para planes de formación continua.

En particular, las consultas se referían a la "documentación de certificación y justificación de costes" exigida a las entidades beneficiarias, entre la que habrían de incluirse los datos identificativos de los trabajadores participantes en cada acción formativa concreta, así como la identificación de la empresa en que prestan sus servicios y datos referentes a su domicilio particular y teléfono (sin especificar en este caso si el mismo es el particular o el profesional). Dichos datos deberían ser comunicados por la beneficiaria de la ayuda a la mencionada Fundación Tripartita, a efectos de acreditar el cumplimiento de la actividad subvencionada.

En relación con las cuestiones planteadas se indicó que la comunicación de datos planteada resultaba, en principio, conforme a lo dispuesto en la LOPD, habida cuenta que, si bien el beneficiario de la ayuda sería la propia empresa y no los trabajadores que asistieran a las acciones formativas

objeto de la subvención, no puede ignorarse que serán los trabajadores los que resulten finalmente beneficiados por la realización de la correspondiente acción formativa, toda vez que la misma redundará en un incremento de sus conocimientos profesionales y en la mejora de su situación curricular, por lo que la comunicación podía encontrar amparo en el artículo 11.2 c) de la LOPD, siendo posible efectuar la comunicación a la mencionada Fundación, dado que la misma era entidad colaboradora del otorgante de las subvenciones (el INEM), en los términos previstos en la Ley general Presupuestaria, actuando como encargada del tratamiento.

No obstante, se indicó que, en cuanto a los datos solicitados, debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad en el tratamiento de datos personales, recogido en el artículo 4.1 de la LOPD, considerándose los datos referidos al domicilio y teléfono particular del trabajador excesivos en relación con la finalidad pretendida, por lo que no debería procederse a su tratamiento.

También han de tenerse en cuenta dos consultas relacionadas con la comunicación de determinados datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, referidas, respectivamente, a la obligación de los establecimientos hoteleros de cumplimentar los datos de sus clientes a fin de proceder a su notificación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (informe 152/03), y a la obligación de los Montes de Piedad de facilitar los datos referentes a quienes hubieran obtenido de los Montes de Piedad préstamos con garantía sobre objetos preciosos de oro, plata o platino (informe 226/03).

En ambos casos, se consideró que la cesión se encontraba habilitada por lo dispuesto en el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, que establece que "Las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades relevantes para la seguridad ciudadana, como las de hospedaje, el comercio o reparación de objetos usados, el alquiler o el desguace de vehículos de motor, o la compraventa de joyas y metales preciosos, deberán llevar a cabo las actuaciones de registro documental e información previstas en la normativa vigente", desarrollándose dicha disposición por la Orden INT/1922/2003, de 3 de julio, en el caso de los establecimientos hoteleros y por el Real Decreto 197/1988, de 22 de febrero, modificado posteriormente por el Real Decreto 968/1988, en el caso de los Montes de Piedad.

En otro supuesto (informe 48/03) se planteó a la Agencia por un colegio profesional si resultaba conforme a la LOPD el acceso por el mismo a los datos obrantes en ficheros de la Administración del Estado, en los que se especifican las personas que ejercen la profesión colegiada, a fin de poder controlar adecuadamente, en el ejercicio de sus funciones, el cumpli-

miento del requisito de colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión, previsto en el artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales y en sus propios estatutos. En este supuesto, se consideró que la cesión de datos que implicaba la consulta de los ficheros de la Administración se encontraría amparada en las funciones legalmente atribuidas a los Colegios Profesionales por la Ley, entre las que se encuentra el deber de velar por el cumplimiento de los principios deontológicos a los que se somete la profesión colegiada y el de vigilar y prevenir el intrusismo profesional. Si bien en todo caso habrá de tenerse en cuenta que los datos no podrán ser empleados para otra finalidad, dado lo establecido por el artículo 4.2 de la propia Ley.

Asimismo, se ha planteado si resulta conforme a la LOPD el acceso por los accionistas a los datos contenidos en el libro registro de acciones nominativas de una sociedad anónima (informe 463/03), siendo respondida afirmativamente la consulta, al encontrar la cesión cobertura en el artículo 55.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que indica que "cualquier accionista que lo solicite podrá examinar el libro registro de acciones nominativas".

En otro supuesto (informe 171/03), se planteó por un Ayuntamiento si resultaba conforme a lo dispuesto en la LOPD la comunicación a los Órganos de la Corporación Municipal competentes en materia de Urbanismo de los datos comprendidos en las bases de datos catastrales y el Padrón del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, en cumplimiento de la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma a la que pertenecía dicha Corporación, que prevé expresamente la necesidad de que por parte de los órganos urbanísticos de la Corporación Municipal se tenga conocimiento del dato referido a la titularidad catastral de las fincas, así como el domicilio del titular, a fin de poder dar cumplimiento a las obligaciones de notificación legalmente establecidas.

A la vista de dicha normativa, se consideró lícita la cesión, pero en cuanto se limitase a los datos mencionados y a la finalidad de notificación que expresa la Ley autonómica, no siendo, por otra parte, posible la comunicación de datos contenidos en padrones fiscales, dada la limitación impuesta por el artículo 113 de la Ley General Tributaria, entonces vigente<sup>1</sup>.

Por último, se planteó (informe 389/03) si las entidades franquiciadas están obligadas a cumplir lo establecido en la LOPD o si a tal efecto resulta suficiente con que las obligaciones hayan sido cumplidas por las enti-

dades franquiciadoras. Dado que la Ley 7/1996, de 15 enero, de Ordenación del Comercio Minorista establece la distinta personalidad jurídica de las partes intervinientes en el contrato de franquicia, así como el hecho de la absoluta independencia de las mismas en lo que al régimen de personal y clientela se refiere, siendo así que el único elemento puesto en común es el relacionado con el sistema de comercialización de la franquiciadora, que es cedido a la entidad franquiciada, cada una de las entidades resultará obligada independiente y separadamente al cumplimiento de sus correspondientes obligaciones legales, entre las que se encontrarán las previstas en la LOPD. y, en particular, la notificación de sus tratamientos para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos. De este modo, la transmisión de datos entre estas entidades supone una cesión de datos que deberá respetar lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPD.

#### ■ OTRAS CUESTIONES GENERALES

Como ya se indicó, junto con las consultas a las que se ha hecho referencia, cabe hacer mención de tres supuestos que no guardan especial relación entre sí:

El primero de ellos (informe 361/03) analiza si resulta conforme a lo establecido en la LOPD la comunicación de los datos referidos a los afiliados del partido político que formuló la consulta a los candidatos a sus órganos de gobierno. En este punto se consideró, primeramente, que el mero hecho de referirse la consulta a datos de afiliados a un partido político implica la cesión de datos relacionados con la ideología de los afectados, exigiéndose el consentimiento expreso y por escrito de los mismos salvo que el tratamiento se realice por los órganos del propio partido, a los que no pertenecen los candidatos a los mismos en su condición de tales. Al propio tiempo, ni el boletín de adhesión al Partido ni sus Estatutos (que han de ser aceptados por sus afiliados) preveían la comunicación de datos que se planteaba. Del mismo modo, ni la Ley 21/1976, de 14 de junio, sobre el derecho de asociación política, ni la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos, ni la actualmente vigente Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio de Partidos Políticos, habilitan la comunicación de los datos a los candidatos a formar parte de los órganos de gobierno de un Partido Político.

En consecuencia, se concluyó que no procede la cesión de los datos a los afiliados que presenten su candidatura a los órganos de gobierno de un

<sup>1</sup> Actualmente, artículo 95 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

partido político, sin perjuicio de que por los órganos del mismo pueda darse difusión a la información o documentación de las distintas candidaturas, a fin de garantizar el principio de estructura y funcionamiento democráticos, consagrado por el artículo 6 de la Constitución.

El segundo de los informes mencionados (informe 534/03) planteaba si el plazo de diez días para que el responsable del tratamiento satisfaga la solicitud del interesado que ejercite sus derechos de rectificación o cancelación ha de ser computado en días hábiles o naturales. A tal efecto, se consideró que la respuesta a la cuestión planteada diferiría según se hiciera referencia al ejercicio de los derechos en relación con ficheros de titularidad pública o privada.

Tratándose de ficheros de titularidad pública habría de estarse al cómputo de los plazos previsto en el artículo 47 de la Ley 30/1992, debiendo entenderse el plazo referido a días hábiles, al tratarse de "asuntos tramitados" por la Administración responsable del tratamiento. Por el contrario, en caso de dirigirse el derecho frente a ficheros de titularidad privada, no siendo posible aplicar el precepto antes citado, deberá acudir supletoriamente a las disposiciones del Código Civil, por exigencia del artículo 4.3 del mismo, señalando el artículo 5.2 del propio Código que el cómputo del plazo no excluye los días inhábiles, por lo que deberá efectuarse en días naturales.

La tercera de las cuestiones (informe 101/03) planteaba si era necesario el consentimiento de los afectados como requisito previo a la realización de una transferencia internacional que implicaba la cesión de datos entre empresas del mismo grupo, teniendo en cuenta que se había elaborado el correspondiente contrato previsto en la Decisión de la Comisión Europea de 15 de junio de 2001.

En este punto, tras recordar lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Directiva 95/46/CE y en la Instrucción 1/2000, de la Agencia Española de Protección de Datos, según las cuales la transferencia internacional de datos no impedirá la aplicación de las disposiciones de la LOPD, se indicó que la cesión de datos que implicaba la transferencia deberá ser conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, exigiéndose el consentimiento del afectado o la concurrencia de uno de los supuestos previstos en el artículo 11.2.

#### ■ CUESTIONES RELACIONADAS CON FICHEROS CONCRETOS

#### **FICHEROS REGULADOS POR EL ARTÍCULO 29.2 DE LA LOPD**

Resultan de especial interés dos cuestiones planteadas por una entidad responsable de un fichero referido al incumplimiento de obligaciones

dinerarias, regulado por el artículo 29.2 de la LOPD (ambas contenidas en el informe 182/03).

- La primera de las cuestiones se refería a si en el fichero habrían de figurar los datos identificativos de los acreedores informantes. Se consideró que el mantenimiento en el fichero de dichos datos resulta imprescindible para la adecuada garantía del derecho del deudor a la protección de sus datos de carácter personal, tanto en lo referente al deber de información al mismo del tratamiento efectuado, como en lo atinente al adecuado ejercicio por el deudor de sus derechos de acceso, rectificación y cancelación.
- La segunda de las consultas venía referida a los "ficheros históricos", mantenidos por la entidad consultante con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la LOPD, conteniendo datos que, habiendo sido cancelados, se conservan bloqueados a disposición de la Agencia u otros Órganos administrativos o judiciales, planteándose si dichos ficheros se encuentran sometidos al deber de notificación al Registro General de Protección de Datos y si debería darse en relación con los mismos a los afectados el derecho de acceso a los datos.

A tal efecto, se señaló que el mantenimiento del denominado fichero histórico no implica la creación de un nuevo fichero distinto del propio fichero de morosidad, sino la existencia en el mismo de determinados datos que permanecen bloqueados, dando cumplimiento al deber de bloqueo impuesto por el artículo 16.3 de la LOPD, si bien, al no existir un nuevo fichero, no será precisa su notificación al Registro General de Protección de Datos para que se proceda a su inscripción en el mencionado Registro, toda vez que los datos "históricos" se encontrarían incluidos en el fichero ya notificado, aunque bloqueo impide cualquier tratamiento de aquéllos.

Del mismo modo, dado que el bloqueo de los datos es una modalidad de cancelación de los mismos, prevista expresamente por la LOPD, de atenderse una solicitud de ejercicio del derecho de cancelación, no podría responderse sino indicando que tal cancelación ya se ha producido y, al propio tiempo, no sería posible proceder al borrado material del dato sin con ello contravenir las propias normas de protección de datos, que exigen su mantenimiento bloqueado a disposición de las autoridades mencionadas en el artículo 16.3, por lo que no sería preciso proceder a la cancelación en relación con esos datos.

## CUESTIONES RELACIONADAS CON LA CONSERVACIÓN DE LAS HISTORIAS CLÍNICAS

Se han planteado distintas cuestiones relacionadas esencialmente con el deber de conservación de los datos contenidos en las historias clínicas.

- Así, en primer lugar (informe 189/03), se ha planteado qué solución ha de darse al supuesto en que el interesado que acuda al Centro sanitario solicitase la cancelación de los datos contenidos en la historia, teniendo en cuenta lo establecido en la LOPD y en la legislación estatal y autonómica reguladora de las mismas.

En este punto, es preciso tener en consideración que el artículo 16.2 de la LOPD no prevé una cancelación automática de los datos por la mera solicitud del afectado en todos los supuestos, sino que se limita a prever dicha cancelación en caso de que el tratamiento de los datos "no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley", por lo que, en determinados supuestos, la Ley legitima o incluso impone el tratamiento, no siendo posible acceder a la cancelación, tal y como sucede en el caso de las historias clínicas, en que tanto la Ley 41/2002 como la Legislación autonómica, en su caso, imponen la obligación de conservar los datos contenidos en las historias clínicas por el plazo que resulte pertinente.

Según dispone el artículo 48.2 de la LOPD 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 2003 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 o después 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, se han dictado algunas Sentencias por el Tribunal Supremo, que resuelven recur-

- También se ha planteado en diversas consultas qué medidas han de adoptarse en caso de que un facultativo que ejerza la medicina a título privado vaya a cesar en su actividad médica, indicándose (informe 381/03) que de lo establecido en la Ley 41/2002 se desprende la existencia de un deber de custodia de la historia clínica por parte del facultativo del que sea paciente el afectado, por lo que existe, en principio, una obligación del consultante a la conservación de la historia. En particular, el artículo 17.1 de dicha Ley impone al facultativo la obligación de conservación de la historia durante los plazos que el mismo prevé, siendo dicha obligación aplicable a quienes ejercen la medicina de modo privado. Por ello, el facultativo está obligado a conservar la información médica de los pacientes durante, al menos, ese período mínimo, siendo contraria a la Ley la destrucción de los archivos con anterioridad al cumplimiento de ese período.

No obstante, sería posible la comunicación de los datos a otros facultativos de la misma especialidad, siempre y cuando los mismos fueran a realizar una actividad de diagnóstico o tratamiento del paciente o el propio paciente solicitara la transmisión de su historia a su nuevo médico.

## ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

de casación o casación para la unificación de la doctrina o 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 Agencia correspondiente a 2003, se tiene conocimiento de un total de 86 Sentencias dictadas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, conociendo recursos interpuestos en primera o única instancia, y 5 Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, resolviendo recursos de casación o casación para unificación de doctrina.

De las 86 sentencias dictadas en primera o única instancia 52 lo fueron por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; 27 por la Sala del mismo Orden del Tribunal Superior de Justicia de Madrid,

y 7 por la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Como puede comprobarse, ello supone un incremento de la proporción de sentencias dictadas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, restando ya pocos procedimientos ante las mismas, dada la competencia atribuida por la Ley Jurisdiccional de 1998 a la Sala de la Audiencia Nacional.

De entre todas las Sentencias, resultan especialmente relevantes para el funcionamiento de la Agencia Española de Protección de Datos las dictadas por la Audiencia Nacional. Llamada a configurarse como el único competente en la materia, sin perjuicio, claro está, del ámbito superior que es propio del Tribunal Supremo.

En cuanto al fallo de los pronunciamientos judiciales, debe indicarse que de las 86 sentencias dictadas en primera o única instancia, 60 fueron desestimatorias de los recursos formulados contra resoluciones de la Agencia, que quedaron plenamente confirmadas, 6 estimaron parcialmente los recursos, mientras que 17 de ellas estimaron íntegramente las pretensiones anulatorias de las resoluciones de la Agencia. En tres casos se inadmitió el recurso.

Si bien a la vista de estas cifras cabría apreciar una disminución de los supuestos en que la sentencia desestimó el recurso (de un 80% a un 70%). No obstante, resulta especialmente relevante tener en cuenta que la mayor parte de las sentencias que estimaron los recursos proceden de las salas de los Tribunales Superiores de Justicia y no de la Audiencia Nacional, órgano al que corresponde en la actualidad como ya se ha indicado, resolver en exclusiva los recursos interpuestos contra las resoluciones de la Agencia.

Así, atendiendo exclusivamente a las 52 sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, debe indicarse que de las mismas 41 (un 78%) desestimaron el recurso, 2 lo inadmitieron, 4 lo estimaron parcialmente y únicamente cuatro (un 8%) estimaron el recurso interpuesto, debiendo además indicarse que dos de las mencionadas sentencias estimatorias lo fueron contra resoluciones de la Agencia por las que se archivaban las actuaciones, no revocándose mediante la misma ninguna sanción impuesta. En resumidas cuentas, la Audiencia Nacional estimó durante el año 2003 únicamente dos recursos interpuestos contra resoluciones sancionadoras de la Agencia Española de Protección de Datos. En consecuencia, los criterios de la Agencia son considerados en la inmensa mayoría de los casos como ajustados a derecho por parte de quienes, en el presente momento, tienen la misión de enjuiciarlos.

Por su parte, el Tribunal Supremo declaró en cuatro sentencias no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra sentencias que desestima-

ban el recurso interpuesto contra resoluciones de la Agencia, dictando asimismo un Auto de inadmisión del recurso también interpuesto contra sentencia desestimatoria.

Atendiendo al sector o ámbito de actividad al que pertenece el recurrente, puede comprobarse cómo se mantienen los ya recogidos en anteriores memorias, con un amplio predominio del sector bancario y del de solvencia patrimonial y crédito, si bien el volumen referido al primero de ellos disminuye en este ejercicio en un 12,5%. No obstante, el peso de ambos sectores sólo desciende de un 55% a un 51% en el año 2003.

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. No obstante, el peso de las sentencias relacionadas con los ficheros de solvencia patrimonial y crédito se incrementa en gran medida, representando las mismas un 46% de los asuntos ventilados por los Órganos jurisdiccionales (frente al 34% del ejercicio anterior).

Por el contrario, se produce una fuerte disminución de las sentencias referidas a supuestos de tratamiento o cesión de datos sin consentimiento de los afectados al margen del sector de la solvencia patrimonial y crédito.

Como ya se ha indicado, al igual que en los últimos años, 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 2003, 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 44% del total.

### SENTENCIAS DE MAYOR RELEVANCIA DICTADAS EN PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

- CAPTACIÓN DE IMÁGENES EN EL LUGAR DE TRABAJO Y SU DIFUSIÓN POR INTERNET

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2003 vino a resolver el recurso planteado contra resolución de la Agencia de 27 de diciembre de 2000, por la que se sancionaba a una determinada entidad por en tratar y difundir a través de Internet imágenes de los afectados sin su consentimiento.

En el recurso la entidad recurrente solicita que se anule la sanción, cuestionando que las imágenes captadas por la webcam situada en la redac-

ción de un diario sean datos de carácter personal, y que la transmisión de las mismas a través de Internet, mediante la sucesión de fotos fijas que no se conservan en ningún archivo, sea un tratamiento de datos. Además, aduce que las imágenes no identifican nítidamente a los empleados y que hubo un consentimiento implícito de los mismos para su captación y divulgación. La Sala rechaza estos argumentos ya que considera que las imágenes grabadas de los interesados son datos personales en virtud del artículo 3 a) LOPD y que la recogida y grabación de las mismas así como su emisión a través de Internet, es un tratamiento de datos, aunque no queden registradas en archivo alguno, según lo dispuesto en el artículo 3 c) LOPD. Por otra parte, se ha probado que las imágenes grabadas sí identifican a las personas que allí aparecen y que la captación y difusión de las mismas se hizo sin el consentimiento inequívoco de todos los afectados.

#### ■ INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y TRATAMIENTO DE DATOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS SIN CONSENTIMIENTO

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2003 desestima el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia de 21 de febrero de 2001 por infracción de los artículos 5, 6, 11 y 9 de la LOPD.

Ante la vulneración del artículo 5 de la LOPD, el recurrente alega que encargó la recogida de datos personales a otra entidad por lo que la responsabilidad recae sobre ésta. Según la Sala este argumento se rebate porque la actora no puede eludir su responsabilidad respecto de la creación de un fichero del que ella es beneficiaria y decide sobre su finalidad, contenido y uso, que no cumplía las garantías establecidas en el citado artículo 5 al no adoptar previsiones al respecto, ni tampoco impuso ninguna obligación a la entidad prestadora de un servicio, quedando también probado que en posteriores fases de tratamiento de datos, tampoco se cumple con la obligación de informar de modo expreso e inequívoco a los interesados a los que se solicitan datos personales.

Asimismo se declara que se trataron datos personales considerados especialmente sensibles por la LOPD (ideología, afiliación sindical, religión y creencias) sin el consentimiento expreso y por escrito de los afectados, como la Ley requiere. También se trataron datos sobre la vida sexual de los interesados, así como sobre su salud, pasando por alto tanto la necesidad de su consentimiento para tratarlos como la obligación de advertir al interesado de su derecho a no prestarlo.

Queda también acreditada la infracción del artículo 11 de la LOPD al producirse una entrega de datos personales a dos personas físicas con las

que la recurrente no tenía relación jurídica alguna, porque con ellos no había firmado contrato, y en ese caso se precisaba el consentimiento de los afectados.

#### ■ TRATAMIENTO DE DATOS RELATIVOS A INFRACCIONES PENALES O ADMINISTRATIVAS SIN CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO Y POSTERIOR DIFUSIÓN A TRAVÉS DE INTERNET

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de Madrid de 28 de febrero de 2003 desestima el recurso interpuesto contra la resolución de 4 de Septiembre de 2000 por infracción de los artículos 6.1, 7.5 y del artículo 11 de la LOPD. La conducta infractora consistió en tratar y ceder datos de carácter personal, relacionados con la comisión de infracciones penales y administrativas (incluso relacionadas con procedimientos archivados o sobreesidos) sin el consentimiento de los afectados, creando y divulgando a través de Internet un listado de los mismos, cuyo tratamiento está expresamente prohibido en la LOPD.

La actora aduce que no tiene un fichero porque los datos publicados han sido obtenidos de fuentes accesibles al público, correspondientes al informe bianual de la Asociación recurrente y que éstos no son datos de carácter personal, ya que no forman parte de la intimidad del individuo, quedando supeditados a los derechos de libertad de expresión e información.

La Sala entiende que la actora es responsable de un fichero, conforme al artículo 3 de la LOPD, ya que recopila un conjunto de datos organizado en soporte papel que posteriormente automatiza para su conservación y comunicación a terceros y que se trata de datos de carácter personal, ya que en el listado aparece una información que permite su conexión con la persona concreta. Además, se ha acreditado que no todos los datos y la información divulgada se obtuvieron de fuentes accesibles al público y que se infringen los artículos 7.5 y 11 de la LOPD porque trata datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales siendo la actora una entidad distinta de la Administración Pública competente y que posteriormente son cedidos a terceros, no pudiendo ampararse dicho tratamiento en la libertad de expresión e información.

#### ■ NOTIFICACIÓN A LOS AFECTADOS DE SU INCLUSIÓN EN FICHEROS DE MOROSIDAD

Merecen especial mención las sentencias de la Audiencia Nacional de 24 de enero y 9 de mayo de 2003 que vienen a estimar dos recursos frente a resoluciones de la Agencia acordando el archivo de actuaciones y que guardan gran semejanza, ya que en ambas, la resolución de la AEPD consideraba probada la notificación al afectado de

su inclusión en el fichero, alegándose de contrario la inexistencia de la misma.

Respecto a la notificación de la inclusión de los datos en el fichero la Sala entiende que queda probado el hecho de que constan en el registro del fichero los datos de referencia sobre todas las notificaciones remitidas. Sin embargo añade en su Fundamento de Derecho cuarto lo siguiente:

*"...el valor probatorio de este documento debe ser necesariamente relativizado toda vez que se trata de una certificación emitida precisamente por la empresa cuya conducta se cuestiona. Por lo demás, este documento se refiere al envío de las notificaciones pero en modo alguno afirma (y menos aún acredita) la recepción de tales notificaciones por sus destinatarios.*

*Ningún precepto legal ni reglamentario exige, ciertamente, que la comunicación dirigida a los interesados sobre la inclusión de sus datos personales en el fichero deba cursarse por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio que deje constancia documental de la recepción. Sin embargo, existiendo preceptos legales que imponen como obligatoria esta comunicación (artículos 5.4 y 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999) y que tipifican como infracción grave el incumplimiento de este deber de información (artículo 44.3.1 de la propia Ley Orgánica) debe concluirse que cuando el destinatario niega la recepción recae sobre el responsable del fichero la carga de acreditar la comunicación. De otro modo, si para considerar cumplida la obligación bastase con la afirmación de tal cumplimiento por parte del obligado, resultaría en la práctica ilusoria y privada de toda efectividad aquella obligación legal de informar a los interesados."*

#### ■ CONTROL DE ACCESO A EDIFICIOS. APLICACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN 1/1996, DE LA AEPD

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de febrero de 2003 confirma las resoluciones de la Agencia de 22 de septiembre y de 18 de noviembre de 1999 en que se imponen a la recurrente dos sanciones, por conservación de los datos por un período superior al permitido por el artículo 4.5 de la LORTAD, entonces urgente, en relación con el artículo 15 de la misma Ley y la Norma Quinta de la Instrucción 1/1996, y la segunda, por una infracción del artículo 24 de la LORTAD, al no inscribir el fichero en el RGPD.

La Sala rechaza el argumento de la recurrente, que considera vulnerado el principio de legalidad, puesto que cumplida la finalidad del fichero

automatizado de controlar el acceso al edificio (recogida en la Instrucción 1/96), el dato deviene innecesario, según el artículo 4.5 de la LORTAD, y debe ser automáticamente cancelado. La Instrucción 1/96 establece el plazo máximo de un mes para dicha cancelación, desarrollando lo establecido en la LORTAD, por lo que la conservación de los datos por un período excesivo vulnera directamente la misma.

#### ■ RESPONSABILIDAD EN LA OBTENCIÓN DEL CONSENTIMIENTO PARA LA CESIÓN DE DATOS

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de febrero 2003 (cuya doctrina ratifica la doctrina ya sustentada en la Sentencia de 15 de septiembre de 2001) viene a confirmar la resolución de la Agencia de 7 de Junio de 2001, en la que se sancionaba por vulneración del artículo 6 a una entidad que, al concluir una relación de prestación de servicios con una encargada del tratamiento recibió y trató no sólo los datos relacionados con esa previa relación, sino otros datos que figuraban en los ficheros de la entidad contratada, obtenidos posiblemente de sus clientes directos o de los clientes de otras empresas a las que prestaba servicios similares.

La demandante aducía que era a la empresa subcontratada a la que correspondía, según la Ley, la obtención del consentimiento del afectado para la cesión, no siéndole imputable el hecho de que dicho consentimiento no se hubiera recabado. La Sala rechaza este argumento, indicando que, si bien es cierto que la obligación de recabar el consentimiento previo del titular de los datos en caso de cesión de éstos a un tercero recae sobre el cedente, ello no excluye que también el cesionario puede vulnerar el principio de consentimiento si lleva a cabo el tratamiento y utilización de los datos personales cedidos sin que se haya obtenido el previo consentimiento.

#### ■ IMPUTABILIDAD EN CASO DE CESIÓN DE DATOS

La sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2003 desestima el recurso formulado contra resolución de la Agencia de 6 de septiembre de 2000, relacionado con la cesión por una Comunidad Autónoma a una entidad privada de determinados datos fuera de los casos legalmente permitidos.

La actora alega que el listado ha sido elaborado por algún funcionario al servicio de una Dirección General de la Comunidad Autónoma denunciada sin su autorización, por lo que se ha infringido el principio de personalidad de la pena, no concurriendo la necesaria culpabilidad. La Sala

desestima el recurso, al entender que no se ha acreditado que el envío de los datos se debiera a una decisión personal de algún funcionario y sí ha existido culpa en la actuación de la recurrente, ya que como titular del fichero debió adoptar las medidas de seguridad necesarias para garantizar la privacidad de los datos de carácter personal.

#### ■ DERECHO DEL ABONADO A LA EXCLUSIÓN DE SUS DATOS EN LOS REPERTORIOS TELEFÓNICOS

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2003 confirma la resolución sancionadora de la Agencia de 19 de Julio de 2001, por infracción del artículo 6.1 de la LOPD, debida al hecho de no haber atendido el derecho del afectado de su exclusión de los repertorios telefónicos, vulnerándose así lo dispuesto en los artículos 28.4 de la LOPD y 67.2 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.

La actora alega que su actuación se ampara en el artículo 6.2 de la LOPD puesto que no necesita el consentimiento de la afectada para tratar sus datos al estar vinculadas ambas por una relación negocial. La Sala desestima este argumento, dado que *"la exhibición en los repertorios de abonados de telefonía de Internet de los datos personales de la denunciante se realizó con conculcación de los principios y garantías establecidos en la normativa de protección de datos al llevarse a cabo contraviniendo su voluntad expresamente manifestada de que sus datos personales fueran cancelados"*.

#### ■ FICHEROS DE PUBLICIDAD Y PROSPECCIÓN COMERCIAL. RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 2003, confirma la resolución de la Agencia de 13 de junio de 2001 en la que se resolvía imponer a dos empresas relacionadas con el sector de la publicidad y prospección comercial, una sanción por la infracción del derecho de acceso regulado en el artículo 15 de la LOPD y, de otra parte, una sanción por la infracción del Art. 5.4 de la LOPD al no informar al interesado del origen de los datos.

La Sala pone de manifiesto que las dos recurrentes son responsables del fichero porque deciden sobre el uso y la finalidad en el tratamiento, en atención a lo dispuesto en el artículo 3.d) de la LOPD y el artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE. En consecuencia, la Sala estima que existe "corresponsabilidad" respecto del fichero. Así, se considera que, mientras una recurrente lesionó el derecho de acceso del denunciante, la otra vulneró

la obligación de información previa relativa a cual era el origen de los datos comunicados, situaciones que son fáctica y jurídicamente diferentes. En atención a todo lo expuesto, se desestiman los recursos.

#### ■ APLICACIÓN DEL TIPO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 43.3 d) DE LA LOPD

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de octubre de 2003 desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Agencia de 12 de septiembre de 2001, por la comisión de una infracción del artículo 4.3 de la LORTAD, vigente al cometerse los hechos, tipificada como grave en el artículo 43.3.d) de la misma Ley.

La recurrente no cuestiona los hechos y alega la falta de tipicidad de la conducta sancionada por estimar que el artículo 43.3 d) citado emplea una fórmula genérica, que luego se desarrolla por otros literales del artículo que sí definen conculcaciones concretas de los principios de la ley. Frente a esta alegación, la Sala considera que la delimitación de la infracción a base de remisiones a otros apartados de la propia ley no impide que algunos principios y garantías en la norma cuenten con una protección específica o redoblada, que consiste en sancionar su vulneración con tipos de infracción específica. La Sala adicionalmente se pronuncia sobre la inconstitucionalidad del precepto aunque no había sido propuesto por el recurrente, y afirma que el precepto no es tan genérico o impreciso como para considerar que no cumple la exigencia constitucional de predeterminación suficiente del ilícito.

#### ■ REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE UN ENCARGADO DEL TRATAMIENTO

La Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en sentencia de 19 de noviembre de 2003 desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del Director de la Agencia de 8 de agosto de 2001 por la infracción del artículo 6 de la LOPD, impuesta a una entidad bancaria que emite justificantes de haberes de personal facilitados por una Administración Autonómica.

La entidad sostenía que era encargada del tratamiento, por lo que no es de aplicación la exigencia del consentimiento previsto en el artículo 6 de la LOPD, y que aunque no constase por escrito la relación contractual requerida por el artículo 12 de la LOPD, existe una práctica reiterada de colaboración entre la Administración Autonómica y el banco recurrente que acredita su condición. Frente a ello, la Sala entiende que deben concurrir una serie de exigencias necesarias, establecidas como garantías en el artículo 12 de la LOPD. En el caso de autos la práctica, reiterada mensualmente, de la impresión de nóminas podría acreditar una relación con-

tractual, pero no de la naturaleza y características que establece el artículo 12. Por tanto, la prueba de la celebración y contenido del contrato sólo puede hacerse valer si este consta por escrito u otro medio que permita acreditar su contenido. Al no cumplirse los requisitos del artículo 12 no se adquiere la condición de encargado del fichero, por lo que el banco es simplemente una entidad que trata los datos que le remiten, debiendo ser este tratamiento conforme al artículo 6 de la LOPD.

### SENTENCIAS DE MAYOR RELEVANCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A lo largo del año 2003, la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha venido básicamente a ratificar los criterios sustentados en anteriores Sentencias de la propia Sala. De este modo no cabe hacer referencia a ningún criterio novedoso emanado del Tribunal Supremo, toda vez que las cuestiones que ha analizado ya lo habían sido reiteradamente en anteriores fallos.

En particular, cabe hacer referencia a la STS de 23 de abril de 2003, que reitera el criterio referido a la ilegalidad de la obtención de datos del censo electoral y su tratamiento con fines de publicidad y prospección, considerando que no resulta aplicable al caso lo establecido en la Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista.

Asimismo, la STS de 5 de junio de 2003 desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de septiembre de 2001, en que las pretensiones de la parte recurrente se limitan a pedir la disminución de la sanción impuesta por la Agencia, en aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, toda vez que de las tres Sentencias de contraste que presenta la parte recurrente, dos de ellas no cumplen con los requisitos para la interposición del Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina y en la tercera no se dan las circunstancias de igualdad exigida por la Ley.