



Procedimiento nº.: PS/00110/2010

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº.: RR/00620/2010

Examinado el recurso de reposición interpuesto por **FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA)** y **PESCATRADE, S.A.** contra la Resolución dictada por el Director de esta Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00110/2010, y en base a los siguientes:

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 3 de septiembre de 2010 se dictó Resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00110/2010, en virtud de la cual se acordó imponer a PESCATRADE, S.A. una multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euros con veintiún céntimos) por la infracción del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), tipificada como grave en el artículo 44.4.b) y graduada en virtud del artículo 45.5, ambos de esa Ley Orgánica, y otra multa a FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA) de 6.000 € (seis mil euros) por la infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 d) de dicha norma

Dicha resolución, que fue notificada a las entidades recurrentes en fecha 10 de septiembre de 2010, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la LOPD.

SEGUNDO: En el procedimiento que dio lugar a la Resolución impugnada se tuvieron por probados los siguientes hechos:

<<PRIMERO: Que con fecha de 14 de abril de 2009 tuvo entrada en esta Agencia un escrito de C.C.C. en el que declaraba que FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA) presentó como prueba documental en un juicio por despido celebrado contra él en fecha 5 de marzo de 2009 un correo electrónico, con un curriculum suyo adjunto, que el propio denunciante había enviado con anterioridad en fecha 9 de agosto de 2008 a PESCATRADE, S.A. en solicitud de un puesto de trabajo. Dicho correo electrónico y su curriculum adjunto fueron proporcionados por PESCATRADE, S.A. a FRICANSA sin su consentimiento (folio 1).

SEGUNDO: Que el denunciante remitió a PESCATRADE, S.A. el indicado correo electrónico en fecha 9 de agosto de 2008, a las 21:25, desde la cuenta de correo electrónico D.D.D. con destino a la dirección de correo electrónico info@..... Dicho correo electrónico incluía anexo un fichero denominado "curiculun vitae.doc"; documento que consistía en el currículum laboral de C.C.C. con diversos datos de carácter personal: nombre, NIF, dirección, teléfonos de contacto y estado civil, así como el resto de datos profesionales que se aportan en este tipo de documentos (folios 4 a 7 y 16 y 17).

TERCERO: Que el correo electrónico y su archivo adjunto detallados en los dos puntos anteriores fueron presentados a su vez ante el Juzgado de lo Social nº 2 de Santander por la representación de FRICANSA como documentos 10 y 11 (folios 271 a 274) de un

total de 48 en el juicio de Autos 995/08, realizado en esa fecha citada de 5 de marzo de 2009 (folios 214 a 221), según copia testimoniada por la Secretaría de dicho Juzgado en fecha 24 de marzo de 2009 (folios 4 a 7).

CUARTO: Que mediante escrito con entrada en esta Agencia en fecha 25 de agosto de 2009 PESCATRADE, S.A. en fase de actuaciones previas de investigación informó que:

“PESCATRADE es una empresa cántabra cuya actividad es la pesca, importación y venta de productos del mar. No dispone de camiones propios de distribución. Su gerente es el Sr. **B.B.B.**.”

FRICANSA es otra empresa cántabra de actividad la distribución de productos del mar, principalmente mediante camiones propios. Su gerente es el Sr. **A.A.A.**, hermano del anterior.

Ambas compañías, de actividades complementarias, y que cuentan con una relación comercial desde hace años, además forman parte de un grupo empresarial, en el cual el Sr. **B.B.B.** es dueño de PESCATRADE y además es socio al 50% de FRICANSA.

Es en el seno de este grupo empresarial en el que se produce la puesta en común del email de referencia, de gerente a gerente. Por tanto, no ha salido de este ámbito en ningún momento.

Adicionalmente, es de destacar el hecho de que el Sr. **C.C.C.** envía el email espontáneamente, sin responder a ninguna oferta de trabajo ni demanda concreta por parte de PESCATRADE, y a una dirección de email genérica de la empresa, no a nadie en concreto, ni al departamento de recursos humanos, y mucho menos a un archivo, automatizado o no, de datos.

El email fue borrado en su día y no se guarda copia. La fecha de la puesta en común del mismo no es recordada” (folio 25).

QUINTO: Que por su parte, en esas actuaciones previas de investigación, mediante escrito con entrada en esta Agencia en fecha 24 de agosto de 2009 FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA) aportó copia de este mismo escrito remitido por PESCATRADE, S.A.; además de manifestar que:

“Informarles también, que el correo enviado por **C.C.C.** a Pescatrade, fue aportado por Fricansa en el Juicio de Autos 995/08 en defensa de los intereses de dicha empresa, sentencia que fue en su día favorable a Fricansa” (folio 23).

SEXTO: Que PESCATRADE, S.A. no aportó en las ya citadas actuaciones previas de investigación documentación acreditativa de disponer del consentimiento del denunciante para facilitar su curriculum a FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA); ni esta última entidad, para el tratamiento de datos de carácter personal efectuado (folios 23 y 25).

SEPTIMO: Que en fecha 4 de mayo de 2010 tuvo entrada en esta Agencia un escrito de la representación común de PESCATRADE, S.A. y FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA), donde se formulaban las oportunas alegaciones al Acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, manifestando que la cesión de datos personales “se realiza dentro de de un procedimiento judicial por despido”, que “se han cedido los datos dentro del marco contractual de las relaciones empresariales de un mismo grupo y en ejercicio del derecho de defensa” y que se produce la “puesta en común” de sus datos personales con el objetivo “del mejor ejercicio de su derecho a tutela judicial efectiva”. Insistiendo en que el denunciante no impugró ningún documento en el juicio



que mantuvo con FRICANSA. “Prueba documental admitida por el Juzgador, y consentida por el Sr. **C.C.C.**, sin que por parte de su Letrado se formulase protesta, impugnara el documento aportado, o formulara recurso alguno contra la decisión del S.S^a de admitir tal prueba” (folios 112 y 113).

OCTAVO: Que, no obstante, también junto a las alegaciones al Acuerdo de inicio detalladas en el punto 7º anterior, ambas entidades aportaron a esta Agencia copia de un escrito que el denunciante, a través de su representante, y en el procedimiento judicial laboral en cuestión, Autos 995/08, dirigió al Juzgado de lo Social 2 de Santander en fecha 23 de marzo de 2009, en el que se puede leer de manera literal:

“Que por medio del presente escrito vengo a interesar TESTIMONIO DE PARTICULARES referido los documentos que bajo los números 10 (folio 271) y 11 (folios 272 a 274) aportó la representación procesal de la demandada en el acto del juicio como prueba documental, por precisarlo para ejercer la acciones legales oportunas en relación con el derecho a la intimidad de datos personales, toda vez que los citados documentos consisten en un correo electrónico enviado por mi representado a un tercero ajeno al procedimiento y que obraba en poder de la empresa demandada sin ningún tipo de autorización del acto” (folio 234)>>.

TERCERO: Con fecha 9 de octubre, dentro del plazo establecido, se ha interpuesto recurso de reposición por parte de FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA) y PESCATRADE, S.A. (en lo sucesivo las recurrentes), en el que se alega en esencia que **C.C.C.** sí otorgó su consentimiento para la cesión y posterior tratamiento de sus datos personales realizado por estas entidades, dado que en el juicio de índole laboral celebrado con anterioridad a la denuncia en esta Agencia entre él y FRICANSA no impugnó, en el momento procesal oportuno, la documentación aportada como prueba por esta entidad, y donde se recogían los datos personales en cuestión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por las recurrentes, debe señalarse que ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho II a VI de la Resolución recurrida R/01568/2010, de 3 de septiembre de 2010, en los que se considera que PESCATRADE, S.A. cedió datos personales de **C.C.C.** a FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA), que luego los trató, todo sin su consentimiento; y se advertía suficientemente sobre la doctrina mantenida por la Audiencia Nacional en relación a la materia en cuestión, así como sobre los criterios seguidos para la graduación de la sanción impuesta.

En dichos Fundamentos de Derecho se indica lo siguiente:

<< II

En el caso que nos ocupa, la infracción imputada a la entidad PESCATRADE, S.A. resulta de la comunicación de datos de carácter personal sin consentimiento previo del denunciante a la entidad FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA), al facilitarle un currículum que previamente le había remitido por correo electrónico C.C.C. en solicitud de un puesto de trabajo.

Por otra parte, la entidad FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA) llevó a cabo un tratamiento de datos, también sin consentimiento, en cuanto ha reconocido que utilizó los datos que figuraban en ese currículum del denunciante para utilizarlo en un juicio contra él por despido.

III

La LOPD en su artículo 11 "Comunicación de datos", dispone:

"1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

a) Cuando la cesión está autorizada en una Ley.

b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.

c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique...

3. Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquél a quien se pretenden comunicar.

4. El consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal tiene también un carácter de revocable.

5. Aquél a quien se comuniquen los datos de carácter personal se obliga, por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la presente Ley.

6. Si la comunicación se efectúa previo procedimiento de disociación, no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores".

En el presente caso, FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA) presentó como prueba documental en un juicio por despido celebrado contra el denunciante en fecha 5 de marzo de 2009 un correo electrónico, con un curriculum suyo adjunto (con diversos datos de carácter personal: nombre, NIF, dirección, teléfonos de contacto y estado civil, así como el resto de datos profesionales que se aportan en este tipo de documentos - folios 4 a 7 y 16 y 17); que el propio denunciante había enviado con anterioridad en fecha 9 de agosto de 2008 a PESCATRADE, S.A. en solicitud de un puesto de trabajo. Dicho correo electrónico y su curriculum adjunto habían sido proporcionados por PESCATRADE, S.A. a FRICANSA sin su consentimiento (folio 1).



Por otra parte, PESCATRADE, S.A. en fase de actuaciones previas de investigación manifestó a esta Agencia que: “Ambas compañías, de actividades complementarias, y que cuentan con una relación comercial desde hace años, además forman parte de un grupo empresarial, en el cual el Sr. **B.B.B.** es dueño de PESCATRADE y además es socio al 50% de FRICANSA”. Y: “Es en el seno de este grupo empresarial en el que se produce la puesta en común del email de referencia, de gerente a gerente. Por tanto, no ha salido de este ámbito en ningún momento” (folio 25).

De igual modo, FRICANSA aportó copia de este mismo escrito remitido por PESCATRADE, S.A.; además de manifestar que:

“Informarles también, que el correo enviado por **C.C.C.** a Pescatrade, fue aportado por Fricansa en el Juicio de Autos 995/08 en defensa de los intereses de dicha empresa, sentencia que fue en su día favorable a Fricansa” (folio 23).

Ante ello, ambas entidades no aportaron, ni en las actuaciones previas de investigación ni en las alegaciones al Acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, documentación acreditativa de disponer del consentimiento previo e inequívoco del denunciante para la cesión y el tratamiento llevado a cabo (folios 23 y 25).

“Respecto al consentimiento – dice la reciente sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2009 - , es de interés reseñar que el apartado 1 del Art. 6 LOPD exige el consentimiento inequívoco del afectado para el tratamiento de sus datos de carácter personal. El adjetivo “inequívoco” que califica al consentimiento, significa según el Diccionario de la Real Academia Española “que no admite duda o equivocación” y, por contraposición, a equívoco, lo que no puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o que no puede dar ocasión a juicios diversos.

La exigencia de que sea inequívoco está relacionada con la forma de prestar el consentimiento, pues el citado precepto no establece ni requiere que tenga que prestarse de forma determinada, ni de forma expresa o por escrito. Esta Sala viene considerando que no es necesario que dicho consentimiento se preste de forma expresa, con base a que no tendría sentido la exigencia de consentimiento expreso para el tratamiento de los datos especialmente protegidos a que se refiere el Art. 7 LOPD.

Ahora bien, el consentimiento, como ha dicho esta Sala de forma reiterada, entre otras en la sentencia de 20 de septiembre 2006, tiene que ser inequívoco por parte del titular de los datos pues es él y no un tercero quien tiene el poder de disposición y control sobre sus datos personales, aun cuando no se requiere que se produzca de forma expresa o por escrito pero sí debe reunir los requisitos previstos en el artículo 3h) y 6.1 de la LOPD”.

En relación con el consentimiento, además, como solicitaban las entidades imputadas, no procede la prueba propuesta por innecesaria y reiterativa, dados los términos nítidos de la denuncia presentada, aparte de ratificar su oposición al tratamiento en cuestión de sus datos personales en el proceso judicial (folio 234).

Respecto a solicitud de testimonio de los representantes legales de ambas entidades, recordar que el artículo 17.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, establece que:

“3. La práctica de las pruebas que el órgano instructor estime pertinentes, entendiéndose por tales aquellas distintas de los documentos que los interesados puedan aportar en cualquier momento de la tramitación de procedimiento, se realizará

de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Y en este caso, se solicitan unos testimonios que podrían haber sido aportados sin más, para su valoración, por las propias entidades imputadas, si lo considerasen esencial para su derecho de defensa.

En cualquier caso, tal y como afirma la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de mayo de 1986, “no es misión del instructor practicar todas las pruebas que se solicitan, sean las que fueren, sino tan solo las que conduzcan al esclarecimiento de los hechos y a la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción”. En el supuesto examinado, en concordancia con el criterio mantenido por el Tribunal Supremo y de conformidad con lo establecido en el artículo 80 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo (en adelante LRJPAC), se denegó la práctica probatoria solicitada al no considerarse los hechos que se pretendían demostrar con su práctica trascendentes para la resolución del expediente.

Los hechos expuestos llevan a concluir que la entidad PESCATRADE, S.A. recibió el C.V. del denunciante y lo facilitó a la entidad FRICANSA sin consentimiento del titular de los datos personales contenidos en el mencionado documento.

Por otra parte, el presente supuesto no se ajusta a los previstos en el apartado 2 del citado artículo 11 de la LOPD, en los cuales no se requiere el consentimiento del afectado para la comunicación de los datos a un tercero.

IV

De este modo, el artículo 6 de la LOPD dispone que:

“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.

2. 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”.

A este respecto, debe señalarse que el artículo 3.c) de la LOPD define el tratamiento de datos como: “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”.

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, “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 (...)" (F.J. 7 primer párrafo).

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 orden de cosas, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste, así, en este sentido la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 31 de mayo de 2006 señalaba: "Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la ley".

Para que el tratamiento de datos del denunciante por parte de FRINCANSA resultara conforme con los preceptos de la LOPD hubieran debido concurrir en el supuesto examinado los requisitos contemplados en el artículo 6 de la mencionada norma.

Reiteremos que el denunciante, a través de su representante, y en el procedimiento judicial laboral en cuestión, Autos 995/08, presentó un escrito dirigido al Juzgado de lo Social 2 de Santander en fecha 23 de marzo de 2009, en el que se puede leer de manera literal:

"Que por medio del presente escrito vengo a interesar TESTIMONIO DE PARTICULARES referido los documentos que bajo los números 10 (folio 271) y 11 (folios 272 a 274) aportó la representación procesal de la demandada en el acto del juicio como prueba documental, por precisarlo para ejercer la acciones legales oportunas en relación con el derecho a la intimidad de datos personales, toda vez que los citados documentos consisten en un correo electrónico enviado por mi representado a un tercero ajeno al procedimiento y que obraba en poder de la empresa demandada sin ningún tipo de autorización del acto" (folio 234).

Abundando en este sentido, procede citar la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21 de diciembre de 2001 en la que se declaraba que "de acuerdo con el principio que rige en materia probatoria (art. 1214 del Código Civil) la Agencia de Protección de Datos probó el hecho constitutivo que era el tratamiento automatizado de los datos personales de D. (...) (nombre, apellidos y domicilio), y a la recurrente incumbía el hecho impeditivo 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 el supuesto examinado concurre alguna de las excepciones al principio general del consentimiento consagrado en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 5/1992. Y nada de esto ha sucedido".

Por tanto corresponde a FRICANSA acreditar que contaba con ese consentimiento inequívoco, máxime cuando ésta niega haberlo otorgado de forma

expresa e inequívoca (folios 1 y 234). En el supuesto examinado, según ha quedado indicado, ambas entidades imputadas no han acreditado disponer de ese consentimiento inequívoco.

Considerando que no concurre ninguno de los supuestos del artículo 6.2 de la LOPD, que exigen de obtener el consentimiento para el tratamiento de datos, se concluye que la actuación de FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA) constituye una vulneración al principio de consentimiento, recogido en el repetido artículo 6.1 de la LOPD.

V

En cuanto a la invocación del principio de culpabilidad efectuada por ambas entidades, y de la exigencia de dolo o culpa para que pueda actuar la potestad sancionadora de la Administración, cabe señalar lo dispuesto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, LRJPAC, según el cual “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 jurisprudencia mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional, 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 de abril de 1991) considera que del elemento culpabilista 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 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...” (sentencia de 29 de junio de 2001).

El Tribunal Supremo 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 tales como el especial valor del bien jurídico protegido, la profesionalidad exigible al infractor, etc. En este sentido la STS de 5 de junio de 1998 exige a los profesionales del sector “un deber de conocer especialmente las normas aplicables”.

Aplicando la anterior doctrina, la Audiencia Nacional exige una especial diligencia a la hora de operar con los datos de carácter personal, visto que se trata de la protección de un derecho fundamental de las personas a las que se refieren los datos, por lo que los depositarios de estos deben ser especialmente diligentes y cuidadosos a la hora de realizar operaciones con los datos. En este sentido, entre otras, sentencias de la Audiencia Nacional de fechas 24 de abril de 2001 y 3 de marzo de 2004.

Asimismo en cuanto a la buena fe la Audiencia Nacional en su sentencia de 24 de mayo de 2002 ha señalado que “la buena fe en el actuar, para justificar la ausencia de culpa –como se hace en el presente caso-; basta con decir que esa alegación queda enervada cuando existe un deber específico de vigilancia derivado de la profesionalidad del infractor. En esta línea tradicional de reflexión, la STS de 12 de marzo de 1975 y 10 de marzo de 1978, rechazan la alegación de buena fe, cuando sobre el infractor pesan



deberes de vigilancia y diligencia derivados de su condición de profesional”.

Conforme a este criterio jurisprudencial, es evidente la existencia en este caso de, al menos, una falta de diligencia en los hechos imputados con respecto a dichas entidades, cuando no una actuación plenamente consciente de cesión y de tratamiento, respectivamente, sin consentimiento inequívoco del denunciante, en contra de las normas establecidas en la LOPD.

VI

La LOPD en su artículo 44, apartado 4.b), define como infracción muy grave la conducta siguiente:

“b) La comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas”.

La entidad PESCATRADE, S.A. facilitó a la entidad FRICANSA el currículum del denunciante (y con ello un conjunto de datos personales importantes) sin el consentimiento de éste, incurriendo en dicha infracción

Por otra parte, el artículo 44.3.d) determina como infracción grave:

“d) Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación 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 entidad FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA) ha infringido el precepto transcrito al tratar los datos del denunciante sin su consentimiento inequívoco para aportarlos, a su vez, en el proceso judicial en cuestión.

El artículo 45 de la LOPD establece:

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

3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 300.506,05 a 601.012,10 euros.

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 antijuricidad 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 antijuricidad 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 considerada en el caso de que se trate”.

La Audiencia Nacional en su sentencia de 24 de mayo de 2002 ha señalado, en cuanto en especial a la aplicación del apartado 5 del citado precepto, que “la presente regla debe aplicarse con exquisita ponderación y solo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuricidad 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. Circunstancias que no apreciamos concurran en el caso de autos en el que la entidad bancaria debió adoptar una diligencia mayor y optar por una interpretación en defensa de los intereses del titular del dato, pues no se olvida que este es titular de un derecho fundamental a la libertad informática –STS 202/1999- y las entidades que operan en el mercado de datos y obtienen con ello determinadas ventajas deben siempre obrar con exquisita diligencia y procurar siempre la perfecta comunicación entre el dato y la realidad”.

En este caso, empero, dada la naturaleza de los hechos analizados, cabe apreciar circunstancias que suponen una atenuación cualificada de la culpabilidad, así como de la antijuricidad, y procede graduar por ello las oportunas sanciones a imponer.

De este modo, en relación con la cesión de datos personales hay que recordar la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 14 de marzo de 2007 (Recurso 263/2005), que en un caso similar de cesión de un currículum vitae aplicó dicho apartado 5 del artículo 45 de la LOPD, atendiendo a la “naturaleza de los hechos”.

En el presente caso concreto, hay que tener en cuenta que se trató de una cesión puntual y singular en el marco de actuación como grupo empresarial, realizándose un tratamiento de datos única y exclusivamente como medio probatorio en el proceso judicial entablado entre las partes implicadas.

Además, sobre todo, en el caso de FRICANSA, los datos personales recogidos en el susodicho currículum ya eran conocidos por ser antiguo empleado, y ser datos eminentemente de carácter laboral y profesional, utilizándose como ya se ha indicado con el firme convencimiento de estar ejerciendo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, en la defensa de sus legítimos intereses empresariales.

Teniendo en cuenta lo que antecede, procede imponer a PESCATRADE, S.A. la sanción de 60.101,21 € y a FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA) la sanción de 6.000 €>>.

III

En consecuencia, en el presente recurso de reposición, las recurrentes no han aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la Resolución impugnada, en la que consta suficientemente acreditado que los datos de carácter personal de **C.C.C.** fueron cedidos y posteriormente tratados por PESCATRADE, S.A. y FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA), respectivamente, incumpliendo lo previsto en los artículos 11 y 6 de la LOPD, también respectivamente, que recoge el principio de consentimiento.

Por lo tanto, como consecuencia de lo anterior,

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA)** y **PESCATRADE, S.A.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 3 de septiembre de 2010 en el procedimiento sancionador PS/00110/2010.



SEGUNDO: NOTIFICAR la presente Resolución a las entidades **FRIO DE CANTABRIA, S.A. (FRICANSA)** y **PESCATRADE, S.A.**.

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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer 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 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

Madrid, 2 de noviembre de 2010
EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte