

Audiencia Nacional. Sentencia de Sentencia de 02-03-2006. Sala de lo Contencioso- Administrativo, sección primera. Cesión de datos personales sin consentimiento.

Madrid, a dos de Marzo de dos mil seis.

Vistos por la Sala citada al margen el Recurso numero 01/355/20 interpuesto por "ENTIDAD A" (cuya anterior denominación "ENTIDAD A"), representado por el procurador Sr., contra la resolución dictada por el Director de Agencia Española de Protección de Datos de fecha 16 de febrero de 2004 la que se desestima el recurso de reposición interpuesto frente a la resolución de 13 de abril de 2004 por la que se impone a la entidad recurrente una multa de 300.506,05 euros por infracción del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/99 tipificada como muy grave por el artículo 44.4.b) de la misma Ley Orgánica habiendo sido parte el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso ha sido fijada en 300.506,05 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO: Por el indicado recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado ante esta sala contra el acto mencionado en el encabezamiento de esta resolución, acordándose su admisión y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazado para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que, tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó solicitando la estimación del recurso y la consiguiente anulación del acto recurrido ó, subsidiariamente, declare que procede imponer la sanción en su grado mínimo correspondiente a 60.101,21 euros.

De lo que resulta del expediente administrativo y de las alegaciones y pruebas de las partes a lo largo de este recurso contencioso, puede concretarse el siguiente relato de hechos:

- JPM recibió en su domicilio una carta de la vidente MD en la que realizaba determinadas consideraciones sobre determinados acontecimientos de su vida que estaban escritos en los astros así como le ofrecía determinados productos de carácter esotérico. En la carta se indicaba expresamente que los datos procedían de la entidad "ENTIDAD A" que era la entidad responsable del fichero. Y que los datos serían tratados en un fichero de "ENTIDAD B".

- Los datos de JPM se encuentran registrados en un fichero de "ENTIDAD A". Y fueron recabados por medio de dos formularios cumplimentados por el interesados sobre hábitos de consumo en relación a diversas cuestiones y productos de uso cotidiano.

- En el cuestionario de hábitos de consumo que había cumplimentado el denunciante se incluía una cláusula del siguiente tenor literal: "La información que

se nos proporcione será conservada en archivo bajo la responsabilidad de "ENTIDAD A" podrá poner sus respuestas a disposición de otras prestigiosas organizaciones tales como proveedores de transporte, ocio, servicios financieros, publicaciones, venta por correo, organizaciones caritativas, productos de gran consumo y otros servicios que pueden ser de su interés. Marque esta casilla si usted ó su pareja prefieren no recibir esta ofertas. Sus respuestas son completamente voluntarias. Por la Ley Orgánica 15/99 (13 de Diciembre de 1999) de Protección de Datos de Carácter Personal, Vd. podrá acceder, rectificar y cancelar su información escribiendo a "ENTIDAD A", "LOCALIDAD A"

- La casilla en cuestión no fue marcada por el recurrente, tal como resulta de los folios 49 y 63 del expediente.

- JPM también había cumplimentado una encuesta, que obra a partir del folio 43 del expediente administrativo, en la que se hacía referencia a determinados hábitos de consumo y que se le había entregado con la compra de un producto de telefonía de la empresa "ENTIDAD C". En dicha encuesta también se incluía la mención de que "ENTIDAD A" podría utilizar sus datos para promociones de otras instituciones para la prestación de servicios de ocio, venta por correo y se añadía: "Por favor, marque aquí si prefiere no participar en esta oportunidad". La correspondiente casilla estaba sin marcar por el denunciante.

- Posteriormente, con fecha 31 de diciembre de 1998, "ENTIDAD A" (posteriormente "ENTIDAD A") suscribió con "ENTIDAD D" un llamado contrato de listbroking por el que la primera se comprometía a facilitara la segunda la realización de mailing ó campañas de publicidad.

- Con fecha 3 de julio de 2002 "ENTIDAD A" solicitó de la entidad ahora recurrente un pedido de 36.624 direcciones para realizar un mailing a favor de "ENTIDAD B" Dichas direcciones se facilitaron mediante la entrega de un disquete y entre dichos datos estaban los de JPM.

- Con fecha 4 de noviembre de 2002 se presentó ante la Agencia de Protección de Datos denuncia suscrita por JPM en la que relataba como había recibido varias cartas de la vidente MD en las que se incluía la mención del origen de los datos.

SEGUNDO: La representación procesal de la parte demandada contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

TERCERO: Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes que se declararon pertinentes con el resultado que se hizo constar en autos.

CUARTO: Dado traslado a las partes, por su orden, para conclusiones, se evacuaron en sendos escritos en los que realizaron las manifestaciones que le convinieron a sus respectivos intereses.

QUINTO: Con fecha 1 de marzo se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo visto para sentencia.

Ha sido ponente del presente recurso el Magistrado Iltmo. Sr.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Se interpone el presente recurso contencioso administrativo resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha el 16 de febrero de 2004 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto frente a la resolución de 13 de abril de 2004 por la que se impone a la entidad recurrente una multa de 300.506,05 euros por infracción del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/99 tipificada como muy grave por el artículo 44.4.b) de la misma Ley Orgánica.

La resolución impugnada, tras efectuar un relato de la tramitación del expediente y recoger los hechos probados establece que lo que se ha producido en el caso presente ha sido una cesión de datos y no un uso indebido de los datos (por lo que no se aplica lo señalado por el artículo 4.2 de la Ley Orgánica). Entiende que en el caso presente se produjo una cesión de datos a una tercera empresa para la realización de un mailing con información sobre productos comerciales.

Considera que lo relevante es la determinación del consentimiento para que se produjera la cesión de datos con una finalidad determinada. Entiende que, en el caso presente, la venta por correo no es una finalidad determinada y que en el cuestionario cumplimentado por el denunciante se hace mención a 42 aficiones y ninguna de ellas se refiere al esoterismo por lo que no puede considerarse que dicha actividad corresponda a la finalidad de ocio de la que se informó al afectado y que permitió el tratamiento de datos.

Concluye, pues, que "ENTIDAD A" no contaba con el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos personales y que es responsable de la cesión realizada sin que procediera la aplicación de lo previsto en el artículo 45.5 de la Ley Orgánica.

SEGUNDO: La parte recurrente en su escrito de demanda considera que el denunciante cumplimentó diversas encuestas, que aparecen oportunamente incorporadas al expediente administrativo, sin que señalara en ninguna de ellas las casillas que hacían referencia a la no autorización para proceder al tratamiento de los datos que había incorporado en dichas encuestas. Entiende que no se justifica el cambio en la calificación de su conducta realizada entre el inicio y el

final del expediente y ello pues al principio se entendió que se había infringido el artículo 4.2 de la Ley Orgánica mientras que, finalmente, consideró que se había producido infracción de los requisitos señalados en el artículo 11.1 en relación a la cesión de datos.

Considera la parte recurrente que la cesión se produjo dentro de las finalidades para las que se había recabado el consentimiento del interesado y ello pues la publicidad recibida por el denunciante no se refería sino a productos de ocio y que no se puede reclamar del recurrente una identificación plena y milimétrica entre el consentimiento recabado (la cláusula informativa) y la publicidad recibida por el denunciante.

También entiende que la empresa recurrente no es responsable del contenido de la campaña publicitaria realizada por la compañía "ENTIDAD B". y ello pues dicha campaña incluía valoraciones de carácter subjetivo que no tienen sino carácter promocional y comercial que son ajenas a la empresa ahora recurrente a la que no se le puede obligar a que analice previamente el contenido de la campaña promocional en cuestión.

TERCERO: En relación a la primera cuestión que se plantea por la parte recurrente y que hace referencia a la irregular modificación del tipo sancionador que se imputa a la recurrente es necesario señalar como es cierto que en el Acuerdo de Inicio del Expediente Sancionador que obra a partir del folio 125 del expediente se hace mención (apartado 5) a los hechos que se imputan: "ENTIDAD A" facilitó a la empresa "ENTIDAD D". en virtud de un contrato de listbroking los datos del denunciante para la elaboración de una campaña publicitaria de la empresa Savia Mail S.A. consistente en la remisión de un envío publicitario de la vidente MD y, sin embargo, la cláusula utilizada por la recurrente en el cuestionario no contiene ninguna referencia a que sus datos sean destinados a la antedicha finalidad". Considera la resolución que acuerda el inicio del expediente que esos hechos podrían suponer infracción del artículo 4.2 de la Ley orgánica 15/99 tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la misma norma.

Sin embargo, en la resolución que recoge la propuesta de resolución, que obra al folio 191 del expediente se considera que los hechos recogidos en la resolución de inicio de expediente (que se transcriben literalmente y sin modificación alguna) constituyen una cesión de datos que debe determinarse si reúne las exigencias del artículo 11 de la LOPD.

Tras realizar el recurrente las alegaciones que le convinieron (y que consta en el escrito que obra al folio 200 del expediente) y que se refirieron a la cuestión del cambio de tipificación de la sanción, se dictó la resolución que ahora es objeto de recurso en la que se hace expresa mención que es mas exacta la tipificación sobre la base de lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPD y resultando como única cuestión relevante la que hace referencia al cumplimiento de los requisitos de dicho artículo 11 para la cesión y sin que se haya producido indefensión para la recurrente "puesto que no supone variación alguna en los hechos imputados frente a los que "ENTIDAD A" ha formulado alegaciones que a su derecho ha estimado

convenientes".

Sobre la base de estos hechos debe concluirse que ninguna indefensión se ha ocasionado a la recurrente por la modificación en la calificación jurídica de los hechos imputados, hechos que no han variado entre la Resolución de inicio del expediente y la Resolución ahora impugnada. Téngase en cuenta que no se ha acreditado que la variación en la calificación haya supuesto ninguna clase de perjuicio para la recurrente pues esta ha conocido dicha variación y, además, ha formulado a lo largo del expediente las consideraciones que han convenido a su interés.

La variación a lo largo de la tramitación del expediente sancionador de la calificación jurídica de los hechos, sobre la base del mantenimiento de los mismos hechos imputados ha sido aceptada por esta Sala y se ha entendido que ni supone ninguna irregularidad ni ocasiona ningún tipo de indefensión. Así se pronunció esta Sala en la sentencia dictada en el recurso 1133/1999 donde se dice que: "según la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en la STC 302/2000, y adaptando al ámbito sancionador los principios penales, es posible el apartamiento de las calificaciones que constituyen la acusación siempre que confluyan dos condiciones: la identidad del hecho que se va a sancionar objeto de acusación y resolución, en el sentido de que el mismo hecho descrito en la acusación, debatido en el procedimiento administrativo, y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación; y la homogeneidad de las infracciones, es decir, que tengan la misma naturaleza, pues el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo (SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 5; 134/1986, de 29 de octubre, FJ 2, 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3); De todo ello resulta que, ciertamente, la efectividad del " principio acusatorio exige para excluir la indefensión "que el hecho objeto de la acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables" (STC 134/1986, FJ 4), como ha acontecido este caso".

Aplicando esa misma doctrina al caso presente, procede confirmar el criterio de la resolución recurrida confirmando la resolución en cuanto a la posibilidad de la alteración de la calificación jurídica entre la iniciación y la conclusión del expediente sancionador siempre que, como ocurre en el caso presente, se cumplan los requisitos allí indicados.

CUARTO: El artículo 44.4.b) considera infracción muy grave "La comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas". A su vez, dicho precepto debe relacionarse con lo que establece el artículo 11.1 que en relación a la cesión establece que "Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado".

Uno de los pilares básicos de la normativa reguladora del tratamiento automatizado de datos es precisamente el principio del consentimiento o

autodeterminación, principio cuya garantía estriba en que el afectado preste su consentimiento consciente e informado para que la recogida de datos sea lícita, y que se plasmaba ya en el artículo 6.1 d e la LORTAD de 1992, a cuyo tenor, el "tratamiento automatizado de datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa", precepto reproducido en el nuevo arto 6.1 de la Ley Orgánica 15/99, que para resaltar la importancia del consentimiento del afectado, califica la prestación del consentimiento añadiendo la expresión "inequívoco".

Se trata de una garantía fundamental, legitimadora del régimen de protección establecido por la Ley, en desarrollo del arto 18.4 de la Constitución, dada la notable incidencia que el tratamiento automatizado de datos tiene sobre el derecho a la privacidad en general, y que sólo encuentra, como excepciones al consentimiento del afectado, aquellos supuestos que, por lógicas razones de interés general, puedan ser establecidos por una norma de rango de Ley.

Tal protección que se dispensa al ciudadano frente al tratamiento de datos personales sin su consentimiento se proyecta, también, sobre la hipótesis de la cesión a la que se refiere el artículo 11.1 de la repetida Ley Orgánica 15/1999, precepto ha de ser completado con el artículo 1.2 del RD 1332/1994 de 20 de junio, que referido a ficheros automatizados, define la cesión como toda obtención de datos resultante de la consulta a un fichero, la publicación de los datos contenidos en un fichero, su interconexión con otros ficheros y la comunicación de datos realizada por una persona distinta de la afectada.

Y también con la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, que se refiere a la cesión dentro de la definición referida al tratamiento, y la conceptúa como comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso de los datos, cotejo o interconexión.

El problema que se plantea en este caso es el que hace referencia al cumplimiento de los requisitos que señala el artículo 11.1 para la validez de la cesión de datos y que, básicamente, se refieren a dos circunstancias:

- La exigencia de que la cesión se realice en cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario.

- Que la cesión se lleve a cabo con el previo consentimiento del interesado.

QUINTO: En relación a la cuestión de la finalidad para la que se ceden los datos, la parte recurrente insiste en que el contenido de la cláusula de consentimiento recogida en las encuestas sobre hábitos de consumo a las que se ha hecho referencia en los antecedentes facticos de esta Sentencia, autorizaban a remitir publicidad relativa a "venta por correo" y cuestiones de "ocio" y considera que la carta remitida al denunciante por la vidente MD se encuadra dentro de dichos campos. Entiende la recurrente que lo que se recogía era una simple oferta

para la venta de un libro llamado "Gran manual Secreto de los iniciados" y considera que, por lo tanto, la campaña publicitaria se consideraba, simplemente, como cualquier otra de venta de libros por correo.

No obstante, es necesario señalar como la mera lectura tanto de la carta como de la última hoja que obra al folio 8 del expediente permite entender como no es cierto que la correspondencia remitida pueda considerarse, simplemente, como una cuestión de venta por correo.

Basta con recoger alguno de los párrafos del folio 8 del expediente para confirmar esta apreciación: "He recibido su carta y su oferta gratis de efectuar sobre mi una acción telepática. (...)He tomado nota de que su proposición es estrictamente confidencial y que tiene como misión revelarme ciertas fechas importantes que están escritas en los astros y transmitirme los conocimientos ocultos y los poderes secretos a fin de evitar las trampas que podían afectarme en los tiempos que se avecinan. (...)Me comprometo a no divulgar nunca a nadie lo que usted me va a confiar. Igualmente me comprometo a no utilizar nunca mis nuevos poderes y mis nuevos conocimientos para perjudicar a nadie". También se recogían determinadas indicaciones sobre el cambio más urgente que a los denunciados les gustaría que se produjera en sus vidas.

La lectura de los apartados que se acaban de transcribir, junto a otros que obran dispersos por toda la carta publicitaria recibida por el denunciante permite entender que no se está ante una simple campaña de venta de libros por correo sino que se trata de algo mucho más complejo y que se trata de una comunicación de contenido esotérico ajeno por completo a cualquiera de los campos en los que se había producido la recogida de datos del denunciante.

Por lo tanto, y siguiendo el criterio de esta Sala en la sentencia del recurso 1170/2001, resulta que, en contra de lo ordenado en el art. 11.1 de la Ley 15/1999, la entidad recurrente, comunicó a un tercero datos de carácter personal sin el consentimiento del afectado, sin concurrir las causas establecidas en apartado 2 de dicho artículo para que no se precise del consentimiento, y sin que su conducta se encuentre amparada en el art. 12 de la misma Ley

SEXTO: Por lo que se refiere a la cuestión de la exigencia a la entidad recurrente de que se asuma responsabilidad en cuanto a la finalidad y contenido de la publicidad recibida por el denunciante, esta Sala se ha pronunciado en alguna ocasión en relación a la obligación que asume el cedente de los datos de desplegar cierta actividad para asegurarse de que el titular de los datos ha prestado el consentimiento para la cesión de los datos, dicho argumento puede servir, también, en sentido contrario.

Se ha dicho en la sentencia dictada en el recurso 619/2002: *"Por lo demás, tal posibilidad de que el cesionario lesione el principio del consentimiento cuando trata y utiliza datos cedidos sin que se haya obtenido el previo consentimiento ha sido ya estudiado y resuelto por esta Sala y Sección, en sentido afirmativo, en la*

sentencia de 15 de septiembre de 2001 dictada en el recurso 1120/1999 en la que, entre otros razonamientos exponíamos que, si bien no puede serle exigido al cesionario la obtención del previo consentimiento de los datos cedidos, pues tal obligación es del cedente, sí debe serle exigido, conforme a parámetros de razonable diligencia en el mercado de tráfico de datos, que verifique en forma diligente que dicho consentimiento ha sido obtenido".

Por lo tanto, cabe entender que "ENTIDAD A" debió garantizar que el contrato de listbroking no iba a suponer una infracción de los derechos y garantías del denunciante que había accedido a integrarse en un fichero titularidad de la recurrente pero con unas finalidades específicas que no pueden ser obviadas.'

Es necesario referirse al contenido del contrato de listbroking que obra unido al expediente a partir del folio 23 y en cuyo Exponendo número 10 la entidad ahora recurrente asumía la responsabilidad de contar en cada caso con el consentimiento de las personas cuyos datos figuran en los ficheros por lo que era necesario que tuviera un control sobre el destino de dichos datos. En ejercicio de dicha exigencia de control, en la cláusula Undécima se establecía expresamente el derecho de la entidad recurrente de recibir información por escrito de quien hubiera concertado una campaña publicitaria para la que hubieran de utilizarse los datos incluidos en los ficheros de la recurrente.

Por lo tanto, aunque en el contrato así estaba establecido, la realidad es que la entidad ahora recurrente desatendió sus obligaciones de control en relación a la campaña publicitaria realizada por "ENTIDAD B" y autorizó el uso de los datos que había recogido legítimamente para una finalidad que no era la prevista y para la que no contaba con el consentimiento del titular, lo que obliga a la confirmación de la resolución recurrida.

SÉPTIMO: Finalmente, la parte demandante considera infringido, también, el principio de proporcionalidad y solicita la aplicación al caso del artículo 44.5 de la Ley Orgánica 15/1999, al apreciarse "una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho".

En este punto debemos reproducir el criterio señalado por esta Sala en otros casos relativos, también, a ficheros de morosos (por ejemplo la sentencia de fecha 30 de Junio de 2004, recurso 866/2002), y ello pues en el caso examinado la parte recurrente no concreta suficientemente que circunstancias predicables en este caso suponen esa cualificada disminución de la culpabilidad o antijuridicidad, teniendo en cuenta que la entidad recurrente realiza una actividad que por su naturaleza, alcance, implantación, volumen de datos personales en sus ficheros, y su habitualidad en el manejo, hacen que deba de extremarse el cuidado en la actualización y rectificación ajustando su práctica a las previsiones legales, pues, como hemos señalado, está en juego la salvaguarda de un derecho fundamental.

Téngase presente que ha de intensificarse la diligencia en materia de

protección de datos para hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos por medios informáticos que configuran un perfil de la persona, y respecto de los cuales el titular tiene el derecho para decidir su uso, finalidad y cesión en los términos que establece la Ley Orgánica 15/1999. Diligencia especialmente intensa para las entidades que, en el ejercicio de su actividad, entran en contacto y manejan un volumen alto de datos personales.

La parte recurrente basa su petición de que se aplique el principio de proporcionalidad en que ha actuado con arreglo a la legalidad tras conocer la denuncia formulada por el denunciante Sr. JPM. No obstante, a juicio de esta Sala, la actuación con arreglo a la legalidad no es sino la obligación principal de la entidad recurrente y no puede esta actuación tener el efecto pretendido de que se interprete como una disminución de la culpabilidad y ello, sobre todo, en casos como el presente en que el tipo aplicado en la sanción se ha referido a la conducta de una entidad que se dedica al manejo de datos particulares de forma industrial para realizar campañas comerciales y ello pues en esos casos, precisamente, se debe exigir un especial cuidado en cumplir las exigencias de la normativa de protección de datos.

OCTAVO: Por aplicación de lo establecido en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no resulta procedente hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes que han intervenido en este procedimiento.

Vistos los preceptos citados por las partes y los demás de general y pertinente aplicación al caso de autos

FALLAMOS

Que desestimando el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador, en la representación que ostenta de "ENTIDAD A", contra la resolución descrita en el primer fundamento de esta Sentencia, debemos confirmar la resolución recurrida por ser conforme a derecho. Todo ello sin haber lugar a expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos mandamos y fallamos.