

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000453/2016
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 02872/2016
Demandante: OMNIUM CULTURAL
Procurador: LUIS FERNANDO GRANADOS BRAVO
Letrado: CRISTINA SERRANO SÁNCHEZ
Demandado: AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS
Codemandado: ASAMBLEA NACIONAL CATALANA
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:
D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ
D^a. LOURDES SANZ CALVO
D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ
D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a veinte de diciembre de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados reseñados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 453/2016, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Fernando Granados Bravo, en nombre y representación de OMNIUM CULTURAL, contra la Resolución de 5 de abril de 2016 de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, que confirma en reposición la anterior Resolución de 18 de noviembre de 2015 que impone a dicha entidad una sanción de 200.000 euros. Ha sido parte demandada LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. Se

personó también en el procedimiento la ASAMBLEA NACIONAL CATALANA representada por la Procuradora dña. María Jesús González Díez. La cuantía del recurso se fijó en 200.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo dentro de plazo, acordándose su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998, y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno tal parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 11 de enero de 2017 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dicte sentencia en la cual:

1. Se estime íntegramente la presente demanda y, en consecuencia, se proceda a declarar nulas de pleno derecho la Resolución de fecha 5 de abril de 2016 dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos y la resolución sancionadora de 18 de noviembre de 2015, en el PS/00235/2015 incoado contra ÒMNIUM CULTURAL.

2. Subsidiariamente, se estime parcialmente y, en consecuencia, se proceda a declarar nulas de pleno derecho ambas resoluciones dictadas por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento incoado contra ÒMNIUM CULTURAL al considerar que:

- a. no existen datos de carácter personal y, por tanto, la LOPD no es aplicable, y/o*
- b. a pesar de existir datos de carácter personal no estaban incorporados a un fichero y, en consecuencia, la LOPD no es aplicable, y/o*
- c. se ha infringido el principio de responsabilidad y culpabilidad, y/o*
- d. se ha infringido el derecho a la defensa recogido en el artículo 24.2 CE, y/o*
- e. se ha infringido el principio de legalidad al haber valorado ilógicamente o extravagantemente las pruebas que obran en el expediente, y/o*
- f. se ha infringido el principio de proporcionalidad.*

3. Subsidiariamente, se estime parcialmente la demanda al considerar que los datos objeto de tratamiento no pueden considerarse datos de ideología y, en consecuencia, proceda a anular la Resolución de 5 de abril del 2016 y se dicte nueva resolución mediante la cual se tipifiquen los hechos como una infracción del artículo 44.3. b) calificada como grave, se declare responsables solidarios a ÒMNIUM y a ANC de una única infracción, y se les sancione en aplicación del artículo 45 apartados 4, 5 y 6 con el apercibimiento a ambas entidades o supletoriamente, en aplicación del artículo 45 apartados 4 y 5 con una multa de 900 €, a cuyo pago vendrán obligadas solidariamente ÒMNIUM y ANC, al observarse en la actuación de ÒMNIUM y de ANC una cualificada disminución de su responsabilidad en los hechos que motivaron la apertura del procedimiento sancionador, o.

4. Subsidiariamente, se estime parcialmente la demanda al considerar que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad y de responsabilidad y, en consecuencia, proceda a anular las resoluciones combatidas y se dicte nueva resolución mediante

la cual se declare la responsabilidad solidaria de ÒMNIUM y ANC y se les sancione con una multa de 40.001 €, a cuyo pago vendrán obligadas solidariamente ÒMNIUM y ANC, en aplicación del artículo 45 apartados 4 y 5, atendiendo al deber de diligencia observado en su actuación por ÒMNIUM y ANC, comportando una cualificada disminución de su responsabilidad en los hechos que motivaron la apertura del procedimiento sancionador.

5. Se condene en costas a la Agencia Española de Protección de Datos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 14 de junio de 2018 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso, confirmando la resolución administrativa impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, y tampoco el trámite de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

Se señaló al efecto el día 20 de noviembre de 2018, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación, que continuó el siguiente 27 de noviembre, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña Nieves Buisán García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo por Omnium Cultural frente a la Resolución de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos de 5 de abril de 2016 que confirma en reposición la anterior Resolución de 18 de noviembre de 2015 que impone a dicha entidad una sanción de 200.000 euros por vulneración de lo dispuesto en el artículo 7.2 de la LOPD, infracción tipificada como muy grave en el artículo 44.4.b) de conformidad con lo establecido en el artículo 45. 2, 3, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica.

Constituyen antecedentes fácticos relevantes para el enjuiciamiento de la controversia, los que a continuación se exponen:

1. Òmniun Cultural es una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro, cuyo objeto lo constituye “el fomento, desarrollo y la defensa y la cultura catalana en todos los ámbitos de la ciencia, las artes, las letras, el pensamiento y los medios de comunicación en todos los sectores de la sociedad y también ante las instituciones, organismos y entidades públicas o privadas cuando proceda. Igualmente, se encuentra dentro de su objeto” el impulso y defensa de la recuperación colectiva de la identidad de la nación catalana”, tal como señalan sus Estatutos.

2. Durante los meses de octubre y noviembre de 2014 las entidades Asamblea Nacional Catalana (ANC) y Òmnium Cultural promovieron y gestionaron la campaña "Ara és l'Hora" para la realización de una encuesta que denominaron la Gigaencuesta en todo el ámbito territorial de Cataluña, que afectaba a tres millones de domicilios.

Su finalidad principal era (conforme a programa de formación de los encuestadores) llegar a todos los lugares del país, escuchar a la gente, no convencerla, acercarse a los indecisos con argumentos de un país nuevo y mejor, desvanecer temores. También identificar la consulta y el proceso como una oportunidad para que todos expresen su opinión, incrementar la participación en la consulta y obtener datos personales a los que hacer difusiones de campaña. Cumplir la LOPD.

3. Para la realización de la encuesta se habilitó un formulario de captación de datos en formato A4, en versión catalana y castellana, en el que se fijaban seis preguntas que se planteaban a los encuestados mediante un sistema de respuestas cerradas. Preguntas y respuestas que son las siguientes:

"-Si Cataluña fuera un estado tendría entre 8000 y 16.000 millones de euros más. ¿Cómo piensa que se deberían gastar?

- A) Mejorar las infraestructuras (carreteras, aeropuertos)
- B) Mejorar los servicios del Estado del Bienestar (educación, sanidad, pensiones)
- C) Bajar los impuestos

- Si construimos un país nuevo estará en nuestras manos decidir cómo deben ser los servicios públicos ¿Qué piensa que es más prioritario?

- A) Blindar el sistema sanitario público de calidad
- B) Mejorar la enseñanza y todo el sistema universitario
- C) Garantizar una vivienda digna para todos

-Construir un nuevo país nos permitiría partir de cero y renovar la democracia ¿Qué le parece más prioritario?

- A) Regular los sueldos de los políticos y la acumulación de cargos
- B) Evitar la corrupción con mucho más control
- C) Exigir transparencia para saber cómo se gasta nuestro dinero

-Cataluña forma parte de la UE desde 1986 y paga más de lo que recibe: si es un estado independiente, cumple todos los criterios para seguir siendo miembro de la UE ¿Qué le parece más importante de la relación Cataluña-Europa?

- A) Tener el euro
- B) Asegurar las relaciones comerciales con los demás países europeos
- C) Ya decidiremos si queremos o no continuar en el UE.

-Los principales partidos que impulsan la consulta reclaman que, en el nuevo país, el castellano sea oficial, además del catalán ¿Qué opina?

A) Es normal, muchos catalanes tiene el castellano como primera lengua
B) el catalán ha de tener un estatus de lengua nacional y el castellano ha de ser protegido para que nadie pueda ser discriminado por motivos lingüísticos

C) Lo más importante es que en Cataluña se hablen el máximo de lenguas: el catalán, el castellano y muchas más

-Y una última pregunta ¿Ira a votar el día 9 de noviembre?

- A) Iré a votar, y ya tengo decidido mi voto
- B) Iré a votar y ya decidiré mi voto
- C) No iré a votar"

4. El mismo formulario al final, en una parte separada por una señal de trepado añade lo siguiente “muchas gracias por su participación. Estamos haciendo las mismas preguntas a miles de personas. Si nos da sus datos le podremos enviar más información para que usted pueda elegir con toda libertad su voto”.

A continuación aparecen los campos habilitados para la captación de datos personales en los que se solicita nombre, apellidos, correo electrónico, dirección y teléfono y el siguiente texto “ de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, le pedimos su consentimiento para incluir los datos personales recogidos en este formulario en el fichero “ Ara és l’Hora” , el responsable del cual es Asamblea Nacional Catalana y Omnium Cultural, con la finalidad de llevar a cabo acciones o campañas, generales o personalizadas e informarle de las mismas, así como realizar estudios estadísticos y encuestas o estudios de opinión en el marco y en relación con el proceso soberanista de Catalunya. Puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (...)

Finalmente se contienen dos casillas con “Si, acepto” y “No”, respectivamente, y un espacio en blanco para la firma.

5. Para efectuar el registro de los datos obtenidos en la encuesta, Omnium creo un fichero del que es responsable y que figuraba inscrito en el Registro General de Protección de Datos.

6. La Gigaencuesta se desarrolló por dos vías: por correo postal, a cuyo tenor los encuestados enviaban por correo el documento con las respuestas a las seis preguntas. Y a través de voluntarios que realizaban visitas “puerta a puerta”, a fin de cumplimentar dichas encuestas.

7. Las encuestas “puerta a puerta” se realizaron mediante 30.000 voluntarios, que se dividieron por áreas geográficas, con visitas “casa a casa”, organizadas por municipios, distritos y zonas, hasta definirse una distribución concreta de las calles y números entre los encuestadores. Los encuestadores cumplimentaban los formularios de aquellos ciudadanos que así lo deseaban. Si los encuestados no abrían la puerta o no querían o no podían responder pero se apreciaba “receptividad”, se preveía la posibilidad de entregar el folleto o depositarlo en el marco de la puerta para que dichos encuestados lo remitieran por correo.

8. A cada voluntario se le proporcionaba el denominado “mapa de visitas” con un código asignado para la zona a encuestar, número de puertas a visitar y un código de mapa que identificaba la subdivisión geográfica de los portales de Cataluña, la lista de edificios a visitar y el número de puertas por edificio.

9. Omnium Cultural era la destinataria de las respuestas recibidas por correo y de las realizadas por los voluntarios, que eran entregadas en los 20 locales de la entidad repartidos por toda Cataluña.

10. Finalizada la encuesta en cada ámbito geográfico, los voluntarios entregaban al responsable sus resultados. Una vez recibida la documentación, se procedía a su mecanización a través de una aplicación facilitada por ANC.

11. Los Inspectores de la AEPD accedieron a la aplicación informática desarrollada para la recogida de tales datos y se comprobó que aparecía la organización territorial, el número de encuestas introducidas, el número de encuestas que incluían datos de carácter personal, así como el nombre del responsable del equipo y la organización geográfica de la encuesta.

12. Las encuestas recogidas en soporte papel se conservaban archivadas en cajas con las referencias correspondientes al documento denominado "Mapa de mapas" que contenía el código de la caja, número de puertas, número de caja y relación de mapas; y también incluía los mapas de visitas con indicación de su código así como los datos del responsable del equipo, las puertas totales y el resumen de visitas. Resumen, cumplimentado a mano, donde figuraba el número de puertas que no abren o que no quieren hacer la encuesta, además de la lista de edificios a visitar (calle, número y total de puertas). Figuran además una serie de anotaciones manuscritas referentes a cada una de las viviendas visitadas con indicaciones concretas (no irá votar, no es legal, no interesa, no quiere atender, no abren, dejar a la encuesta, no quieren hacerla...).

13. Durante la inspección realizada a Ómnium Cultural el 26/11/2014, se accedió a la aplicación informática de introducción de las encuestas. El sistema mostró una pantalla denominada *Resum Enquestes Fetes* donde figuraba que en todo el territorio se habían introducido un total de 82.814 encuestas. Se verificó que las respuestas y los datos personales de los encuestados se introducían en la misma pantalla de forma simultánea.

14. En los formularios examinados por los inspectores de la AEPD, tanto mecanizados como pendientes de ello, no se había procedido a la separación física de la parte destinada a registrar las respuestas y la destinada a recabar datos de carácter personal.

15. El almacenamiento de las encuestas en papel se realizó conforme a un criterio de zonas geográficas. Se comprueba, por los Inspectores de la AEPD, que en el almacén se encuentran depositadas unas 20 cajas cerradas correspondientes a encuestas ya mecanizadas en las que figuran los códigos de las zonas geográficas a las que corresponden las mismas, así como una serie de cajas abiertas con documentación en proceso. En todos los casos se detalla el número de puertas y el resultado de la visita, identificando el total de las puertas que no abrieron, los que no quisieron hacer la encuesta y los que cumplimentaron la misma.

16. Se realizaron una serie de comprobaciones accediéndose a varios grupos de encuestas. En uno de los grupos de encuestas, correspondiente al código de mapa...F008, integrada por una zona de 36 puertas, aparece anotado que 31 puertas no abren, 2 no quieren hacer la encuesta y 3 hacen la encuesta. Se verifica que de las 3 encuestas realizadas 2 aparecen firmadas y 1 de ellas sin firmar.

En otro de los grupos de encuestas, correspondiente al código de mapa ...F024, se verifica que en las 3 encuestas que contiene, todas ellas con datos personales, no aparece marcada la aceptación al tratamiento de datos ni tampoco aparecen firmadas. En otro de los grupos de encuestas, correspondiente al código de mapa...F029, respecto de una zona de 46 puertas, aparece anotado que 37 puertas

no abren y 3 hacen al encuesta. Todas ellas firmadas y verificada la casilla de aceptación al tratamiento de los datos personales

SEGUNDO.- La parte actora sustenta su pretensión impugnatoria de la demanda, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

I. NULIDAD DE PLENO DERECHO POR INCOMPETENCIA DE LA AEPD

A. La información, cuyo tratamiento se considera que infringe el artículo 7.2. LOPD, no puede ser considerada dato de carácter personal. Tras detallarse que se entiende por “dato personal” conforme a la normativa de protección de datos, se razona que la información que consta tanto en los denominados “Mapas de visitas” (folio 1500 o folios 421 y 422 y 423) como en los documentos que contienen las Encuestas y los Formularios, no puede conceptuarse como datos de carácter personal. Tampoco las anotaciones en las que se indica que en un determinado portal alguien que no ha querido abrir la puerta, o no se encontraba en el inmueble. Se cita el contenido del Dictamen 4/2007 del Grupo del Artículo 29, la sentencia del TJUE de 17/07/2014 (C-141/12 y C/372/12), así como la doctrina de esta AN de la sentencia de 8 de mayo de 2009 (Rec. 514/2007) seguida por las SSAN de 4 de abril de 2014 y de 31 de marzo de 2015 a cuyo tenor, las anotaciones equiparables a opiniones vertidas por los encuestados, respecto de las que carecería de toda lógica que los afectados pudieran ejercer sus derechos ARCO

La AEPD menciona la posibilidad de acudir a registros públicos más el único registro que no es público y que permite identificar a las personas residentes en un domicilio es el Padrón de habitantes y ÒMNIUM no tiene acceso al mismo

Tal como el TJUE indicó en su sentencia de 19 de octubre de 2016, Breyer, asunto C-582/14, debe determinarse si la posibilidad de combinar la información con la que cuenta el responsable con la información adicional que esté en poder de un tercero puede ser razonablemente utilizada para identificar al interesado. Lo cual no sucedería “cuando la identificación del interesado esté prohibida por ley o sea prácticamente irrealizable, por ejemplo, porque implique un esfuerzo desmesurado en cuanto a tiempo, costes y recursos humanos” (STJUE Breyer apdos. 45 a 47). Ello es lo que ocurre en el presente caso, pues con los datos que se poseen, que son el nombre de una calle y un número de portal, es imposible llegar a identificar a las personas que residen en dicha dirección y poder atribuirles la información anotada en los Mapas de visitas. Mapas cuya única finalidad era distribuir las zonas a visitar entre los voluntarios (folio 253) y controlar la correcta realización de las Encuestas, documentos que, con posterioridad, eran destruidos

Por otra parte, la AEPD centra la calificación de la conducta infractora en cuatro Encuestas que no se adjuntan al Acta de inspección de 26 de noviembre de 2014.

B. Inexistencia de fichero. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la cancelación de datos de los Libros de Bautismo (SSTS 4646/2008, de 19 de septiembre y 5319/2008, de 14 de octubre), no se ha acreditado que la documentación se archivara conforme a criterio alguno, sino que los documentos hallados se encontraban en unas cajas cerradas que contenían documentación que, una vez eliminada, ya no servía, o en cajas abiertas, en el suelo, sin ningún orden ni estructura. Se cita la SAN de 9 de julio de 2009 (rec.274/2008) y el Considerando 27 Directiva 95/46/CE

Los códigos geográficos utilizados en las cajas abiertas sin etiquetar ni ordenar, no son criterios relativos a personas físicas. Fueron diseñados únicamente para repartir las zonas entre los encuestadores y no para encontrar datos incluidos en los Mapas de visitas ni en las Encuestas, documentación que, además, iba a ser destruida, según se acredita mediante los certificados de destrucción de los folios 695 y 735. Los códigos se refieren a regiones geográficas y a poblaciones, no a direcciones concretas, pues dicha información se encontraba únicamente en el Mapa de visitas. El número de caja no iba vinculado a unas direcciones concretas

No hubo intención de incluir los datos en un fichero: doctrina de las SSAN de 18/12/2006 (Rec. 241/2005) y de 22/4/2009 (Rec. 106/2008).

II. INFRACCION DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD: AUSENCIA DE TRATAMIENTO DE DATOS DE IDEOLOGÍA

A. Vulneración del principio de legalidad ante la ausencia de un concepto legal de datos de ideología. La AEPD realiza una interpretación oportunista del concepto. Tanto el artículo 8.1 de la Directiva 95/46/CE como el artículo 9.1 RGPD se refieren a opiniones políticas, efectuándose una transposición incorrecta en nuestra normativa interna

Se cita la doctrina de la STC 20/1990, concluyéndose que la jurisprudencia utilizada por la AEPD para apoyar que dato que revela ideología es cualquier manifestación que pueda realizar una persona, no da soporte a esta interpretación. De hecho tal Jurisprudencia, junto con la normativa europea, sirven de fundamento para confirmar que dato que revele ideología debe interpretarse como dato que revele opiniones políticas del afectado.

B. Legitimación para el tratamiento de datos de ideología. A la incorrecta interpretación del concepto de datos de ideología, hay que añadir la también deficiente traslación del “consentimiento explícito” que permitiría el tratamiento de datos que revelen las opiniones políticas a tenor del artículo 8.2.a) Directiva 95/46/CE. El artículo 7.2 LOPD modificó tal exigencia, requiriendo “consentimiento expreso y por escrito. Además ÒMNIUM, en cuanto asociación sin ánimo de lucro con una finalidad cultural y de defensa de la identidad catalana, podría también acogerse al artículo 8.2.d) de la Directiva 95/46/CE (artículo 9.2 del RGPD).

C. Ausencia de datos de ideología en las anotaciones contenidas en los Mapas de visitas. Los Mapas de visitas, con anotaciones de los voluntarios tales como: “no hemos podido entrar”, “no están”, “no hay nadie”, “no localizado”, “enc.”, “en mano” o “puerta”, no proporcionan ninguna información sobre las personas afectadas.

D. Error en la valoración de las preguntas y respuestas contenidas en las Encuestas: preguntas planteadas que no permiten conocer si la persona que las responde apoya el proceso independentista, ni su opción política ni su pertenencia o no a uno u otro partido político ni mucho menos el sentido de su voto. La información obtenida de la Encuesta no puede considerarse, ni individualmente ni en su conjunto como un dato de naturaleza ideológica.

III. INFRACCION DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD Y DE CULPABILIDAD.

Tras referir la normativa y doctrina sobre el carácter personalista de la responsabilidad, se añade que, desde el inicio, se formó a las personas que iban a realizar las visitas y se les proporcionó materiales sobre cómo debían comportarse. En todo momento se fijó como objetivo el cumplimiento de la LOPD y se prohibía la recogida de dato de carácter personal alguno, salvo que el afectado así lo consintiera, y los únicos datos que debían recogerse eran los que constaban en el Formulario. La AEPD sin motivar la concurrencia de culpabilidad imputa la conducta infractora a Omnium y ANC.

IV. INFRACCION DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

De las definiciones contenidas en los artículos 5.1.q) y 4.7) del RLOPD en relación con el artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE se desprende que, respecto a un mismo fichero, pueden existir varios responsables cuando de forma conjunta decidan sobre el tratamiento, tal y como sucede en el presente caso. Así pues, la cláusula informativa habilitada en los Formularios de la campaña "Ara és l'Hora" legítima el tratamiento que desarrollaron las entidades ANC y Omnium y los contratos con los encargados de tratamiento que se suscribieron por las dos, más sin que la AEPD haya realizado ninguna asignación concreta de las obligaciones a cada una de los corresponsables. De conformidad con el Artículo 130.3 de la Ley 30/1992 y el Dictamen 1/2010 del Grupo de Trabajo del Artículo 29, sólo debe presumirse que existe tal responsabilidad solidaria cuando las partes implicadas no hayan establecido una asignación alternativa, clara y eficaz de las obligaciones y responsabilidades o cuando ésta no emane claramente de las circunstancias de hecho. Ante la ausencia de distribución de obligaciones y responsabilidades entre ANC y Omnium, los hechos serían constitutivos de una única infracción de la que ambas entidades serían responsables solidariamente. De no admitirse tal solidaridad debe declararse la nulidad de pleno derecho (artículo 62.1.f) Ley 30/1992) por no haberse individualizado tal responsabilidad.

V. INFRACCION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: VALORACION ILÓGICA DE LA PRUEBA.

La valoración que realiza la AEPD de los hechos relatados en las actas de inspección que comportaron la incoación del procedimiento sancionador es completamente ilógica y ausente de cualquier sustento fáctico. Imposibilidad de fundamentar las sanciones en indicios o inducciones analógicas. Valoración ilógica y extravagante que conlleva la nulidad de pleno derecho: artículo 62.1.a) y f) de la Ley 30/1992.

VI. INFRACCION DEL DERECHO DE DEFENSA.

El hecho de que se hayan destruido las fotografías tomadas por los inspectores durante la inspección de 26/11/2014 ha imposibilitado que OMNIUM pueda utilizarlas en su defensa, vulnerando el artículo 24.2 CE. Fotografías que constituían la prueba gráfica de cómo se encontraba la documentación en las cajas abiertas, cuestión fundamental para determinar la aplicabilidad de la LOPD.

VII. INFRACCION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

La graduación de la sanción llevada a cabo en el fundamento jurídico XIII de la resolución impugnada vulnera el principio de proporcionalidad, al concurrir en el presente caso varios de los criterios del artículo 45.4 LOPD que permitirían una graduación de la sanción hasta el mínimo del tramo correspondiente pues: 1. La infracción se refiere a cuatro Encuestas y tres Mapas de visitas; 2. No ha existido intencionalidad, dado que OMNIUM y ANC no tenían la voluntad de infringir la LOPD; 3. Ambas implementaron procedimientos adecuados para cumplir con la LOPD; 4. Ausencia de perjuicios a ningún afectado; 5. Inexistencia de reincidencia.

TERCERO.- El examen de las irregularidades formales invocadas en la demanda que, necesariamente con carácter previo han de ser enjuiciadas, exige traer a colación la reiterada y consolidada doctrina expuesta, entre otras, en las SSTs de 28 de septiembre 2005 (Rec. 5129/2002) y de 17 de diciembre de 2009 (Rec. 4357/2005, a cuyo tenor: La nulidad de los actos administrativos sólo es apreciable en los supuestos tasados del Art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y la anulabilidad por defectos formales, sólo procede cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o produzca indefensión de los interesados, según el Art. 63.2 LRJ-PAC. Siendo preciso que no se trate de meras irregularidades procedimentales, sino de defectos que causen una situación de indefensión de carácter material, no meramente formal, esto es, que tales defectos hayan originado al recurrente un menoscabo real de su derecho de defensa causándole un perjuicio real y efectivo (SSTC 155/1988, de 22 de julio, 89/1997, de 5 de mayo y 78/1999, de 26 de abril)

Siendo ello así, de acuerdo con la teoría de la invalidez de los actos administrativos, la consecuencia del incumplimiento de algún trámite de procedimiento podría configurar un motivo de nulidad relativa o anulabilidad del citado artículo 63, siempre que, como se acaba de decir y conforme a las previsiones de apartado 2 del precepto, se hubiere producido indefensión.

De un lado se refiere en la demanda la ilógica valoración de prueba por parte de la AEPD, pero sin mayor especificación, valoración de prueba que, en cualquier caso, no puede ser sustituida por la subjetiva apreciación de la parte.

Por otra parte se invoca, que la AEPD centra la calificación de la conducta infractora exclusivamente en solo cuatro encuestas, que además no se adjuntan al Acta de inspección de 26 de noviembre de 2014. Y se hace también referencia a la supuesta destrucción de unas fotografías que, a juicio de la actora, probarían cómo estaba la documentación en las cajas abiertas, pero sin determinar, asimismo, qué concreta lesión del defensa de la entidad recurrente ha producido tal destrucción.

En definitiva, tal actora no concreta qué indefensión material le han producido los supuestos vicios procedimentales denunciados, y en cualquier caso, Omnim ha podido alegar y probar, tanto en vía administrativa previa como en esta vía judicial, cuanto ha estimado conveniente en defensa de sus derechos e intereses legítimos, por lo que ninguna vulneración de su derecho de defensa (artículo 24.2 CE) puede ser tomada en consideración.

CUARTO.- Se denuncia en la demanda la incompetencia de la AEPD, incompetencia que se hace derivar de que no constituye *dato de carácter personal* la información cuyo tratamiento se considera por la AEPD vulneradora del artículo 7.2. LOPD. Incompetencia que se basa, asimismo, en la inexistencia de fichero.

Conecta, por tanto, tal motivo de impugnación con los conceptos de *datos de carácter personal* y de *fichero*, claves en la normativa de protección de datos.

Constituye dato de carácter personal, a tenor del apartado a) artículo 3 LOPD *"cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables"*. El Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (TJCE), en la sentencia de 6 de noviembre de 2003, caso Lindqvist, señaló que *"El concepto de «datos personales» que emplea el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46 comprende, con arreglo a la definición que figura en el artículo 2, letra a) de dicha Directiva «toda información sobre una persona física identificada o identificable». Este concepto incluye, sin duda, el nombre de una persona junto a su número de teléfono o a otra información relativa a sus condiciones de trabajo o a sus aficiones."* El Artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (aplicable a partir del 25 de mayo de 2018) define como "datos personales": *toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.*

Se trata, por tanto, de un concepto muy amplio que incluye no solo el nombre, apellidos, dirección, número de DNI y determinados datos relativos a la profesión de la persona, así como a su identidad física, psíquica y genética, sino también el número de teléfono, incluso sin aparecer directamente asociado a una persona, siempre que a través de él se pueda identificar a su titular (SAN de 26 de enero de 2005 (Rec. 1258/2002), así como la dirección de correo electrónico, aunque en la composición de la leyenda inicial de dicha dirección no aparezca el nombre y apellidos del titular (SAN 22 de febrero de 2006 (Rec. 911/03). En la STC 14/2003, de 30 de enero, por otra parte, también se conceptúa como dato personal la imagen de una persona. Y la SAN de 1 de septiembre de 2011, Rec. 625/2009, igualmente ha considerado como tal dato personal la dirección IP.

Lo esencial, en definitiva, a efectos de la normativa de protección de datos, es que la información haga referencia a una persona física identificable, es decir, y como también esta Sala ha reiterado en múltiples ocasiones, que razonablemente y sin grandes esfuerzos sea posible asociar los datos proporcionados a una determinada persona (SSAN de 8 de marzo de 2002 y de 20 de noviembre de 2012 Rec. 188/2011). En tal sentido el Considerando 26 de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, que *"los principios de protección no se aplicarán a aquellos datos hechos anónimos de tal manera que ya no sea posible identificar al interesado"*. Definiéndose en el artículo 3.f) de la LOPD el procedimiento de disociación como *todo tratamiento de datos personales de manera que la información que se obtenga*

no pueda asociarse a persona identificada e identificable. Pronunciándose en similares términos el artículo 5.p) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre.

Reviste asimismo trascendencia traer a colación el Considerando 26) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, a cuyo tenor, *Los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable. Para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos (...)*Y ello en relación con el artículo 4.5 del mismo Reglamento General de Protección de Datos que define como «seudonimización»: *el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable.*

La sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2016 (asunto Breyer), citada por la actora en la demanda, refiere que lo esencial es determinar si la posibilidad de combinar la información con la que cuenta el responsable con la información adicional que esté en poder de un tercero puede ser razonablemente utilizada para identificar al interesado. Lo cual no sucedería “cuando la identificación del interesado esté prohibida por ley o sea prácticamente irrealizable, por ejemplo, porque implique un esfuerzo desmesurado en cuanto a tiempo, costes y recursos humanos, de modo que el riesgo de identificación sea en realidad insignificante”.

Aplicando toda dicha normativa y doctrina al supuesto de autos considera esta Sala, al igual que aprecia la Administración, que en los formularios de las encuestas objeto de la infracción ahora enjuiciada, sí figuran datos personales anotados por los encuestados. Ello dado que se ha acreditado en el expediente la existencia de una codificación que permite a Omnium Cultural asociar los datos recogidos en el formulario de encuesta a un domicilio concreto, por lo que se puede llevar a cabo la identificación sin grandes esfuerzos y no es posible apreciar la disociación en los términos previstos. Sin entrar a analizar las irregularidades descritas en el hecho probado décimo sexto del fundamento primero, se desprende asimismo de tales hechos probados, que tras accederse a la aplicación informática desarrollada por la entidad recurrente para la recogida de los datos de las encuestas, *se comprobó que aparecía la organización territorial, el número de encuestas introducidas, el número de encuestas que incluían datos de carácter personal, así como el nombre del responsable del equipo y la organización geográfica de la encuesta.* Y también que, *las encuestas recogidas en soporte papel se conservaban archivadas en cajas con las referencias correspondientes al documento denominado “Mapa de mapas” que*

contenía el código de la caja, número de puertas, número de caja y relación de mapas; y también incluía los mapas de visitas con indicación de su código así como los datos del responsable del equipo, las puertas totales y el resumen de visitas.

Contrariamente a lo argumentado en la demanda es aplicable al supuesto el amplio concepto que de *dato personal* deriva en toda la normativa de aplicación, conceptuándose como tal incluso, según el nuevo Reglamento General de Protección de Datos también el dato seudonimizado, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, teniendo en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, a tenor de la tecnología disponible en el momento del tratamiento.

QUINTO.- En cuanto a la existencia de fichero, figura asimismo clave en el régimen jurídico de la protección de datos personales, que también se cuestiona en la demanda, es el artículo 2.c) de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, el que define el fichero como *todo conjunto estructurado de datos personales, accesible con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica*, poniendo el acento en dos características esenciales: la organización o estructura con la que los datos personales deben estar conservados y su accesibilidad con arreglo a criterios determinados. El Considerando 15 de tal Directiva 95/46/CE se refiere a ello también al delimitar su propio ámbito de aplicación: *“los tratamientos que afectan a dichos datos sólo quedan amparados por la presente Directiva cuando están automatizados o cuando los datos a que se refieren se encuentran contenidos o se destinan a encontrarse contenidos en un archivo estructurado según criterios específicos relativos a las personas, a fin de que se pueda acceder fácilmente a los datos de carácter personal de que se trata”*.

Nuestra LOPD define el fichero de una forma más elemental pues basta para ello que tengamos un conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que sea la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso. Aunque es difícil de imaginar un conjunto organizado de datos que no tenga también unos criterios preestablecidos de acceso a esos datos, lo cierto es que la Ley no exige este segundo requisito.

El artículo 4.6 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo define “fichero” como: *todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica*.

Se desprende de la declaración de hechos probados que figura en el primer fundamento jurídico que se llevó a cabo, en el supuesto, una recogida de datos personales y solicitud de consentimiento para incluirlos en un fichero estructurado y para su utilización posterior. Existía un fichero manual estructurado y existía también un fichero automatizado estructurado, de forma que, según resulta de la inspecciones llevadas a cabo por la AEPD, el encuestador introducía los datos personales de los encuestados y el resultado de la encuesta a la vez, por lo exista correspondencia entre lo que había declarado una persona y sus datos de carácter personal.

Se trata, por tanto, de criterios de archivo que posibilitaban la localización de los datos personales, información que además fue obtenida con la finalidad de ser conservada para permitir su utilización posterior, según se expone en el propio formulario/encuesta. Incluso se desprende del expediente que la propia entidad actora estableció medidas de seguridad en el traslado de la documentación imponiendo deberes de confidencialidad a las personas que intervenían en esta fase del tratamiento.

Nos encontramos, en presencia de un fichero de datos personales, en el sentido con que tal figura jurídica se regula en la LOPD, en la Directiva 95/46/CE y en el nuevo Reglamento General de Protección de Datos, pues la información que se recoge está constituida por datos personales, y está también presente la nota o elemento de organización, como se demuestra a través de los elementos fácticos descritos. Esta característica, de tratarse de un conjunto organizado de datos, es la que permite diferenciar el supuesto aquí enjuiciado de los casos citados por la entidad recurrente, referidos a los Libros de Bautismo, los cuales no fueron considerados por el Tribunal Supremo como ficheros de datos porque, como razonaba la STS 19 de septiembre de 2008 (Rec. 6031/2007), entre otras muchas, tales datos no estaban recogidos en dichos Libros de Bautismo como un conjunto organizado, sino que se trataba de una pura acumulación de datos, “...*que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación en cuanto no están ordenados ni alfabéticamente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento previo de la Parroquia donde aquel tuvo lugar*” circunstancias que no concurren en el supuesto de autos.

SEXTO.- Ha de analizarse, a continuación, la vulneración del principio de legalidad denunciada en la demanda, que se basa en la invocada ausencia de un concepto legal de datos de ideología.

La infracción imputada a Ómnium Cultural es la tipificada como muy grave en el artículo 44.4.b) LOPD que considera con tal el *tratar o ceder los datos de carácter personal a los que se refieren los apartados 2,3 y 5 del artículo 7 de esta Ley salvo en los supuestos en que la misma lo autoriza o violentar la prohibición contenida en el apartado 4 del artículo 7.*

Artículo 7 de la LOPD, a cuyo tenor: “1. *De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.*

Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

2. *Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias (...)*”

Artículo 7 cuyo apartado 4 prohíbe expresamente “*los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.*”

Contempla el artículo 7 LOPD una categoría especial de datos personales que asimismo se conocen como *datos sensibles*, en cuanto se prevé para ellos una protección reforzada, pues por la información que expresan, al afectar a los aspectos más íntimos de la personalidad, deben ser objeto de una especial protección (SSAN de 28 de febrero de 2003 (Rec. 1062/2000) y de 14 de septiembre de 2005 (Rec. 458/2003)).

La Directiva 95/46/CE regula dichos datos en el artículo 8. Comienza estableciendo la prohibición de su tratamiento en el apartado 1, a cuyo tenor *“Los Estados prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos así como el tratamiento de datos relativos a la salud o a la sexualidad”*, aunque los demás apartados permiten el tratamiento estableciendo determinadas condiciones.

El artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, indica asimismo que: *1. Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física.*

En este sentido, dado que una de las finalidades de Omnium, según la misma expresamente reconoce, es la de proporcionar una consulta de naturaleza ideológica y estimular la participación en la misma. De relacionar dicha finalidad con el contenido de las encuestas realizadas (hecho probado tercero), que indudablemente plantea unas preguntas relacionadas con la posición ideológica de los encuestados, la conclusión, a juicio de la Sala, es que si se efectúa un tratamiento de datos de ideología de las personas que cumplimentan dicha encuesta. Ello tomando en consideración el contenido de las seis preguntas, que indudablemente parten de una determinada posición ideológica que ha de ser aceptada para poder contestarlas.

Así, la primera pregunta, cuya premisa es que: *si Cataluña fuera un estado tendría entre 8000 y 16.000 millones de euros más*, supone la aceptación implícita de que una Cataluña independiente sería rentable. La segunda pregunta, que empieza declarando que: *si construimos un país nuevo estará en nuestras manos decidir cómo deben ser los servicios públicos*, solo se puede contestar partiendo de que habría un autogobierno sin ningún tipo de injerencia por parte del estado español. En la tercera se asume, con carácter previo que: *construir un nuevo país nos permitiría partir de cero y renovar la democracia* y, por tanto, que únicamente una Cataluña independiente permitiría renovar la democracia. Y en la cuarta, se hace la pregunta después de aseverarse que: *si (Cataluña) es un estado independiente, cumple todos los criterios para seguir siendo miembro de la UE*, dándose por hecho también, para contestarla, de que con un estado independiente catalán se dispondría de mayores fondos.

En definitiva y para rellenar el cuestionario hay que partir previamente y por tanto aceptar implícitamente, el posicionamiento ideológico que deriva de tal formulario, que no es otro que el favorable a la independencia de Cataluña respecto del Estado

español. Tal y como razona la Administración, la encuesta se inclina claramente a favor de una concreta posición ideológica, cual es la de la independencia de Cataluña, con la que necesariamente ha de estarse conforme pues en otro caso no es posible contestar la misma, o al menos no en su integridad.

Contrariamente a lo argumentado en la demanda, por tanto, el contenido de tales preguntas planteadas en la encuesta sí permite conocer si la persona que las responde apoya el proceso independentista. Obsérvese en tal sentido, que de grupos de encuestas correspondiente a determinados códigos de mapas que fueron analizados por los inspectores de la AEPD, que se recogen en el hecho probado decimosexto, es llamativo el gran número de personas que no contestan la encuesta: así en una de las zona correspondiente a 36 puertas, aparece anotado que 31 puertas no abren y 2 no quieren hacer la encuesta, y en otra de las zonas, correspondiente a 46 puertas, aparece anotado que 37 no abren.

Por todo ello y sin necesidad de valorar si nuestra LOPD, al exigir consentimiento *expreso y por escrito* en estos casos se ajusta o no a la Directiva europea (que exige consentimiento explícito), lo cierto es que ha quedado probado el tratamiento de datos personales de ideología por parte de Omnium, datos sensibles o especialmente cualificados que en cualquier caso requieren un reforzamiento de la prestación del consentimiento de su titular para ser objeto de tratamiento.

En definitiva Omnium Cultural trató los datos personales de ideología de los encuestados, sin el consentimiento reforzado que dicho tratamiento de tal categoría especial de datos personales requiere, con vulneración de lo preceptuado en el artículo 7 de la LOPD.

Tratamiento incontestada que se evidencia, en mayor medida, a través de las irregularidades observadas por los inspectores de la Agencia y recogidas en la anterior relación de hechos probados. En este sentido, y si bien manifiesta tal entidad actora, en la demanda, que una vez procesados los resultados de la Encuesta, únicamente se iban a conservar los datos de las personas que habían proporcionado sus datos y habían aceptado el tratamiento y, por tanto, sólo se guardarían los formularios como prueba de dicha aceptación. Sin embargo figura acreditado que en los formularios examinados por los inspectores de la AEPD, tanto mecanizados como pendientes de ello, no se había procedido a la separación física de la parte destinada a registrar las respuestas y la parte destinada a recabar datos de carácter personal.

SÉPTIMO.- Por lo que respecta al principio de culpabilidad, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios del orden penal, entre los que se encuentra el de culpabilidad, son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, al ser ambos manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (STC 18/1987, 150/1991), y que no cabe en el ámbito sancionador administrativo la responsabilidad objetiva o sin culpa, en cuya virtud se excluye la posibilidad de imponer sanciones por el mero resultado, sin acreditar un mínimo de culpabilidad aun a título de mera negligencia (SSTC 76/1990 y 164/2005).

La imposición de la sanción ha de sustentarse en la exigencia del elemento subjetivo de culpa, para garantizar el principio de responsabilidad y el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías (STS de 1 de marzo de 2012, Rec. 1298/2009). Así el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, RJAP-PAC, dispone que solo pueden ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Obviamente, ello supone que dicha responsabilidad sólo puede ser exigida a título de dolo o culpa, quedando desterrada del ámbito del derecho administrativo sancionador la llamada "responsabilidad objetiva", y comprendiendo el título culposo la imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable.

A lo expuesto debe añadirse, siguiendo las SSTS de 9 de octubre de 2009, Rec. 5285/2005, y de 23 de octubre de 2010, Rec. 1067/2006, que "aunque la culpabilidad de la conducta debe también ser objeto de prueba, debe considerarse en orden a la asunción de la correspondiente carga, que ordinariamente los elementos volitivos y cognoscitivos necesarios para apreciar aquélla forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos, o en su vertiente normativa, que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta, en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa".

Concurre también una conducta culpable por parte de Omnium Cultural en el caso que nos ocupa. Conducta que configura el ilícito administrativo -artículo 44.4.b) de la LOPD en relación con el artículo 7 de la misma- que requiere la existencia de culpa, y se concreta, en el presente supuesto, en la recogida de datos personales relativos a ideología respecto de personas que negaron su consentimiento para dicho tratamiento de datos, o respecto de personas que ni siquiera conocían que dicha recogida de datos personales se estaba produciendo. Falta de diligencia que configura el elemento culpabilístico de la infracción administrativa y resulta imputable a la entidad recurrente, y, obviamente, no precisa de la concurrencia de dolo.

OCTAVO.- Respecto de la responsabilidad solidaria que asimismo se sostiene en la demanda, ha de exponerse lo siguiente:

Efectivamente el artículo 2.d) de la Directiva 95/46/CE, al definir la figura del responsable del fichero o tratamiento alude a que la determinación de los fines y los medios del tratamiento de datos personales se puede hacer "*sólo o conjuntamente con otros*", y en el mismo sentido el artículo 4.7 RGPD de 2016 conceptúa como «responsable»: "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros".

Aunque el artículo 3, apartado d) LOPD no matiza en tal sentido, la distinción sí aparece en el artículo 5.q) del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, que define como tal *la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano*

administrativo, que solo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento aunque no lo realice materialmente. El 43.1 LOPD determina que "Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley".

Es dicho poder de decisión sobre la finalidad y uso del tratamiento donde radica la esencia de la figura del responsable de fichero o tratamiento, responsable que puede venir constituido, a tenor de la normativa expuesta, bien por una persona o bien por varias personas.

A este respecto, resulta esclarecedor el Dictamen 1/2010 del GT29, en el que se indica que: *"En el dictamen de la Comisión sobre la enmienda del PE, la Comisión menciona la posibilidad de que «varias partes determinen conjuntamente, para una única operación de tratamiento, los fines y los medios del tratamiento que se vaya a llevar a cabo» y, por lo tanto, en tal caso, «cada uno de estos corresponsables del tratamiento debe considerarse vinculado por las obligaciones impuestas por la Directiva de proteger a las personas físicas cuyos datos se estén tratando»". Se añade que "la definición de tratamiento contenida en el artículo 2.b) de la Directiva no excluye la posibilidad de que distintos agentes estén implicados en diferentes operaciones o conjuntos de operaciones en materia de datos personales. Estas operaciones pueden producirse simultáneamente o en distintas fases". Y se concluye que "la participación de las partes en la determinación de los fines y los medios del tratamiento en el contexto del control conjunto puede revestir distintas formas y el reparto no tiene que ser necesariamente a partes iguales... Los distintos grados de control pueden dar lugar a distintos grados de responsabilidad, y desde luego no cabe presumir que haya una responsabilidad solidaria en todos los casos. Por lo demás, es muy posible que en sistemas complejos con varios agentes el acceso a datos personales y el ejercicio de otros derechos de los interesados también los puedan garantizar distintos agentes a diferentes niveles".*

A pesar de lo argumentado en la demanda no puede apreciarse en el supuesto la existencia de una única infracción de la que han de responder solidariamente Omnium y ANC. Conforme a todo lo razonado con anterioridad, ha de declararse una responsabilidad individual y a título "personal" (aun tratándose de una persona jurídica) de cada una de ambas personas jurídicas, dada la posibilidad de que varias partes o corresponsables, determinen conjuntamente, para una única operación de tratamiento, los fines y los medios del tratamiento que se vaya a llevar a cabo, tal y como refiere el mencionado Dictamen 1/2010 del GT29 , que alude a la posibilidad de que distintos agentes estén implicados en diferentes operaciones o conjuntos de operaciones en materia de datos personales.

Ello es lo acontecido en el supuesto, pues repárese en que en el propio formulario de encuesta, tanto Omnium como ANC reconocen su responsabilidad plena y a título individual respecto de los hechos cuando exponen, en su parte final que : *le pedimos su consentimiento para incluir los datos personales recogidos en este formulario en el fichero " Ara és l'Hora", el responsable del cual es Asamblea Nacional Catalana y Omnium Cultural, con la finalidad de llevar a cabo acciones o campañas, generales o personalizadas e informarle de las mismas, así como realizar estudios estadísticos y encuestas o estudios de opinión en el marco y en relación con el proceso soberanista de Catalunya.*

NOVENO.- Resta por analizar la infracción del principio de proporcionalidad, que se denuncia en la demanda.

Como señalan las SSTs de 3 de diciembre de 2008 (Rec. 6602/2004) y de 12 de abril de 2012 (Rec. 5149/2009), es el fundamental que preside el proceso de graduación de las sanciones e implica, en términos legales, que debe de existir una *"debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada"*, como dispone el artículo 131.3 de la LRJPA, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad en relación con las circunstancias del hecho.

Principio de proporcionalidad que, en el ámbito de la protección de datos, tiene su específica plasmación en el artículo 45.5 LOPD. Por lo que se refiere, por tanto, a la concurrencia de las circunstancias previstas en tal artículo 45.5 LOPD en relación con el 45.4 de la misma, la letra a) de aquel permite apreciar una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 del mismo. Con lo que el concepto jurídico indeterminado consistente en la *cualificada disminución de la culpabilidad o de la antijuridicidad* queda definido y concretado al tener que derivar de la concurrencia, y de manera importante, de dos o más de los criterios de atenuación del apartado 4 del mismo artículo 45.

Constituye doctrina reiterada de esta Sala, por lo demás, que se trata de una regla que debe aplicarse con exquisita ponderación, y solo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas atendidas las circunstancias del caso concreto, de forma que repugne a la sensibilidad jurídica, siempre guiada por el valor justicia, la imposición de la sanción correspondiente al grado. Lo cual, insistimos, puede darse, por excepción, en casos muy extremos y concretos, dada la expresión *"especialmente cualificada"* que acompaña a la disminución de la culpabilidad o antijuridicidad.

La resolución sancionadora, en el último de sus fundamentos jurídicos, analiza dicho principio y aplica la previsión contenida en tal artículo 45.5 LOPD, aplicando una infracción inferior en grado, pues si bien la sanción correspondiente a la infracción muy grave cometida por Omium se encontraría comprendida entre los 300.001 euros y los 600.000 euros (artículo 45.3 LOPD), sin embargo la AEPD impone la sanción de 200.000 euros, dentro del rango de las previstas para las infracciones graves (artículo 45.2 LOPD). Lo anterior al considerar, la resolución combatida, que la actuación desarrollada por las entidades sancionadas, en respuesta al requerimiento efectuado por la AEPD, consistente en la cesación en la utilización ilícita de datos de personas que negaron su participación en la encuesta o que no consintieron expresamente el tratamiento de sus datos, fue atendido por tales Omium y ANC, que eliminaron la información. Teniéndose en cuenta además que dichas recurrentes, tras el requerimiento de la Agencia, también separaron al parte de la encuesta relativa a las respuestas, de la referida a los datos personales del encuestado y su consentimiento.

Sin que la mayor rebaja de la sanción que se pretende por Omnium pueda ser atendida por esta Sala pues, contrariamente a lo invocado en la demanda no concurren el respecto de las circunstancias del apartado 4 del artículo 45 LOPD que se enumeran por tal actora. Además de que sí ha existido intencionalidad y culpabilidad, según se expone en los fundamentos jurídicos anteriores, la infracción no se refiere solo a cuatro encuestas y tres mapas de visitas, sino a todo el sistema de organización y consulta y en definitiva de obtención de datos personales de ideología, como se ha indicado, que fue desplegado por tal entidad actora con anterioridad a la consulta soberanista del 9 de noviembre de 2014. Tampoco ha resultado acreditada una mayor implementación de procedimientos adecuados para cumplir con la LOPD que se invoca en la demanda (además de la que ya fue tomada en consideración por la Agencia para rebajar la sanción). Sin que sea apreciable, por último, la inexistencia de reincidencia, dado que tanto la entidad actora como ANC tienen pendientes antes esta Sala, por hechos similares o idénticos a los enjuiciados en este pleito, varios procedimientos judiciales.

Razones, las anteriores, que conducen a la íntegra desestimación del presente recurso, sin que se considere necesario, a tenor de los razonamientos hasta aquí efectuados, el planteamiento de cuestión prejudicial alguna ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que asimismo se pretende en la demanda.

DÉCIMO.- De conformidad con el artículo 139 de la LJCA, a tenor del pronunciamiento desestimatorio de la demanda, resulta procedente la imposición de las costas causadas a la entidad actora.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Ómnium Cultural frente a la resolución de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos de 5 de abril de 2016 que confirma en reposición la anterior Resolución de 18 de noviembre de 2015 que impone a dicha entidad una sanción de 200.000 euros, confirmamos dicha resolución y sanción, con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.