

Procedimiento Nº PS/00499/2007

RESOLUCIÓN: R/00905/2008

En el procedimiento sancionador PS/00499/2007, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **Editorial Planeta, S.A.**, vista la denuncia presentada por **D. C.C.C.** y en base a los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 30/03/2006, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de D. C.C.C. (en lo sucesivo el denunciante) en el que denuncia que en la segunda quincena del mes de febrero de 2006, el Colegio C.E.I.P. Carmen Arias entregó a su hija menor de edad, H.H.H., para que entregara a sus padres, una nota informativa del Colegio y un escrito de Editorial Planeta, S.A. en el que se ofrecía la entrega gratuita de un libro del que su hija era coautora. En dicho escrito figuraban los datos de su hija de nombre, primer apellido, colegio en el que cursa sus estudios, y curso y clase, sin que se le haya solicitado su consentimiento .

Añade que en la nota informativa del colegio se indica que en el libro contiene una fotografía de su hija, sin que haya prestado su consentimiento para ello.

El denunciante aportó copia de la documentación que el colegio entregó a su hija, consistente en lo siguiente:

- Nota informativa para padres-madres en la que el colegio informa que se ha elaborado un libro en el que ha participado el alumnado del centro, patrocinado por Editorial Planeta, S.A., que para hacer entrega a cada alumno de un ejemplar del libro es necesario que se faciliten los datos de los padres a Editorial Planeta, S.A. a fin de que la entrega se realice en sus domicilios y que el libro, del cual su hija es coautora, contiene una fotografía suya.

- Escrito de Editorial Planeta, S.A. en el que se informa sobre "El libro de nuestra escuela" y se solicitan los datos personales del denunciante mediante un cupón incluido en el mismo y en el que constan los datos de nombre y primer apellido de su hija: "H.H.H.", nombre del centro de estudios: "CEIP CARMEN ARIAS", y datos sobre curso/clase: "(.....)".

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos la realización de las actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

- Según se desprende de la información y documentación facilitada por el colegio C.E.I.P. Carmen Arias, el colegio cumplimentó una solicitud para participar en la edición del libro "*El libro de nuestra escuela*" de Editorial Planeta, S.A. Para participar en la edición del citado libro se requiere como condición que participen individualmente todos los alumnos de Primaria y que los libros los entregue Editorial Planeta, S.A. en el domicilio de cada alumno.

A mediados de febrero de 2006 el colegio entregó a los alumnos un escrito, personalizado para ellos, que Editorial Planeta, S.A. había enviado previamente al colegio, en el que se solicitaba al padre, madre o tutor de los niños sus datos personales de nombre, apellidos, DNI, dirección, localidad, teléfono, código postal y provincia.

El citado escrito no fue devuelto por 48 alumnos y de ellos Editorial Planeta, S.A. sólo posee el nombre y primer apellido de los alumnos pues debían firmar con el nombre y primer apellido las redacciones que escribían. El libro contiene las redacciones de los alumnos con sus nombres y primeros apellidos y una relación de los mismos ordenados por curso, desde 3 años hasta 6º de Primaria

El libro elaborado con las redacciones del alumnado del colegio no contiene ninguna fotografía sino un dibujo realizado por los alumnos.

Los datos facilitados por los padres se entregaron a Editorial Planeta, S.A. en el mes de marzo de 2006.

- Según informó Editorial Planeta, S.A. "*El libro de nuestra escuela*" es un proyecto educativo destinado a la difusión de la lectura que concluye con la edición de un libro compuesto por historias redactadas por alumnos de los distintos centros escolares que deciden participar en el proyecto. Las escuelas proponen a los alumnos la presentación de redacciones, siendo éstas remitidas por los centros escolares a Editorial Planeta, S.A. quien maqueta y edita un libro, del cual se distribuyen gratuitamente ejemplares a las escuelas, profesores y padres que así lo desean.

El C.E.I.P. Carmen Arias se inscribió en el proyecto cumplimentando un cupón de inscripción ubicado en la página web www.....X....., donde se describe el proyecto y las reglas de su funcionamiento. Una vez inscrito el centro, los profesores del C.E.I.P. Carmen Arias pidieron a sus alumnos que presentaran una redacción sobre el tema "mi ciudad".

El C.E.I.P. Carmen Arias remitió las redacciones de 352 alumnos en soporte informático a Editorial Planeta, S.A. con indicación del nombre, apellidos y curso del alumno autor de cada redacción. Concretamente los datos de H.H.H. fueron remitidos por el colegio en fecha 8/2/2006.

Una vez maquetado el libro, Editorial Planeta, S.A. facilitó al CEIP Carmen Arias una carta para que fuera entregada a los padres de los alumnos junto con un cupón que debía ser cumplimentado para que el libro fuera entregado en el domicilio familiar.

Todos los datos de los alumnos remitidos por el CEIP Carmen Arias fueron cancelados tras realizarse la maquetación del libro.

TERCERO: Con fecha 28/01/2008, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a Editorial Planeta, S.A. con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18.1 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1999, que continúa en vigor de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), por la presunta infracción del artículo 6.1 de la citada Ley Orgánica, tipificada como grave en el artículo 44.3.d), pudiendo ser sancionada con multa de 60.101,21 € a 300.506,05 €, de acuerdo con el artículo 45.2 de la LOPD.

CUARTO: Notificado el citado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, Editorial Planeta, S.A. formuló alegaciones en las que alegó que no trató los datos de la hija del denunciante, pues no realizó ninguna operación ni procedimiento técnico, que sería responsable de la infracción el responsable del fichero, que es el Colegio el que encarga las redacciones a sus alumnos y quien remite tales redacciones a Editorial Planeta, S.A., que sólo organiza un proyecto educativo sin ánimo de lucro en el que las escuelas deciden participar voluntariamente, que el Colegio debió recabar el consentimiento de los padres para participar en el proyecto, y que no existe dolo ni culpa.

QUINTO: En fecha 10/03/2008, se acordó por la instructora del procedimiento la apertura de un período de práctica de pruebas en el que se dio por reproducida la documentación obrante en las actuaciones previas de investigación.

SEXTO: Concluido el período probatorio se inició el trámite de audiencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 18.4 del citado Real Decreto 1332/1994, en el que Editorial Planeta, S.A. solicitó copia de la documentación obrante en el procedimiento, y formuló alegaciones en las que manifestó que para realizar el proyecto es necesario que el Colegio remita a Editorial Planeta, S.A. las redacciones de los alumnos participantes, que una vez recibidas las redacciones se remite una carta a los padres para que decidan si quieren o no que la redacción de su hijo sea publicada en el libro, que el Colegio debió recabar las autorizaciones pertinentes y que Editorial Planeta, S.A. no es ni responsable del fichero ni encargado del tratamiento, que no se ha producido ningún daño y que y que no se creó ningún fichero ni se trataron datos de la menor.

SÉPTIMO: Con fecha 12/06/2008, se formuló propuesta de resolución en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a Editorial Planeta, S.A. con multa de treinta mil euros (30.000 €) por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma, dándose traslado para alegaciones.

OCTAVO: Editorial Planeta, S.A. formuló alegaciones en las que adujo que no existe culpabilidad en la actuación de Editorial Planeta, S.A., que resulta de aplicación al presente caso la Sentencia de la Audiencia Nacional de 04/07/2007 que estimó el recurso contencioso administrativo al entender que una compañía de seguros actuó en la creencia de que el mediador le había cedido los datos de los clientes que habían mostrado efectivamente interés en el seguro y que en otras resoluciones de la Agencia en las que se aplicó el principio de confianza legítima sólo se impuso una sanción de 600 € o 3.000 € como máximo.



HECHOS PROBADOS

PRIMERO: El C.E.I.P. Carmen Arias se inscribió, el 18/10/2005, en el proyecto “*El libro de nuestra escuela*” de Editorial Planeta, S.A. cumplimentando un cupón de inscripción ubicado en la página web www.....X....., donde se describe el proyecto y las reglas de su funcionamiento. Para participar en la edición del citado libro se requería como condición la participación individual de todos los alumnos de Primaria y que los libros los entregara Editorial Planeta, S.A. en el domicilio de cada alumno (folios 12 a 16 y 52 a 56).

SEGUNDO: Según informó Editorial Planeta, S.A. “*El libro de nuestra escuela*” es un proyecto educativo destinado a la difusión de la lectura que concluye con la edición de un libro compuesto por historias redactadas por alumnos de los distintos centros escolares que deciden participar en el proyecto. Las escuelas proponen a los alumnos la presentación de redacciones, siendo éstas remitidas por los centros escolares a Editorial Planeta, S.A. quien maqueta y edita un libro, del cual se distribuyen gratuitamente ejemplares a las escuelas, profesores y padres que así lo desean (52 a 56).

TERCERO: Una vez inscrito el centro, los profesores del C.E.I.P. Carmen Arias pidieron a sus alumnos que presentaran una redacción sobre el tema “mi ciudad” (folios 12 a 16).

El C.E.I.P. Carmen Arias remitió las redacciones de 352 alumnos en soporte informático a Editorial Planeta, S.A. con indicación del nombre, apellidos y curso del alumno autor de cada redacción. Concretamente los datos de H.H.H. fueron remitidos por el colegio en fecha 8/2/2006 (folios 52 a 56).

De los citados alumnos Editorial Planeta, S.A. posee el nombre y primer apellido y las redacciones que escribían .

CUARTO: A mediados de febrero de 2006 el colegio entregó a los alumnos un escrito, con los datos de los alumnos, que Editorial Planeta, S.A. había enviado previamente al colegio, en el que se solicitaba al padre, madre o tutor de los niños sus datos personales de nombre, apellidos, DNI, dirección, localidad, teléfono, código postal y provincia. El citado escrito se entregó junto con un impreso que debía ser cumplimentado por los padres con sus datos personales (folios 3, 4 y 18).

QUINTO: El citado escrito no fue devuelto por 48 alumnos (folios 12 y 13).

SEXTO: Los datos facilitados por los padres que sí cumplimentaron el cupón se entregaron a Editorial Planeta, S.A. en el mes de marzo de 2006 (folios 12 y 13).

SÉPTIMO: Con las redacciones de los alumnos, Editorial Planeta, S.A. elaboró el libro que contiene los nombres y primer apellido de los alumnos, entre ellos los de H.H.H., y una relación de los mismos ordenada por curso, desde 3 años hasta 6º de Primaria (folio 26 a 35).

OCTAVO: Según informó Editorial Planeta, los datos de los alumnos remitidos por el CEIP Carmen Arias fueron cancelados tras realizarse la maquetación del libro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

II

En el presente caso, se imputa a Editorial Planeta, S.A. una presunta infracción del principio de consentimiento, recogido en el artículo 6.1 de la LOPD que dispone que “*El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa*”.

El apartado 2 del mismo artículo añade que “*no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado*”.

El tratamiento de datos de carácter personal tiene que contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público, que existe una Ley que ampara ese tratamiento o una relación contractual o negocial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 7 primer párrafo) “*... consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de*

consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)".

Son pues elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

En este caso, el C.E.I.P. Carmen Arias remitió a Editorial Planeta, S.A. en soporte informático los datos de nombre, apellido y curso de 352 alumnos, junto con sus redacciones.

Posteriormente, Editorial Planeta trató los datos de los alumnos del citado centro para elaborar un escrito que debía ser entregado a los padres de los alumnos junto con un impreso que debía ser cumplimentado por los padres con sus datos personales. Así mismo trató los datos de la hija del denunciante que fueron incorporados al libro que editó Editorial Planeta. Para que el tratamiento de los citados datos, por parte de Editorial Planeta, S.A. resultara conforme con los preceptos de la LOPD, hubieran debido concurrir en el procedimiento examinado alguno de los supuestos contemplados en el artículo 6 de la Ley mencionada. Sin embargo, el consentimiento de los padres para el tratamiento de los datos de los alumnos se solicitó a los padres con posterioridad al citado tratamiento. Además, algunos de tales padres, como en el caso del denunciante, ni siquiera facilitaron su consentimiento con posterioridad.

Editorial Planeta no ha acreditado el consentimiento del denunciante para el tratamiento de los datos personales de su hija por lo que ha de entenderse conculado el artículo 6 de la LOPD.

III

Manifiesta Editorial Planeta, S.A. que no ha realizado ningún tratamiento ni es responsable del fichero.

Sin embargo, de acuerdo con la definición de tratamiento de datos contenida en el artículo 3.c) de la LOPD que considera como tal *"las operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias"*, ha de considerarse que la incorporación de los datos de los alumnos a los impresos que se entregaron a sus padres constituye un tratamiento de datos de carácter personal, en los términos establecidos en el artículo 3 transcritos.

Por otro lado, en cuanto a la alegación realizada por Editorial Planeta, S.A, en orden a que no es responsable del fichero debe indicarse que La hoy derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29/10, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LORTAD), delimitaba su ámbito de aplicación en torno al concepto de fichero automatizado (art. 2), que figuraba definido como *"todo conjunto organizado de datos de carácter personal que sean objeto de tratamiento"*

automatizado (...)". Congruentemente con dicha configuración legal, la LORTAD se limitaba a definir la figura del responsable del fichero (art. 3.b) y d)).

Por el contrario, la vigente LOPD ha modificado el ámbito de aplicación objetivo de la norma circunscribiéndola a *"los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento automatizado, y a toda modalidad de uso posterior a estos datos (...)"* (art. 2). De acuerdo con esta delimitación, la LOPD modifica la definición del fichero y diferencia las figuras del responsable del fichero y del responsable del tratamiento (art. 3.b. y d.). Asimismo delimita con precisión la figura del encargado del tratamiento (art. 12). Efectivamente, el artículo 3 de la LOPD establece lo siguiente:

"b) Fichero: Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso."

"d) Responsable del fichero o tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento."

Esta modificación es congruente con las exigencias de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que la LOPD incorpora a nuestro derecho, conforme a la cual, en el caso de los datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, la Ley se aplica no sólo cuando existe un conjunto organizado (fichero) de dichos datos, sino también cuando se realizan operaciones y procedimientos que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, bloqueo y cancelación de aquellos, aunque el responsable de ese tratamiento carezca de bases de datos de su titularidad que, de acuerdo con los términos legales, se incluyen en la definición de fichero.

Conforme se ha señalado, cabe que el sistema de protección de la LOPD se exija a los responsables del tratamiento, aunque carezcan de ficheros, e incluso, a los meros encargados de aquél, a los que la LOPD también puede convertir en responsables (art. 12.4).

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26/01/2005, dictada en casación para unificación de doctrina, confirma la doctrina anteriormente expuesta al señalar 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), Véase lo que dicen uno y otro precepto:*

Ley 5/1992 <<Art. 42. Responsables: 1. Los responsables de los ficheros estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley>>.

Ley 15/1999 << Art. 43. Responsables: 1- Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido

en la presente ley>>.

Y esto es así porque la nueva Ley Orgánica –a diferencia de la vieja Ley Orgánica, que atribuía la potestad de decidir sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento únicamente al responsable del fichero- reconoce que esa decisión pueda tomarla –y así ocurre muchas veces- el responsable del tratamiento.

He aquí el nuevo texto: Ley 15/1999. <<Artículo 3. A los efectos de la presente Ley se entenderá por: [...] d) Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento>>.

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.”

En este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Nacional en su Sentencia de 03/03/2004, citada entre otras en su Sentencia de 18/01/2006, al señalar que *<<el tipo sancionador previsto en el artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica 15/1999, castiga “tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con concurrencia de los principios y garantías establecidas en la presente Ley”, como el previsto en el artículo 4.3 de la citada Ley que impone la veracidad y exactitud de los datos de carácter personal. Acorde con este principio se establecen una serie de obligaciones, tendentes a alcanzar esa veracidad y exactitud de los datos de carácter personal que se encuentran en el fichero, y cuyo incumplimiento es digno de reproche y configura una infracción administrativa por la que se impone la sanción que se recurre. Dicho de otra forma, el medio de conseguir que los principios en que se inspira esta regulación sobre la protección de datos –al amparo del artículo 18.4, más allá del contenido del artículo 18.1 de la CE, como un derecho fundamental autónomo tras la STC 292/2000 –sean efectivos es mediante la acción sancionadora, es decir, tipificando las conductas que impidan el cumplimiento de los expresados principios.*

El ámbito subjetivo del ilícito administrativo descrito son los “responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos”, pues sólo a éstos les es aplicable el régimen sancionador que diseña la Ley Orgánica 15/1999, ex artículo 43.1 de la misma Ley. Esta delimitación subjetiva, ha sido ampliada en la Ley Orgánica 15/1999, a la sazón aplicable, respecto de la prevista en la Ley Orgánica 5/1992, en cuyo artículo 42.1 sólo sometía a su régimen sancionador a los responsables de los ficheros. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el responsable del fichero tiene una configuración más amplia en la Ley de 1999 que en la de 1992, pues sólo así puede explicarse que cuando el artículo 43.1 alude al “responsable del fichero”, esta expresión comprende ahora al responsable del tratamiento, ex artículo 3.d) de la Ley Orgánica 15/1999, bajo la expresión “responsable del fichero o tratamiento”, desconocida en la Ley de 1992, y si bien es cierto que las definiciones son coincidentes antes y ahora, sin embargo se ha incluido en la vigente Ley a aquellos otros que decidiendo sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, no sean propiamente responsables del fichero.

Entendemos, por tanto, por responsable del fichero o del tratamiento la persona física o jurídica, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento; y por

encargado del tratamiento quien trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento, según define el artículo 3, apartados d) y g), respectivamente, de la Ley Orgánica 15/1999.>>

Dentro del marco expuesto, en el presente caso, ha quedado acreditado que Editorial Planeta configuró un proyecto que tenía como finalidad la edición de libros con las historias redactadas por los alumnos de los centros participantes, y dicho proyecto requiere el tratamiento de los datos de los alumnos. A tal fin el C.E.I.P. Carmen Arias le facilitó los datos de los alumnos del centro, por lo que quien decidió, en definitiva, sobre la finalidad, contenido y uso de ese concreto tratamiento realizado con los datos de los alumnos fue Editorial Planeta, S.A.

En efecto, Editorial Planeta, S.A. planificó la realización del citado proyecto, su puesta en marcha, la finalidad con la que serían tratados los datos de los alumnos y el uso al que iban a ser destinados, por lo que se ha cometido la infracción descrita en el citado artículo 44.3.d) de la LOPD, por cuanto el tratamiento realizado de los datos personales de los datos de la hija del denunciante se efectuó sin contar con el consentimiento del padre o tutor, y sin que concurriera ninguna de las causas de exclusión del consentimiento contempladas en el artículo 6 de la LOPD.

Por tanto, en el presente caso, ha quedado acreditado que Editorial Planeta, S.A. es responsable del tratamiento de los datos de la hija del denunciante sin su consentimiento, lo que supone una infracción del artículo 6.1 de la LOPD.

IV

Asimismo alega Editorial Planeta, S.A. la ausencia de culpabilidad en los hechos imputados.

El artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC) dispone que “sólo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia”. Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el Derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, pues la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias del 26/04/90, 19/12/91 y 04/07/99, entre otras) y la jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo (Sentencia del 23/01/98 entre otras), así como las exigencias inherentes a un Estado de Derecho, exigen que el principio de culpabilidad requiera la existencia de dolo o culpa.

El Tribunal Supremo (Sentencias de 16 y 22/04/91) considera que del elemento de la culpabilidad se desprende “que la acción u omisión, calificada de infracción sancionable administrativamente, ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable.”

La Audiencia Nacional, en Sentencia de 29/06/01, en materia de protección de datos de carácter personal, ha declarado que “basta la simple negligencia o

incumplimiento de los deberes que la Ley impone a las personas responsables de ficheros o del tratamiento de datos de extremar la diligencia...”.

El Tribunal Supremo (Sentencias de 05/07/98 y 02/03/99) viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el sujeto infractor no se comporta con la diligencia exigible. Diligencia cuyo grado de exigencia se determinará en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, tales como el especial valor del bien jurídico protegido o la profesionalidad exigible al infractor. En este sentido, la citada Sentencia de 05/07/98 exige a los profesionales del sector “un deber de conocer especialmente las normas aplicables”. En similares términos se pronuncian las Sentencias de 17/12/97, 11/03/98, 02/03/99 y 17/09/99.

Aplicando la anterior doctrina, la Audiencia Nacional exige a las entidades que operan en el mercado de datos una especial diligencia a la hora de llevar a cabo el uso o tratamiento de tales datos o la cesión a terceros. Y ello porque siendo el de la protección de datos un derecho fundamental (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000), los depositarios de estos datos deben ser especialmente diligentes y cuidadosos a la hora de operar con ellos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la protección de los bienes jurídicos protegidos por la norma. En este sentido, entre otras, Sentencias de la Audiencia Nacional de fechas 14/02/02, 20/09/02, 13/04/05 y 18/05/05.

En este caso, debe indicarse que Editorial Planeta, S.A. no actuó con la debida diligencia pues trató los datos de la hija del denunciante sin contar con el consentimiento de sus padres y sin establecer las debidas cautelas para que tales hechos no ocurrieran, pues trató los datos de la menor incorporándolos al impreso a través del cual se iba a recabar el consentimiento de sus padres y para incorporarlos a un libro sin comprobar que si los padres facilitaron antes su consentimiento, por lo que concurre en este caso el elemento de la culpabilidad. Sin que sea aplicable en este caso la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia de 4/07/2007 pues no es el mismo supuesto de hecho el analizado en la referida sentencia y del que trae causa el presente procedimiento pues allí se analiza la relación existente entre una Correduría de Seguros y una Compañía de Seguros cuya regulación se encuentra contenida en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

V

El artículo 44.3.d) de la LOPD tipifica como infracción grave: “*Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con concurrencia de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave*”.

La Audiencia Nacional ha manifestado en su Sentencia de 22/10/2003 que “*la descripción de conductas que establece el artículo 44.3d) de la Ley Orgánica 15/1999 cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, a juicio de esta Sala, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cual es la conducta prohibida. En efecto, el tipo aplicable considera infracción grave <<tratar de forma*

automatizada los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la Ley>>, por tanto, se está describiendo una conducta –el tratamiento automatizado de datos personales o su uso posterior- que precisa, para configurar el tipo, que dicha conducta haya vulnerado los principios que establece la Ley Orgánica. Ahora bien, estos principios no son de aquellos que deben inferirse de dicha regulación legal, sino que aparecen claramente determinados y relacionados en el título II de la Ley, concretamente, por lo que ahora interesa, en el artículo 6 se recoge un principio que resulta elemental en la materia, que es la necesidad de consentimiento del afectado para que puedan tratarse automatizadamente datos de carácter personal. Por tanto, la conducta ilícita por la que se sanciona a la parte recurrente como responsable del tratamiento consiste en usar datos sin consentimiento de los titulares de los mismos, realizando envíos publicitarios.”

Editorial Planeta, S.A. es responsable de la infracción descrita, toda vez que vulneró el principio de consentimiento, consagrado en el artículo 6 de la LOPD, cuando trató los datos de la hija del denunciante sin contar con su consentimiento y sin que concurriera ninguna de las causas de exclusión del consentimiento recogidas en el apartado 2 del mencionado artículo 6, lo que encuentra su tipificación en el citado artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

VI

El artículo 45.2, 4 y 5 de la LOPD establece:

“2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 60.101,21 € a 300.506,05 €.”

“4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad, a la reincidencia, a los daños y perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas, y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.”

“5. Si en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la consideración en el caso de que se trate”.

En este caso, cabe apreciar la existencia de confianza legítima en la actuación de Editorial Planeta. Así las cosas, procede traer a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2005, en la que se afirma que “La contratación con una Administración Pública no exime de ese cumplimiento, siendo otra cuestión, como a continuación se verá, si esa confianza de estar contratando con aquella puede atenuar esa clara responsabilidad” Y Concluye, la referida Sentencia, en cuanto a la proporcionalidad, que “la imposición de una sanción atenuada es proporcional a la gravedad del hecho sancionado”.

Por ello procede aplicar la previsión contenida en el artículo 45.5 de la LOPD y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 45.4 de la LOPD, imponer a Editorial Planeta, S.A. una sanción de 30.000 € pues debió establecer las cautelas necesarias para impedir el tratamiento de datos de menores sin consentimiento de sus padres o tutores.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE**:

PRIMERO: IMPONER a la entidad Editorial Planeta, S.A., por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma, una multa de 30.000 € (treinta mil euros) de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a Editorial Planeta, S.A. con domicilio en (C/.....) y a D. C.C.C. con domicilio en (C/.....).

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0000 0000 00 0000000000 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si recibe la notificación entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa,



en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Madrid, 15 de julio de 2008

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte