

La actividad del Gabinete Jurídico se ha centrado en 2005 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 581 informes, resolviendo cuestiones de especial complejidad planteadas por responsables de ficheros, de los cuales 268 fueron planteadas por distintos Órganos de las Administraciones Públicas y 313 correspondieron a consultas privadas formuladas por responsables de ficheros.

Asimismo fueron informadas 76 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 Ley Orgánica 15/1999 y 5 b) del Estatuto Orgánico de la Agencia 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 40 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, celebrado en el marco del programa CARDS, de la Unión Europea, con la autoridad de protección de datos de Bosnia Herzegovina, adjudicado en febrero de 2005. Asimismo, se ha participado en la elaboración de una propuesta española en otro Proyecto de Hermanamiento con la autoridad Búlgara de Protección de Datos, habiéndose conocido en marzo de 2006 la adjudicación de la realización del proyecto a la Agencia Española 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 generales de desarrollo de la Ley Orgánica así como cualesquiera proyectos de ley o reglamentos que incidan en la materia propia de la Ley Orgánica.

A lo largo de 2005 se han sometido al parecer de la Agencia de Protección de Datos, para su informe preceptivo, un total de 76 disposiciones, lo que supone un incremento de prácticamente un 25 por 100 respecto al año 2004, debiendo destacarse por su especial relevancia las siguientes:

- Convenio relativo a la profundización transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia organizada y la migración ilegal, negociado por Bélgica, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos y Austria (posteriormente aprobado como Convenio de Prüm).
- Anteproyecto de Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.
- Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte.
- Anteproyecto de Ley por la que se regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust.
- Anteproyecto de Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
- Anteproyecto de Ley de creación de la Autoridad Gallega de Protección de Datos.
- Proyecto de Real Decreto por el que se establecen normas de seguridad y se determinan los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la Hemodonación y de los Centros y Servicios de Transfusión.
- Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad.
- Proyecto de Decreto por el que se desarrolla la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de ficheros de datos de carácter personal de titularidad pública y de creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

- Proyecto de Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.
- Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo y se regula el régimen jurídico de la adopción de sus acuerdos.
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula el Sistema de Información integrado del Ministerio Fiscal.
- Proyecto de Real Decreto por el que se regula la organización y el funcionamiento del Registro Central de Penados y Rebeldes.
- Proyecto de Orden reguladora de la declaración previa de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.
- Proyecto de Orden por la que se regulan determinados aspectos del Régimen Jurídico de las transferencias con el exterior y de la actividad de cambio de moneda en el marco de la normativa de prevención del blanqueo de capitales.
- Proyecto de Orden por la que se establece la organización y funcionamiento del Banco Nacional de Líneas Celulares.

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.

Así, durante el período analizado, han sido sometidas a informe disposiciones de creación o modificación de ficheros de los Ministerios de Justicia, Sanidad y Consumo, Agricultura, Pesca y Alimentación, Interior, Administraciones Públicas, Asuntos Exteriores, Economía y Hacienda, Presidencia, Fomento y Cultura. Asimismo, han sido informados los Acuerdos de creación de ficheros de distintos Colegios profesionales y Consejos Generales.

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 Agencia por los responsables de ficheros, tanto particulares como Administraciones Públicas.

Durante el año 2005 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 581 informes, lo que supone un mantenimiento respecto de los rendidos durante el año 2004, 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 consultas relacionadas con el tratamiento y cesión de los datos del padrón municipal han descendido ininterrumpidamente desde las casi 100 planteadas en 1999 a las 32 formuladas en 2005 (pese a existir un pequeño repunte en el año 2004 como consecuencia de la aprobación de la Ley Orgánica 14/2003, de modificación de la Legislación de extranjería, en que se prevén nuevos acceso al Padrón por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). Del mismo modo, se ha reducido ampliamente el volumen de consultas relativas al tratamiento de datos por las entidades dedicadas a la prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito (que habían sufrido un gran incremento en el año anterior) o las referidas a conceptos generales de la Ley Orgánica 15/1999.

Por su parte, debe resaltarse el notable incremento de las consultas relacionadas con el tratamiento de datos por parte de las Administraciones Tributarias (que habían sufrido un gran descenso en 2004), cifrado en un 329% respecto del año anterior. Asimismo, se produjo un importante incremento en las consultas relacionadas la realización de distintas actividades de recogida y tratamiento de datos a través de Internet (un 100%, siendo el incremento acumulado en los dos últimos años del 350%), las referidas al tratamiento de datos por operadores de comunicaciones electrónicas (un 76%) o, el tratamiento de datos de salud (un 38% y un 450% respecto al año 2002).

En particular, debe también hacerse referencia al notable incremento, de casi un 150% de las consultas relacionadas con las transferencias internacionales de datos, relacionadas en gran parte con cuestiones especialmente relevantes producidas en el ámbito internacional, tales como los avances en la elaboración de las denominadas "binding corporate rules" o la aplicación de la Ley Sarbanes-Oxley.

Se mantiene, por el contrario, estable el número de consultas relacionadas con la aplicación del Reglamento de Medidas de Seguridad (que suponen aproximadamente un 15% del total). Estas consultas siguen refiriéndose en su mayoría 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, 313 (un 54%) han correspondido a consultas privadas, mientras que 268

(un 46%) han sido las planteadas por las Administraciones Públicas, pudiendo reseñarse que en este año ha seguido siendo mayor (al igual que ocurrió en años anteriores) el número de consultas planteadas por particulares (personas físicas o jurídicas). No obstante, la diferencia porcentual entre ambos sectores ha disminuido, habiéndose producido un incremento del 6% en las consultas procedentes del sector público y una disminución en el mismo porcentaje de las efectuadas por el sector privado. Ello supone un cambio en la tendencia apreciada en ejercicios anteriores en que la diferencia tendía al crecimiento y no a la disminución.

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 sigue aumentando el peso de las consultas planteadas por Órganos no integrados en dichas Administraciones. 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 32 durante el año 2005, dentro del marco de estrecha colaboración existente entre la Agencia y la mencionada Entidad reguladora.

Al propio tiempo, se estabiliza el reparto existente entre las consultas procedentes de la Administración General del Estado (un 46% del total del sector público) y de las Administraciones autonómica y local (18% y 21%, respectivamente), pese a 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.

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, que en este ejercicio suponen únicamente el 25% de las que se presentaron en el año 2000. De este modo, y como ya sucedió en el ejercicio anterior, este sector ya no es siquiera el que plantea un número superior de consultas, habiendo sido superado por los operadores de comunicaciones electrónicas y por las empresas prestadoras 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 los clientes responsables de ficheros, se estaría obligando a la Agencia de Protección de Datos (al margen de las previsiones de la Ley Orgánica y del Estatuto) a llevar a cabo actividades propias de dichas entidades, entrando en concurrencia con éstas.

Por otra parte, y como ya se anticipó, debe destacarse el notable incremento de las consultas planteadas por los operadores de comunicaciones electrónicas, que han pasado a ocupar el primer lugar, incrementándose en casi un 90% respecto al año 2004. En este sentido, han de tenerse en cuenta las competencias atribuidas a la Agencia Española de Protección de Datos por el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

En particular, el artículo 109.1 del citado Reglamento dispone que *"Los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas remitirán los contratos a los que se hace referencia en los artículos anteriores y sus modificaciones, con al menos 10 días de antelación a su entrada en vigor, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al Instituto Nacional del Consumo, a la Agencia Española de Protección de Datos y al Consejo de Consumidores y Usuarios. Este último organismo la pondrá a disposición de las asociaciones de consumidores y usuarios integradas en él"*.

Asimismo, según dispone el artículo 71.2 dispone que "los operadores que vayan a prestar las facilidades de identificación de la línea de origen o de la línea conectada deberán remitir al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y a la Agencia Española de Protección de Datos, con carácter previo a la prestación de estas facilidades, un documento que recoja las características y los procedimientos empleados para garantizar el cumplimiento de lo establecido en este Reglamento sobre dichas facilidades".

El número de informes referidos a estas previsiones del Reglamento ascendió en 2005 a un total de 41.

Por otra parte, y teniendo en cuenta lo ya señalado con anterioridad al referirnos a las cuestiones objeto de consulta, durante el año 2005 se han incrementado en casi un 50% las consultas formuladas por el sector sanitario y farmacéutico y en un 25% las provenientes de asociaciones de consumidores y usuarios, manteniéndose el incremento producido en los últimos años.

Además, se ha mantenido exactamente, como en el año anterior, 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 pertenecan.

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 y representan un 45% del total, seguidas a mucha distancia por Cataluña, la Comunidad Valenciana, Andalucía y Galicia, que ha incrementado su

peso en relación con el total. También a nivel provincial es relevante el número de consultas procedentes de la provincia de Zaragoza.

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, siendo más relevante el número de consultas relacionadas con las cesiones entre entidades privadas, lo que se corresponde con el mayor peso relativo de las consultas formuladas desde el sector privado.

INFORMES DE MAYOR INTERÉS EMITIDOS DURANTE EL AÑO 2005

■ 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, así como sobre el sometimiento a la misma de determinados responsables y encargados del tratamiento y quién ostenta una u otra condición. Asimismo, deben mencionarse otros informes relacionados con la naturaleza pública o privada de los ficheros, los requisitos necesarios para que pueda considerarse que existe efectivamente un procedimiento de disociación, en los términos previstos en la LOPD, y la aplicación del Reglamento de Medidas de Seguridad.

En relación con el ámbito de aplicación territorial de la Ley resulta especialmente relevante el informe 26/05 en el que se reitera, con carácter general, la doctrina de la Agencia en relación con la Ley aplicable en el supuesto en que el responsable del tratamiento se encuentre ubicado fuera del territorio español. En el informe se interpreta lo dispuesto en el artículo 2.1 LOPD de forma coordinada 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". De este modo, si el establecimiento del responsable del tratamiento se encuentra ubicado fuera de España sería aplicable la legislación de protección de datos del Estado en aquél que se encuentre y no la LOPD.

Asimismo, en el informe 334/05 se hace referencia a los supuestos de tratamientos de datos efectuados a bordo de un buque de nacionalidad no española que atraviesa aguas españolas, concluyéndose que ni la Convención de Ginebra de 1958 sobre el Derecho del Mar ni en la más reciente Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, ratificada por España por Instrumento de 20 diciembre 1996, contienen previsión alguna de la que pueda desprenderse que el hecho de que un buque atraviese aguas jurisdiccionales de un determinado Estado convierta al mismo en un "establecimiento" situado en dicho Estado, por lo que, salvo que los datos objeto de tratamiento a bordo del buque sean transmitidos a un fichero ubicado en España, no sería aplicable la LOPD.

En cuanto al sometimiento a la LOPD de determinados tratamientos y la delimitación del responsable y el encargado del tratamiento, puede hacerse referencia al informe 195/05 en que se analizan los tratamientos llevados a cabo en relación con las actividades de un comité de empresa, al plantearse por una empresa si procedía la inscripción de los ficheros a su nombre o al del propio comité. Tras analizarse el régimen jurídico del comité de empresa según el Estatuto de los Trabajadores y la legitimación derivada del mismo se concluyó que al no existir norma alguna que atribuyera a aquel personalidad jurídica no resulta atribuirle la condición de responsable del fichero y por tanto no es posible considerarlo como sujeto obligado a la inscripción de ficheros en los términos establecidos por la LOPD.

Por su parte, el informe 190/05 analiza los tratamientos efectuados en el marco de sus competencias por el Defensor Universitario, regulado por la Disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 6/2001 y su legitimación para recabar datos de la propia Universidad o de terceros, concluyéndose que el Defensor Universitario podrá recabar de otros órganos de la Universidad y de las entidades que tengan la condición de encargado del tratamiento de la misma los datos que resulten necesarios para el ejercicio de sus funciones, al encontrarse dicha utilización amparada por el artículo 6.1 LOPD, en conexión con la disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 6/2001 y la normativa autonómica en la materia, sin perjuicio del necesario respeto de los principios de calidad de datos.

Asimismo, el informe 388/05 consideró plenamente sometidos a la LOPD los tratamientos llevados a cabo por los profesionales dedicados a actividades de asesoría fiscal, ostentando aquéllos la condición de responsable del tratamiento. A su vez, el informe 546/05 analizaba la condición de los agentes de aduanas, concluyendo que, en aplicación de lo dispuesto en la normativa que resulta de aplicación a los mismos, su condición será, con carácter general, la de encargado del tratamiento, resultando de aplicación el régimen previsto en el artículo 12 LOPD.

Particularmente interesante resulta el supuesto resuelto por el informe 340/05, en que se plantean determinadas cuestiones relacionadas con el establecimiento de un control de calidad de los servicios prestados por una entidad que desarrolla actividades de telemarketing para terceras compañías, actuando respecto de las mismas como encargada del tratamiento. En el informe, tras indicarse que los datos derivados de la grabación de las conversaciones mantenidas por el personal que presta sus servicios para la consultante se encuentran sometidos a lo establecido en la LOPD, se analiza si la consultante tendrá en este caso la condición de responsable del tratamiento o si dicho tratamiento es accesorio del prestado con carácter general, siendo la empresa mera encargada del tratamiento. Se considera que el tratamiento efectuado sobre los datos resultantes de las grabaciones es distinto al que hasta el momento presente viniese siendo realizado por la entidad, dado que no tiene por finalidad la prestación de un servicio a la entidad contratante, sino el control por la propia entidad consultante de la calidad del servicio prestado, a fin de poder realizar los correspondientes controles internos que pudieran incluso derivar en la aplicación de medidas concretas sobre el personal de la misma. Por ello, la entidad será responsable del tratamiento, siendo necesario el consentimiento de los trabajadores para ceder los datos de las grabaciones a los clientes.

Por otra parte, el informe 318/05 ahonda en los requisitos necesarios para que pueda considerarse que un procedimiento de disociación resulta suficiente para poder considerar excluido un tratamiento de la exigencias contenidas en la LOPD, teniendo en cuenta lo establecido en los distintos instrumentos internacionales aplicables en España. El fichero al que se incorporarían datos disociados tenía por objeto tratar estadísticamente la siniestralidad laboral de una empresa, indicándose que si los datos no permiten identificar al accidentado no sería de aplicación la LOPD, si bien si de alguna manera, por ejemplo, a través de un número de referencia o código, los datos que se incluyan en el fichero al que se refiere la consulta, permiten la identificación de la persona, sí sería aplicable la citada Ley Orgánica.

En cuanto a la naturaleza pública o privada de los ficheros, el informe 501/05 se refiere a los ficheros de un centro privado concertado de enseñanza, concluyéndose en que los mismos serán de titularidad privada.

Por último, en materia de seguridad, el informe 3/05 se refiere al modo en que debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 19 del Reglamento de Medidas de Seguridad en relación con las limitaciones de acceso físico a los locales donde se esté procediendo al tratamiento de los datos de carácter personal.

■ APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE CALIDAD DE DATOS

En relación con el principio de finalidad, debe hacerse referencia los informes 78/05 y 124/05. El primero de ellos se refiere a la utilización por una entidad de crédito de los datos referidos a su personal que son objeto de tratamiento por la misma como consecuencia de la contratación por aquél de algún producto financiero con la entidad para la cual prestan sus servicios, considerándose que los datos obtenidos por una entidad de crédito para el adecuado cumplimiento de la relación contractual que la vinculase con un determinado cliente únicamente podrían ser destinados al mantenimiento de esa relación contractual, no pudiendo ser aplicados para una finalidad diferente a dicho mantenimiento. De este modo, la utilización de los datos de los clientes del banco que son a la vez empleados del mismo con fines relacionados con la gestión de recursos humanos excedería de la finalidad que justifica el tratamiento, siendo contraria al artículo 4.2 LOPD. Únicamente cabría exceptuar de dicha conclusión el supuesto en que la entidad financiera ofreciese un determinado producto específico o en condiciones ventajosas a su personal, en virtud de tal condición o en atención a las especiales circunstancias que concurrieran en el mismo, si el interesado tuviese conocimiento de que determinados datos relacionados con su vínculo laboral con la entidad financiera deberían ser valorados por la misma para la obtención de ese producto financiero.

El segundo de los informes citados resuelve la consulta planteada por una entidad autorizada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la prestación de un servicio de consulta sobre números de abonado que pretendía su comunicación a otros operadores que pretenden llevar a cabo la prestación de este mismo servicio, respondiéndose en sentido negativo, dado que la finalidad que justificaba el tratamiento y fundaba la autorización era la explotación del servicio en nombre propio, quedando prohibida expresamente la utilización de los datos para un fin distinto. En similares términos puede hacerse referencia al informe 136/05.

También guarda relación con los principios de calidad de datos la cuestión analizada en el informe 273/05 en que se planteaba por una determinada entidad financiera el carácter abusivo y contrario a la Ley del requisito de exigencia de requerimiento previo al deudor para la inclusión de sus datos en un fichero de solvencia patrimonial. Tras aclararse que las exigencias de la LOPD y sus normas de desarrollo resultan independientes de las establecidas en el derecho privado, se concluía que la exigencia de ese requisito se encontraba perfectamente amparada en el necesario respeto a los principios de proporcionalidad y exactitud contenidos en el artículo 4 LOPD.

- CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ACCESO, RECTIFICACIÓN, CANCELACIÓN Y OPOSICIÓN

Por lo que respecta al deber de información consagrado por el artículo 5 LOPD, el informe 111/05 se refiere a los requisitos necesarios para acreditar su cumplimiento por parte del responsable del tratamiento. A tal efecto, teniendo en cuenta lo señalado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2003, de la que se dio cuenta en la correspondiente Memoria de la Agencia, se concluye que será necesario que el responsable del tratamiento acredite la realización del envío, lo que sería posible tanto en el caso de que el envío se realice por el propio consultante como en caso de que el mismo se encomiende a una tercera empresa, que se certifique de algún modo la efectiva realización de los envíos, y exista un principio de prueba de que el envío efectivamente realizado ha llegado a su destino, lo que podría conseguirse, por ejemplo, mediante el acceso a las listas de devoluciones del servicio de correos.

Por su parte, debe hacerse especial mención del informe 290/05, emitido a instancia de una entidad bancaria, referido a si debe informarse a los afectados acerca del tratamiento efectuado por la citada entidad en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de Prevención y Bloqueo de la Financiación del Terrorismo. En este supuesto, debe tenerse particularmente en cuenta que el artículo 4.1 g) de la Ley 12/2003 dispone que las entidades obligadas están sometidas al deber de "No revelar ni al cliente ni a terceros que se ha transmitido información a la Comisión de Vigilancia con arreglo a lo dispuesto en los párrafos b), d) y e) anteriores, o que se está examinando alguna operación en los términos del párrafo c)". En consecuencia, esta prohibición legal eximirá a los sujetos obligados de dar cumplimiento al deber previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999 en relación con el tratamiento y la comunicación efectuados al amparo de lo dispuesto en la Ley 12/2003.

En relación con el alcance del ejercicio del derecho de acceso, el informe 167/290 da respuesta a una consulta en que se planteaba si aquél puede considerarse extensible a los datos referidos a las personas que hubieran podido acceder a los datos personales del consultante sometidos a tratamiento. En el informe se señala que la LOPD no habilita mas que al conocimiento de los ficheros de los que sea responsable una determinada entidad, pero no a conocer el contenido de cada uno de los ficheros, al carecer esta Agencia de información alguna al efecto. Además, si se facilitasen los datos de las personas que hubiesen accedido a los datos en ejercicio de su función se estaría pro-

duciendo una cesión de datos de carácter personal que sólo sería posible en caso de contarse con el consentimiento del afectado.

Por su parte, en el informe 290/05, y por motivos similares a los que se acaban de exponer, se indicó que las entidades financieras podían denegar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en relación con los tratamientos efectuados en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 12/2003, de 21 de mayo, de Prevención y Bloqueo de la Financiación del Terrorismo.

■ CUESTIONES RELACIONADAS CON CESIONES DE DATOS

En cuanto a la cesión de datos a la Hacienda Pública, el informe 25/05 se refiere a la comunicación por un centro de atención primaria de un listado de pacientes a los que se presta atención ambulatoria por los facultativos integrados en la Administración consultante, a fin de que a través del mismo quede justificado el hecho de los desplazamientos efectuados, a efectos fiscales, concluyéndose que la identificación de los pacientes no resulta adecuada a la finalidad perseguida, al carecer en sí misma de trascendencia tributaria. De este modo, se considera que la inclusión en la información solicitada de los datos identificativos de los pacientes objeto de atención sanitaria, que implica la concurrencia de un dato relacionado con la salud de los mismos, resulta excesiva en relación con la finalidad que justificaría la cesión de los datos. No obstante, a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 94.1 de la Ley General Tributaria, que habilita la cesión de datos con "trascendencia tributaria" a la Administración tributaria, sí sería lícita la comunicación de los datos referidos a los desplazamientos efectuados, con la indicación de la naturaleza de los gastos derivados de dichos traslados.

En este mismo ámbito, el informe 174/05 considera ajustada a la Ley Orgánica 15/199 la cesión a una Diputación Provincial de los datos del Documento Nacional de Identidad que figura en la solicitud de hoja padronal para incluir en los padrones de rústica y urbana, siempre que la misma se realice en el ámbito de las competencias tributarias establecidas en la Ley de Haciendas Locales.

Por otra parte, los informes 79/05 y 479/05 se refieren a la cesión de datos por parte de la Administración Tributaria y, en consecuencia, a la aplicación del artículo 95 de la Ley General Tributaria. El primero de ellos se refiere al acceso por los Notarios a determinada información fiscal referente a bienes inmuebles en los supuestos en que se produzca, por cualquier causa, un cambio en la titularidad de los derechos que constituyen el hecho imponible del Impuesto sobre bienes inmuebles, así como la comunicación de esta información a los comparecientes en los documentos en que se oficialice dicha transmisión, señalándose que aún no encontrándose prevista la cesión en el citado artículo 95 sí se deriva de lo establecido en el artículo 64.1 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales y, en consecuencia, amparada por el artículo 11.2 b) LOPD.

En el segundo caso referido se analiza la cesión de datos a los órganos jurisdiccionales, considerando la misma amparada en el artículo 95 de la Ley General Tributaria, así como en los artículos 11.2 d) LOPD y 118 de la Constitución.

Por su parte, el informe 469/05 se refiere a la cesión de datos del catastro, considerándose en ese caso que no procede la cesión, al no encontrarse amparada en los supuestos establecidos en el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por lo que sería preciso el consentimiento de los afectados.

En relación con las Administraciones Públicas, debe hacerse referencia a los informes 22/05 y 327/05. El primero de ellos responde a la consulta de una Corporación Municipal, refiriéndose a la solicitud de un Concejal de conocer los datos relativos a los estudios de arquitectura y arquitectos que hayan firmado proyectos presentados en el Corporación Municipal por parte de empresas constructoras o particulares. El informe considera dicho acceso conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de conformidad con lo establecido en la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, siempre y cuando los datos sean únicamente utilizados por el concejal para el ejercicio de la función de control del gobierno municipal.

El informe 327/05 analiza el requerimiento de comunicación a un determinado Grupo Parlamentario de una Cámara autonómica de información referida al personal de una sociedad pública, habiendo sido cursado el requerimiento de información a través de la propia Cámara. Tras indicar que la transmisión solicitada constituye una cesión de datos de carácter personal y analizar que la finalidad de la misma es el ejercicio por la Cámara de su función de control al Gobierno autonómico, se observó que la cesión solicitada tenía amparo en lo dispuesto en el Reglamento del citado Parlamento Autonómico, que preveía que "Para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias los diputados y diputadas, previo conocimiento del respectivo Grupo Parlamentario tendrán la facultad de recabar de la Administración Pública informes o documentos que obren en poder de ésta". Por este motivo, y teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional referida al valor normativo de los Reglamentos de las Cámaras (STC 118/1988, de 20 de junio) se concluyó que existía una norma con rango suficiente para considerar la cesión amparada en el artículo 11.2 b) LOPD.

Por otra parte, se han planteado dos consultas relacionadas con una materia similar, cual es el intercambio de datos entre la Administración sanitaria y los Colegios Profesionales referidos a profesiones sanitarias, referidos a los datos de los colegiados. En el informe 184/05 se plantea si procede la cesión a la Administración autonómica de los datos referidos a los pertenecientes a un determinado Colegio, considerándose la comunicación amparada en lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley 44/2003, de profesiones sanitarias.

A su vez, el informe 44/05 se refiere a la solicitud por un Colegio profesional de los datos correspondientes a los facultativos que prestan sus servicios en un determinado centro sanitario público, debiendo indicarse que según la legislación autonómica en materia de colegios profesionales *"Los profesionales titulados, vinculados con alguna de las administraciones públicas (...) mediante relación de servicios de carácter administrativo o laboral, no precisarán estar colegiados para el ejercicio de funciones puramente administrativas, ni para la realización de actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de aquellas, cuando el destinatario inmediato*

de las mismas sea exclusivamente la Administración". Pese a esta previsión se indicó que a la vista de lo dispuesto en la Ley 44/2003 ya citada sí existiría cobertura legal para la cesión planteada, salvo que las funciones desarrolladas por los facultativos fueran meramente administrativas.

Debe hacerse referencia a dos supuestos especiales en relación con las cesiones o comunicaciones de datos que merecen una mención específica en esta memoria. El primero de ellos se refiere a la cesión de datos de un asegurado efectuado por una entidad aseguradora a otra con la que tiene concertado un reaseguro (informe 39/05), en que tomando en cuenta la doctrina mantenida por la Agencia en Resolución de 30 de marzo de 2003, confirmada, como se verá por la Audiencia Nacional, se concluye que el supuesto planteado no tiene cabida en los artículos 11.2 c) y 12 LOPD, de modo que existiendo una cesión de datos de carácter personal, será preciso contar con el consentimiento del interesado, al no haber, por otra parte, ninguna norma con rango de Ley que habilite esta cesión, siendo directamente aplicable el artículo 11.1 de la citada Ley.

En el segundo (informe 145/05) se analiza la aportación por el cónyuge de la consultante a un proceso judicial de separación de los datos referidos a las operaciones realizadas con una tarjeta de crédito de la que la consultante es titular y que se encuentra asociada a una cuenta corriente de la que son titulares tanto la consultante como su cónyuge, considerándose que dicha aportación no es contraria a la LOPD, dado que la tarjeta se encuentra asociada a una cuenta de la que el cónyuge del consultante es cotitular, debiendo la entidad bancaria facilitar esa información al cotitular de conformidad con lo dispuesto en la Circular 1/1990 del Banco de España.

Por último, durante el ejercicio correspondiente a 2005 se ha mantenido el criterio de la Agencia en lo referente al acceso a datos de miembros de una asociación por parte de los asociados (informe 217/05), comunicación a los vecinos de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal de los datos referidos a quienes no hubieran satisfecho su cuota en los gastos de comunidad (informe 128/05) y comunicación de datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (informe 297/05, emitido a instancia del Secretario de la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial).

En materia de transferencias internacionales de datos, el informe 493/05 se refiere a un supuesto derivado de un determinado cambio societario, en virtud del cual una empresa española ha pasado a formar parte de un Grupo Internacional de Empresas ubicadas en la Unión Europea, planteándose la licitud de la comunicación y transferencia de datos a la matriz ubicada en Reino Unido en la que se centralizará la política de cálculo de determinadas retribuciones del personal y control de impagos de clientes. Si bien de los términos de la consulta no podía darse una solución tajante a la cuestión planteada, se consideró que, siempre que se cumplieran determinadas condiciones, la cesión podía encontrarse amparada en el artículo 11.2 c) LOPD, no existiendo problema adicional en cuanto a la transferencia, dado que la misma tenía como destinatario un Estado miembro de la Unión Europea.

- CUESTIONES RELACIONADAS CON EL TRATAMIENTO Y CESIÓN DE DATOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

En relación con los datos referidos a las creencias de los afectados, se analizó en el informe 486/05 la naturaleza de los datos contenidos en un fichero en el que figuran los datos personales de los representantes legales de las diferentes entidades religiosas que se inscriben en el Registro de Entidades Religiosas, a efectos de determinar el nivel de seguridad aplicable al mismo, concluyéndose que dado que la información incorporada al fichero aparecerá vinculada a una determinada Entidad religiosa y que, en todo caso, la persona de contacto aparecerá relacionada con dicha Entidad, revelando así el dato sus creencias, el dato tendrá la condición de especialmente protegido.

Por su parte, en relación con los datos de ideología, el informe 382/05 resuelve una consulta en que se planteaba si resulta conforme a lo dispuesto en la LOPD la publicación de los nombres y apellidos de las personas que hayan solicitado su afiliación a un determinado partido político en su órgano oficial de comunicación, divulgado en soporte papel y en soporte electrónico, accesible desde la página web del partido. Se concluyó que la publicación citada implicaría una cesión de datos especialmente protegidos, requiriendo para ello el artículo 7.2 el consentimiento expreso y por escrito de los solicitantes de afiliación, al no ser de aplicación a los datos referidos a la ideología política de las personas la excepción que habilita su tratamiento a partir de su publicación en fuentes accesibles al público.

En relación con los datos relacionados con la salud, el informe 129/05 analiza si tiene la condición de tal el hecho de que el afectado sea fumador. Analizadas las normas e instrumentos internacionales en la materia se concluyó que el dato referido al mero consumo de tabaco, sin especificación de la cantidad consumida, no sería en principio un dato vinculado con la salud, revistiendo tal naturaleza el dato que reflejase la cantidad consumida, en caso de que el mismo significase un consumo abusivo.

También en relación con estos datos se planteaba en la consulta resuelta por el informe 42/05 si resultaba conforme a la LOPD la inclusión en las actas de las sesiones de la Comisión de Ayudas Sociales a Afectados por VIH de los datos referidos a los solicitantes de las ayudas previstas en el Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo, así como su posterior comunicación a los órganos competentes de los Ministerios de Economía y Hacienda y Sanidad y Consumo, concluyéndose que dicho tratamiento y cesión resultaban conformes al artículo 7.3 LOPD al encontrar cobertura en la propia norma reguladora de las ayudas a afectados del VIH.

Especial trascendencia en materia de datos relacionados con la salud de las personas reviste el informe 369/05, emitido a instancia de MUFACE, en que se plantea la licitud de la cesión a la misma por parte de los centros sanitarios del denominado "Conjunto Mínimo Básico de Datos Hospitalarios", así como el acceso a dichos datos por parte de las compañías de asistencia sanitaria con las que MUFACE hubiese firmado el correspondiente concierto. En el informe se analiza esta cuestión al margen de la posibilidad de que el interesado preste su consentimiento para la comunicación de los datos a las

compañías aseguradoras, analizada en otros informes de la Agencia de los que se dio cuenta en la Memoria correspondiente al año 2004.

Teniendo en cuenta esta premisa, se consideró en el informe que la cesión a MUFACE se encontraba amparada en el artículo 7.3 de la LOPD en conexión con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Calidad y Cohesión del Sistema Nacional de Salud. Al propio tiempo, y siempre que el interesado no hubiera prestado su consentimiento para la comunicación de datos a la compañía aseguradora, ésta actuaría como encargada del tratamiento de la MUFACE, sin que pueda efectuar, en ese caso, tratamiento alguno de los datos que no sea el derivado de la prestación de servicios concertada con MUFACE.

Por último, los informes 49/05, 164/05, 248/05 y 304/05 analizan diversas cuestiones relacionadas con las historias clínicas. El primero se refiere a la posibilidad de ejercicio del derecho de cancelación, que no resulta posible en el caso analizado al ser de aplicación a la historia clínica las normas sobre plazos de conservación establecidas en el artículo 17 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

En el segundo se analiza el acceso a la historia por parte de los servicios autonómicos de inspección sanitaria y en el tercero los efectuados por el personal administrativo de los centros sanitarios, recordándose que el mismo ha de limitarse a los datos relacionados con sus propias funciones. Por último, en el cuarto de los informes citados se estudia el modo en que deberá darse cumplimiento al deber de información al afectado, consagrado por el artículo 5.1 LOPD, recordándose que la Agencia ha venido considerando suficiente el cumplimiento del deber de información mediante la existencia de un cartel anunciador siempre que el mismo resulte claramente visible por parte del afectado, quedando así garantizado que aquél ha podido tener perfecto conocimiento de la información exigible.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

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 de la Ley 30/1992), dichas resoluciones sólo serán susceptibles de impugnación en vía contencioso-administrativa.

En este orden jurisdiccional, el órgano fiscalizador competente durante el año 2005 ha sido la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Además, se han dictado algunas Sentencias por el Tribunal Supremo, que resuelven recursos de casación interpuestos contra las sentencias dictadas por Órganos jurisdiccionales a que se acaba de hacer referencia.

Debe destacarse que durante este ejercicio no se ha dictado sentencia alguna por parte de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, dado que se han tramitado la totalidad de los recursos interpuestos con anterioridad a 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 dichos Tribunales. En este sentido cabe recordar que ya resultaba residual el número de estos recursos durante el año 2004, no representando más que un 12.5% de las sentencias dictadas.

Hasta la fecha en que se redacta la Memoria de la APD correspondiente a 2005, se tiene conocimiento de un total de 99 Sentencias dictadas por la Sala de la Audiencia Nacional, conociendo recursos interpuestos en primera o única instancia, y 13 Sentencias y un Auto de inadmisión dictados por el Tribunal Supremo, resolviendo recursos de casación o casación para unificación de doctrina.

En cuanto al fallo de los pronunciamientos judiciales, debe indicarse que de las 99 sentencias dictadas en primera o única instancia, 82 fueron desestimatorias de los recursos formulados contra resoluciones de la Agencia, que quedaron plenamente confirmadas, 5 estimaron parcialmente los recursos, mientras que 12 de ellas estimaron íntegramente las pretensiones anulatorias de las resoluciones de la Agencia.

A la vista de estas cifras cabe apreciar un incremento en el porcentaje de recursos íntegramente desestimados, que en el año 2005 representan un 83% del total de los interpuestos. Ello implica una mejora de seis puntos respecto de las cifras correspondientes a las sentencias dictadas por la Sala de la Audiencia Nacional en el ejercicio 2004 y de diez puntos respecto del total correspondiente a ese año. Del mismo modo, el porcentaje de sentencias estimatorias dictadas por la Audiencia Nacional ha descendido de un 17 a un 12 por 100 en este año, siendo el descenso global de 9 puntos porcentuales.

Por su parte, el Tribunal Supremo declaró en 12 sentencias no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra sentencias que desestimaban el recurso interpuesto contra resoluciones de la Agencia, dictando asimismo un Auto de inadmisión del recurso también interpuesto contra sentencia desestimatoria. Al propio tiempo, debe indicarse que en uno de los recursos en los que se declaró no haber lugar al interpuesto contra el criterio sustentado en la Resolución de la Agencia sí se declaró haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación de aquella, al haber aplicado indebidamente la sentencia dictada en instancia lo dispuesto en el artículo 45.5 LOPD. En consecuencia, el Alto Tribunal vino a ratificar los criterios de la Agencia en todas las ocasiones en que la cuestión fue sometida a su parecer, del mismo modo en que ya ocurrió en 2004.

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, como en el ejercicio anterior, en un 50% el volumen referido al sector de la solvencia patrimonial y crédito, incrementándose el de recursos promovidos por entidades pertenecientes al sector de las telecomunicaciones y publicidad y prospección comercial.

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, predominando las sentencias relacionadas con los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, que representan un 38% de los asuntos ventilados por los Órganos jurisdiccionales. Además, las sentencias que versan sobre los requisitos para la licitud del tratamiento suponen un número prácticamente similar a las referidas a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito. Al propio tiempo, es muy notable el incremento en más de un 350% de las sentencias referidas a la aplicación del artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999 y en un 50% de las relacionadas con el cumplimiento del deber de información, pese a que su peso específico es muy reducido (un 7%).

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 más de la mitad del total.

SENTENCIAS DE MAYOR RELEVANCIA DICTADAS EN PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

■ OBSTRUCCIÓN AL EJERCICIO DE LA LABOR INSPECTORA

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2005 desestimó el recurso planteado contra resolución de la Agencia de 22 de diciembre de 2003, por la que se sancionaba por hechos constitutivos de una infracción grave consistente en la obstrucción a la labor inspectora, tipificada en el artículo 44.3.j) de la LOPD.

La parte recurrente sustenta la pretensión impugnatoria de su demanda considerando que no se ha producido obstrucción al ejercicio de la labor inspectora porque los documentos solicitados no eran esenciales para el control pretendido, imputando irregularidades al Acta levantada por los inspectores de la Agencia, y negando su valor probatorio.

La Sala, en la fundamentación jurídica de los hechos considera que el artículo 40 de la LOPD atribuye a las autoridades de control, es decir, a la Agencia Española de Protección de Datos la potestad de inspeccionar los ficheros a los que hace referencia la Ley, recabando cuanta información considere precisa para el cumplimiento de sus cometidos. El mismo precepto reconoce a los funcionarios que ejerzan la inspección la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos. Por último el artículo 28 de la LOPD establece la obligación de los responsables de los ficheros, de permitir el acceso a los locales en los que se hallen los ficheros y equipos informáticos previa exhibición por el funcionario actuante de la autorización expedida por el Director de la Agencia.

A la vista de los antecedentes expuestos la Sala considera acreditado que los inspectores actuantes estaban legalmente habilitados para a la investigación y que el requerimiento era adecuado al objeto y al fin de la misma y la negativa a cumplimentarlo sin causa justificada constituyó una obstrucción evidente al ejercicio de la función inspectora. Por último en referencia al valor del Acta levantada por los inspectores de la Agencia, la atribuye un presunción de certeza respecto de los hechos reflejados en la misma al estar redactada por funcionarios públicos especializados, a quienes se reconoce que actúan en el ejercicio de sus funciones de inspección, en su calidad de empleados públicos al servicio de la Administración Pública que se encuentran sujetos a la Ley y el Derecho por imperativo constitucional, sin que esto excluya a los Tribunales Contencioso-Administrativos la potestad para su valoración, que de hecho realiza, llegando a la convicción de que los hechos aparecen perfectamente reflejados en el documento sin apreciar el defecto formal alegado.

■ CESIÓN DE DATOS AL JUZGADO EN UN PROCEDIMIENTO DE DESPIDO

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 19 de octubre de 2005 desestima el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia de 10 de octubre de 2003, que acuerda el archivo de actuaciones frente a la denuncia presentada por la utilización de determinados datos del denunciante sin su consentimiento y la cesión de sus datos a los Tribunales.

La resolución impugnada fundamenta el archivo de actuaciones en que existía una vinculación laboral entre el denunciante y la empresa denunciada, de la que se derivaron las actuaciones judiciales que originaron el tratamiento de datos denunciado y su cesión a los Tribunales, por lo que resulta aplicable la excepción al consentimiento prevista en los artículo 6.2 y 11.2.d) de la LOPD.

La parte actora sustenta la pretensión impugnatoria de su demanda considerando que la base de las imputaciones para su despido era un informe de un área de la empresa que vulneró su derecho a la intimidad y aportó a juicio documentación que obtuvo sin su consentimiento, considerando que la resolución de la Agencia no tiene en cuenta la segunda parte del artículo 6.2 de la LOPD, es decir, que el tratamiento de datos sea necesario para el mantenimiento o cumplimiento de la relación laboral y/o comercial, que vulnera el artículo 10 de la LOD por incumplimiento de la obligación de guardar secreto profesional y también el artículo 11 porque la cesión de datos fue realizada a órganos judiciales y a peritos contratados por la empresa denunciada.

La Sala examina los argumentos y establece que la utilización de los datos del actor por la empresa denunciada sin su consentimiento no es contraria a lo establecido en la normativa sobre Protección de Datos con base en las siguientes consideraciones: las actuaciones de investigación que realiza la empresa denunciada a través de una de sus áreas y el informe pericial elaborado en relación con las actuaciones del actor como empleado están vinculadas y afectan al mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral existente entre ambos; la cesión o comunicación de datos a los Juzgados se enmarca plenamente en el artículo 11.2 de la LOPD; la comunicación realizada por la empresa denunciada a su representante legal y al perito imparcial está prevista en el artículo

11.2 de la LOPD, al ser preceptiva la intervención de abogado y procurador en el procedimiento judicial y al exigir el artículo 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que los dictámenes periciales se acompañen a la demanda.

■ TRATAMIENTO DE DATOS RELATIVOS A LA SALUD DE TERCEROS QUE DEBAN SER INDEMNIZADOS COMO CONSECUENCIA DE UN SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de septiembre de 2005 desestima el recurso interpuesto contra la resolución de la Agencia de 28 de octubre de 2003 desestimatoria del recurso de reposición dirigido contra la resolución de la Agencia de 11 de agosto de 2003 por el que se acuerda exonerar de responsabilidad a una entidad aseguradora y a un centro de diagnóstico médico respectivamente, declarando no haber infracción del artículo 7.3 de la LOPD que se solicitaba.

Los argumentos de la demanda se centran en la falta de información de que los datos médicos estaban siendo recabados por la aseguradora de la parte contraria en el accidente, y en la falta de consentimiento para que estos datos fueran tratados y recabados por esa aseguradora y el centro de diagnóstico contratado por ella.

En relación con la obligación de informar en los términos previstos en el artículo 5 de la LOPD, la Sala entiende que no recae sobre la demandante la carga de probar la falta de información, siendo esta una obligación de la entidad responsable, en este caso de la aseguradora. Constatado el incumplimiento de la obligación de informar esta no fue objeto de sanción al considerarse prescrita.

La Sala argumenta que hubo tratamiento de datos en los términos del artículo 3.c) de la LOPD y no tiene en cuenta la controversia sobre si los datos estuvieron o no incorporados a ficheros automatizados, considerando "...que el ámbito de aplicación de la Ley incluye a toda clase de datos de carácter personal registrados en soporte físico y a cualquier procedimiento o modalidad de uso o tratamiento de tales datos, sean o no automatizados".

En relación con la falta de consentimiento alegada, la Sala diferencia de un lado los datos que obtuvo la aseguradora de los informes médicos y demás documentos aportados por la demandante en el procedimiento judicial, y de otro los datos que el centro de diagnóstico, actuando por encargo de la aseguradora, obtuvo mediante reconocimientos a la demandante. Sobre los primeros, considera legítima su utilización y recopilación por la aseguradora tanto para su actuación y defensa en el proceso como para el cálculo de la indemnización que pudiera corresponder en su calidad de responsable civil. Sobre el hecho de que la aseguradora facilitase al centro de diagnóstico estos datos e informes considera que desde el punto de vista de la normativa sobre protección de datos se trataría de un contrato del artículo 12 de la LOPD y "*.... por tanto, no debe considerarse comunicación de datos esa transferencia de información que la aseguradora, en su calidad de responsable del tratamiento, hace a favor del centro de diagnóstico (encargo del tratamiento)*".

En cuanto a los datos recabados directamente por el centro de diagnóstico mediante sucesivos reconocimientos, la Sala considera oportuno destacar que el cumplimiento de las obligaciones que la ordenación sectorial impone a las compañías aseguradoras en modo alguno autoriza a estas a usar y tratar los datos de carácter personal de sus asegurados y de los terceros al margen de lo previsto en la normativa sobre protección de datos. Considerando que la normativa sobre protección de datos determina que el consentimiento del afectado no será exigible para el tratamiento de los datos personales, y tampoco para su cesión o comunicación a un tercero, cuando así lo establezca una Ley (artículos 6.1 y 11.2.b) de la LOPD), la Sala concluye que si bien el artículo 18 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, y el artículo 16.1 de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de seguros privados, no establecen una dispensa de la exigencia del consentimiento prevista en la LOPD, en dichos preceptos se imponen a las compañías aseguradoras unas obligaciones sustantivas y formales que presuponen o requieren el tratamiento de datos personales de los perjudicados, motivo por el cual entiende que no procede imputar a las empresas codemandadas la infracción consistente en el tratamiento de los datos personales de la demandante sin el consentimiento de esta.

■ TRATAMIENTO DE DATOS SIN CONSENTIMIENTO POR CONTRATACIÓN FRAUDULENTE DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES E INCLUSIÓN DE DATOS EN FICHEROS DE MOROSIDAD

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de Madrid de 14 de septiembre de 2005 desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 18 de agosto de 2003 por la que se desestima el recurso interpuesto frente a la resolución del Director de la Agencia de 18 de junio de 2003 por la que se sanciona a una empresa de telecomunicaciones por infracción de lo dispuesto en el artículo 6 y 4.3 de la LOPD en relación con el artículo 29.2 de la misma Ley.

La empresa no aporta elementos probatorios que acrediten la celebración telefónica o telemática del contrato y no acredita el cumplimiento de las garantías que determina la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación (Artículo 5.3) y su Reglamento de aplicación (artículo 5.1 del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre que regula la contratación telefónica o electrónica), por lo que no puede entenderse acreditada la realización del contrato de manera que permitiera eliminar la exigencia de consentimiento a que se refiere el artículo 6 de la LOPD. La incorporación de los datos de un supuesto deudor a un fichero de solvencia económica en relación con una deuda que no existía produce una infracción de los principios y garantías que rodean el uso de estos ficheros al no respetarse el principio de exactitud del dato.

■ CESIÓN DE DATOS DEL ASEGURADO POR LA ENTIDAD REASEGURADORA

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2005 desestima el recurso interpuesto contra la resolución de la Agencia de 20 de marzo de 2003 que sanciona a una empresa reaseguradora por

infracción del artículo 11 de la LOPD y a una segunda empresa que valora la situación de enfermedad por infracción del artículo 6 de la misma Ley. El recuso es interpuesto por la empresa reaseguradora, alegando por un lado, que es encargada del tratamiento respecto de la entidad aseguradora, y de otra parte, que no existe cesión ilícita de los datos a la empresa que realiza la valoración de la enfermedad del asegurado por entender que se trata de una prestación de servicios a la propia empresa reaseguradora, ambas amparadas en el artículo 12 de la LOPD.

La Sala entiende que la relación jurídica existente entre la aseguradora y la empresa que interpone la demanda no puede considerarse incluida en el artículo 12 de la LOPD ya que, contrariamente a lo argumentado en la demanda, la regulación legal que nuestro ordenamiento contiene de la figura del "encargado del tratamiento" sí que se desprende de la existencia de un contrato por escrito. Añade además, que la figura del artículo 12 de la LOPD permite que el responsable del fichero habilite el acceso material a datos personales por parte de una entidad que va a prestar un servicio (encargado del tratamiento), rodeado de un abanico de garantías, entre las que reviste especial importancia la necesidad de constancia expresa a través de un contrato, al que no pueden ser equiparadas las facturas y comprobantes a que alude la entidad actora en la demanda, ya que el documento que se incorpora es una carta y un contrato es, por definición, un negocio bilateral al que no es posible equiparar ningún negocio unilateral que, como máximo, constituiría tal carta.

Tampoco es aceptada por la Sala la alegación por la entidad recurrente de encontrarse ante un supuesto del artículo 11.2.c) de la LOPD toda vez que la entidad recurrente es tercera ajena en la relación jurídica entre la afectada y la aseguradora, con la que no existe la conexión necesaria para su aceptación.

Por último, la alusión al artículo 104 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, para amparar la comunicación de datos en el artículo 11.2.a) de la LOPD no es considerada argumento suficiente que permita la cesión de los datos del asegurado a la entidad reaseguradora sin consentimiento de aquél.

■ INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN Y REGISTRO DE DATOS EN FICHEROS QUE NO CUMPLEN LOS REQUISITOS DE SEGURIDAD EXIGIBLES.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2005 desestima el recurso interpuesto contra la resolución de 24 de marzo de 2003 dictada por el Director de la Agencia por la que se desestima el recurso interpuesto frente a la anterior resolución de 24 de enero de 2003 por infracción de los artículos 5 y 9 de la LOPD.

En cuanto a la sanción impuesta por infracción del artículo 5 de la LOPD la Sala sostiene que la garantía prevista en el citado artículo no puede hacerse efectiva sino sobre la base de que se informe a aquellas personas a las que se soliciten datos personales de que se va a proceder al tratamiento de dichos datos, siendo necesario además, que dicha información pueda ser acreditada, para lo que es imprescindible que conste de

algún modo no siendo suficiente la información oral alegada por la recurrente. Apoya la exigencia de información en el derecho fundamental a la protección de datos reconocido expresamente en el artículo 18.4 de la Constitución considerando que la falta de la debida información a los interesados, o el hecho de facilitar una información oral que no está acreditada, justifica la sanción impuesta en este apartado.

Por lo que se refiere a las medidas de seguridad, la Sala sostiene que no se han cumplido las obligaciones exigibles por el Reglamento de Medidas de Seguridad (Real Decreto 994/1999, de 11 de junio) al no tener implementado el registro de incidencias al que se refiere el artículo 10 del Reglamento, ni el registro de soportes de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la misma norma. Constaban en el fichero datos sobre discapacidad sin que se adoptaran las previsiones del artículo 9 de la LOPD en relación con lo previsto en el artículo 24 del Reglamento de Medidas que obliga a llevar un registro de acceso en relación a los datos merecedores de un nivel de seguridad alto.

La sentencia analiza el concepto de dato de salud entendiendo que el porcentaje de discapacidad es un dato relativo a la salud considerando cualquier forma de discapacidad conlleva, en si misma, una minusvalía o una disfunción en el órgano del cuerpo afectado. El argumento utilizado por la parte recurrente diferenciando entre la causa (la enfermedad) y el efecto (la situación de discapacidad), carece de base, entendiendo que toda discapacidad tiene relación con la salud del interesado, por lo que los datos que afectan a esta materia deben gozar de la mayor protección que se le concede a los datos relativos a la salud.

■ CESIÓN Y TRATAMIENTO DE DATOS EN LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE NEGOCIO BANCARIO

Dos Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de febrero de 2005 desestiman los recursos interpuesto contra las resoluciones del Director de la Agencia de 16 de diciembre de 2002 y de 20 de diciembre de 2002 por infracción de artículo 11.1 y 6.1 de la LOPD respectivamente.

En ambas sentencias se analiza un supuesto de cesión de negocio bancario en el que hay que dilucidar en primer lugar, si la entidad que cede los datos a consecuencia del contrato de cesión de negocio bancario tenía el consentimiento inequívoco de los interesados cuando comunica sus datos personales, y en segundo lugar, si la entidad cesionaria se aseguró de la existencia del consentimiento de los interesados para poder tratar sus datos.

Ambas entidades basan sus alegaciones en afirmar la legalidad de la cesión del negocio bancario, aduciendo que el objeto de la cesión de datos era la operativa existente en cada oficina objeto de traspaso y las relaciones jurídicas y contractuales con todos y cada uno de los clientes que servían de soporte a aquella operativa, entendiendo que los referidos traspasos constituyen un supuesto de transmisión global de patrimonios y contratos, que incluyen de forma total la cesión de activos, pasivos y Fondo de Comercio de las oficinas traspasadas. Consideran que la cesión de negocio entre entidades es una operación lícita y permitida por la normativa mercantil y el cumplimiento y ejecución de esos contratos cedidos exige la identificación de las partes que intervie-

nen. En definitiva, las dos entidades coinciden en que no existe cesión de datos, y es de aplicación el artículo 6.2 de la LOPD, en la medida en que los datos personales recogidos en el contrato son necesarios para su mantenimiento y cumplimiento.

La Sala, sin cuestionar la legalidad mercantil de la cesión de negocio bancario compare el criterio sostenido por la Agencia, entendiéndolo que la transmisión del negocio bancario efectuado por las entidades bancarias actoras, implica una comunicación de datos, constituida, en este caso, por los de las cuentas bancarias individuales que se traspasan de una entidad a otra en virtud de dicho negocio. No considera de aplicación la excepción del artículo 11.2.c), por cuanto la relación jurídica establecida entre el cliente y el banco no necesita para su desarrollo y mantenimiento de la cesión del negocio bancario que se establece en beneficio de ambas entidades y no de los clientes, que podrían permanecer y mantener su relación crediticia con la cedente.

La Sala tampoco entiende cumplida la obligación de recabar el consentimiento de los interesados por el hecho de que se acordara remitir un mailing solicitando el consentimiento a los clientes afectados, al no haber podido acreditar la recepción de dicha comunicación, sin que tampoco resulte de aplicación al caso el artículo 5.5 de la LOPD, al no constar en el caso de autos una decisión en dicho sentido por la Agencia, constatando por tanto que la entidad bancaria que cedió los datos, lo hizo sin obtener el consentimiento de los interesados.

En cuanto a la parte cesionaria en virtud de ese contrato mercantil, en su condición de nuevo responsable del tratamiento, le resulta de aplicación el artículo 6 de la LOPD, que exige el consentimiento inequívoco del interesado, sin que resulte de aplicación la excepción del apartado 2 de dicho precepto porque los datos personales de las cuentas no se refieren a las partes del contrato de transmisión del negocio bancario que se está examinando. Además, el apartado 5 del artículo 11 de la LOPD obliga a quien se le comuniquen los datos de carácter personal, por el sólo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la Ley.

La Sala concluye que el cesionario de los datos no ha acreditado que mostrara la más mínima cautela a fin de comprobar si, efectivamente, cuando se traspasan las cuentas existía el consentimiento de sus titulares, considerando que la conducta de la entidad cesionaria supone una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, ya que en cuanto receptor de esa comunicación está obligado, una vez se produce la misma, a cumplir con las disposiciones de dicha norma, tal y como dispone el artículo 11.5.

■ TRATAMIENTO DE DATOS POR CUENTA DE TERCEROS Y GARANTÍAS EXIGIBLES

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2005 desestima el recurso interpuesto contra la resolución del Director de la Agencia de 30 de octubre de 2003, que desestima el recurso de reposición formulada contra la resolución de ese mismo órgano administrativo de 18 de septiembre de 2002, por infracción del artículo 6.1 de la LOPD. La existencia de un contrato entre la demandante y en este caso, una Administración Pública consistente en la prestación de un determinado servicio se encuadraría en lo establecido en el artículo 12 de la LOPD, siempre que dicho contrato contuviera las garantías exigidas por dicho precepto.

La recurrente alega que el hecho de haber firmado un contrato como culminación de un procedimiento de contratación administrativa, sujeto a los principios de publicidad y legalidad, careciera de las cautelas previstas en el artículo 12 de la LOPD, no supone que nos encontremos ante un contrato sin garantías, sino defectuosamente redactado y que por tanto, no justificaría la sanción. Alega además, que se limitó a participar en un procedimiento de contratación administrativa, entendiéndolo que el mismo se ajustaba a la Ley, sin que quepa responsabilizarla de los errores de un contrato sobre el que no tenía capacidad para modular.

En respuesta a estas alegaciones, la Sala argumenta que el hecho de que ese contrato se haya suscrito entre un particular y una Administración Pública y formalizado como contrato administrativo sometido a una serie de principios y garantías legales, no exime al tercero que efectúa ese tratamiento en virtud de dicha contratación de su obligación legal de obtener el consentimiento de los interesados, o en su caso, de cumplir con las garantías del artículo 12 de la LOPD que la actora entiende de aplicación. Por ello entiende que la ausencia de esas garantías no constituye un mero defecto, sino que tiene el efecto de conllevar la aplicación del artículo 11 de la LOPD.

En consecuencia, al no constar en el contrato las medidas de seguridad expresamente impuestas al encargado del tratamiento, ni indicar que únicamente se podían tratar los datos conforme a las instrucciones del responsable, ni compromiso alguno de que el encargado no utilizará los datos cedidos con fines distintos a los que justificaron la cesión, ni que los comunicará a terceros cabe concluir que la actora incurrió en la infracción por la que es sancionada.

- COMERCIALIZACIÓN DE UN CD-ROM QUE PERMITE LA BÚSQUEDA INVERSA DE DATOS DE ABONADOS AL SERVICIO TELEFÓNICO

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2005 desestima el recurso interpuesto contra la resolución del Director de la Agencia de 17 de septiembre de 2002, que confirma en la resolución de ese mismo órgano administrativo de 24 de julio por infracción del artículo 11 de la LOPD.

La resolución impugnada fundamenta la existencia de la infracción, en la comercialización de un CD-ROM conteniendo datos personales que son tratados sin conocimiento de los interesados, por cuanto si bien estos datos pueden figurar en una guía telefónica, la finalidad de estas y para lo que se otorgó el consentimiento es facilitar el número del teléfono del abonado a partir de su nombre y apellidos, en tanto que dicho CD-ROM permite la búsqueda inversa de datos, es decir, la obtención de una dirección a través de un número de teléfono, que es una finalidad distinta para la que no se otorgó el consentimiento por las personas afectadas.

La Sala entiende que por aplicación de la normativa sobre telecomunicaciones vigente a la fecha de los hechos (artículo 37 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y el artículo 14 del Reglamento de Telecomunicaciones, aprobado por R.D. 1736/1998, de 31 de julio), la finalidad de las guías telefónicas, para las que los abonados prestaron su consentimiento, es la de facilitar la obtención del número de teléfono del abonado a partir de sus apellidos y nombre, y el uso de esos datos personales

se limita a ese fin específico, que es al que otorgaron su consentimiento las personas que figuran en ella. Esta finalidad no es la que persigue el producto comercializado que permite, entre otras funcionalidades, completar una dirección a partir de un número de teléfono (búsqueda inversa). Esta finalidad distinta, según señala la sentencia *"puede constituir una intromisión no esperada en la intimidad de las personas según se ha puesto de relieve en la Opinión 5/2000 del 'Grupo' de protección a las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales creado por el artículo 29 de la Directiva 95/96 los interesados, no prestaron su consentimiento, de ahí la necesidad de recabarlo"*.

La Sala concluye que la comercialización del citado producto, en cuanto contiene un conjunto organizado de datos de carácter personal que permite un tratamiento más allá del previsto en la fuente accesible al público, se configura como un supuesto de cesión ilícita de datos personales al no contar con el consentimiento de los interesados.

SENTENCIAS DE MAYOR RELEVANCIA DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Como ya se indicó con anterioridad, el criterio sostenido por la Agencia Española de Protección de Datos ha sido mantenido en la totalidad de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo durante el año 2005, desestimándose todos los recursos interpuestos contra sentencias de primera instancia en que se confirmaba el criterio sustentado por la Agencia. De este modo, la única ocasión en que se declaró haber lugar al recurso de casación se refirió a uno interpuesto por el legal representante de la Agencia frente a sentencia de la Audiencia Nacional en que se estimaba parcialmente el recurso interpuesto a su vez contra resolución de la Agencia, considerando el Tribunal Supremo no haber lugar a la estimación parcial del mismo.

A diferencia de lo ocurrido en años anteriores, en que la mayor parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se refería a supuestos muy concretos, reiterándose en varios fallos a lo largo del ejercicio, durante el año 2005 han sido variadas las cuestiones sobre las que se ha pronunciado el Alto Tribunal, siendo preciso reherirnos a la mayor parte de los casos, habida cuenta del interés que presentan y de la naturaleza del Órgano Jurisdiccional autor de las sentencias y su papel en la formación de la jurisprudencia relativa a la aplicación de la LOPD.

■ SUPUESTOS DE DIFERENCIACIÓN ENTRE EL RESPONSABLE DEL FICHERO Y EL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO

El Tribunal Supremo ha venido a ratificar el criterio ya sustentado en su sentencia de 5 de junio de 2004, a la que se hizo referencia en la Memoria correspondiente a dicho ejercicio, en el sentido de considerar que la aprobación de la LOPD supone una sustancial modificación del régimen aplicable bajo la vigencia de la LORTAD en el sentido de apreciar la posible existencia de responsabilidad, junto con el responsable del fichero, del responsable del tratamiento, que decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento aún cuando no tenga materialmente los datos en su poder.

Así, las SSTs de 28 de febrero y 26 de abril de 2005 ratifican el criterio sustentado por la ya citada STS de 5 de junio de 2004 en relación con las entidades que resultan beneficiarias de un tratamiento realizado en el marco de actividades de publicidad y prospección comercial.

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, indicando en la primera de las sentencias que *"es el caso que junto al responsable del fichero -que era en la Ley 5/1992- quien estaba sujeto al régimen sancionador establecido en dicha Ley (art. 42) en la nueva Ley 15/1999 aparece un nuevo personaje, el responsable del tratamiento, como posible sujeto pasivo de la potestad sancionadora de la que hoy se llama -a partir de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre- Agencia Española de Protección de Datos (artículo 43)"*.

Como recuerda la STS de 28 de febrero de 2005, *"No se trata como se ve de un mero cambio de redacción, de un simple giro gramatical, o una innovación puramente estilística. Es algo más profundo: estamos ante un cambio esencial en el modo de afrontar la regulación de las relaciones que se entablan entre quienes manejan los datos y el titular de los mismos"*, añadiendo que *"Así las cosas, es claro que habiéndose aplicado por la sentencia impugnada una legislación que introduce tan radical innovación respecto de la legislación precedente, que es la aplicada por las sentencias de contraste, falta aquí la identidad sustancial entre hechos, fundamentos y pretensiones -las tres y no sólo una de ellas- que la Ley procesal exige como presupuesto inexcusable para que este Tribunal de casación pueda entrar a conocer del fondo"*.

La STS de 14 de junio de 2005 resulta especialmente relevante, por cuanto se refiere a las entidades informantes de un fichero de solvencia patrimonial y crédito. Debe recordarse que las sentencias aportadas en casación para unificación de doctrina en los recursos resueltos en los tres supuestos que se están analizando aportaban como sentencias de contraste las del TS de 13 de abril, 29 de julio y 3 de diciembre de 2002, referidas precisamente a este tipo de ficheros.

Pues bien, en la sentencia ahora citada el Tribunal Supremo reitera el criterio sustentado en la STS de 5 de junio de 2004, considerando que las entidades financieras informantes a un fichero de solvencia patrimonial y crédito tienen la condición de responsable del tratamiento, encontrándose sometidas al régimen sancionador previsto en la LOPD, de forma que en el caso analizado la entidad es válidamente sancionada como consecuencia de la inclusión en el fichero de un dato inexacto.

■ SANCIÓN POR INFORMACIÓN INSUFICIENTE AL AFECTADO ACERCA DEL TRATAMIENTO DE SUS DATOS

La STS de 11 de abril de 2005 declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de mayo de 2000, por la que se desestimaba el recurso interpuesto contra resolución sancionadora de la Agencia de 3 de abril de 1998 por incumplimiento del deber de informar a los afectados.

La sentencia se refiere a un determinado operador de telecomunicaciones que había remitido a sus abonados una carta no personalizada con el siguiente contenido: *"Con la finalidad de proporcionarle los mejores servicios, le participamos que los datos que de usted disponemos están incorporados en fichero informatizado titularidad de esta Empresa. Si lo desea, puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y en su caso, revocación del consentimiento para la cesión de sus datos, en los términos previstos en la Ley 5/1992, de 29 de octubre, y demás normas que la desarrollan, a través de nuestros servicios comerciales. Para una atención más completa y personalizada, le comunicamos que dichos datos podrán ser intercambiados entre (...) y las correspondientes filiales y participadas del Grupo (...) para la oferta de productos o servicios que puedan ser de su interés a partir del 31 de enero de 1997, salvo instrucciones expresas en contrario por su parte"*.

La sentencia hace suyo el razonamiento de la sentencia de instancia, no tomando en consideración las alegaciones de la recurrente, que consideraba cumplido el artículo 5 LOPD, considerando que *"Esta información, sin embargo, omite un dato esencial exigido en el art. 5.1.a) que es el relativo a la finalidad de la incorporación de los datos en el fichero y los destinatarios de tales datos, sin que la alusión que en la circular remitida por (...) a sus clientes, en orden a esa finalidad como la de "proporcionarles los mejores servicios" suponga poner en conocimiento de los afectados - como exige la Ley- el concreto destino que se persigue con la incorporación del dato en el fichero"*.

Al propio tiempo, y siguiendo su jurisprudencia reiterada, considera inaplicable en este caso el artículo 45.5 LOPD.

■ CESIÓN DE DATOS PARA SU APORTACIÓN A UN PROCESO

La STS de 12 de abril de 2005 desestima el recurso interpuesto contra Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 2000, por la que se desestima el recurso interpuesto contra la resolución sancionadora de la Agencia de 24 de marzo de 1999 por cesión ilícita de datos de carácter personal.

La sentencia se refiere a un supuesto en que una corporación municipal facilitó datos del padrón municipal de habitantes a un vecino que posteriormente los aportó a un proceso judicial civil. El ayuntamiento fundaba la cesión en la aplicación del artículo 11.2 d) LOPD, por lo que no era preciso consentimiento alguno para dicha comunicación de datos, dado que los mismos se aportaron a un proceso.

La sentencia señala, en primer lugar, que *"el dato es propiedad de su titular, la materia de derecho fundamental, y, por tanto, sujeta a interpretación restrictiva, y como mantiene la Sentencia de instancia "lo cierto es que la persona a quien se entregaron las certificaciones fue un particular sin perjuicio del posterior uso que hiciese de las mismas"*. Así concluye que *"la expresión destinatario es unívoca y simple, es decir, la de la persona a la que se envía una carta, documento u otra cosa, y, desde luego, no es éste el supuesto, ya que el destinatario de los datos del empadronamiento no fue el Juzgado de (...) sino el presidente de la sociedad de cazadores "los jarales" titular del coto de caza (...), que dispuso a su albedrío de un dato confidencial que afectaba a dos personas, y que, de modo*

unilateral, aportó como medio de prueba en un proceso civil que se tramitaba en el Juzgado núm. 2 de los de Primera Instancia e Instrucción de (...), de modo que es claro que el destinatario de los datos obtenidos sin consentimiento de sus titulares no era el Juzgado al que finalmente se aportaron".

- UTILIZACIÓN DE LOS DATOS DEL CENSO ELECTORAL PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE PUBLICIDAD Y PROSPECCIÓN COMERCIAL

La STS de 12 de febrero de 2005 declara no haber lugar al recurso interpuesto contra Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2000 por la que se desestima el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia de 20 de enero de 1997 por la que se denegaba la inscripción en el Registro General de Protección de Datos de un determinado fichero empleado para actividades de publicidad y prospección comercial cuyos datos habían sido tomados del censo electoral, siguiendo así la doctrina sentada en otras Sentencias del Alto Tribunal en relación con la ilicitud de este tipo de tratamientos.

En la Sentencia se señala claramente que "los datos sacados de un registro obligatorio de titularidad Pública no pueden ser la base del fichero. Así se deduce que el Censo Electoral no puede ser el origen de un fichero de titularidad privada, pues no se cuenta con el consentimiento de las personas afectadas".

La sentencia reitera la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la aplicación del artículo 39.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, reguladora del Comercio Minorista, considerando que la interpretación de que dicho precepto contiene una declaración general de accesibilidad al público respecto del nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral "*supone una interpretación fragmentaria de dicha disposición*", dado que la misma "*se remite expresamente al régimen establecido al efecto por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, que, a su vez, contiene en su artículo 2.3 a) una remisión a la legislación de régimen electoral en cuanto al censo electoral y, además, excluye del régimen general de su artículo 11.2 b) (cesión sin consentimiento del afectado de datos recogidos de fuentes accesibles al público) los ficheros de titularidad pública (artículo 19.3), para cuya cesión o transferencia de datos a ficheros de titularidad privada se requiere el consentimiento del interesado y, por consiguiente, la aplicación concordada de los dispuesto por los artículos 41.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General a), 11.2 b) y 19.3 de la Ley Orgánica Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de 1992, entonces vigente, y 39.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista impide a la Administración Electoral y a la Oficina del Censo Electoral suministrar a las empresas dedicadas a la publicidad y a la venta directa los datos del censo electoral, consistentes en el nombre, apellidos y domicilio de los electores, salvo que los interesados prestasen su consentimiento*".

Concluye así la sentencia que "*De todo lo hasta aquí argumentado y del análisis que en la Sentencia antes citada se hace del art. 39.3 LOCOM, resulta claro que el consentimiento del interesado prestado de forma inequívoca es esencial, pues, para que el*

nombre, apellido y domicilio de los que aparecen en el censo electoral puedan cederse o transferirse, (...) resultando consiguientemente ajustada a Derecho la argumentación contenida en la Sentencia de instancia que ratifica la improcedencia de la inscripción (...) en el Registro General de Protección de Datos del fichero".

■ CONFORMIDAD CON LA LOPD DEL TRASLADO A INTERESADOS EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE LA DOCUMENTACIÓN NECESARIA PARA HACER VALER SU DERECHO

La STS de 26 de octubre de 2005 declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de abril de 2001, por el que se desestima el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia de 13 de marzo de 2000 que acuerda el archivo de actuaciones seguidas contra el Ministerio de Economía y Hacienda.

La resolución recurrida era consecuencia de la denuncia formulada por el recurrente en casación en relación con el escrito que había recibido de la Subdirección General de Recursos y Reclamaciones del Ministerio de Economía y Hacienda por el que se le daba traslado del Acuerdo de inicio del procedimiento de declaración de lesividad, a efectos de su ulterior impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de diversas resoluciones de Tribunales Económico-Administrativos, y en el que como parte interesada se le concedía plazo para alegaciones, incluyéndose en dicho traslado información referida no sólo a la resolución que le afectaba, sino a las restantes reclamaciones a las que se refería el procedimiento.

La STS hace suyo el criterio de la Sentencia de instancia, indicando que *"la decisión administrativa de dar traslado de toda la documentación contenida en un expediente, en el que figuran como interesados una pluralidad de personas, de forma que cada uno puede acceder a la documentación que afecta a los otros, no puede comportar una vulneración del art. 18 de la Constitución, cuando ese acceso se produzca por exigencia de la propia actuación procedimental y en el ámbito que marca su propio contenido"*. Por ello, se concluye que *"no se había producido difusión de datos en el sentido de divulgación indiscriminada de los mismos sino el cumplimiento de un requisito legal: "el traslado de toda la documentación comprensiva del expediente en el ámbito de la relación jurídica entre partes" lo que corroboró al afirmar, como ya hemos dicho con anterioridad, que esa conducta no podía vulnerar el art. 18 de la Constitución cuando la comunicación se produjo en el ámbito de un procedimiento que imponía esa entrega"*.

■ CESIÓN DE DATOS DE FUNCIONARIOS DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES PRIVADAS

La STS de 21 de diciembre de 2005 declara no haber lugar al recurso interpuesto contra Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de septiembre de 2004 por la que se desestima el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia por la que se imponía una sanción por tratamiento de datos sin consentimiento.

En este caso se había celebrado un acuerdo entre una empresa óptica y una Diputación Provincial sobre descuentos y ofertas especiales en diversos productos, dirigido a los trabajadores de la Diputación y sus familiares más directos, que se beneficiaran de la oferta identificándose como trabajadores de aquélla por medio de una tarjeta. De este modo los datos personales correspondientes a todos los funcionarios de la Diputación Provincial fueron extraídos por la Junta de Personal, sin consentimiento de los titulares, de los ficheros automatizados de la Diputación Provincial y grabados en un listado que fue entregado a la óptica, que remitió el listado a una tercera entidad, encargándole que elaborara las Tarjetas, remitidas posteriormente a los trabajadores. El procedimiento se dirigió contra la empresa de óptica firmante del Convenio.

La Sentencia declara que *"las personas afectadas tienen perfecto derecho a que sin su consentimiento no se les confeccione una tarjeta con sus datos personales, no bastando con la posibilidad, como se argumenta por la actora, que el interesado no haga uso de ella o que pueda destruirla"*.

En este sentido, en cuanto a la alegación de que los datos proceden de fuentes accesibles al público, dado que el nombramiento de los funcionarios figura en un boletín oficial, se señala que ha quedado acreditado que se produjo la cesión desde la Junta de Personal. Del mismo modo, en cuanto a la publicación de los datos en el sitio web de la Diputación, se indica terminantemente que *"la página Web de la Diputación no puede ser considerada una fuente accesible al público en los términos del art. 3j) de la LOPD"*.

Por último, se recuerda que *"si bien los interesados fueron informados por la propia Diputación Provincial de que se había firmado un acuerdo de colaboración, dicha información les fue remitida en mayo de 2001, es decir, una vez que el tratamiento de datos ya se había producido, pero en cualquier caso dicha información no enerva la obligación del responsable del fichero de solicitar el consentimiento de los afectados, lo que no aconteció en nuestro caso"*.

Asimismo, se denegó la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 45.5 LOPD.

■ COMUNICACIÓN DE DATOS DE COLEGIADOS A EMPRESAS PARA LA REALIZACIÓN DE ACCIONES DE PUBLICIDAD

La STS de 27 de septiembre de 2005 declara no haber lugar al recurso interpuesto contra Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2001 por la que se desestima el recurso interpuesto contra resolución de la Agencia de 17 de noviembre de 1999, por la que se imponía una sanción muy grave por cesión inconsentida de datos por parte de un Colegio Profesional que comunicó a terceras entidades los datos de sus colegiados para que pudieran remitirse a los mismos envíos publicitarios de toda índole, resultando que varios de ellos fueron remitidos a un colegiado que expresamente había manifestado al Colegio su negativa a recibirlos.

El Colegio argumentaba que las comunicaciones se realizaban en el marco de sus propias competencias de llevanza del censo de colegiados y de promoción por todos los

medios a su alcance de la constante mejora de los niveles científico, cultural, económico y social de los colegiados.

Frente a ello, el Tribunal Supremo señala que *"Tales específicas funciones, que responden lato sensu a las que en el ámbito territorial señala el artículo 5, letra f) de la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974: "organizar actividades y servicios comunes de interés para los colegiados, de carácter profesional, formativo cultural y de previsión y otros análogos...", no habilita, una vez declarado probado por la Sala de instancia que existía una base informativa en los ficheros del Colegio, para ser utilizados sin autorización o consentimiento de los colegiados para fines distintos e incompatibles a los estrictamente corporativos"*.

Por otra parte, en relación con la alegación del Colegio de falta de culpabilidad, la Sentencia recuerda la argumentación mantenida en la instancia, señalando que se *"aprecia una conducta negligente en la actuación de la parte recurrente "tanto en el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal sin consentimiento del afectado, al que se siguió enviando publicidad después de su expresa manifestación en contra; como por la cesión de datos de carácter personal a una entidad bancaria, en cumplimiento de un convenio de colaboración entre ambas partes..."*, precisando respecto de esta última infracción que *"constituye algo más que una falta de diligencia, pues, es una conducta que comporta un importante reproche social, y por ello es considerada una sanción muy grave en la Ley Orgánica 5/1992"*

■ REVOCACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 45.5 APRECIADA EN PRIMERA INSTANCIA

La STS de 28 de marzo de 2005, declarando no haber lugar el recurso interpuesto por la entidad sancionada por la Agencia Española de Protección de Datos contra la Sentencia de 7 de julio de 2000 de la Audiencia Nacional por la que se estimaba parcialmente el recurso de aquélla contra resolución de la Agencia de 22 de diciembre de 1998, declara, por su parte, haber lugar al recurso del Abogado del Estado frente a la citada estimación parcial, consistente en la aplicación por la Sala de instancia del artículo 45.5 LOPD.

En relación con el último de los recursos citados, la Sala declara que *"Es evidente, por tanto, que el Tribunal "a quo" para proceder en la forma en que lo hizo, hubiera debido motivar las circunstancias concurrentes, que le llevaban a aplicar dicho precepto y es lo cierto, que la argumentación vertida al respecto por la Sentencia de instancia, que anteriormente se ha recogido, no cumple la exigencia de una mínima motivación, pues sólo de forma absolutamente genérica, se refiere a "circunstancias concurrentes" y habla de una "cierta entidad", pero sin precisión concreta de aquellas circunstancias específicas, concurrentes en el caso de autos, que hubieran quedado acreditadas y no fundadas en especulaciones dialécticas, con una entidad suficiente, que permitiera la reducción de la sanción, que se imponía en vía administrativa"*.