

Procedimiento N°: A/00068/2018

RESOLUCIÓN: R/00819/2018

En el procedimiento A/00068/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **ASOCIACIÓN DE MEDICOS DEMÓCRATAS, ASOCIACIÓN DE MÉDICOS DEMÓCRATAS (AMED)**, vista la denuncia presentada por **B.B.B.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 15/12/2017 tiene entrada en esta Agencia una denuncia presentada por **B.B.B.** (en lo sucesivo, el denunciante), en la que manifiesta lo siguiente:

Varios colegiados han recibido en sus direcciones de correo electrónico particulares, comunicaciones con origen en ***EMAIL.1 con el asunto *¿Quieres reducir la cuota colegial hasta 30 € anuales?* entre las fechas de 31/07/2017 y 06/09/2017 remitido por ASOCIACION DE MEDICOS DEMOCRATAS solicitando el apoyo de una propuesta de rebaja de cuota colegial.

Los colegiados se han puesto en contacto con ICOMEM para informar de los hechos reenviando los correos indicados y negando cualquier relación con el remitente.

ICOMEM manifiesta en su escrito de denuncia que los responsables de los envíos son AMED (Asociación de Médicos Demócratas, con CIF G-87 35 999 y domicilio social en la ***DIRECCIÓN.1 y a efectos de notificaciones en ***DIRECCIÓN.2 .

Adjunta a la denuncia copia de los correos electrónicos denunciados, así como un expediente de acceso al Listado de colegiados (AJ 65/2017) iniciado por AMED en el que es denegada su solicitud. El expediente consta de Solicitud de AMED de fecha 17/01/2017 y documentación adjunta; Denegación de la solicitud de fecha 14/02/2017 y documentación adjunta; Recurso de alzada de fecha 16/03/2017 interpuesto por AMED frente a la denegación; Resolución desestimatoria del Recurso de Alzada de la Comisión de Recursos del ICOMEM de fecha 23/05/2017

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el

esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. En fecha de 22/12/2017 se solicita información a AMED a los domicilios ***DIRECCIÓN.1 y ***DIRECCIÓN.2 , siendo devueltos por el Servicio de Correos por “desconocido”.
2. En fecha de 8/01/2018 se solicita información a AMED mediante notificación electrónica de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015 de 1 de Octubre, siendo rechazada la notificación en fecha de 18/01/2018.
3. En fecha de 13/02/2018 se accede al sitio web ***URL.1 cuya titularidad según se informa en la misma, corresponde a Asociación de Médicos Demócratas, con G-8735999 y se verifica que consta como domicilio para ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, la dirección ***DIRECCIÓN.2.
4. Las personas destinatarias de las comunicaciones realizadas desde ***EMAIL.1 son las que a continuación se indican junto con la dirección de correo utilizada por el remitente y la fecha en que se produce el envío.

Nombre y Apellidos	Dirección de correo	Fecha de envío
A.A.A. 31/07/2017		
C.C.C. 31/07/2017		
D.D.D. 37/07/2017		
E.E.E.	31/07/2017	
U.U.U.	Q.Q.Q.	31/07/2017
M.M.M.	S.S.S.	31/07/2017
I.I.I.	P.P.P.	31/07/2017
N.N.N.	G.G.G.	31/07/2017
L.L.L.	J.J.J.	2/08/2017
H.H.H.	F.F.F.	7/08/2017
O.O.O.	K.K.K.	6/09/2017

En todas las comunicaciones se indica que “*El listado de direcciones utilizado para la realización de esta comunicación pertenece a Asociación de Médicos*”

*Demócratas, CIF G8735999. En cualquier momento, podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiéndose a Asociación de Médicos Demócratas, ***DIRECCIÓN.2” Asimismo consta de un mensaje que muestra el siguiente texto: “si no deseas recibir más comunicaciones por email pulsa aquí”.*

5. En fecha de 13/02/2018 se realiza una búsqueda en el directorio de profesionales del ICOMEM de los afectados citados en el punto anterior, verificándose que la información que se ofrece respecto de los colegiados es NOMBRE, APELLIDOS y NÚMERO DE COLEGIADO. No consta dirección de correo electrónico.

TERCERO: Con fecha 19/02/2018, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00068/2018 a ASOCIACIÓN DE MEDICOS DEMÓCRATAS, ASOCIACIÓN DE MÉDICOS DEMÓCRATAS (AMED), con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, con relación a la denuncia por infracción de su artículo 6 tipificada como grave en el artículo 44.3 b).

CUARTO: Con fecha 20/04/2018 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica, en síntesis:

-AMED es una asociación sindical, entre cuyos fines de acuerdo con el art. 2 de sus estatutos, se encuentra la promoción de la colegiación profesional adaptada a los requisitos mínimos exigibles (...) y *la vigilancia de las actuaciones de los profesionales médicos por pare de la Comisión Deontológica. (...)*

Se encuentra sujeta a la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS en adelante) que reconoce el derecho a la actividad sindical, siendo especialmente clarificadora la STS 281/2005 que reconoce el (...)derecho del Sindicato (...) a transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y trabajadores, en general a través del correo electrónico (e-mail).

-De la denegación de acceso a datos por parte del ICOMEM y la legitimación de AMED. De acuerdo con la Sentencias SAN 12/06/2007, y STC 18/02/1988, los colegios profesionales tienen una suerte de doble consideración, tanto entidad privada como pública y la principal finalidad de éstos es la defensa de los intereses privados de sus miembros. Por lo que hay una serie de ficheros y tratamientos que revisten claramente la naturaleza pública, ya que se corresponden con el ejercicio de

potestades públicas de derecho administrativo. Debe traerse a colación el apartado 2 del art. 6 de la LOPD que dispensa de la obtención del consentimiento cuando los datos se recogen para el ejercicio de funciones propias de las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias. En el mismo sentido el art.10.2 RDLOPD. Debe prevalecer el derecho a la libertad sindical (art. 2.1 LOLS) sobre el derecho fundamental a la protección de datos. Es esta la cobertura legal que ampara a AMED para tratar los datos que han sido objeto de denuncia.

-Respecto del origen de los datos y el consentimiento para el tratamiento. Los datos han sido facilitados verbalmente por los propios interesados, si bien no de forma expresa, si de forma libre e inequívoca, ya que manifestaron su voluntad de recibir este tipo de comunicaciones a efectos de la actividad sindical de AMED. Los datos han sido tratados en base a un consentimiento tácito y nunca han sido objeto de acciones publicitarias, porque la AMED es una entidad sin ánimo de lucro. Siendo un error que la inscripción de ficheros en el RGPD constara como finalidad “publicidad y prospección comercial” modificándose por ACTIVIDAD SINDICAL en exclusiva.

La jurisprudencia admite, entre otras formas de prestar el consentimiento, el modo tácito, (...) cuando pudiendo manifestar un acto de voluntad contrario, éste no se lleva a cabo, es decir, cuando el silencio se presume o se presupone como un acto de aquiescencia o aceptación (...) y por tanto se debe entender que habiendo recibido los interesados los correos electrónicos de contenido sindical, en ningún momento se han ejercitado los derechos ARCO, por lo que existió un consentimiento para el tratamiento de sus datos por parte de la AMED. En el mismo sentido se pronuncia la SAN de 28/02/2007, rec. 236/2005 y la STS 26/05/86.

-Del derecho de oposición. El art. 6.4 LOPD resulta de aplicación a aquellos supuestos en los que no resulta necesario el consentimiento del afectado, se condiciona el ejercicio del derecho de oposición a la circunstancia de que una ley no disponga lo contrario. Esta norma es la LOLS y la interpretación la encontramos en la STC 281/2005 antes citada. Asimismo de acuerdo con la TD 1119/2008 los profesionales pueden oponerse a la remisión de información sindical si concurren motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal y los sindicatos quedan obligados a atender el derecho en la forma y con los requisitos normativos, esto es, contestando la petición del afectado.

-Adopción de medidas correctoras. Se ha procedido a eliminar los datos de

profesionales respecto de los que no se puede acreditar la obtención del consentimiento previo para la remisión de este tipo de comunicación de contenido estrictamente sindical, por lo que de acuerdo con la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) se solicita el archivo de las actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora 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 atribuye a ASOCIACION DE MEDICOS DEMOCTRATAS la comisión de la infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), que señala que *El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.*

III

Frente a ello AMED formula alegaciones, que salvo la solicitud de archivo por cumplimiento de medidas, las restantes han de ser desestimadas como a continuación se indica:

En **primer lugar**, debe indicarse que AMED realiza sus consideraciones partiendo de una premisa errónea y de ahí que su argumentación carezca de virtualidad para demostrar el tratamiento de los datos al amparo de la LOPD y su normativa de desarrollo.

Efectivamente las organizaciones sindicales tienen un haz de facultades derivadas del derecho a la libertad sindical desarrollado por la LOLS, que se proyectan sobre los trabajadores en defensa de sus intereses frente a “la patronal” o “el empleador”. Sucede aquí sin embargo que el ICOMED no puede considerársele como tal, pues los destinatarios de las comunicaciones no son trabajadores de dicho organismo. Del mismo modo tampoco puede revestir de acción sindical cualquier actuación que realice una entidad inscrita en el correspondiente registro público, con

los requisitos que establezca la ley para constituirse como asociación sindical- como ocurre con AMED-. O dicho de otro modo, todo lo que hace un sindicato no implica *per se* desarrolló de una determinada acción sindical bajo el paraguas de la LOLS.

Por eso, la acción sindical que legitima los envíos tiene por objeto los trabajadores de un centro de trabajo o empresa. Es el propio art. 8.2 a) de la LOLS, que cita AMED el que cita términos como “empresa”, y “centro de trabajo”.

En el mismo sentido la STC 281/2005 que invoca la propia AMED, al referirse a (...) transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados y a los trabajadores en general a través del correo electrónico (...). En el presente caso, no hay constancia de que los destinatarios sean afiliados del sindicato y menos aún trabajadores de un determinado centro de trabajo donde el sindicato tenga la representatividad que exige la norma o en su caso, representación en el Comité de Empresa o Junta de Personal.

Por todo ello resulta del todo desacertada la legitimación que entiende AMED que ostenta, - y el resto de alegaciones que descansan sobre dicha premisa- pues las acciones sindicales no se realizan frente al empleador sino frente a una corporación profesional que no tiene tal consideración respecto de sus colegiados. Por ello tampoco puede prosperar la alegación referida a que la base jurídica que legitimaría el tratamiento por AMED se encuentra en el art. 10.2 RDLOPD, pues no hay confrontación de dos derechos fundamentales como es el de derecho a la libertad sindical con el derecho a la protección de datos, todo ello sin perjuicio de que la jurisprudencia a la hora de resolver esa colisión de derechos, afirma que no pueden establecerse reglas generales sino que se precisa un análisis pormenorizados, caso por caso.

En conclusión no estamos ante una acción sindical, sino que se trata de promover una concreta y determinada pretensión corporativa de los profesionales frente al Colegio Profesional.

Alega **en segundo** término AMED, que el apartado 2 del art. 6 de la LOPD dispensa de la obtención del consentimiento cuando los datos se recogen para el ejercicio de funciones propias de las administraciones públicas en el ámbito de sus competencias (afirma asimismo que tal consideración la tienen los colegios profesionales) por lo que ahí encuentra su legitimación. Frente a ello hay que indicar que no sería de aplicación dicha excepción al tratamiento que AMED realiza, pues no

es un colegio profesional. Es decir, el citado apartado sería de aplicación al tratamiento que realice ICOMED pero no AMED pues, obviamente, no es un colegio profesional y en ningún caso puede considerarse que ejerce función alguna propia de las administraciones públicas.

En **tercer lugar**, sobre el origen de los datos y el consentimiento de los titulares de estos para el tratamiento llevado a cabo, debe indicarse que precisamente la jurisprudencia que invoca AMED en este sentido (SAN de 28/02/2007, rec. 236/2005 y la STS 26/05/86), establece dos consideraciones: se admite el consentimiento tácito y en cualquier caso, la prestación del mismo ha de resultar inequívoca.

Afirma AMED que *“estos datos han sido facilitados verbalmente por los propios interesados, si bien no recabados de forma expresa, si de forma libre e inequívoca, ya que manifestaron su voluntad de recibir este tipo de comunicaciones a efectos de estar informados de la actividad sindical desarrollada por la AMED, y en su caso valorar su posterior afiliación al Sindicato”*

Pues bien, para que se deduzca el consentimiento tácito, debe partirse una circunstancia o premisa respecto de la que no haya duda de su producción o acaecimiento. Es decir, que este plenamente acreditado que se haya informado de un determinado tratamiento y la conducta llevada a cabo por el destinatario de dicha información. En este sentido el art. 14 del RDLOPD establece los requisitos para validar dicha forma de obtención del consentimiento, poniendo la atención en la información transmitida y en la prueba de que el interesado haya recibido la misma.

En el presente caso en modo alguno puede considerarse probadas esas circunstancias: se desconoce qué información se pudo ofrecer cuando se recabaron los datos, y cuál fue la conducta mostrada por los titulares de los mismos.

Y en cuanto a *inequívoco*, la propia sentencia aportada invocada por AMED impide estimar sus alegaciones pues señala *“por lo demás, en cuanto a los requisitos del consentimiento, debemos señalar que estos se agotan en la necesidad de que este sea “inequívoco”, es decir, que no exista duda alguna sobre la prestación de dicho consentimiento, de manera que en esta materia el legislador, mediante el artículo 6.1 de la LO de tanta cita, acude a un criterio sustantivo, esto es, nos indica que cualquiera que sea ,la forma que revista el consentimiento éste ha de aparecer como evidente, inequívoco – que no admite duda o equivocación- , pues éste y no otro*

es el significado del adjetivo utilizado para calificar al consentimiento. Por tanto, el establecimiento de presunciones o la alusión a la publicidad de sus datos en otro lugar resulta irrelevante, pues dar carta de naturaleza a este tipo de interpretaciones pulverizaría esta exigencia esencial del consentimiento, porque dejaría de ser inequívoco para ser “equivoco”, es decir, su interpretación admitiría varios sentidos y, por esta vía, se desvirtuaría la naturaleza y significado que desempeña como garantía en la protección de los datos, e incumpliría la finalidad que está llamado a verificar, esto es, que el poder de disposición de los datos corresponde únicamente a su titular”.

Por otra parte, debe indicarse respecto de la obtención verbal del consentimiento, que los titulares de los datos que figuran en el punto 4 del antecedente segundo de la presente resolución, niegan cualquier prestación del consentimiento. Abundando en este sentido, cabe citar la doctrina legal contenida en la Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 11/05/2001, en la que se señala que *“quien gestiona la base, debe estar en condiciones de acreditar el consentimiento del afectado –art. 6 LO 5/1992-, siendo carga de la prueba del mismo su justificación, y la entidad recurrente en ningún momento ha realizado esfuerzo probatorio tendente a la acreditación del consentimiento de las personas en las que se basa la sanción”.* Criterio también mantenido por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 15/12/2001 que señala que (...), *porque de acuerdo con el principio que rige en materia probatoria (art. 1214 del Código Civil) la APD probó el hecho constitutivo que era el tratamiento automatizado de datos personales del menor ... , y a la recurrente incumbía el hecho impositivo o extintivo, cual era el consentimiento del mismo....*

Es decir, ..., debía acreditar el consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de datos personales, o justificar que en el supuesto examinado concurre alguna de las excepciones al principio general del consentimiento consagrado en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 5/21992. Y nada de esto ha sucedido.”

En este caso, existe constancia de que AMED ha sometido a tratamiento los datos que contiene en sus ficheros por lo que corresponde acreditar que dicho tratamiento se realizó con consentimiento los titulares de los mismos. Y debe indicarse que se ha limitado a manifestar posibles orígenes de los mismos, pero no acredita su adecuación a la LOPD.

En cuarto lugar, respecto de la interpretación del art. 6.4 de la LOPD, debe señalarse que idénticas consideraciones merecen pues no estamos ante la

confrontación de dos derechos fundamentales, y no existe un supuesto en el presente caso en el que no resulta necesario el consentimiento. Pues como se ha indicado anteriormente no estamos ante el ejercicio del haz de facultades que atribuye la LOLS, pues no se da la triple relación de *sindicato- empleador- y trabajador o afiliado*, por lo que tampoco es de aplicación la resolución de Tutela de Derechos que invoca AMED.

En este caso, como se ha señalado anteriormente, ni estamos ante una acción sindical, ni el tratamiento se realiza en periodo de elecciones a órganos de representación sindical que pudiera realizarse al abrigo del interés legítimo del propio sindicato como potencial destinatario del voto de los electores-profesionales de un determinado centro de trabajo.

IV

Por lo expuesto la conducta desarrollada por AMED se encuentra tipificada en el como infracción grave en el artículo 44.3 b) de la LOPD, que considera como tal *“Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo.”*

V

El artículo 45.6 de la LOPD, dispone lo siguiente: *“Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador, y en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurren los siguientes presupuestos:*

a) que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b) que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento”.

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y

b) del citado apartado 6 del artículo 45 de la LOPD. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado teniendo en cuenta, su volumen de negocio y que no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

VI

Pues bien, en atención a las citadas circunstancias se considera necesario subrayar que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 29 de noviembre de 2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, a propósito de la naturaleza jurídica de esta figura, regulada en el artículo 45.6 de la LOPD advierte que *“no constituye una sanción”* y que se trata de *“medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción”* que *sustituyen* a la sanción. La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la AEPD una *“potestad”* diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento -como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella- cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando las medidas correctoras pertinentes ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho será acordar el Archivo de las actuaciones.

En el presente caso y teniendo en cuenta que AMED ha eliminado de su base de datos aquellos datos respecto de los cuales no puede acreditar el consentimiento, y por tanto son medidas que impedirían que los hechos se volvieran a producir, en armonía con el pronunciamiento de la Audiencia Nacional recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) debe acordarse el archivo de las actuaciones de investigación practicadas.

De acuerdo con lo señalado,

**Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,
SE ACUERDA:**

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **ASOCIACIÓN DE MEDICOS DEMÓCRATAS, ASOCIACIÓN DE MÉDICOS DEMÓCRATAS (AMED)**.

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 y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora 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.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos