

La actividad del Gabinete Jurídico se ha centrado en 2004 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 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 587 informes, resolviendo cuestiones de especial complejidad planteadas por responsables de ficheros, de los cuales 253 fueron planteadas por distintos Órganos de las Administraciones Públicas y 334 correspondieron a consultas privadas formuladas por responsables de ficheros.

Asimismo fueron informadas 61 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 Orgánico de la Agencia Española de Protección de Datos, 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

que concluyó en el mes de abril. Además, se ha colaborado con la autoridad de protección de datos de la República Checa en la preparación de una propuesta de hermanamiento, en el marco del programa CARDS, de la Unión Europea, con la autoridad de protección de datos de Bosnia-Herzegovina. La propuesta fue presentada en Sarajevo en el mes de diciembre de 2004, habiéndose conocido en febrero de 2005 la adjudicación de la realización del proyecto a las autoridades de España y la República Checa, de forma conjunta.

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 generales 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 2004 se han sometido al parecer de la Agencia Española de Protección de Datos, para su informe preceptivo, un total de 61 disposiciones, lo que supone un incremento de prácticamente un 30 por 100 respecto al año 2003, debiendo destacarse por su especial relevancia las siguientes:

- Anteproyecto de Ley de creación de la Agencia Valenciana de Protección de Datos.
- Anteproyecto de Ley de Protección de Datos de Castilla-La Mancha.
- Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.
- Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.
- Proyecto de modificación del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.
- Protocolo por el que se modifica el Convenio Europol.
- Protocolo por el que se modifica el Convenio de cooperación en materia aduanera y creación del Sistema de Información Aduanera.
- Proyecto de Decreto por el que se regulan los ficheros de datos de carácter personal susceptibles de tratamiento automatizado de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo a las condiciones para la

prestación de servicios o la explotación de redes de comunicaciones electrónicas y las obligaciones de servicio público y otros derechos y obligaciones de carácter público.

- 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.
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.
- Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Disposición final primera de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.
- Anteproyecto de Real Decreto y de nuevo Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social.
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el régimen del Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas y su correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento de exención de determinadas categorías de acuerdos de constitución de registros de morosos.
- Proyecto de Real Decreto sobre el Registro de Resoluciones Concursales.
- Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden PRE/361/2002, en lo relativo a los derechos de los usuarios y a los servicios de tarificación adicional.
- Proyecto de Modificación de la Circular 3/1995 del Banco de España, de 25 de septiembre, sobre la Central de Información de Riesgos.

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 esencialmente a la necesidad de adaptar la actividad de los distintos Departamentos a las exigencias previstas en la Ley Orgánica 15/1999, procediéndose a la creación de determinados ficheros o tratamientos de datos anteriormente inexistentes, para un correcto desempeño de sus competencias.

Al propio tiempo, ha proseguido la adaptación de las 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).

Así, durante el período analizado, han sido sometidas a informe disposiciones de creación o modificación de ficheros de los Ministerios de Justicia, Asuntos Exteriores y Cooperación, Economía y Hacienda, Fomento, Educación y Ciencia, Cultura, Agricultura y Sanidad y Consumo, así como, en particular, de diversos Colegios Profesionales y Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

INFORMES SOBRE CONSULTAS PLANTEADAS POR RESPONSABLES DE FICHEROS

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

Durante el año 2004 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 587 informes, lo que supone un incremento del 8% respecto de los rendidos durante el año 2003, siendo el incremento acumulado sobre el año 2002 de un 41%. Por otra parte, debe destacarse cómo en los últimos años 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 40 formuladas en 2004 (pese a existir un pequeño repunte en este último año como consecuencia de la aprobación de la Ley Orgánica 14/2003, de modificación de la Legislación de extranjería, en que se prevén nuevos accesos al Padrón por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). 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 los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, que durante el año 2004 se incrementaron en un 350% respecto del año 2003. Asimismo, se produjo un importante incremento en las consultas relacionadas con la realización de distintas actividades de recogida y tratamiento de datos a través de Internet (un 75%), distintas consultas relacionadas con la naturaleza privada de ciertos tratamientos (un 50%), la

aplicación de los principios de calidad de datos (un 33%), el tratamiento de datos especialmente protegidos, en especial de los relacionados con la salud (un 32%, triplicando prácticamente el número de consultas planteadas en 2002) o la delimitación del ámbito de aplicación material y territorial de la Ley Orgánica 15/1999 (un 25%).

Por el contrario, se ha estabilizado el número de consultas relacionadas con la aplicación del Reglamento de Medidas de Seguridad y las transferencias internacionales de datos, que habían sufrido un profundo incremento durante los dos ejercicios anteriores. En todo caso, las consultas relacionadas con el Reglamento de Medidas de Seguridad, siguen apareciendo en su mayoría referidas a las medidas de nivel alto, suscitándose una gran diversidad de cuestiones, generalmente de carácter interpretativo.

Del volumen de informes evacuados a instancia de responsables de ficheros durante el año 2004, 334 (un 57%) han correspondido al sector privado, mientras que 253 (un 43%) han sido 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), manteniéndose exactamente la misma proporción que existía en el ejercicio anterior y siendo idéntico el incremento producido en uno y otro sector. Así, de una situación de práctica paridad, como sucedía en los años 2001 ó 2002, se ha pasado a un reparto en que las consultas del sector privado representan un tercio más que las planteadas por el sector público.

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. 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.

Especialmente relevante es el número de informes elaborados a solicitud de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que alcanzan un número de 35 durante el año 2004, dentro del marco de estrecha colaboración existente entre la Agencia y la mencionada Entidad reguladora.

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 han reducido a la mitad, lo que se corresponde con la progresiva disminución de las consultas relacionadas con el padrón municipal de habitantes, a las 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.

Atendiendo a la distribución sectorial de las consultas, cabe destacar que persiste la reducción en términos porcentuales sobre el total de consultas planteadas de las provenientes de entidades dedicadas a actividades de asesoría y consultoría (a pesar de sumar exactamente la misma cantidad que en el ejercicio anterior), de modo que, por primera vez, este sector ya no es siquiera el que plantea un número superior de consultas, habiendo sido superado por el de los prestadores de servicios informáticos. Esta reducción, como en ejercicios anteriores, 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 sus clientes, 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, y como ya se anticipó, debe destacarse el notable incremento de las consultas planteadas por las entidades prestadoras de servicios informáticos y de nuevas tecnologías, que han pasado a ocupar el primer lugar, incrementándose en casi un 90% respecto al año 2003. Asimismo, y teniendo en cuenta lo ya señalado con anterioridad al referirnos a las cuestiones objeto de consulta, durante el año 2004 se han incrementado en casi un 150% las consultas formuladas por el sector financiero (bancario y asegurador) y en un 133% las provenientes del sector de ficheros de solvencia patrimonial y crédito. También es notable el incremento de un 40% de las consultas planteadas por las empresas de transporte, manteniéndose el incremento de las formuladas por asociaciones de consumidores y usuarios.

Además, se ha mantenido el número de consultas formuladas por las asociaciones empresariales y profesionales, que en el año 2003 se habían incrementado en un 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.

Por otra parte, 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 son completamente mayoritarias, aunque reduciendo su peso específico a un 41% del total, seguidas a mucha distancia por Cataluña, la Comunidad Valenciana y Galicia, que ha incrementado su peso en relación con el total.

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, si bien en este ejercicio se ha invertido la tendencia existente en ejercicios anteriores, siendo más relevante el número de consultas relacionadas con las cesiones entre entidades privadas, lo que se corresponde con el incremento de las consultas formuladas desde el sector privado.

INFORMES DE MAYOR INTERÉS EMITIDOS DURANTE EL AÑO 2004

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

Dentro de este apartado debe hacerse referencia a diversos informes emitidos en relación con el ámbito de aplicación territorial de la LOPD y la delimitación de las competencias de la Agencia en relación con los ficheros previstos en el artículo 2.3 de la misma; la delimitación de la naturaleza pública o privada de determinados ficheros; la concreción del responsable del fichero en el caso de centros de enseñanza públicos; la aplicación de la regla de exención del deber de información en caso de que la cesión o el tratamiento se encuentren expresamente previstos en las leyes y la aplicación del Reglamento de Medidas de Seguridad.

En relación con las cuestiones referidas al ámbito territorial de aplicación de la Ley, resulta relevante el informe 427/04, en el que se analiza detenidamente esta cuestión. En concreto, el informe se refería a la aplicación de la Ley a un supuesto en que, con el objeto de celebrar una gala concierto de sensibilización por parte de una Organización Internacional, dependiente de las Naciones Unidas, se procederá a recoger datos de las personas que contribuyan en el mismo en soporte electrónico "adecuado para la gestión y mantenimiento de los datos", a través de dos empresas españolas, "para ser después remitidos a la sede de la Organización en Roma".

Teniendo en cuenta el artículo 2.1 de la LOPD, e interpretando el mismo coordinadamente con el artículo 4 de la Directiva 95/46/CE, especialmente cuando indica que la misma será aplicable cuando "el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el Derecho nacional aplicable", se concluyó que si las entidades españolas sólo pueden considerarse encargadas del tratamiento, siendo la Organización responsable del mismo y estando dicha Organización sometida a la legislación italiana, será aplicable ésta legislación, sin perjuicio de la obligación de las empresas españolas de aplicar las medidas de seguridad previstas en la legislación española.

También en relación con el ámbito de aplicación de la Ley, el informe 2/04 analiza las competencias de la Agencia en relación con los ficheros a los que se refiere el artículo 2.3 de la LOPD, en concreto en este caso el Registro Civil, señalándose que lo dispuesto en el artículo 2.3 d) de la Ley Orgánica 15/1999 implicará que los principios de protección de datos deberán aplicarse en el caso del Registro Civil de acuerdo con lo establecido en su normativa específica y, en lo expresamente señalado, por la Ley Orgánica 15/1999, si bien en lo que se refiere a las competencias de la Agencia o a aquellas obligaciones que la LOPD imponga con carácter general a la totalidad de los ficheros o tratamientos, deberá considerarse plenamente aplicable lo establecido en la Ley Orgánica.

Por otra parte, en cuanto a la delimitación de la naturaleza pública o privada de ficheros concretos, se ha planteado la referida a los ficheros de las federaciones deportivas (informe 131/04). Analizada la naturaleza de tales entidades a la vista de lo dispuesto en la Ley 10/1990, del Deporte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1985 y las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998 y 15 de julio de 2003, se concluyó que dichos ficheros tenían una naturaleza jurídico privada, añadiéndose que el ejercicio por las federaciones "por delegación" de determinadas competencias en su condición de "agente colaborador" de las Administraciones competentes no permite considerar a las mismas ni como entes públicos ni como corporaciones de derecho público.

En cuanto a la determinación del responsable del fichero se planteó por un centro de enseñanza (informe 143/04) si el mismo debía proceder a la notificación de sus ficheros a fin de lograr su inscripción en el Registro General de Protección de Datos o si tal obligación corresponde a la Consejería de la cual depende. Analizada la normativa estatal y autonómica aplicable, se concluyó que los Centros Públicos de Enseñanza Secundaria no son sino órganos directamente dependientes de la Consejería autonómica y carentes de personalidad propia y diferenciada de la misma, sin perjuicio de las peculiaridades que les son propias en lo referente al respeto de los principios de autonomía pedagógica, organizativa y de gestión económica que la Ley establece, por lo que, integrados orgánicamente en la Administración autonómica, será ésta la obligada al cumplimiento de las obligaciones que respecto de los ficheros de titularidad pública impone la Ley Orgánica 15/1999, debiendo la misma adoptar la correspondiente disposición de carácter general y proceder a la notificación de los tratamientos al Registro General de Protección de Datos, en la que se hará constar que el Centro es el lugar de ubicación del fichero.

Resulta especialmente importante el informe 60/04, relacionado con el deber de información al afectado y la aplicación del artículo 5.5 de la LOPD, en el que se planteó si procedía informar a los interesados cuyos datos contenidos en el padrón municipal eran consultados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. El informe, aún referido al supuesto planteado, daba una respuesta general al problema, en el sentido de señalar que el artículo 5.5 tiene su origen en lo establecido en el artículo 11.2 de la Directiva 95/46/CE, según el cual "Las disposiciones del apartado 1 (referido al deber de información en caso de recogida de los datos de fuentes distintas al propio afectado) no se aplicarán, en particular para el tratamiento con fines estadísticos o de investigación histórica o científica, cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados o el registro o la comunicación a un tercero estén expresamente prescritos por ley. En tales casos, los Estados miembros establecerán las garantías apropiadas". De este modo, una interpretación coherente del artículo 5.5 de la Ley Orgánica 15/1999, a la vista de lo establecido en la Directiva 95/46/CE de que trae causa, implica que el deber de información al afectado quedará exceptuado en los supuestos en que el tratamiento o cesión de datos venga expresamente regulado en una norma con rango de Ley, como sucede en el supuesto analizado.

Por último, en materia de medidas de seguridad, y sin perjuicio de lo que posteriormente se indicará en relación con los datos especialmente protegidos, el informe 160/04 analiza las medidas que habrán de implantarse en relación con los ficheros que

contengan datos de localización de terminales móviles. En dicho informe, sin perjuicio de señalarse que el tratamiento habrá de cumplir lo dispuesto en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y en la Directiva 2002/58/CE, se señalaba que en este supuesto el tratamiento permitiría conocer la localización del afectado en cada momento concreto, lo que supondrá un conocimiento suficiente del comportamiento del usuario de la terminal sometida a localización, en caso de que dicho usuario fuera suficientemente identificable. Por ello, deberían implantarse las medidas a las que se refiere el artículo 4.4 del Reglamento de Medidas de Seguridad.

■ CUESTIONES RELACIONADAS CON LA ACTIVIDAD DEL ENCARGADO DEL TRATAMIENTO

Aún no siendo cuantitativamente numerosos, resulta necesario hacer referencia separada a distintas cuestiones planteadas en relación con el encargado del tratamiento, especialmente en cuanto a la posibilidad de conservación de los datos y a la posibilidad de subcontratación de sus servicios.

No obstante, debe hacerse referencia previa al supuesto planteado (informe 416/04) de si concurre la condición de encargado del tratamiento en caso de la prestación de servicios de "housing", consistiendo dicho servicio en que una empresa pone a disposición de la responsable del tratamiento un lugar de ubicación de sus servidores, alimentación eléctrica, aire acondicionado, comunicaciones y seguridad física de acceso, dándose respuesta a la cuestión de forma positiva, dado que en ese caso la entidad desarrollaba otras actividades, tales como la conectividad a Internet de los sistemas, encontrándose asimismo los datos en sus locales.

En cuanto a las cuestiones más relevantes, en el informe 283/04 se analiza si resulta aplicable al encargado del tratamiento lo dispuesto en el artículo 16.3 de la LOPD, pudiendo procederse por el encargado al bloqueo de los datos al término de la relación contractual que le une con el responsable. En dicho informe se concluyó que si bien no es posible la aplicación al encargado del tratamiento de lo dispuesto en dicho precepto, cabría la posibilidad de que en el propio instrumento contractual en que se fundase la relación existente entre el responsable y el encargado del tratamiento se hiciese constar expresamente que las partes no considerarán cumplida la prestación, a los efectos previstos en el artículo 12.3 de la Ley Orgánica 15/1999 sino hasta el momento en que el responsable del tratamiento manifieste expresamente su conformidad con la actividad desarrollada por el encargado del tratamiento, para lo que se concederá un plazo máximo, de suerte que sólo en ese momento el encargado deberá proceder, conforme a lo dispuesto en dicho artículo, a la devolución o destrucción de los datos.

Por último, en cuanto a la posibilidad de subcontratación de los servicios del encargado del tratamiento, el informe 513/04, siguiendo la doctrina de la Agencia en las Recomendaciones relativas a los censos de población y viviendas, señala que tal opción será posible siempre y cuando se cumplan los requisitos que en las mismas se prevé; a saber: a) Que los servicios a subcontratar se hayan previsto expresamente en la oferta o en el contrato celebrado entre el responsable del fichero y el encargado del tratamiento; b) Que el contenido concreto del servicio subcontratado y la empresa

subcontratista conste en la oferta o en el contrato; y c) Que el tratamiento de datos de carácter personal por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero. No obstante, el informe 582/04 aclara que esta posibilidad no cabrá en caso de que la entidad que se pretendiera subcontratar se encontrase ubicada fuera de España, en un país que no ofreciera un nivel adecuado de protección, dado que la transferencia internacional de datos únicamente podría ser autorizada por el Director de la Agencia si el exportador tiene la condición de responsable del tratamiento.

■ CUESTIONES RELACIONADAS CON CESIONES DE DATOS

Como ya se ha indicado, un gran número de consultas versa sobre la licitud de las cesiones de datos. A continuación se hará referencia a las consultas más relevantes en este ámbito, con especial referencia a los sectores de las telecomunicaciones, los seguros y la enseñanza.

En relación con las cesiones, resulta interesante el informe 325/04, referido a la posibilidad de tratamiento y comunicación de datos entre las empresas de un grupo editorial con fines de publicidad y promoción, aportándose a tal efecto un modelo de cláusula de consentimiento que será prestado, en su caso, por el afectado. La cláusula y la consiguiente cesión fue informada favorablemente por la Agencia, teniendo en cuenta que la consulta señalaba que las entidades cesionarias de los datos harán constar, en cada envío que realicen quién ha sido la entidad cedente de los mismos, ante la que podrán ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, así como revocar el consentimiento previamente prestado al efecto. En todo caso se indicó que sería necesario establecer un procedimiento interno dentro del Grupo que garantice que, ejercido cualquiera de los derechos previstos en la Ley Orgánica o revocado por el interesado su consentimiento al tratamiento de los datos con fines comerciales, la entidad ante la que se ejerciten los derechos de rectificación y cancelación o se revoque el consentimiento previamente prestado lo pueda comunicar de modo inmediato a las restantes empresas del Grupo que pudieran estar tratando los datos del afectado para que se proceda por todas ellas de forma inmediata a la cancelación de los datos.

En relación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el informe 211/04, emitido a instancia del Instituto Nacional de Estadística, analiza las reformas operadas por la Ley Orgánica 14/2003 y su incidencia en materia de protección de datos, así como la interpretación adecuada que ha de darse a lo establecido en dicha Ley Orgánica a la luz de las previsiones de la LOPD.

En el marco de las telecomunicaciones resultan relevantes tres informes emitidos por la Agencia. En el primero de ellos se ha planteado si ante un supuesto de abuso o práctica ilícita por un usuario de comunicaciones electrónicas, que resulte contrario a lo dispuesto en la Ley General de Telecomunicaciones o en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y planteada una reclamación por parte de cualquier otro usuario de Internet en las direcciones habilitadas al efecto, será conforme a la LOPD que el proveedor de servicios de Internet que haya

contratado el usuario incumplidor pueda tener conocimiento de determinados datos que permitan identificar al usuario, tales como su número de teléfono. En el informe 223/04 se indicó, a la vista de lo dispuesto en las citadas leyes, que la contratación del usuario con el proveedor de servicios de Internet de la prestación del servicio de acceso a Internet implica la obligación de aquél de respetar las condiciones para la utilización del servicio que prevea el propio contrato, así como las que se desprenden de lo establecido en la Ley 32/2003, la Ley 34/2002 y el resto de normas aplicables a la utilización de dicho servicio. De este modo, ante una situación de incumplimiento, sería lícito recabar los datos a los que se refería la consulta, dado que los mismos se facilitarían para el control de la relación contractual mantenida entre el proveedor de servicios de Internet y el afectado al que los datos se refieren, por lo que la cesión se encontraría amparada en lo dispuesto en el artículo 11.2 c) de la LOPD.

En segundo lugar, se ha planteado si procede la cesión del dato de la dirección IP a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con la finalidad de dar trámite a una denuncia presentada ante las mismas. El informe 213/04, tras tener en cuenta la doctrina de la Agencia según la cual la dirección IP es un dato de carácter personal, considera dicha cesión amparada por el artículo 11.2 a) de la LOPD, en conexión con los artículos 259 y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como en el artículo 22.2 de la LOPD, en relación con el artículo 12.3 de la Ley 34/2002.

Por último, debe recordarse la consulta referida a si será conforme a la LOPD el acceso por el Centro Nacional de Inteligencia a los datos técnicos y datos personales que obran en los registros de las operadoras de telecomunicaciones y que éstas mantienen a efectos de facturación. El informe 337/04 considera dicho acceso conforme al artículo 11.2 a) de la LOPD, en relación con el artículo 5.5 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, siempre y cuando el acceso a los datos de facturación y tráfico se encuentre justificado en la realización de actuaciones de investigación sobre personas o entidades concretas, no planteándose una solicitud masiva de acceso a los datos, sino limitando la misma al objeto concreto de la investigación concreta que justifica el acceso y el mismo se funde en el cumplimiento de las finalidades del centro, previstas en el artículo 4 de la Ley 11/2002.

En otro orden de cosas, se ha planteado si resulta ajustado a la LOPD la difusión a través de Internet de una Relación de Puestos de Trabajo, con indicación de las personas concretas que cubren cada uno de los puestos de trabajo de la misma, teniendo en cuenta que existe una sentencia que condena a la Administración a que permita la utilización de la red Intranet para exponer la relación de puestos de trabajo. En el informe 171/04 la Agencia analiza el régimen de las relaciones de puestos de trabajo, a la luz de la Ley 30/1984, de 2 agosto y teniendo en cuenta las especialidades establecidas para las Administraciones Públicas en el artículo 21.3 de la propia LOPD, para concluir que la difusión de los datos referentes a los funcionarios que ocupan los puestos de trabajo contenidos en la relación de puestos de trabajo no encuentra su amparo en ninguna disposición con rango de Ley, por lo que, desde el punto de vista de las disposiciones de la LOPD no procede la difusión masiva de dichos datos si no se cuenta con el consentimiento de los afectados. El supuesto de hecho fue objeto de un procedimiento sancionador no concluido al término del año 2004.

Han sido también reiteradas las cuestiones referentes a las cesiones de datos que podrían derivarse de la contratación por el afectado de un seguro de asistencia sanitaria. En particular, las cuestiones de mayor relevancia se refieren a la comunicación de datos a la entidad aseguradora por parte de los centros sanitarios. En relación con esta cuestión, es preciso hacer referencia a informes referidos a años anteriores a 2004.

A estos efectos, debe establecerse una diferenciación atendiendo a la naturaleza de los centros. Así, en el informe 526/03 se señala que de lo establecido en los artículos 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, así como en la Disposición adicional vigésimo segunda del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, se desprende que cuando exista un tercero que haya de responder del coste del acto médico realizado por un centro sanitario público, procederá repercutir al mismo el coste de la actuación sanitaria, por lo que la cesión de datos, siempre con pleno cumplimiento del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 4.1 de la LOPD, se amparará en el artículo 7.3 de la misma, que posibilita la cesión de datos de salud cuando la misma se encuentre prevista en una norma con rango de Ley.

Sin embargo, la solución señalada no será aplicable en los supuestos en que el centro sanitario sea de carácter privado (informe 359/02) o la comunicación hubiera de efectuarse por un profesional de la medicina que actúa a título particular (informe 449/04). En el primero de los informes citados se analiza detenidamente la cuestión, exponiéndose la imposibilidad de aplicar al caso lo dispuesto en el artículo 12 de la LOPD, ni tampoco la excepción prevista en el artículo 11.2 c) de la misma, únicamente aplicable en caso de que no nos encontremos ante datos especialmente protegidos. Asimismo, tampoco resulta aplicable al caso lo señalado en la resolución de la Agencia de 11 de agosto de 2003 para el caso del seguro de responsabilidad civil, por ser distinto en este caso el sistema de cálculo de las provisiones técnicas de las entidades aseguradoras. Por este motivo, se concluye que el interesado deberá haber prestado su consentimiento en el momento de la firma del seguro de asistencia sanitaria, debiendo informarse a aquél en el momento en que se produzca la actuación concreta del hecho de que sus datos serán objeto de comunicación a la entidad aseguradora.

Por último, en el ámbito asegurador, el informe 127/04 toma en consideración la doctrina resultante de la Resolución de la Agencia, de 10 de marzo de 2004, recaída en procedimiento sancionador PS/00105/2003 en la que un corredor de seguros trató los datos de un asegurado cuyo seguro había sido cancelado para la contratación, sin su consentimiento, de una póliza del mismo ramo con otra compañía distinta, considerando dicha conducta contraria a la LOPD.

En el ámbito de la enseñanza, se han planteado diversas cuestiones referentes al acceso por los padres de las calificaciones obtenidas por sus hijos o la publicación de dichas calificaciones en los tablones de anuncios de los centros universitarios.

La primera de las cuestiones es abordada en el informe 466/04, en el que se indica que el conocimiento por los padres de las calificaciones de sus hijos menores de edad no es una modalidad de ejercicio del derecho de acceso, sino una comunicación a los

mismos de los datos referidos a las calificaciones, si bien dicha cesión se encontraría amparada por lo establecido en el artículo 11.2 a) de la LOPD, dado que el Código Civil impone a los padres la obligación de educar y procurar una formación integral a sus hijos en el artículo 154. Esta misma regla sería aplicable a los tutores en virtud del artículo 269 del Código Civil.

La segunda, se analiza en el informe 469/04 en que se concluye que la publicación de las calificaciones en los tabloneros de anuncios de las universidades requerirá, dado que los alumnos serán mayores de edad, el consentimiento de los mismos.

También se ha planteado si resulta conforme a la LOPD la comunicación a los socios de una cooperativa de los datos contenidos en los libros de actas y en el libro registro de socios de la misma, teniendo en cuenta la legislación autonómica aplicable al caso concreto. Dicha legislación establece expresamente que es derecho de los socios obtener información sobre cualquier aspecto de la marcha de la cooperativa en los términos establecidos legalmente y que cualquier socio tiene derecho a examinar el libro registro de socios de la cooperativa y el libro de actas de la Asamblea General. Asimismo, tendrá derecho a que se le proporcione copia certificada de aquél y de los acuerdos adoptados en ésta, en el plazo máximo de un mes desde que lo solicite del Consejo Rector. Por ello se consideró (informe 279/04) que el acceso se encuentra amparado por el artículo 11.2 a) de la LOPD, sin perjuicio de que el socio no pueda emplear los datos para otras finalidades, conforme exige el artículo 4.2 de la propia Ley.

■ CUESTIONES RELACIONADAS CON DATOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

En este apartado debe hacerse referencia a cuestiones relacionadas con el tratamiento de datos relativos con las creencias y la salud de los afectados y, en especial, con la aplicación de la Ley 41/2002, en lo referente a los datos incluidos en las historias clínicas.

En relación con los datos de religión y creencias se han presentado varias consultas en las que se planteaba si la condición de ministro de culto de una determinada confesión religiosa lleva implícito el carácter de dato sensible. En particular, en el informe 44/04 se analiza la cuestión en relación con la imposición de las medidas de seguridad a un fichero que incluye, en el campo referido a la profesión, este dato, respondiéndose de modo afirmativo, por lo que sería exigible el consentimiento expreso y escrito del afectado para el tratamiento y deberán imponerse las medidas de seguridad de nivel alto.

También en relación con los datos de religión, el informe 274/04 se refiere a la posibilidad de comunicar los datos de los integrantes de una determinada Hermandad a quienes se presentan al proceso de elección de sus órganos de gobierno. Se concluye que el dato de pertenencia a la Hermandad es un dato relacionado con la religión, lo que exigirá el consentimiento expreso y por escrito de los miembros de aquélla para su cesión a los candidatos.

En materia de datos de salud, y al margen de las cuestiones que se señalarán en relación con el tratamiento de datos en las historias clínicas, el informe 182/04 considera que los datos referentes al consumo de estupefacientes son datos relacionados con la salud de las personas. Asimismo, se consideraba dato de salud el hecho de que el afectado hubiera recibido asistencia de una entidad dedicada a la desintoxicación. Por otra parte, el informe 39/04 se refiere a la posibilidad de tratamiento de datos de salud efectuado por un centro óptico, considerándose que el mismo no tiene cabida en lo dispuesto en los artículos 7.6 y 8 de la LOPD, requiriéndose el consentimiento del afectado para ello.

Por último, en relación con las historias clínicas, el informe 409/04 se refiere al posible acceso a la misma por quien ostenta la patria potestad de un menor, de 17 años de edad, aplicando al supuesto la doctrina emanada de la Agencia en relación con el derecho de acceso por parte de los menores, para concluir que en el supuesto planteado será el propio menor el único legitimado para ejercer tal derecho.

Asimismo, el informe 488/04 resuelve el supuesto planteado frecuentemente de la comunicación de los datos de las historias clínicas en caso de cese en el ejercicio de la profesión. En particular, se planteó si los datos podían ser transmitidos a otro profesional de la medicina, indicándose que ello sólo sería posible previo consentimiento de los afectados.

Por último, el informe 36/04 analiza la procedencia de comunicar a un órgano jurisdiccional, previo su requerimiento, los datos contenidos en la historia clínica. En el supuesto analizado, en que las peticiones formuladas se referían en su mayor parte a datos concretos de la historia, se consideró plenamente aplicable lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley 41/2002, por lo que la comunicación resultaba conforme a la LOPD.

■ OTRAS CUESTIONES

Resta, por último, referirse a dos cuestiones que se han planteado de forma reiterada a lo largo del año 2004: las referentes al tratamiento de datos de facturación por las oficinas de farmacia y los tratamientos derivados de la aplicación de las normas reguladoras de la prevención de riesgos laborales.

En relación con la primera de las cuestiones, durante el año 2004 se dio respuesta a una consulta formulada por el Consejo Oficial de Colegios de Farmacéuticos (informe 126/03) en que se planteaba, por una parte, si tanto las oficinas de farmacia como los colegios han de ser considerados responsables o encargados del tratamiento de los ficheros gestionados por los mismos para el control del gasto farmacéutico, teniendo en cuenta los convenios firmados a tal efecto por los colegios con la correspondiente administración sanitaria autonómica. Además, se planteaba la naturaleza pública o privada de dichos ficheros y la licitud de las cesiones de sus datos a las Administraciones Públicas.

El informe, tras analizar las normas generales y sectoriales aplicables, concluía que las oficinas y los Colegios tienen la condición de responsables de los ficheros relacionados

con los datos de facturación de las oficinas de farmacia, encontrándose dicho tratamiento amparado, en cuanto a los Colegios y al Consejo Oficial de Colegios, en lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Colegios Profesionales. Además, los datos objeto de tratamiento habrán de ser comunicados tanto al Servicio autonómico de salud que corresponda, para el abono del gasto farmacéutico como a la Administración General del Estado para el ejercicio de las competencias de la misma en relación con la garantía del uso racional del medicamento y de la igualdad de la prestación farmacéutica en todo el territorio, consagrados por la Ley del Medicamento y la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Por último, dichos ficheros tendrán en todo caso la condición de ficheros de titularidad pública.

En cuanto a la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el informe 434/04 analiza esta cuestión, planteándose si es necesaria la concurrencia del consentimiento del interesado para la transmisión de sus datos como consecuencia de la realización de las acciones de vigilancia de la salud previstas en la Ley 31/1995. El informe diferencia los supuestos en que dichas acciones tengan carácter obligatorio o voluntario, concluyendo que una vez prestado el consentimiento del trabajador para el sometimiento a las acciones de vigilancia de la salud, en caso de que las mismas sean voluntarias, en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 22.1 de la Ley 31/1995 o en el supuesto en que el trabajador haya de someterse obligatoriamente a dichas acciones, no será preciso exigir un consentimiento adicional del mismo para el tratamiento de sus datos de salud, ya que dicho tratamiento deriva directamente de lo establecido en la propia Ley 31/1995 y en la Ley 41/2002.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Según dispone el artículo 48.2 de la LOPD las resoluciones del Director de la Agencia Española 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 de 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 2004 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, se han dictado algunas Sentencias 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 2004, se tiene conocimiento de un total de 80 Sentencias dictadas por las Salas de los

Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, conociendo recursos interpuestos en primera o única instancia, y 9 Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, resolviendo recursos de casación o casación para unificación de doctrina.

De las 80 sentencias dictadas en primera o única instancia 70 lo fueron por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; 6 por la Sala del mismo Orden del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y 4 por la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Como puede comprobarse, la proporción de Sentencias de la Audiencia Nacional es ya de un 87,5%, restando ya por resolverse un número residual de procedimientos tramitados ante las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, dada la competencia atribuida por la Ley Jurisdiccional de 1998 a la Sala de la Audiencia Nacional.

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

En cuanto al fallo de los pronunciamientos judiciales, debe indicarse que de las 80 sentencias dictadas en primera o única instancia, 58 fueron desestimatorias de los recursos formulados contra resoluciones de la Agencia, que quedaron plenamente confirmadas, 4 estimaron parcialmente los recursos, mientras que 17 de ellas estimaron íntegramente las pretensiones anulatorias de las resoluciones de la Agencia. En un caso se inadmitió el recurso.

A la vista de estas cifras cabe apreciar el mantenimiento de las proporciones de estimación y desestimación de los recursos existentes en el año 2003, con un ligero incremento del peso de las desestimaciones (que pasan de un 70% a un 73% del total). Además, atendiendo exclusivamente a las 70 sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, debe indicarse que de las mismas, 54 (un 77%) desestimaron el recurso, 4 lo estimaron parcialmente y únicamente doce (un 17%) estimaron el recurso interpuesto. En consecuencia, los criterios de la Agencia son considerados en la 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 6 sentencias no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra sentencias que desestimaban el recurso interpuesto contra resoluciones de la Agencia, dictando asimismo 3 Autos de inadmisión del recurso también interpuestos contra sentencias desestimatorias. Así, el Alto Tribunal vino a ratificar los criterios de la Agencia en todas las ocasiones en que la cuestión fue sometida a su parecer.

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. No obstante, se redujo en un 50% el volumen referido al sector de la solvencia patrimonial y crédito, incrementándose en más del doble el de recursos promovidos por entidades pertenecientes al sector de las telecomunicaciones.

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 relativa 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 disminuye en gran medida, representando las mismas un 28% de los asuntos ventilados por los Órganos jurisdiccionales (frente al 46% del ejercicio anterior y una reducción del 41% en términos absolutos), por lo que se restaura la situación existente en el año 2002. Además, las sentencias que versan sobre los requisitos para la licitud del tratamiento superan cuantitativamente a las referidas a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito. Al propio tiempo, es muy notable el incremento en casi un 60% de las sentencias referidas a la aplicación del artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999 y en un 100% de las relacionadas con el cumplimiento del deber de información, pese a que su peso específico es muy reducido (un 5%).

En todo caso, como ya se ha indicado, al igual que en los últimos años es relevante el número de sentencias que 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 la mitad del total.

SENTENCIAS DE MAYOR RELEVANCIA DICTADAS EN PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

- UTILIZACIÓN DE DATOS DE TRÁFICO Y FACTURACIÓN SIN CONSENTIMIENTO Y APLICACIÓN DE LA LOPD A PROFESIONALES.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 febrero de 2004 resolvió el recurso planteado contra resolución de la Agencia de 13 de diciembre de 2001, por la que se sancionaba a un operador de telecomunicaciones por la utilización de datos personales de tráfico para finalidades incompatibles sin consentimiento del titular de los datos y su cesión a terceras empresas. La entidad recurrente volcó los datos de sus abonados en un fichero que tenía como finalidad llevar a cabo la promoción comercial de servicios de telecomunicaciones.

La promoción comercial de estos servicios y productos se regula en el artículo 59 de la Ley 11/1998¹⁷, de Telecomunicaciones y 65 del Reglamento de desarrollo, aprobado por RD 1736/1998, que autoriza a los operadores a tratar los datos de tráfico y facturación para la promoción comercial de sus propios servicios de telecomunicaciones siempre que el abonado haya dado su consentimiento, siendo necesario que la promoción sea de sus propios servicios y el consentimiento previo del titular de los datos. En el caso examinado no se habían promocionado servicios propios ni había mediado el consentimiento.

¹⁷ Actualmente, artículos 38 de la Ley 32/2003 y 65 del Real Decreto 424/2005

La recurrente alegaba el extravío o no recepción del consentimiento, no siendo el mismo admisible, dado que se acreditó la emisión del mismo a través de burofax. Además, frente a la alegación de que la finalidad para la que se trataron los datos era compatible con la derivada de la relación del abonado con la recurrente, se indicó por la Sala que el artículo 4.2 debía interpretarse en el sentido de que "cuando los datos se usen con otra finalidad distinta se precisará el consentimiento del afectado".

En particular, respecto a la alegada actividad profesional del titular de los datos, esta no impide la aplicación de la LOPD tal como se deduce del artículo 18.4 CE, debiendo extender su protección a los datos de carácter personal (STC 292/2000) que se traduce en un derecho de control de los datos. La Sala aduce que los datos de carácter personal, del artículo 3a) se refieren no sólo a las personas físicas sino también al profesional que ejerce su actividad bajo la forma de empresa, no ostentando en consecuencia la condición de comerciante a que se refiere el Código de Comercio.

■ INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE HACER EFECTIVO EL DERECHO DE CANCELACIÓN

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 3 de abril de 2004 desestima el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia de 30 de enero de 2002 por infracción del artículo 16 de la LOPD, dado que no se había procedido a la cancelación de los datos solicitada por el interesado.

La parte actora partió de la consideración de que la "cancelación" a que se refiere el artículo 16 de la LOPD no supone la destrucción o borrado físico de los datos según el apartado 3 del mismo artículo. Además, insistía en que el requerimiento de cancelación fue debidamente atendido, pues los datos del denunciante no estaban incluidos en el fichero "clientes" sino en el de "clientes potenciales" y quedaron bloqueados mediante una clave, significando que no serían utilizables para futuras promociones publicitarias.

La Sala examina los argumentos y entiende que no se ha acreditado ni concretado la fecha en que se bloquearon los datos. Tal cancelación no se produjo con la prontitud que aduce el demandante puesto que la orden de bloqueo se produjo después de la visita de inspección y, en su día, la entidad ahora demandante no hizo mención de que estuvieran bloqueados sino que adujeron que la existencia de tales datos en el fichero "...se debía a un error por parte de la demandante en el proceso de cancelación (...) a pesar de haber ejercitado éste su derecho de cancelación". La Sala no aprecia la concurrencia de circunstancias que excluyan la culpabilidad de la recurrente, puesto que tiene como hábito el manejo de ficheros automatizados, y recuerda que se puede incurrir en responsabilidad por la infracción tanto de manera intencionada o dolosa como por descuido, negligencia o aún a título de inobservancia. Tampoco se vulnera el principio de proporcionalidad.

- ENVÍOS DE SMS SIN CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO Y MEDIANDO SU EXPRESA PROHIBICIÓN

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de Madrid de 17 de marzo de 2004 desestima el recurso interpuesto contra la resolución de 22 de enero de 2002 por infracción del artículo 6.1 de la LOPD. En este caso, la entidad recurrente realizó un tratamiento de datos personales con la remisión de un envío publicitario a un teléfono móvil. Dicha entidad no solo no contaba con la autorización del afectado, sino con su expresa prohibición, efectuada dos meses antes de la campaña, de modo que la misma contó con un periodo de dos meses, suficiente con los medios técnicos existentes en la actualidad, para cancelar los datos.

La Sala considera que si la recurrente es consciente de que en el periodo de dos meses no va a disponer de los medios técnicos para dar cumplimiento al derecho de cancelación de los afectados, es una temeridad por su parte encargar una campaña publicitaria a sabiendas de que se infringirán los derechos de sus clientes, conculcando principios y garantías referidas a la protección de datos de carácter personal. La Sala prosigue argumentando que, en contra de lo alegado por la demandante, ni activó los mecanismos necesarios para dar cumplimiento, ni adoptó la diligencia debida, no apreciándose por ello falta de culpabilidad, motivos estos que llevaron a la desestimación del recurso.

- UTILIZACIÓN DE LOS DATOS DEL PADRÓN PARA FINALIDADES INCOMPATIBLES

Debe hacerse referencia a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de abril de 2004, que estima el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia de 10 de abril de 2002 por infracción del artículo 4.2 de la LOPD. En este caso, el Alcalde de un determinado Municipio había utilizado los datos del lugar de nacimiento de los vecinos para informar a los nacidos en una determinada localidad de la visita que había realizado a la misma.

La recurrente alegó, en cuanto al fondo, la errónea apreciación de la naturaleza, funciones y régimen legal del Padrón Municipal al servicio de las competencias municipales, la existencia de dos supuestos análogos en los que la Agencia archivó la actuaciones y que el TSJ de Madrid falló anulando una resolución de la Agencia en un caso de utilización de datos del censo por un grupo municipal.

La Sala considera que de los artículos 15 y 16 Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local se desprende que el Padrón es un elemento de comunicación entre los órganos de las Administraciones Públicas y de los ciudadanos y su uso vendrá determinado en el cumplimiento de las competencias que el ordenamiento le atribuye. Según la sentencia, el envío de cartas a vecinos, empadronados en un municipio y nacidos en otro, se corresponde a una actividad pública de hermanamiento, competencia de los Entes Locales ("prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social" art. 25.2.k LRBRL).

Así, concluye que los datos, por tanto, no fueron utilizados para una finalidad incompatible con aquellas para las que fueron recabados, sino precisamente para el ejercicio de unas competencias municipales.

■ APLICACIÓN DE LA LOPD A FICHEROS Y TRATAMIENTOS NO AUTOMATIZADOS

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2004, que desestima el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia de 25 de marzo de 2002 por infracción del artículo 10 de la LOPD, resulta sumamente relevante, al especificar el ámbito de aplicación de la LOPD en relación con los tratamientos no automatizados de datos.

La recurrente alega que no es de aplicación la LOPD en cuanto a los ficheros y tratamientos no automatizados, en virtud de la Disposición Adicional Primera de la Ley 15/1999, tratándose en el caso de autos de un documento generado manualmente con datos facilitados por el denunciante. Debe indicarse que el documento fue generado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la LOPD.

Según se indica en la Sentencia, la LOPD resulta aplicable tanto los ficheros automatizados como los no automatizados, añadiendo que en ningún caso la parte actora podrá acogerse a ese plazo de adecuación, puesto que la Disposición Adicional Primera de la LOPD se está refiriendo a ficheros creados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley (14 de enero de 2000), y en este caso, los datos personales del denunciante fueron recogidos en el mes de mayo de 2000. En consecuencia, la Ley es de aplicación a cualquier tratamiento no automatizado producido tras la fecha de su entrada en vigor.

Además, aún cuando tenga el carácter de un "*obiter dictum*", la sentencia señala que en cuanto al plazo de doce años de la Disposición Adicional Primera de la LOPD, "no puede sostenerse válidamente que se establezcan términos tan prolongados en el cumplimiento de deberes por los que puedan resultar gravemente afectados derechos fundamentales de las personas. Es por ello que dicha previsión en lo concerniente a derechos fundamentales y las libertades públicas de las personas, ha de aplicarse inmediatamente, según la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 81/1992, de 28 de mayo)". De manera que el cumplimiento ha de exigirse en dicho sentido, expresado en la doctrina del Tribunal Constitucional.

■ EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de junio de 2004 desestima el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia de 24 de abril de 2002 por infracción del artículo 15 de la LOPD.

En cumplimiento del procedimiento de tutela de derechos 01301/2001, la entidad recurrente comunicó a uno de sus clientes los datos personales que obraban en sus ficheros, indicando que no constaba su cesión a terceros. No obstante, el cliente

recibe un requerimiento de pago de una deuda realizado por una tercera empresa en nombre del banco. Ante estos hechos, la entidad alega que la relación con dicha empresa se ajusta al art. 12 LOPD, y que el cliente ejerció de forma incompleta su derecho de acceso, al no solicitar información al banco de los contratos que éste mantenía con terceras empresas.

La Sala aclara que dicho cliente no ejerció su derecho de forma genérica, pues concreta expresamente en la solicitud de acceso las inclusiones en ficheros de morosidad, y que por tanto el banco debió poner en su conocimiento la cesión de datos a una empresa de gestión de cobros impagados. Aclara que la aplicación del art. 12 LOPD, si bien es relevante desde el punto de vista de la no consideración de comunicación de datos a un tercero cuando estos son necesarios para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento, no lo es desde el punto de vista del deber de informar: el afectado no puede ser privado de conocer aquellos datos que puedan tener alguna incidencia en sus derechos, y máxime si solicita acceso a los mismos al responsable del fichero.

■ OBLIGACIÓN DE ACREDITAR EL CONSENTIMIENTO DE LOS INTERESADOS PARA EL TRATAMIENTO Y CESIÓN DE SUS DATOS

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2004, por la que se desestima el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia de 28 de febrero de 2002 por infracción del artículo 11 y 6.1 de la LOPD, incide en la doctrina ya sentada en las sentencias de 24 de enero y 9 de mayo de 2003, ya comentadas en la Memoria correspondiente a dicho año, en relación con la necesidad de acreditar la recepción por el afectado de las notificaciones que al mismo dirige el responsable del fichero.

Según la sentencia, a pesar de que ha quedado probado que la recurrente envía a sus clientes una carta personalizada en la que solicita su consentimiento para la cesión de sus datos a otras empresas del grupo, se señala que *"...si bien consideramos que no puede exigirse para la obtención del consentimiento de los afectados, a la hora de tratar o ceder sus datos personales, que tal consentimiento se otorgue mediante correo certificado, al no estipularlo así ningún precepto de la normativa de aplicación, entendemos también que la persona física o jurídica que pretende obtener tal consentimiento sí deberá arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que efectivamente tal consentimiento ha sido prestado, es decir, que la cesión de los datos personales ha sido consentida de modo claro y terminante"*.

Se entiende además, que correspondía a la empresa cesionaria verificar si la empresa cedente obtuvo el consentimiento inequívoco de los interesados en los siguientes términos, *".. tal posibilidad de que el cesionario lesione el principio del consentimiento cuando trata y utiliza datos cedidos sin que se haya obtenido el previo consentimiento ya ha sido estudiado y resuelto por esta Sala y Sección, en sentida afirmativo, en la sentencia de 15 de septiembre de 2001 dictada en el recurso 1120/1999 en la que, entre otros razonamientos exponíamos que, si bien no puede serle exigido, conforme*

a parámetros de razonable diligencia en el mercado de tráfico de datos, que verifique en forma diligente que dicho consentimiento ha sido obtenido. En caso contrario, cuando dolosamente conozca que dicho consentimiento no ha sido obtenido; o no realice una actividad razonable y diligente tendente a verificar la existencia de dicho consentimiento incurriendo en negligencia o culpa, se produce una lesión del principio del consentimiento, pues el cesionario usa de datos, en los que por dolo o culpa no le consta la existencia del previo consentimiento, y por lo tanto trata datos en contra de lo manifestado por la persona titular de los datos, con lesión de su privacidad".

■ TRATAMIENTO DE DATOS POR CUENTA DE TERCEROS Y SUBCONTRATACIÓN

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2004 estima parcialmente el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia de 26 de septiembre de 2001 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 12 de julio del mismo año por infracción de los artículos 12.2 y 4, 6, 11, 9 y 33 de la LOPD.

Los hechos pueden ser resumidos del siguiente modo:

- La empresa "A" firma un "convenio de confidencialidad y custodia de documentación y ficheros" con la empresa "B" para la realización de una campaña de marketing. A su vez, la empresa "B" subcontrata la gestión de la base de datos de su cliente (la empresa "A"), con la empresa "C", también a través de la firma de un "contrato de confidencialidad de custodia de documentos y ficheros".
- Por otro lado, la empresa "B" subcontrata con la empresa "D" la gestión y mantenimiento de una página web para la recogida de datos de los participantes en la campaña de marketing.
- No existe contrato entre la empresa "B" y la empresa "D" para la realización de esta actividad, pero sí existen facturas.
- Por encargo de la empresa "B", la empresa "D" remite semanalmente a la empresa "C" los datos de los participantes en el concurso, y esta los incorpora en la base de datos de la empresa "A" porque realiza por encargo de la empresa "B" tareas de custodia, mantenimiento y gestión de la base de datos de la empresa "A". No existe una relación contractual entre la empresa "C" y "A". Para transmitir los datos a la empresa "C", la empresa "D" crea un fichero que envía sin encriptar y sin adoptar las medidas técnicas precisas para evitar que tales datos puedan ser recogidos por otras personas, a la empresa "C".
- A su vez, la empresa "D" para realizar la gestión y mantenimiento de la página web, transfiere los datos a un servidor ubicado en Estados Unidos propiedad de la empresa "E".
- La empresa "A" es concedora de los tratamientos que las empresas "C" y "D" realizan por encargo de la empresa "B".

La parte actora, constituida por todas las entidades sancionadas, sostiene como eje central de su defensa que la intervención de las empresas "B", "C", y "D", con el consentimiento de la empresa "A", era indispensable en el desarrollo de la campaña publicitaria y además contó con el consentimiento y autorización de la empresa "A".

Sin embargo, la Sala entiende que ello no debe en ningún caso implicar que todas las empresas puedan actuar asumiendo las funciones u operaciones que libremente tengan por conveniente, sino que en todo caso, dada la peculiar naturaleza de los servicios prestados, su actuación debería quedar sujeta a lo dispuesto en la LOPD.

Así en el contrato celebrado entre las empresas "A" y "B" no se concede facultad alguna al encargado del tratamiento (la empresa "B"), para que los comunique o ceda. Sin embargo, a pesar de no contar con autorización la empresa "B" comunica los datos a las empresas "C" y "D".

El artículo 12 de la LOPD impone que siempre exista una relación jurídica de naturaleza contractual entre el responsable y el tercero a quien encarga el tratamiento, y además exige una constancia formal de dicha relación.

Ha quedado acreditado que la empresa "B", tiene acceso a los datos personales contenidos en el fichero propiedad de la empresa "C" y transmite el fichero a la empresa "D", sin suscribir con ésta un Convenio, contraviniendo lo dispuesto en el art. 12 LOPD. Además, la empresa "C" no se limita al mantenimiento y custodia de la base de datos de la empresa "A", sino que incorpora a ésta los datos personales que la empresa "D" le remite a través de la web, sin que exista relación contractual entre las empresas "C" y "A", y sin que conste que la empresa "C" cuente con el consentimiento de los afectados.

La infracción del artículo 9 de la LOPD se fundamenta en que al transferir la empresa "D" a la empresa "C" el fichero con los datos de carácter personal sin adoptar la medidas de índole técnica para evitar que tales datos puedan ser recogidos por otras personas conectadas a Internet.

En cuanto a la transferencia internacional de datos (art. 33 LOPD), la Sala entiende que dichos datos aparecen almacenados en una empresa ubicada en el extranjero, sin consentimiento de las personas afectadas y a un país donde no se proporciona una protección de datos equiparable y sin autorización del Director de la AEPD, incurriéndose en la infracción muy grave del art. 44.4.e) LOPD.

Por último al analizar la responsabilidad solidaria de la empresa "A", la Sala entiende que para la exigencia de este tipo de responsabilidad en el ámbito de la normativa de protección de datos, será la propia LOPD la que deba establecer las obligaciones a cumplir por varias personas, y en su caso, regular en qué supuestos una determinada persona física o jurídica se coloca en el deber de prevenir la infracción administrativa que supuestamente cometa una u otras personas y no determinarse esta de manera genérica sin tener la concreción suficiente en cuanto a su tipificación con el alcance y significado que precisa una imputación de esta naturaleza. Por todo lo anterior, se Estima en parte el recurso en lo referente a la responsabilidad solidaria de la empresa "A", desestimando el recurso en todo lo demás.

- APLICACIÓN DEL REAL DECRETO 994/1999, DE 11 DE JUNIO A LOS FICHEROS Y TRATAMIENTOS REALIZADOS POR LOS MÉDICOS

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2004 desestima la petición de 20 de mayo de 2002, acordando que los ficheros y tratamientos informatizados realizados por los médicos en relación con la salud de sus pacientes están sometidos a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y al Reglamento de Medidas de Seguridad.

La Sala argumenta lo siguiente: *"...la Agencia de Protección de Datos podría decirse que se ha extralimitado en sus funciones al llevar a cabo dicha interpretación, al quedar fuera dicha materia de las funciones que le son propias. A ello hay que añadir que la pretensión de la parte recurrente acerca de la interpretación que hay que dar sobre el real Decreto 994/1999, de 11 de junio, realizada ante la Agencia de Protección de Datos, acabaría en la respuesta que diese dicha Agencia, pero no tendría derecho a que esta Sala revisara dicha contestación y diese una interpretación de una norma reglamentaria de manera genérica. Por tanto, el presente recurso sería inadmisibile, no obstante, debido a que la propia Administración señaló que la resolución de la Agencia de Protección de Datos era impugnabile ante esta jurisdicción, no procede dicha declaración de inadmisibilidad. Pero como hemos relatado anteriormente, lo que sí procede es la desestimación del recurso, pues la petición instada por la parte actora concluiría con la respuesta dada por la Agencia de Protección de Datos."*

- INSERCIÓN DE DATOS EN UN FICHERO DE MOROSOS

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2004 estima el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia de 13 de agosto de 2002 que desestima el recurso de reposición planteado frente a la de 26 de junio de 2002, por infracción del artículo 4.3 de la LOPD.

Se trata de un caso de inserción de los datos de un cliente en un fichero de morosos. Dicho cliente había suscrito un préstamo con la entidad recurrente para la financiación de un curso de enseñanza en cierto centro de estudios. Dicho curso no fue nunca impartido, por lo que el cliente se negó a abonar los vencimientos derivados del préstamo. La resolución impugnada considera que la recurrente ha infringido el principio de calidad de datos, porque dio de alta en un fichero de morosos los datos del denunciante respecto de una deuda que no era cierta, vencida y exigible, al existir dudas sobre la existencia de tal deuda. La Agencia considera que estamos ante un caso de contratos vinculados, al amparo de la ley 7/1995, de Crédito al Consumo, y por tanto que, al ser ineficaz el contrato, la deuda existente tampoco puede ser eficaz. La Instrucción 1/1995 de la propia Agencia establece que la inclusión de datos en ficheros de solvencia patrimonial debe venir precedida de la existencia de una deuda cierta, vencida y exigible, motivo por el cual, la inscripción vulneraría el principio de calidad de datos.

La Sala reconoce la pretensión de la recurrente, que cuestiona la competencia de la Agencia Española de Protección de Datos, para decidir si dos contratos son o

no vinculados. Explica que dicha decisión no puede ser resuelta en pocas líneas, sino que por su complejidad jurídica se requiere, para su resolución, de un pronunciamiento judicial acerca del tema. Al no haber prueba de dicha vinculación se debe concluir que la deuda contraída con la recurrente es cierta, vencida y exigible, y por tanto susceptible de ser incluida en un fichero de solvencia patrimonial.

Teniendo en cuenta que el cliente abonó la deuda en un procedimiento monitorio anterior al proceso que estamos tratando, lo que implica el reconocimiento de la misma, la Sala estima la demanda y revoca la sanción.

■ CESIÓN DE DATOS RELATIVOS A LA SALUD EN EL ÁMBITO ASEGURADOR

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de Madrid de 22 de septiembre de 2004 desestima el recurso interpuesto contra la resolución de 29 de abril de 2002 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 6 de marzo de 2002, por infracción del artículo 11 de la LOPD, en relación con el artículo 7.3 de la misma.

La Agencia sancionó a la recurrente por remitir a una compañía de seguros los informes médicos relativos a las lesiones sufridas por dos personas en un accidente de tráfico, con motivo de un procedimiento judicial. La resolución impugnada diferencia dos intervenciones médicas de la recurrente, por un lado, una evaluación médica previa (que se remite a la aseguradora), y por otro, un informe posterior para el Juzgado (que también es enviado a la aseguradora). Aunque dichos datos habían sido ya remitidos en una evaluación médica previa, en el marco del art. 11.2 LOPD (la cesión sin consentimiento aparece prevista en la Disposición Adicional Octava, apartado 3, párrafo 1º, punto 11 de la Ley 30/1995, de Ordenación de Seguros Privados, y artículos 38, 100 y concordantes de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro), la Agencia consideró que con el informe remitido al Juzgado se producía una segunda cesión, motivo éste de impugnación por la recurrente, afirmando que se da una única actuación profesional continuada en el marco de un mismo siniestro, y que por tanto ambas remisiones de informes médicos se encuentran protegidas por las dos leyes anteriormente citadas.

La Sala argumenta lo siguiente "*... tomando en consideración la misma declaración de hechos probados de la resolución administrativa impugnada, así como la documental obrante en el expediente, y las demás pruebas practicadas en las actuaciones no sólo entiende concurrente una disminución cualificada de la culpabilidad, sino que considera que no puede hablarse en el caso de cesión de los datos de carácter personal contraria a las prescripciones de la LOPD. Ello porque efectivamente, y como reiteradamente sostiene la entidad recurrente en la demanda, los datos personales que según la Agencia de Protección de Datos fueron cedidos en el procedimiento judicial a la aseguradora "...", ya se encontraban en poder de esta última con anterioridad al inicio del pleito, y no se puede transmitir o revelar a un tercero aquello que previamente ya ha sido revelado al mismo*".

Por último la Sala concluye que "...puesto que, no existió en el supuesto una segunda o nueva cesión, sino una nueva utilización por el cesionario (la Compañía de Seguros) de los datos de salud de los denunciados que con su consentimiento habían sido recabados por la recurrente y que ya eran conocidos por la aseguradora, hemos de concluir de este modo que no nos encontramos ante un acto de cesión a un tercero distinto del afectado o interesado en el sentido al que se refiere la Ley de Protección de Datos", motivo por el cual se estima la pretensión de la actora y se revoca la resolución impugnada.

SENTENCIAS DE MAYOR RELEVANCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como ya se indicó, a lo largo del año 2004, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha dictado 6 sentencias relacionadas con resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos y 3 Autos de inadmisión del recurso de casación contra las sentencias que conocieron de recursos interpuestos contra resoluciones de la Agencia.

En cuanto a las sentencias dictadas, todas ellas declaran no haber lugar al recurso de casación interpuesto. En tres de ellas el fallo se fundamenta en la falta de identidad entre las sentencias que se alegan como de contraste y en una cuarta, el fallo negativo se fundamenta en la falta de acreditación de la firmeza de la sentencia que se aporta, también como de contraste.

Asimismo, la STS de 1 de octubre de 2004 declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de mayo 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.

En particular, es preciso hacer referencia a dos sentencias concretas: la de 5 de junio de 2004, relacionada con la realización de campañas publicitarias, y la de 15 de diciembre de 2004, sobre utilización de datos del censo electoral:

- DIFERENCIACIÓN ENTRE EL RESPONSABLE DEL FICHERO Y EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO. POSICIÓN DEL BENEFICIARIO DE LA PUBLICIDAD

En cuanto a la STS de 5 de junio de 2004, debe indicarse que la misma, pese a declarar no haber lugar al recurso de casación para la unificación de la doctrina al no cumplirse los requisitos formales del mismo, viene a sentar, haciendo suyos los fundamentos de la sentencia recurrida, una importante doctrina relacionada con el tratamiento de datos en las campañas publicitarias, especialmente en lo referente a la posición jurídica del beneficiario de la publicidad.

La entidad recurrente aportaba como sentencias de contraste las del propio Tribunal Supremo de 13 de abril y 3 de diciembre de 2002, ya comentadas en la Memoria correspondiente a ese ejercicio. La Sala declara no haber lugar al recurso por dos

motivos que justifican la imposible aplicación al caso de la doctrina emanada de dichas sentencias: en primer lugar, las sentencias aportadas de contraste se refieren al tratamiento de datos en ficheros de solvencia patrimonial y crédito, caso que no coincide con el analizado.

En segundo lugar, y en este punto es en el que la doctrina de la sentencia resulta importante, las sentencias de contraste fueron dictadas al amparo de la LORTAD, siendo ahora aplicable la LOPD, que establece la diferenciación entre responsable del fichero y responsable del tratamiento. De este modo, al amparo de la LOPD es posible que una entidad se encuentre sometida al régimen sancionador de la misma sin necesidad de que exista un acceso directo a los datos, con tal de que tenga sobre los mismos un poder de decisión, en los términos previstos en la propia Ley. De este modo, la entidad beneficiaria de la publicidad, y recurrente en casación, ha de ser considerada responsable del tratamiento y, en consecuencia, sometida al régimen de la LOPD.

Así se señala en el Fundamento de derecho Cuarto.B de la sentencia que *"las sentencias de contraste contemplan una regulación -la de la LORTAD de 1992- que en el problema que nos ocupa -y tal como expone muy claramente la sentencia impugnada, ejemplo de buen hacer judicial- ha cambiado sustancialmente en la nueva Ley 15/1999 de Protección de datos de carácter personal, que distribuye perfectamente entre responsable del fichero y responsable del tratamiento, y que en el título VII dedicado a regular las infracciones y sanciones dice muy claramente que «los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente ley» (art. 43). Y siendo esto así es claro que no cabe apoyar el recurso en esas otras sentencias que se invocan como de contraste y que resolvieron como lo hicieron aplicando la ley de 1992, la cual ha sido sustancialmente modificada precisamente en la materia objeto del pleito que aquellas sentencias de contraste resolvieron"*.

Con anterioridad, el Fundamento tercero, haciendo suyo el razonamiento de la sentencia de instancia, señala que *"se desprende asimismo de los repetidos apartados del art. 3, como ya se ha manifestado, la diferenciación de dos responsables en función de que el poder de decisión vaya dirigido al fichero o al propio tratamiento de datos. Así, el responsable del fichero es quien decide la creación del fichero y su aplicación, y también su finalidad, contenido y uso, es decir, quien tiene capacidad de decisión sobre la totalidad de los datos registrados en dicho fichero. El responsable del tratamiento, sin embargo, es el sujeto al que cabe imputar las decisiones sobre las concretas actividades de un determinado tratamiento de datos, esto es, sobre una aplicación específica. Se trataría de todos aquellos supuestos en los que el poder de decisión debe diferenciarse de la realización material de la actividad que integra el tratamiento"*, de modo que la posición de la recurrente *"es subsumible en la definición legal de responsable del tratamiento en cuanto decide sobre la finalidad, contenido y uso del mismo"*.

- UTILIZACIÓN DE LOS DATOS DEL CENSO ELECTORAL Y CESIÓN DE DATOS PARA LA REALIZACIÓN DE UNA ACTUACIÓN ESPECÍFICA CON POSTERIOR DEVOLUCIÓN DE LOS MISMOS AL CEDENTE

Por su parte, la STS de 15 de diciembre de 2004, cuyo fallo declara por un lado que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad sancionada contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de mayo de 2000, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Agencia de 2 de octubre de 1995, y por otro que ha lugar a la casación interpuesta por el Abogado del Estado contra la indicada sentencia que casa y anula, declarando en su lugar que procede desestimar el recurso interpuesto contra la mencionada resolución, confirmando la misma por considerarla conforme a derecho.

Se trata de un supuesto de cesión de datos procedentes del padrón municipal y del censo electoral. La empresa recurrente había sido sancionada por cesión indebida de datos sin consentimiento del afectado. El TSJ estimó que la infracción cometida era utilizar datos de un fichero de titularidad ajena.

La actora, en el recurso de casación, señala en primer lugar que se han infringido los principios de culpabilidad, personalidad de sanción y presunción de inocencia. En este sentido, alega que los datos los obtuvo mediante contrato de otra empresa, y que ignoraba que ésta hubiera utilizado fuentes ilícitas para su obtención. Pero la argumentación se rechaza, en la medida en que los datos utilizados contienen errores que a su vez aparecían en el censo, siendo además algunos de los datos puramente censales.

Frente a ello, es insuficiente como prueba de descargo la factura expedida por la empresa con quien se había contratado, ya que ese contrato únicamente versaba sobre datos necesarios para efectuar con carácter puntual determinadas ventas a distancia y los datos del fichero de la actora sobrepasaban con mucho esas finalidades.

Tampoco cabe decir que el censo electoral sea fuente accesible al público debido a la exposición pública de las listas electorales, a efectos de fundamentar la licitud de la conducta de la actora. Y ello, porque la cesión de datos procedentes de fuentes accesibles al público se exceptúa cuando se trate de ficheros de titularidad pública. Tampoco cabe alegar el art. 39.3 de la LO 7/96 de Ordenación del Comercio Minorista, entonces vigente, ya que ese precepto debía interpretarse en su propio contexto, de modo que el mismo debía interpretarse sistemáticamente con la LO 5/1992, a la que se remitía, y con la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, a la que a su vez remitía a aquélla en relación con los datos electorales. Sin olvidar tampoco que, aunque la actividad comercial es lícita, el caso no se contempla en las directivas comunitarias reguladoras de la protección de datos personales, precisamente al entenderse que nos encontramos ante un valor superior al interés comercial. Por último, en apoyo de su argumentación, aduce el TS que el art. 31 de la actual LOPD, regula el llamado censo promocional, que refleja el nombre, apellidos y domicilio de los censados a efectos de ventas promocionales pero que permite a los titulares de los datos oponerse a figurar en ese censo.

En cuanto a la casación presentada por el Abogado del Estado, la misma se fundamenta en que la infracción cometida no es el uso de un fichero de un tercero como la cesión de datos contenidos en un fichero, ya que a estos efectos es indiferente que la fuente de los datos del fichero sea originaria o que proceda de un tercero.

En este punto, señala la Sala que *"lo que el precepto del artículo 43.4. b) de la Ley 5/1992 sanciona es la cesión o comunicación de datos, supuesto que, como se reconoce por la actora y se refleja en la sentencia recurrida, se ha producido en el presente caso y ello con independencia de que el soporte en que dicha cesión se efectúa se devolviera una vez utilizado para la campaña de publicidad en favor de terceras empresas al responsable del mismo, puesto que ello, en definitiva, no altera en absoluto la existencia de una cesión de datos incontestada en los términos que prevé y sanciona el precepto indicado que, desde luego, no permite llegar a distinta conclusión en base a la interpretación que el recurrente ofrece del contenido de la norma quinta de la Instrucción núm. 1/1998 de 19 de enero de la Agencia de Protección de Datos, dada la irrelevancia de esa devolución del soporte una vez producida la cesión y acreditada la comunicación sin consentimiento de los datos del fichero del que es responsable (la recurrente) y cuya conducta es sancionada en dicha norma"*.



Índice

IV CÓDIGOS TIPO

- | | |
|-----|--|
| 145 | CÓDIGO TIPO DE TRATAMIENTO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL PARA ODONTÓLOGOS Y ESTOMATÓLOGOS DE ESPAÑA. |
| 146 | CÓDIGO DE CONDUCTA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. |
| 148 | CÓDIGO TIPO DE LA ASOCIACIÓN CATALANA DE RECURSOS ASISTENCIALES (ACRA). |
| 149 | CÓDIGO TIPO DEL SECTOR DE LA INTERMEDIACIÓN INMOBILIARIA. ASOCIACIÓN EMPRESARIAL DE GESTIÓN INMOBILIARIA (AEGI). |
| 153 | CÓDIGO TIPO DE LA UNIÓN CATALANA D'HOSPITALS (UCH) |