



Procedimiento nº.: PS/00235/2015

**ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00002/2016**

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad ÒMNIUM CULTURAL contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00235/2015, y en base a los siguientes,

**HECHOS**

**PRIMERO:** Con fecha 18 de noviembre de 2015, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00235/2015, en virtud de la cual se imponía a la entidad ÒMNIUM CULTURAL, una sanción de 200.000 euros (doscientos mil euros), por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo 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.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 19/11/2015, 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:** Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00235/2015, en relación con la infracción imputada a ÒMNIUM CULTURAL quedó constancia de los siguientes:

<<1. La asociación ANC declara como finalidades las de “promover la creación de las condiciones políticas y sociales necesarias para lograr y constituir el estado catalán propio, independiente, de derecho, social y democrático; aglutinar todas las personas que trabajan con objetivos afines a los de la Asamblea Nacional Catalana, ya sea desde todos tipo de grupos, entidades, movimientos, partidos políticos, o bien individualmente; facilitar, potenciar y acoger toda clase de iniciativas democráticas encaminadas al logro de los objetivos citados anteriormente”.

2. ÒMNIUM CULTURAL es una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro cuyo objeto lo constituye “el fomento, desarrollo y la defensa de la lengua 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 del objeto de esta asociación el impulso y defensa de la recuperación colectiva de la identidad de la nación catalana.”

3. En el Registro General de Protección de Datos figuran inscritos por la entidad ANC el fichero denominado “\*\*\*FICHERO.1”, inscrito en fecha 27/08/2014. En cuanto a la finalidad y usos previstos se indica “Organizar y gestionar acciones y campañas vinculadas a las actividades desarrolladas, ya sea de forma individualizada o en colaboración con otras entidades. Enviar comunicaciones relativas a estas. Elaborar estadísticas, encuestas y estudios de opinión” y “Otras finalidades, análisis de perfiles, publicidad y prospección comercial”; como origen de los datos figura “el propio interesado o su representante legal” y “entidad privada”; en la categoría de

datos se incluyen datos especialmente protegidos: “Ideología”, datos identificativos: “DNI/NIF, nombre y apellidos, código postal, lugar de procedencia, e-mail”, Otros tipos de datos: “actos o actividades en los que se ha participado”; sistema de tratamiento: “mixto”; y nivel de seguridad: “alto”; y en el apartado Cesiones previstas de datos del fichero: “asociaciones y organizaciones sin ánimo de lucro”.

Según las manifestaciones realizadas por ANC a los Servicios de Inspección, el fichero contiene datos de ideología, aunque no consta ningún campo en el mismo con datos de ese tipo de forma explícita, al haber considerado dicha entidad que la mera inclusión de una persona en este fichero constituye un dato de ideología.

4. En el Registro General de Protección de Datos figura inscrito por la entidad ÒMNIUM CULTURAL un fichero denominado “\*\*\*FICHERO.1”, con fecha de inscripción 08/08/2014. En cuanto a la finalidad y usos previstos se indica “Organizar y gestionar acciones y campañas vinculadas a las actividades desarrolladas, ya sea de forma individualizada o en colaboración con otras entidades. Enviar comunicaciones relativas a estas. Elaborar estadísticas, encuestas y estudios de opinión” y “Análisis de perfiles, otras finalidades, publicidad y prospección comercial”; como origen de los datos figura “el propio interesado o su representante legal” y “entidad privada”; en la categoría de datos se incluyen datos especialmente protegidos: “Ideología”, datos identificativos: “DNI/NIF, nombre y apellidos, dirección, teléfono, correo electrónico, código postal, lugar de procedencia, redes sociales”, Otros tipos de datos: “actos o actividades en los que se ha participado”; sistema de tratamiento: “mixto”; y nivel de seguridad: “alto”; y en el apartado Cesiones previstas de datos del fichero: “asociaciones y organizaciones sin ánimo de lucro”.

5. Durante los meses de octubre y noviembre de 2014, las entidades ANC y ÒMNIUM CULTURAL promovieron una campaña denominada \*\*\*FICHERO.1”, para la realización de una encuesta en todos los domicilios de Cataluña (tres millones de domicilios) relacionada con la participación de los ciudadanos en la consulta catalana del 09/11/2014.

Los representantes de ANC manifestaron a los Servicios de Inspección que el motivo de esta campaña es impulsar un dialogo ciudadano y realizar una campaña inclusiva, respecto de la participación en la consulta catalana del 09/11/2014.

6. Para la realización de la encuesta, las citadas entidades habilitaron un formulario de captación de datos en formato A4, con versión catalana y castellana, en el que se reseñan las seis preguntas que se plantean a los encuestados con un sistema de respuestas cerrado, se habilitan espacios para la recogida de datos y se ofrece información a los interesados en relación con la información facilitada. Asimismo, incorpora un espacio para que el encuestado preste su consentimiento a la utilización de dicha información.

El espacio destinado a las preguntas y respuestas de la encuesta y el habilitado para la recogida de los datos presenta una única diferencia en el color de fondo, sin ninguna línea de trepado mediante la cual realizar el corte de separación ni indicaciones sobre esta separación.

El contenido de la encuesta, que figura en versión catalana y castellana, es el siguiente:

<<Si Cataluña fuera un estado tendría entre 8.000 y 16.000 millones de euros más. ¿Cómo piensa que se deberían gastar?

A) Mejorar las infraestructuras (carreteras, transporte público, 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 la 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 tienen el castellano como primera lengua.*
- B) *Lo más importante es que en Cataluña se hablen el máximo de lenguas: el catalán, el castellano y muchas más.*

*Y una última pregunta, ¿irá 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>>.*

*El formulario habilitado para la realización de la encuesta contiene la siguiente información:*

*<<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>>.*

*Posteriormente aparecen los campos habilitados para la captación de datos personales, en los que se solicita el nombre, apellidos, correo electrónico, dirección y teléfono; y el siguiente texto informativo:*

*<<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 “\*\*\*FICHERO.1”, el responsable del cual es la Asamblea Nacional Catalana y Òmnium 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 mediante comunicación escrita, dirigida a la Asamblea Nacional Catalana, C/... o bien a Òmnium Cultural, C/ ... o bien a \*\*\*EMAIL.1>>.*

*Finalmente, contiene dos casillas de verificación con los textos “Si, acepto” y “No”*

respectivamente, y un espacio para la firma.

7. Los representantes de la entidad ANC manifestaron a los Servicios de Inspección que los datos personales de los encuestados se registrarán en el fichero **\*\*\*FICHERO.1**.

8. La realización de esta encuesta se llevó a cabo por voluntarios encuestadores mediante visitas casa a casa, según un sistema de subdivisiones que no se ajusta con ninguna división administrativa, jerarquizado por regiones, comarcas, municipios, distritos y zonas, hasta llegar a definir una concreta distribución de calles y números entre los voluntarios. Existe un control de las calles asignadas a los voluntarios.

Los encuestadores (30.000, según declaró ANC a los Servicios de Inspección) se distribuyeron, igualmente, en distintos niveles jerárquicos (responsables comarcales, jefes de equipo, encuestadores).

9. Se desarrolló un programa de formación de los voluntarios. La documentación relativa a este curso de formación incluye un detalle de los objetivos pretendidos con la campaña, entre otros, incrementar la participación en la consulta y obtener datos personales para realizar difusiones de campaña, con una referencia expresa al cumplimiento de la LOPD.

En esta documentación se instruye a los voluntarios encuestadores sobre algunas normas que han de respetar al realizar la encuesta. Entre otras, se dispone:

- . Escribir las respuestas de forma que el interlocutor lo pueda ver.
- . Pedir que firmen las encuestas y den el consentimiento, para cumplir con la LOPD. Están en su derecho de no hacerlo y si lo hacen no se recogerá ningún dato.
- . Si no abren: dejar la encuesta y el folleto enganchados con un clip en el marco de la puerta.
- . Si no quieren/pueden responder pero se ve receptividad, ofrecer la encuesta y el folleto.
- . Si se ve que la respuesta negativa es más beligerante: despedirse sin entrar en discusiones.

El material del curso entregado a los voluntarios incluye una hoja de respuestas. En un recuadro en rojo con grandes tipos y con una flecha señalando a la zona de captación de datos, se indica: "Es muy importante que si no se firma y acepta el formulario de la encuesta no se llene ningún dato".

Sobre el registro de los resultados, se indica a los encuestadores que deberán realizarlo a través de la web **\*\*\*URL.2**, en la que pueden seguir las instrucciones; que informen a los responsables de equipo, en caso de que no se pueden registrar los resultados; y que devuelvan al mismo responsable la hoja-mapa y las encuestas cumplimentadas.

10. A los encuestadores se les proporcionó un "kit del encuestador" con el material necesario para realizar la encuesta. Incluye un "mapa de visita" con un código asignado a la zona a encuestar, el número de puertas a visitar, un código de mapa, la lista de edificios y el número de puertas por edificio. El mapa de visita contiene la siguiente información:

- . Código de caja: el que corresponda.
- . Código de mapa: el que corresponda.
- . Código de voluntario: espacio en blanco, para rellenar a mano.
- . Datos del responsable del equipo: espacio en blanco, para rellenar a mano.
- . Total puertas: espacio en blanco, para rellenar a mano.
- . Resumen de visitas:
  - . No abren: espacio en blanco, para rellenar a mano.
  - . No quieren hacer la encuesta: espacio en blanco, para rellenar a mano.
  - . Encuesta hecha: espacio en blanco, para rellenar a mano.



- . Lista de edificios a visitar: C/..., nº...: XX PUERTAS
- . Mapa de la zona: extraído de Google Maps, con la ubicación del edificio dentro de la zona.

Los códigos de mapa y caja son códigos alfanuméricos suministrados por la entidad AIS, subcontratada por ANC para organizar la subdivisión geográfica de los portales de Cataluña, generados de forma automática y secuencial por un programa de ordenador, y que señalan el municipio, el equipo, un código dentro del municipio y el número de ficha.

El Kit contiene una guía del voluntario, en la que se indica que la encuesta ha de cumplimentarse por los encuestadores, que han de escribir las respuestas de forma que el interlocutor pueda verlas. Igualmente, consta en este documento que se solicitará el correo electrónico y los datos personales para que se puedan procesar las respuestas y enviarles información sobre los temas planteados. Se solicitará a los encuestados que firmen la encuesta y den su consentimiento para cumplir la Ley de Protección de Datos, señalando que están en su derecho de no hacerlo (“están en su derecho de hacerlo y si no lo hacen, no recogemos ningún dato”). Una vez finalizada, se anotará en el encabezamiento de la encuesta el identificador y el código de voluntario.

11. Las entidades ANC y ÒMNIUM CULTURAL han declarado que esta última es la destinataria de las respuestas recibidas por correo y de las encuestas realizadas por los voluntarios, que son recibidas en mano, en los 20 locales que dispone la entidad, repartidos por toda la geografía catalana.

12. Los representantes de ÒMNIUM CULTURAL manifestaron a los Servicios de Inspección lo siguiente:

Una vez recibida la documentación, por cualquiera de las vías, se procede a su mecanización a través de una aplicación facilitada por ANC, salvo aquellas que no aparezcan firmadas y marcada la aceptación de la cláusula de aceptación al tratamiento de los datos. Las encuestas sin datos personales tampoco son mecanizadas.

Una vez mecanizadas las encuestas, son archivadas en cajas y guardadas en un almacén al efecto, donde están siendo acumuladas. Se conservará la parte del formulario de la encuesta que recoge el consentimiento al tratamiento de los datos personales, quedando pendiente de decidir la forma concreta en que se realizará dicho almacenamiento, así como la destrucción de la parte de la respuesta a la encuesta.

El criterio de almacenamiento de las encuestas en papel es por zonas geográficas, existiendo una codificación de las mismas, realizada para la organización de la encuesta y utilizada igualmente para el almacenamiento.

13. Con fecha 06/10/2014, los Servicios de Inspección accedieron al fichero **\*\*\*FICHERO.1**, comprobando que se accede a través de la herramienta **\*\*\*HERRAMIENTA.1** alojadas en el dominio **\*\*\*URL.1** Se accedió a la tabla **\*\*\*TABLA.1**, compuesta de los campos ID, FIRST NAME, LASTNAME, POSTAL CODE, EMAIL, CITY STATE, CREATED, y a la tabla **\*\*\*TABLA.2**, con la misma estructura. Hay múltiples tablas, siendo las más grandes **\*\*\*TABLA.1**, con 364.380 registros, y **\*\*\*TABLA.3**, con 31.273 registros.

14. Con fecha 29/10/2014, los Servicios de Inspección accedieron al sistema de información de ANC, a la aplicación desarrollada para la recogida de los datos de las encuestas, alojada en la dirección web **\*\*\*URL.2** Se consultó el “Resum de **\*\*\*BD.3 Entrades**” (**Resumen de encuestas entradas**), obteniendo información sobre el número de encuestas introducidas (18.813) y el número de encuestas que incluían datos de carácter personal (17.848). En dicha consulta consta el nombre del responsable de equipo, así como el total de encuestas introducidas, tanto las que

incluían datos personales como las que no. Asimismo, se accedió al informe denominado **\*\*\*INFORME.1**, en el que aparece la organización geográfica de la encuesta.

Los Servicios de Inspección examinaron la pantalla de introducción de datos, comprobando que en la misma pantalla de captura de información se introducen de forma simultánea tanto los datos de las respuestas a las preguntas de la encuesta como los datos personales del encuestado.

Examinaron, asimismo, el código fuente de los programas usados para el manejo de la pantalla de introducción de datos, observando que la aplicación utiliza dos tablas denominadas *Enquesta* y *Enquesta2*: la primera almacena los siguientes datos: fecha de introducción (día y hora), introductor, estat, idioma, sexo, nombre y apellidos, dirección, código postal, municipio, territorio, teléfono, e-mail y acepto; y la segunda tabla almacena los siguientes datos: identificador de encuesta, fecha de introducción (día y hora), introductor, estat, idmapa, idioma, sexo, c. postal, municipio, grupo territorio, 18 campos booleanos (permiten almacenar las respuestas si/no de la encuesta), acepto, observaciones.

15. En la misma fecha del 29/10/2014, en los locales de ANC, los Servicios de Inspección accedieron al servidor de base de datos, en la que existe una base de datos denominada **\*\*\*BD.1**, con dos tablas denominadas **\*\*\*BD.3** y **\*\*\*BD.2**. Según informan los representantes de la entidad, la primera tabla recoge los datos de carácter personal recabados durante la encuesta, en tanto que la segunda tabla recoge los datos de las respuestas a la encuesta. Se consultó el número de registros de cada uno de los ficheros, comprobando que la tabla **\*\*\*BD.3** tiene **18278** registros, en tanto que la tabla **\*\*\*BD.2** cuenta con **19792**.

Se compararon las tablas, encontrando que ambas tienen los campos comunes **data\_introduccio**, que almacena la fecha y hora, y un **idpersona\_introductor**, que identifica a la persona que introdujo los datos. Dicho par de campos (**data\_introduccio** y **idpersona\_introductor**), comunes a ambas tablas, permiten realizar una asociación entre respuestas dadas a las preguntas de la encuesta y la persona que la respondió, puesto que son datos que se registran en una única pantalla y se registran simultáneamente en la base de datos, y un introductor no puede introducir más de una encuesta en un momento dado, es decir, en una misma fecha y hora.

Se consultaron los diez primeros registros de ambas tablas comprobándose que existe una correspondencia perfecta entre las fecha y hora que aparecen en el campo **data\_introduccio** en ambas tablas.

16. Durante la inspección realizada en fecha 26/11/2014 a la entidad OMNIUM CULTURAL, se accedió a la aplicación de introducción de las encuestas. El sistema muestra una pantalla denominada **Resum \*\*\*BD.3 Fetes**, en la que consta que en todo el territorio se han introducido un total de 82.847.

Se solicitó al coordinador técnico que realizase la introducción de una encuesta en el sistema, verificándose que las respuestas y los datos personales del encuestado se introducen en la misma pantalla de forma simultánea.

17. Durante la inspección efectuada en fecha 29/10/2014 a la entidad ANC, la inspección actuante examinó las encuestas recogidas durante la campaña existentes en los locales de la entidad en ese momento, un único paquete, con código "**XXX, Barcelones P1**" (**Mapa de Mapes**) que incluye 30 mapas de visita. Se recabó copia de la relación de mapas de visitas asignadas al código antes mencionado, así como cinco páginas correspondientes a cinco kits de encuesta. Del examen de dichos documentos, los Servicios de Información informaron lo siguiente:



- El documento **Mapa de Mapes** presenta los siguientes datos:
  - o Código de caja **XXX, Barcelonés P1**
  - o Numero de puertas: **917** puertas en total.
  - o Caja: **139**.
  - o Relación de mapas: Consiste en una relación de 30 códigos de mapa.
- Mapa de visitas con código **\*\*\*CÓDIGO.1**. Recoge:
  - o Datos del responsable del equipo: aparece relleno a mano el nombre del responsable del equipo y su número de teléfono.
  - o Puertas totales: **16**
  - o Resumen de visitas:
    - No abren: 4 (relleno a mano).
    - No quieren hacer la encuesta: 4 (relleno a mano).
    - Encuesta hecha: 7 (relleno a mano).
  - o Lista de edificios a visitar:
    - CL (C/....1), **103**: 5 PUERTAS
    - CL (C/....1), **104**: 11 PUERTAS.
  - o Aparecen a mano una serie de anotaciones:
    - Respecto al nº **104**:
      - ATC 1º**: SI
      - ATC 2º**: SI
      - 3º 2ª**: No contestan.
      - 3º 1ª**: No irá a votar, no es legal NO
      - 2º 1ª**: No interesa
      - 2º 2ª**: SI
      - 1º 2ª**: SI
      - 1º 1ª**: No quiere atender. NO.
      - E 2ª**: SI
      - E 1ª**: SI
    - Respecto al nº **103**:
      - 3ª**: No contesta.
      - 2ª**: No contesta.
      - 1ª**: No contesta.
      - Eª**: SI.
      - B**: pasar más adelante.
- Mapa de visitas con código **\*\*\*CÓDIGO.2**. Recoge:
  - o Datos del responsable del equipo: aparece relleno a mano el nombre del responsable del equipo y su número de teléfono.
  - o Puertas totales: **48**
  - o Resumen de visitas:
    - No abren: 1 (relleno a mano).
    - No quieren hacer la encuesta: 3 (relleno a mano).
    - Encuesta hecha: 4 (relleno a mano).
  - o Lista de edificios a visitar: relación de ocho edificios, en las calles **(C/....2)** y **(C/....3)**
  - o Aparecen a mano una serie de anotaciones:
    - Respecto al edificio **(C/....2) nº 149** (dos puertas):
      - 1º**: SI (ilegible) SI
    - Respecto al edificio **(C/....2) nº 151 (una puerta)**: No están.
    - Respecto al edificio **(C/....2) nº 153, 1** (cinco puertas):
      - 3º**: SI.
      - Atic**: A partir de las 16 h.
      - 2º**: No están.
      - Ent**: No abren.



**1º 2ª:** SI

**1º 1ª:** No quiere atender. NO.

**E 2ª:** SI

**E 1ª:** SI

Respecto al nº 155, 1 (dos puertas) se anota:

1º: Dejada encuesta (salía).

2ª: No quiere hacerla.

Respecto del edificio de calle **(C/...4), 1 A** (10 puertas) se anota que una SI, una NO y ocho no abren.

Respecto del edificio de **Av. (C/...2)I, 8** (1 puerta) se anota que no abren.

Respecto del edificio de **CI (C/...2), 157**, (35 puertas) se anota que 23 no abren, 10 no quieren hacer la encuesta y 2 la hacen.

17. Los representantes de la entidad manifestaron que la documentación de los mapas de visitas será destruida. La ANC dispone de un contrato de destrucción documental para la destrucción de todo el papel generado por la entidad, de fecha 14/10/2014.

18. Durante la inspección de 26/11/2014, los inspectores de la Agencia solicitaron a ÒMNIUM CULTURAL que permitiera el acceso a la zona de tratamiento de datos, en donde se realizaron las siguientes comprobaciones:

. En los formularios examinados, tanto mecanizados como pendientes de ello, no se ha procedido a la separación física de la parte destinada a registrar las respuestas a las preguntas de la encuesta y la parte destinada a recabar datos de carácter personal.

. Se accedió a un grupo de encuestas recibidas por correo postal. La totalidad de las encuestas examinadas incluyen datos de carácter personal, presentan marcada la casilla de consentimiento al tratamiento y aparecen firmadas.

. Se accede al almacén en el que se depositan las encuestas con carácter previo o posterior a su mecanización. En el mismo hay unas 20 cajas que, según los representantes de la entidad, ya han sido mecanizadas y sometidas a un proceso de limpieza, desechando la documentación inservible. En el lateral de cada caja se anotan los códigos de las zonas geográficas a que corresponden las encuestas contenidas en las mismas. Todas estas cajas estaban completadas y cerradas.

En el suelo del almacén se encontraban una serie de cajas abiertas. Según informaron los representantes de ÒMNIUM CULTURAL, se trataba de cajas con documentación en proceso, ya sea cajas incompletas, con documentación ya mecanizada, o cajas con documentación pendiente de mecanizar.

. Se realizaron una serie de comprobaciones, accediéndose a la siguiente documentación:

- Grupo de encuestas con el código de mapa **\*\*\*CÓDIGO.3**, correspondiente a una zona de 36 puertas. Aparece anotado que 31 puertas no abren, dos no quieren hacer la encuesta, y tres hacen la encuesta. Se verifica que de las tres encuestas respondidas que contiene, dos aparecen firmadas y una de ellas sin firmar. En esta última solamente aparece el nombre, sin más datos, no aparece marcada la aceptación al tratamiento de datos, ni la firma.

Examinada la hoja con mayor detalle, se encuentra que existen tres tipos de marca, una X, un punto y un cuadrado. Se observa que existen dos cuadrados, coincidentes en número con quienes se niegan a votar, e igualmente se observa que aparece en la calle





*(C/...5), 6 figura que hay dos puertas, y hay marcados dos signos distintos, una cruz y un cuadrado. Igualmente, en la calle (C/...5), nº 6, 1 figura que hay una puerta, y aparece la marca de un cuadrado. Manuscrito en la página aparece el significado del cuadrado como "No hem pogut entrar" (no hemos podido entrar), en tanto que el significado del punto aparece "No hi son" (no están).*

- *Encuesta con el código de mapa \*\*\*CÓDIGO.4, correspondiente a una zona de 44 puertas. Aparece anotado que una puerta no abre, dos quieren hacer la encuesta, y tres hacen la encuesta. Se verifica que de las tres encuestas que contiene, todas ellas contienen datos personales, ninguna de ellas muestra marcada la aceptación al tratamiento de datos ni aparecen firmadas. Aparecen todas estas encuestas unidas por una etiqueta en la que consta la anotación NO ENTRADAS FIRMADAS. Manifiestan los representantes de la entidad que no se procede a la introducción en la base de datos de las respuestas a las encuestas que no consten firmadas y con la aceptación al tratamiento de los datos.*

*Los Servicios de Inspección aprecian que en esta encuesta hay discrepancias en la información recogida, pues el número de puertas no coincide con la suma de las visitas: una que no abre, dos que no quieren hacer la encuesta y tres que la hacen. Se observa una anotación según la cual hay 26 puertas señaladas como "no hi ha ningú" (no hay nadie).*

*Se observa en esta encuesta que no se usa la misma codificación que la encuesta anteriormente examinada.*

- *Encuesta con el código de mapa \*\*\*CÓDIGO.5, correspondiente a una zona de 46 puertas. Aparece anotado que 37 puertas no abren y tres hacen la encuesta. Se verifica que de las tres respuestas que contiene, todas ellas aparecen firmadas y marcada la casilla de aceptación al tratamiento de los datos personales.*

*Examinada la hoja con más detalle, se observa que aparecen tres tipos de anotaciones "enq" (de "encuesta"), "en mà" ("en mano") y "porta" (puerta). Se anotan en las distintas plantas el número de cada una de ellas, si bien hay plantas en las que no se ha anotado>>.*

**TERCERO:** Con fecha 18/12/2015, dentro del plazo establecido, se ha interpuesto recurso de reposición por la entidad ÒMNIUM CULTURAL, recibido en esta Agencia Española de Protección de Datos en fecha 28/12/2015, en el que reproduce, básicamente las alegaciones formuladas durante la tramitación del procedimiento que dio lugar a la resolución impugnada y solicita, en base a las mismas, que se declare la nulidad de pleno derecho de dicha resolución, al haberse infringido los principios de legalidad y tipicidad, y por haber fundamentado la resolución en extremos que responden a una incorrecta valoración de la prueba.

Subsidiariamente, en el supuesto de que se aprecie la existencia de tratamiento de datos de carácter personal, solicita que se considere que los datos en cuestión no pueden ser calificados como datos de ideología y se dicte nueva resolución en la que se aperciba a la recurrente o, supletoriamente, se imponga una multa cuya cuantía corresponda a las infracciones leves en su grado mínimo, al observarse en la actuación de ÓMNIUM una cualificada disminución de su responsabilidad en los hechos que motivaron la apertura del procedimiento sancionador.

Asimismo, en el caso de considerar que eran objeto de tratamiento datos de ideología, se anule la resolución y, en aplicación del artículo 45 apartados 4 y 5, se imponga una multa cuya cuantía corresponda a las infracciones graves en su grado mínimo, atendiendo al deber de diligencia observado en su actuación por ÓMNIUM CULTURAL comportando una cualificada disminución de su responsabilidad en los hechos que motivaron la apertura del procedimiento sancionador.

ÓMNIUM CULTURAL basa su pretensión en los fundamentos siguientes:

1. Los hechos infractores se refieren a la información obtenida mediante la encuesta realizada con finalidad estadística que no fue objeto de procesamiento, es decir, a la información no mecanizada, ni almacenada de acuerdo con ningún criterio, a la que no resulta de aplicación la LOPD, ya que no cumplía el requisito de estar incluida en ningún fichero. La documentación a la que se refiere la AEPD se encontraba en proceso contenida en cajas abiertas, sin etiquetar y sin el detalle de los códigos de las zonas geográficas. Sobre esta cuestión, la recurrente alega que no se han incorporado a las actuaciones las fotografías que realizaron los inspectores actuantes, siendo este hecho relevante a efectos probatorios y para la salvaguarda del derecho de defensa.

Estas cajas, al no incorporar etiquetas, no pueden considerarse un fichero estructurado conforme a criterios específicos e, incluso, aunque estuvieran etiquetadas, los datos en ellas contenidos no podrían considerarse parte de un fichero, según han establecido los legisladores español y europeo, los tribunales y la propia Agencia.

A este respecto, reitera que la LOPD no es aplicable a datos que no estén registrados en un soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento y sin que exista un fichero de datos personales, que deberá estar estructurado conforme a criterios específicos relativos a personas físicas cuando se trate de ficheros no automatizados, según establece el RLOPD y la Directiva 95/46/CE. Asimismo, señala que esta Directiva únicamente es aplicable, en caso de tratamientos no automatizados, a datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.

Además, ÓMNIUM CULTURAL advierte que la Agencia no ha probado que todas las cajas, tanto las abiertas como las cerradas, incorporaran aquellos códigos de las zonas geográficas, ni ha reflejado correctamente cómo se ha construido esa codificación; y añade que con tales códigos no es posible localizar fácilmente dónde están los datos de una persona, ni fueron diseñados para cumplir esa función, sino para facilitar el reparto de los mapas de visitas.

Lo mismo que se afirma sobre los libros de bautismo, a los que se refiere la AEPD, se puede decir respecto de la información no mecanizada. El Tribunal Supremo entiende que estos libros son una pura acumulación de datos sin ningún criterio apriorísticamente definido por un responsable del fichero que permita hablar de una estructuración. Del mismo modo, la información no mecanizada, contenida en documentación en proceso, a la que se refiere la conducta tipificada como infractora, se almacena sin ningún criterio, por lo que claramente es una mera acumulación de datos.

Cita las Sentencias de la Audiencia Nacional de 22/04/2009, 18/12/2006 y 09/07/2009, en las que, según ÓMNIUM CULTURAL, se considera que no constituye un fichero estructurado de datos personales cuando no permita acceder fácilmente a los datos y no se persiguiera realizar tratamientos futuros, o bien, se trate de datos recogidos de forma manual sin la intención de incorporarlos a un fichero estructurado. Del mismo modo, el Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD 0573/2009 concluye que un conjunto de documentación de un profesional autónomo no constituye un fichero por no encontrarse ordenada con arreglo a criterios determinados relativos a personas físicas y su tratamiento no estaría sometido a la LOPD.

2. La información no mecanizada no puede considerarse dato de carácter personal.

Respecto a las respuestas a la encuesta, suponen la manifestación de una opinión del encuestado protegida por la libertad de expresión, que quedan al margen de la LOPD según declara la Audiencia Nacional en Sentencias de 04/04/2014, que remite a una de 08/05/2009.



Los cuatro Documentos de Respuestas que no fueron firmados o no contaban con la casilla de aceptación del tratamiento de datos marcada se hallaron en un momento puntual en el que se estaba procesando la información y se encontraban unidos por una etiqueta en la que constaba la anotación NO ENTRADAS FIRMADAS, es decir, marcados para que fueran introducidos en el sistema estos datos. Reitera que esta información en proceso no permitía acceder a la información relativa a una persona concreta, en virtud de la codificación establecida, máxime cuando las cajas de la documentación en proceso no estaban etiquetadas.

Por otra parte, en relación con las anotaciones realizadas a mano por los voluntarios encuestadores, advierte que en los Mapas de visitas proporcionados no se incluyó ningún espacio ni campo para incluir estas observaciones. Únicamente se establecieron los campos que debían cumplimentar relativos al resumen de visitas que incluían: el número de visitas en las que no se abría la puerta, el número de visitas que no querían hacer la encuesta y número de encuestas realizadas, tal como se puede ver en la "Guía del voluntari". Estas notas no formaban parte del protocolo marcado y las hicieron los encuestadores por motu proprio para el control de las "puertas" que visitaban, como lo prueban los diferentes mecanismos que utilizaron (signos como una "X", un cuadrado o un punto; indicaciones como "nomes 1", "no hi ha ningú", "no localitzat" o "2 enq+1 en má". Incluso, en el caso de que pudieran considerarse datos de carácter personal, no podría estimarse que estas anotaciones se han tratado en virtud de un mandato de ÓMNIUM CULTURAL, que no puede ser considerada responsable de este tratamiento de datos al no haber decidido sobre los fines, contenido y uso del tratamiento.

Además, estas anotaciones, en las que se indica que en una determinada puerta o escalera hay alguien que, en un momento determinado no ha querido abrir la puerta o que no se encontraba en el inmueble o que pasaran más adelante o que no ha querido hacer la encuesta, no se ajustan al concepto de dato personal, ya que, en primer lugar, no proporciona ninguna información de una persona (sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de abril de 2014 que remite a sentencia de 8 de mayo de 2009, antes citadas) y, en segundo lugar no se puede referir a ninguna persona identificada o identificable.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, máximo intérprete de lo establecido en la DIR 95/46/CE, ha considerado en sentencia de 17 de julio de 2014 YS, C-141/12 y C/372/12, EU:C:2014:2081 que, pese a la amplitud del concepto de dato de carácter personal, no toda la información que pueda poseer una organización debe ser calificada como dato de carácter personal. En esta sentencia, el Alto tribunal europeo consideró que el análisis jurídico que realizaban los funcionarios para llevar a cabo la tramitación de una solicitud de residencia no podía considerarse dato personal del solicitante. Con más razón, no debería considerarse datos personales unas anotaciones realizadas por voluntarios que sólo perseguían llevar un control de sus propias visitas. Nada en las anotaciones deja entrever que haya un ánimo por parte de los voluntarios de identificar a las personas no encuestadas, de expresar una información referida a los mismos.

En cuanto a la posibilidad de identificar a las personas no encuestadas, estimada por la AEPD a partir del domicilio, señala ÓMNIUM CULTURAL que la información no se codificó en virtud de ese dato y que dicha codificación persiguió organizar las visitas. Por otra parte, el Grupo del Artículo 29 (Dictamen 4/2007), considera que el domicilio, para identificar a una persona, debe formar parte de una combinación de datos (en este sentido, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 17/09/2008, considera un número de teléfono móvil no es dato de carácter personal).

En cuanto a la alusión de la AEPD a los recursos que ofrece la técnica para, a partir del domicilio y mediante la consulta de fuentes accesibles al público, asociar la información a un ciudadano concreto "en multitud de casos" y "sin un esfuerzo exagerado", debe tenerse en

cuenta al factor tiempo, que la AEPD obvia. El Grupo del Artículo 29, en lo que se refiere al factor del desarrollo tecnológico, entiende que se trata de una prueba dinámica. Si los datos se conservan durante un breve período de tiempo, puede que no sea factible alcanzar la identificación de la persona durante el ciclo de vida del tratamiento. En este caso, se trata de información en fase de procesamiento, ya que después fue destruida. Por tanto, el período de conservación fue mínimo y no puede ignorarse que la consulta de fuentes accesibles al público también está regulada y que cuenta con instrumentos y garantías que aseguran la protección de quienes figuran en las mismas. En todo caso, esta consulta tampoco aseguraría que esa persona fuera la que, en ese momento, decidió no abrir la puerta o no contestar al encuestador.

La AEPD también obvia otro criterio que indica el Grupo del Artículo 29 para valorar si estamos ante datos de personas identificables como es la finalidad del tratamiento, siendo necesario que un responsable del tratamiento trate datos de una persona que no está identificada con la finalidad de llegar a identificarla, lo que no se produce con esas anotaciones, cuya finalidad no fue hacer identificable a ninguna persona, y que se llevaron a cabo sin lo hubiese decidido el responsable.

Por último, ÓMNIUM CULTURAL resalta que la encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) del pasado mes de octubre, que dio lugar al Barómetro de ese mes (aportada como doc. Dos), incluye los datos exactos de localización del entrevistado en el cuestionario (calle, nº, piso y puerta). El CIS incorpora una cláusula en el cuestionario que se dirige al entrevistado en la que le indica:

*“Buenos días/tardes. El Centro de Investigaciones Sociológicas está realizando un estudio sobre temas de interés general. Por este motivo solicitamos su colaboración y se la agradecemos anticipadamente. Esta vivienda ha sido seleccionada al azar mediante métodos aleatorios, Le garantizamos el absoluto anonimato y secreto de sus respuestas en el más estricto cumplimiento de las leyes sobre secreto estadístico y protección de datos personales. Una vez grabada la información de forma anónima, los cuestionarios individuales son destruidos.”*

Asimismo, el cuestionario contiene una parte que debe rellenar el entrevistador, en la que debe responder a preguntas que tienen como objetivo la valoración de la entrevista del estilo de: *“(La persona entrevistada) se ha sentido incómoda o molesta por el tema de la encuesta; ¿Ha habido alguna pregunta concreta que la persona entrevistada tuviera dificultades en comprender o tuviera que ser explicada?; Sinceridad de la persona entrevistada: Mucha, Bastante, Poca, Ninguna”*; y el entrevistador también tiene un espacio dedicado a indicar las incidencias que se hubieran producido en la entrevista, entre las que figuran: *“viviendas en las que no hay nadie; viviendas en las que se niegan a recibir ninguna explicación; negativas de hombres a realizar la entrevista; negativas de mujeres a realizar la entrevista; contactos fallidos; viviendas de inmigrantes”*.

El CIS, máximo referente en materia de encuestas, utiliza, por tanto, los datos del domicilio e incorpora expresamente campos que permiten registrar las incidencias ocurridas en la entrevista y la valoración del entrevistador. En consecuencia, la metodología utilizada por ÓMNIUM CULTURAL, tan criticada por la AEPD, está en línea con la usada por el CIS.

3. LA AEPD ha considerado que el tratamiento de la información mencionada supone un tratamiento de datos de ideología, partiendo de una valoración subjetiva carente de ninguna premisa fáctica. Excediéndose de sus competencias en el ejercicio de la potestad sancionadora, la AEPD considera que todas las personas participantes en la Gigaencuesta son independentistas y, a sensu contrario, los que no quisieron participar no lo son. Sin embargo, las preguntas y las respuestas planteadas no contienen ninguna referencia concreta a ninguna opción política, y parece sorprendente que la AEPD considere que señalar la opción de



contribución al sostenimiento de la Iglesia Católica en la declaración anual del Impuesto de las Personas Físicas no ha de ser considerada como un dato relacionado con la religión y creencias del afectado (Informe 0524/2009) y se califiquen aquellas preguntas y respuestas como datos de ideología.

El concepto de ideología recogido en el artículo 7 de la LOPD ha de limitarse al de ideología política, a la información indubitada sobre la posición política de una persona, interpretado conforme a lo establecido en el artículo 8 de la Directiva 95/46/CE, más restrictiva, que califica como categorías especiales de datos aquellos que revelen las “opiniones políticas” de las personas; en el mismo sentido expresado en las escasas resoluciones judiciales dictadas en relación al tratamiento de estos datos, referidas a datos personales de candidatos a un proceso electoral, pertenencia a un partido político o la tendencia de voto (sentencias del Tribunal Constitucional de 08/05/2003, del Tribunal Supremo de 25/01/2006 y de la Audiencia Nacional de 31/01/2003, respectivamente), y en la misma línea en la que se ha manifestado la AEPD (AP/00012/2014 y Recurso de Reposición 00114/2008).

Por otra parte, y descendiendo a la argumentación concreta de la AEPD en virtud de la cual se establece un vínculo entre la encuesta, la libertad ideológica y la naturaleza de los datos, se cita la doctrina de la STC 120/1990, así como la SAN de 28 de septiembre de 2001, con cita de las SSTC 41/1998 y 292/2000. A partir de ello, se concluye que la ideología comprende “un ámbito muy superior, referido a las ideas, criterios y sentimientos de las personas (STC 20/1990), su concepciones del sentido de la vida o su posicionamiento intelectual ante un determinado debate social”. En la práctica, el concepto de ideología o dato ideológico mantenido por la AEPD posee una amplitud tal que coincide en la práctica con el ámbito de la libertad de expresión. De este modo cualquier opinión que se pueda tener sobre cualquier aspecto de nuestra vida sería necesariamente ideológica y, por tanto, cualquier fichero relativo a un análisis de las preferencias de los sujetos sería “ideológico”. Sin embargo, ni el legislador, ni el regulador reglamentario lo han querido así cuando, por ejemplo, se atribuye un nivel medio de seguridad a estos últimos tipos de fichero en el RLOPD.

Por tanto, la falta de definición legal y jurisprudencial del concepto de ideología política comporta una infracción del principio de legalidad que exige en pro del principio de seguridad jurídica promulgado por el art. 9 CE que las formulaciones de la ley sancionadora sean lo más precisas posibles. En este sentido, el llamado principio de taxatividad, certeza o determinación de la ley penal se extiende tanto a la descripción del comportamiento sancionable como de la sanción y demás consecuencias de la infracción.

Concretamente, la consideración de las preguntas de la encuesta como dato de ideología carece de soporte fáctico y no ha sido objeto de prueba a lo largo del procedimiento. No se ha probado que las personas que han participado hayan manifestado su adhesión a una posición independentista, ni existe ninguna pregunta previa que de forma clara y directa plantee su posición respecto a la independencia de Cataluña del Estado Español.

Contrariamente, la tipología de preguntas que se presentan a los interesados no desvelan su adhesión al 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.

Así, las primeras preguntas no permiten en ningún caso deducir ideología alguna de los encuestados. Se sitúa al encuestado en un escenario ficticio para tratar de establecer cómo entendería aspectos ordinarios relativos a diversas cuestiones, como el “Gasto público” y su posible asignación o la “Calidad de los servicios públicos”, que no son acreditativa de una opción política (podría ser suscrita por cualquiera de los partidos del espectro político actual); los “Principios que rigen el comportamiento” de los dirigentes de nuestro país en un entorno que se

denomina ahora de “regeneración”, que tampoco ayudarían a determinar el color político del encuestado; o las cuestiones planteadas en relación con la “Participación en la Unión Europea”, que no presuponen estar más o menos cercano a una determinada opción política o ideológica que sea partidaria del independentismo de Cataluña; y tampoco la pregunta relativa a la “Política lingüística”, que, tal y como se ha configurado, no permite inferir de las respuestas cuál es la opción política del encuestado; y, finalmente, la pregunta sobre la “intención de ir a votar el día 9 de noviembre”, sobre la intención de ejercer su derecho al voto, en un estado en el que el voto se ejerce libremente, no debe en ningún caso considerarse como información que revela la opción política o ideológica de una persona (en la consulta realizada el 9 de noviembre de 2014 acudieron libremente a ejercer su derecho al voto personas de diversa afinidad política, tal y como reflejan los resultados de la misma).

Adicionalmente, como se ha manifestado anteriormente, en las encuestas realizadas por el CIS plantean preguntas cuyas respuestas son similares a las que constaban en la Gigaencuesta y no por ello se entiende que las mismas tengan naturaleza ideológica.

A mayor abundamiento, las respuestas como tales deben entenderse como manifestación de opiniones de las personas que carecen de consideración de dato de carácter personal, tal y como se ha manifestado en la alegación segunda.

Por otra parte, tampoco son datos de ideología las anotaciones que constan en los mapas de visita, que se circunscriben a la referencia de si la persona que ha abierto la puerta he querido responder la pregunta, si han abierto la puerta o si han podido acceder al edificio, las cuales pueden estar motivadas por múltiples variables. De dichas manifestaciones es imposible determinar una opinión política de una persona, al no existir ningún vínculo lógico entre dichas circunstancias y dicha opinión política. Siguiendo el argumento de la AEPD en su informe 0524/2009, si marcar una casilla en la que se indica que una parte de los impuestos abonados por el declarante van a ser cedidos a la Iglesia Católica no se considera dato de creencia o religión, mucho menos si alguien no la marca.

Asimismo, reitera que el hecho de que en el fichero que consta inscrito en el Registro General de Protección de Datos se haya indicado que existen datos de ideología no conlleva que en la encuesta se trataran datos de tal consideración. El fichero notificado cubría todos los datos recogidos y tratados en el marco de la campaña \*\*\*FICHERO.1, no únicamente la Gigaencuesta que era una actuación dentro de dicha campaña, como lo era la Vía Catalana del Once de Septiembre. Con carácter previo y atendiendo al ámbito de la campaña ARA ES L`HORA podría ser posible que se recogieran datos de ideología en cualquiera de los actos que se celebrasen, motivo por el cual se cubrió dicha posibilidad.

Así, en este caso, la recogida y el tratamiento de los datos de carácter personal no estarían sujetos al régimen especial del artículo 7, sino el general del artículo 6. Por tanto, la presunta infracción sería la tipificada en el artículo 44.3.b), siempre y cuando se dieran el resto de elementos del tipo.

Finalmente, en relación con esta cuestión, ÓMNIUM CULTURAL señala que en el supuesto de que la AEPD mantuviese su criterio según el cual las preguntas y las anotaciones en los Mapas de visita tienen la consideración de datos de ideología, debe tenerse en cuenta que el artículo 8 DIR 95/46/CE exige únicamente el consentimiento explícito, y no expreso y por escrito, como establece el artículo 7 de la LOPD. Una vez más nos encontramos ante un error en la trasposición de la DIR 95/46/CE al ordenamiento nacional español, primando aquella al tener efecto directo.

Del mismo modo, dicho requisito del consentimiento se encuentra exceptuado en



diferentes supuestos en la normativa española y comunitaria. Así pues, de acuerdo con el artículo 7.2 in fine no deberán recabar el consentimiento “los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros”. El artículo 8 DIR 95/46/CE amplía la excepción “a las personas que mantengan contactos regulares con la fundación, la asociación o el organismo por razón de su finalidad”. En aplicación de este precepto, debería entenderse que el tratamiento de los datos de las personas que desean recibir información sobre las actividades de ÓMNIUM CULTURAL o participar en las mismas estaría exceptuado del deber de obtener su consentimiento.

Por tanto, no se puede exigir a ÓMNIUM CULTURAL que el tratamiento de los datos de ideología deba legitimarse mediante la obtención del consentimiento expreso y por escrito, no habiéndose producido ningún tratamiento ilícito por parte de la misma.

4. La resolución impugnada debe ser declarada nula de pleno derecho al haber infringido el principio de culpabilidad recogido en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC). La culpabilidad no se presume sino que ha de quedar acreditada en el procedimiento administrativo, estando vedada la responsabilidad objetiva. Por tanto, no hay responsabilidad sin culpa.

El citado artículo 130.1 de la Ley 30/1992 exige para la determinación de la responsabilidad la simple inobservancia. Sin embargo dicha mera inobservancia no puede interpretarse en el sentido de una responsabilidad objetiva, según ha venido reiterando el Tribunal Supremo.

La AEPD en su resolución ha determinado la responsabilidad de ÓMNIUM CULTURAL partiendo de premisas objetivas (tenencia de datos que considera datos de carácter personal y que son relativos a la ideología de las personas), sin haber probado que haya actuado de forma negligente.

La atribución de la responsabilidad a las personas jurídicas no se deriva de la realización de los hechos tipificados como ilícitos, sino de la falta de diligencia o de cuidado, así como de defectos de organización y por la falta de medidas de precaución que le son exigibles.

Así pues, en el ámbito de la normativa de protección de datos, la Audiencia Nacional ha venido asentando el criterio de la diligencia debida tendente a verificar el cumplimiento de las exigencias establecidas por dicha legislación en el tratamiento de datos de carácter personal, como en las Sentencias de 13 y 14/10/2015.

A lo largo de todo el procedimiento sancionador, ÓMNIUM CULTURAL ha acreditado que en cumplimiento de este deber especial de diligencia desde el primer momento que se decidió llevar a cabo la Gigaencuesta ha implementado una serie de procedimientos y medidas tendentes a garantizar el cumplimiento de la LOPD y así consta como hechos probados en la resolución:

- . Uno de los objetivos de la Gigaencuesta era obtener datos personales para realizar difusiones de campaña y cumplir con la LOPD. Véase hecho probado 9
- . En el formulario de recogida de datos de carácter personal se incluyó una cláusula informativa y se solicitaba el consentimiento para el tratamiento de los datos. Véase hecho probado 9.
- . Se instauró un programa de formación a los voluntarios que iban a realizar las encuestas



para instruirles en el modo en que tenían que actuar durante la recogida de los datos.

- . Los voluntarios solo si tenían el consentimiento del afectado podían anotar datos en el formulario sito al pie de la encuesta y solo en dicho formulario.
- . Los voluntarios suscribían un documento de confidencialidad
- . Ante la previsión de que pudiesen existir errores humanos en la fase de captación, se estableció e implementó un procedimiento de comprobación de la totalidad de la información recibida con la finalidad única de asegurarse de que dicha documentación cumplía con los requisitos establecidos por la normativa en materia de protección de datos. En consecuencia, solo se mecanizaron los datos de las personas que habían consentido el tratamiento de sus datos. Los formularios con datos personales en los que no constaba la firma del afectado y su consentimiento no fueron mecanizados y fueron destruidos.
- . Los mapas de visitas al igual que el resto de la documentación de la Gigaencuesta, menos los formularios que contienen los datos de las personas que han consentido el tratamiento de sus datos, han sido destruidos.

Difícilmente ÓMNIUN CULTURAL podría haber desplegado actividad adicional a la ya expuesta de cara a evitarlas infracciones que se le imputan, habiendo quedado acreditada la ausencia absoluta de responsabilidad de ÓMNIUN CULTURAL, en la medida en que ha desplegado la diligencia exigible a los responsables del fichero o tratamiento, no siendo posible exigir prestaciones de imposible o extraordinaria ejecución (vigilancia de cada una de las visitas) que, además de exceder con mucho de sus obligaciones dejarían sin sentido o vacía de contenido cualquier posibilidad de llevar a cabo encuestas, por cualquier entidad, que requieran el tratamiento de datos personales.

A este respecto, cita la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 6 de febrero de 2008 que establece que: *“debe entenderse que la falta de culpabilidad procede del hecho de que XXX actuó con pleno respeto a las exigencias derivadas de la Ley Orgánica 15/99 y su diligencia fue máxima, por lo que no cabe pensar que actuando de otro modo, hubiera podido evitar el tratamiento de datos sin consentimiento”*; y la de 29/09/2015, que acoge la doctrina contenida en la STC 246/1991: *“En esta línea la STC 246/1991, de 19 de diciembre, señaló que la culpabilidad constituye un principio estructural básico del Derecho administrativo sancionador. Por eso, como señala la reciente STS de 18 marzo 2005, recurso 7707/2000, es evidente, “que no podría estimarse cometida una ir, fracción administrativa, si no concurriera el elemento subjetivo de la culpabilidad o lo que es igual, si la conducta típicamente constitutiva de infracción administrativa, no fuera imputable a dolo o a culpa”*.

5. La resolución impugnada debe ser declarada nula de pleno derecho en virtud del artículo 62.1.e) por infracción del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 131,3 Ley 30/1992 y en el artículo 45,5 LOPD.

La AEPD ha obviado la aplicación de circunstancias establecidas en el artículo 45.4 LOPD y que fueron señaladas por ÓMNIUN CULTURAL, que comportan una disminución cualificada de la antijuricidad de los hechos y la culpabilidad y cuya existencia consta acreditada en el expediente:

- . Ausencia de intencionalidad: no ha tenido intención de incumplir la normativa en materia de protección, más todo lo contrario, pues uno de los objetivos de la Gigaencuesta era “Cumplir la LOPO” y en consecuencia se instauraron los correspondientes procedimientos y mecanismos expuesto en la alegación Cuarta.
- . Ausencia de reiteración.
- . Ausencia de perjuicios para los afectados pues tras constatar las irregularidades se actuó diligentemente procediéndose a su eliminación.
- . Ausencia de continuidad en la infracción.
- . El volumen de los tratamientos efectuados irregularmente es mínimo pues se limitan a tres





grupos de encuestas (nueve Documentos de respuesta) encontradas en los almacenes.

- . Ausencia de beneficios.
- . Existencia de procedimientos tendentes a garantizar una adecuada actuación en la recogida y tratamiento de los datos: las irregularidades detectadas no son consecuencia de una falta de diligencia exigible al infractor.
- . Máxima diligencia y celeridad en la reparación de las irregularidades detectadas.

Por otro lado, es más que cuestionable la existencia de las agravantes aplicadas:

- . Considerar como agravante la naturaleza de los datos supone penalizar dos veces a la entidad por la misma circunstancia, pues dicha circunstancia es la que comporta la tipificación como infracción muy grave.
- . No es cierto que los formularios se diseñaran con el propósito de que se efectuaran anotaciones tendentes a determinar la ideología de los encuestados. El hecho de que en el mapa de visitas consta un resumen de visitas donde se indica el número de encuestas realizadas y las que no se han podido realizar bien porque no ha querido la persona, bien porque no abrieron la puerta, tiene la única finalidad de comprobar que se han visitado todas la viviendas que estaban dentro de la muestra y poder ofrecer unos resultados correctos.

Adicionalmente, deducir que las personas que habitan en un domicilio que no abrió la puerta o que se negó a contestar no es independentista, excede la obligada objetividad que debe imperar en todo procedimiento sancionador.

Ambas agravantes deben ser consideradas improcedentes atendiendo a lo indicado en la alegación tercera, pues no pueden calificarse como datos de carácter personal de ideología los relativos a las respuestas de las encuestas, ni los relacionados con el hecho de si han participado o no en la respuesta.

En consecuencia debe concluirse que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción, que no ha tenido en cuenta la totalidad de las atenuantes y se han aplicado agravantes que no procedían. Por ello el importe de la sanción debería haberse establecido en el límite inferior del tramo correspondiente a una infracción leve, 900 €.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

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

### **II**

Con carácter preliminar, la recurrente alega que no se ha valorado correctamente la prueba y que no se han incorporado a las actuaciones las fotografías que realizaron los inspectores actuantes, siendo este hecho relevante a efectos probatorios y para la salvaguarda del derecho de defensa.

Sobre la incorrecta valoración de la prueba, cabe remitirse a los Fundamentos de Derecho que siguen, que reproducen básicamente los contenidos en la Propuesta de Resolución, en los que se concretan los hechos tenidos en cuenta y su correcta valoración jurídica, y en los que, además, se da suficiente respuesta a las alegaciones formuladas por los interesados.



Por otra parte, los hechos que se tienen por probados, tanto en la propuesta de resolución como en la resolución impugnada, resultan de las comprobaciones realizadas por los Servicios de Inspección de la Agencia para generar las pruebas necesarias, que constan debidamente formalizadas según exige la Ley, y cuyo detalle se resume en el Informe de Actuaciones Previas de Inspección suscrito por el Inspector actuante.

En relación con estos Servicios de Inspección, el artículo 40 de la LOPD establece:

- 1. Las autoridades de control podrán inspeccionar los ficheros a que hace referencia la presente Ley, recabando cuantas informaciones precisen para el cumplimiento de sus cometidos. A tal efecto, podrán solicitar la exhibición o el envío de documentos y datos y examinarlos en el lugar en que se encuentren depositados, así como inspeccionar los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de los datos, accediendo a los locales donde se hallen instalados.*
- 2. Los funcionarios que ejerzan la inspección a que se refiere el apartado anterior tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos. Estarán obligados a guardar secreto sobre las informaciones que conozcan en el ejercicio de las mencionadas funciones, incluso después de haber cesado en las mismas.*

Por otra parte, el artículo 28.1 del Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, en relación con las funciones inspectoras, establece lo siguiente:

*“Compete, en particular, a la Inspección de Datos efectuar inspecciones, periódicas o circunstanciales, de oficio o a instancia de los afectados, de cualesquiera ficheros, de titularidad pública o privada, en los locales en los que se hallen los ficheros y los equipos informáticos correspondientes, y a tal efecto podrá:*

- a) Examinar los soportes de información que contengan los datos personales.*
- b) Examinar los equipos físicos.*
- c) Requerir el pase de programas y examinar la documentación pertinente al objeto de determinar, en caso necesario, los algoritmos de los procesos de que los datos sean objeto.*
- d) Examinar los sistemas de transmisión y acceso a los datos.*
- e) Realizar auditorías de los sistemas informáticos con miras a determinar su conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica 5/1992.*
- f) Requerir la exhibición de cualesquiera otros documentos pertinentes.*
- g) Requerir el envío de toda información precisa para el ejercicio de las funciones inspectoras”.*

Por otra parte, el Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado mediante Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en el Título IX, Capítulo III, Sección 2ª, referida a las “Actuaciones Previas”, establece lo siguiente:

Artículo 122 “Iniciación”, apartados 1 y 2:

*“1. Con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionador, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos que pudieran justificar la incoación del procedimiento, identificar la persona u órgano que pudiera resultar responsable y fijar las circunstancias relevantes que pudieran concurrir en el caso.*

*2. Las actuaciones previas se llevarán a cabo de oficio por la Agencia Española de Protección de Datos, bien por iniciativa propia o como consecuencia de la existencia de una denuncia o una petición razonada de otro órgano”.*



Artículo 123 *“Personal competente para la realización de las actuaciones previas”*:

*“1. Las actuaciones previas serán llevadas a cabo por el personal del área de la Inspección de Datos habilitado para el ejercicio de funciones inspectoras.*

*3. Los funcionarios que ejerzan la inspección a los que se refieren los dos apartados anteriores tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos.*

*Estarán obligados a guardar secreto sobre las informaciones que conozcan en el ejercicio de las mencionadas funciones, incluso después de haber cesado en las mismas”.*

Artículo 124 *“Obtención de información”*:

*“Los inspectores podrán recabar cuantas informaciones precisen para el cumplimiento de sus cometidos. A tal fin podrán requerir la exhibición o el envío de los documentos y datos y examinarlos en el lugar en que se encuentren depositados, como obtener copia de los mismos, inspeccionar los equipos físicos y lógicos, así como requerir la ejecución de tratamientos y programas o procedimientos de gestión y soporte del fichero o ficheros sujetos a investigación, accediendo a los lugares donde se hallen instalados”.*

De los citados preceptos se deduce claramente que la Agencia Española de Protección de Datos tiene competencia legal para realizar funciones inspectoras con una finalidad de control de la aplicación de la LOPD. Así, las actuaciones inspectoras se enmarcan dentro de las facultades de control que la mencionada Ley Orgánica encomienda a la Agencia para asegurar la máxima eficacia en la aplicación de sus disposiciones.

Por otra parte, los funcionarios designados para la realización de las actuaciones específicas de que se trate, que tienen la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos, pueden recabar cuantas informaciones precisen para el cumplimiento de sus cometidos, ya sea requiriendo la exhibición o el envío de documentos y datos y examinarlos en el lugar en que se encuentren depositados, como obtener copia de los mismos, inspeccionar los equipos físicos y lógicos, así como requerir la ejecución de tratamientos y programas o procedimientos de gestión y soporte del fichero o ficheros sujetos a investigación, accediendo a los lugares donde se hallen instalados.

Y en el seno de esas competencias se realizaron las actuaciones de inspección reseñadas en los Antecedentes de la resolución, cuyo resultado queda reflejado en las Actas de inspección formalizadas, que recogen tanto las manifestaciones realizadas por los representantes de la entidad inspeccionada como el resultado de las constataciones llevadas a cabo por los servicios actuantes, e incorpora la documentación estimada como pertinente al respecto. Tales Actas de inspección fueron suscritas de conformidad por los representantes de la entidad recurrente, sin mención alguna a la no incorporación a las mismas de pruebas recabadas durante la inspección que resultaran de su interés.

En relación con la eficacia probatoria de los documentos formalizados por los funcionarios que ejercen las tareas de inspección, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 18/07/2001, precisó que *“los inspectores actuantes de la Agencia de Protección de Datos, son funcionarios que ostentan la condición de autoridad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Ley 30/1992, en el desempeño de sus cometidos. Existiendo una presunción “iuris tantum” de veracidad de las actas de inspección referida a los hechos comprobados y reflejados en ella, que produce no una dispensa probatoria sino una inversión de la carga de la prueba, tal y como ha reconocido la jurisprudencia, que predica la referida presunción y atribuye a las actas de la inspección valor y la fuerza probatoria, salvo prueba en contrario, atribuyendo al sujeto pasivo del acta la posición procesal de desviar el contenido con*

*pruebas adecuadas”.*

Así resulta de lo dispuesto en el artículo 17.5 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto, según el cual *“Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados”*, en relación con el artículo 137.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que dispone que *“los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados”*.

En el presente caso, los hechos valorados en la presente resolución fueron constatados por los Servicios de Inspección de esta Agencia Española de Protección de Datos mediante controles desarrollados por los mismos conforme a sus atribuciones, y se formalizaron debidamente mediante documentos (actas de Inspección) en los que se recoge el resultado de las verificaciones realizadas, con fuerza suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. En todo caso, ninguna conclusión sobre los hechos probados o la valoración sobre el alcance de tales hechos resultan de documentación que no esté incorporada a las actuaciones.

Además, procede destacar que la recurrente no solicitó la práctica de prueba alguna dirigida a desvirtuar las constataciones obtenidas por la inspección actuante.

### III

Se estima conveniente en primer término, antes de analizar las cuestiones suscitadas por ÒMNIUM CULTURAL en su recurso, reproducir los Fundamentos de Derecho II a IV de la Resolución impugnada, en los que se recogen sumariamente las circunstancias de hecho puestas de manifiesto en el presente caso:

<<II

*La asociación ANC tiene por objeto, según sus Estatutos promover las condiciones políticas y sociales necesarias para la realización y constitución de un estado catalán propio e independiente, así como reunir a todas las personas que trabajan con objetivos similares, ya sean grupos, organizaciones, movimientos y partidos políticos o individualmente.*

*La entidad ÒMNIUM CULTURAL, por su parte, declara como objetivos la defensa de la lengua y cultura catalana, así como impulsar y defender la recuperación colectiva de la identidad de la nación catalana.*

*Durante los meses de octubre y noviembre de 2014, las entidades ANC y ÒMNIUM CULTURAL promovieron la realización de una campaña denominada “\*\*\*FICHERO.1”, que contempla la realización de una “gigaencuesta” en todos los domicilios de Cataluña, relacionada con la participación de los ciudadanos en la consulta catalana prevista para el 09/11/2014 en relación con la independencia de Cataluña. Se pretendía visitar tres millones de puertas en toda Cataluña, movilizand o a 100.000 voluntarios.*

*Según consta en el programa de formación de los voluntarios que participaron en la campaña, la misma tuvo como objetivos “Llegar a todos los lugares del país a través de la*



*Gigaencuesta”, “Escuchar a la gente -no convencerla-, acercarse a los indecisos con argumentos de un país nuevo y mejor, desvanecer temores”, “Identificar la consulta y el proceso con 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”.*

*Para el registro de los datos, tanto de las personas encuestadas como de los voluntarios inscritos, así como los datos de personas que hubiesen participado en otras iniciativas relacionadas con las mismas finalidades expresadas, las entidades ANC y ÒMNIUM CULTURAL crearon el fichero denominado “\*\*\*FICHERO.1”, del que ambas entidades son responsables, que figura inscrito en el Registro General de Protección de Datos en fecha 27/08/2014. Según esa inscripción, en cuanto a la finalidad y usos previstos se indica “Organizar y gestionar acciones y campañas vinculadas a las actividades desarrolladas, ya sea de forma individualizada o en colaboración con otras entidades. Enviar comunicaciones relativas a estas. Elaborar estadísticas, encuestas y estudios de opinión” y “Otras finalidades, análisis de perfiles, publicidad y prospección comercial”; en la categoría de datos se incluyen datos especialmente protegidos: “Ideología”, datos identificativos y Otros tipos de datos: “actos o actividades en los que se ha participado”; sistema de tratamiento: “mixto”; y nivel de seguridad: “alto”; y en el apartado Cesiones previstas de datos del fichero: “asociaciones y organizaciones sin ánimo de lucro”.*

*Según las manifestaciones realizadas por ANC a los Servicios de Inspección, aunque en el mencionado fichero no se contiene ningún campo para anotar de forma explícita datos de ideología, se declaró que el fichero contiene esta tipología de datos por considerar dicha entidad que la mera inclusión de una persona en dicho fichero constituye un dato de ideología.*

*Por los Servicios de Inspección se accedió al citado fichero, comprobando que contiene múltiples tablas, siendo las más grandes “**AEHL-via**” (compuesta por los campos ID, FIRST NAME, LASTNAME, POSTAL CODE, EMAIL, CITY STATE, CREATED), con 364.380 registros, y “**\*\*\*TABLA.3**”, con 31.273 registros.*

### III

*El formulario de la encuesta, según el contenido que consta detallado en los Antecedentes, plantea diversos temas de debate, relacionados con el destino de los fondos públicos, la prioridad y configuración de los servicios públicos, la relación de Cataluña con la Unión Europea y la moneda única, la oficialidad del idioma, siempre sobre la hipótesis de una Cataluña independiente, con términos tales como “Si Cataluña fuera un estado”, “Si construimos un nuevo país”, “Si es un estado independiente”; y termina formulando un pregunta directa sobre la consulta del 9 de noviembre para que el encuestado responda si irá a votar ese día, con tres alternativas como respuesta: “Iré a votar, y ya tengo decidido mi voto”, “Iré a votar y ya decidiré mi voto” y “No iré a votar”.*

*El formulario habilitado para la realización de la encuesta contiene la siguiente información:*

*<<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>>.*

*Posteriormente aparecen en el formulario los campos habilitados para la captación de datos personales, en los que se solicita del encuestado su nombre, apellidos, correo electrónico, dirección y teléfono; y se inserta el siguiente texto informativo:*

*<<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 “\*\*\*FICHERO.1”, el responsable del cual es la Asamblea Nacional Catalana y Òmnium 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... >>.

Finalmente aparecen dos casillas de verificación con los textos “Si, acepto” y “No”, y posteriormente, un espacio para la firma.

#### IV

La realización de la citada encuesta se llevó a cabo por voluntarios encuestadores, distribuidos en distintos niveles jerárquicos, mediante visitas casa a casa, organizadas según un sistema jerarquizado por regiones, comarcas, municipios, distritos y zonas, hasta llegar a definir una concreta distribución de calles y números entre dichos voluntarios.

Durante esta visita, el voluntario o encuestador cumplimenta la encuesta con aquellos ciudadanos que así lo quisieran y solicita su consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal, así como la firma de éstos, anotando en el encabezamiento el identificador y el código que fue asignado al voluntario. También, en aquellos casos en que el ciudadano no abriera la puerta o bien no quisiera o no pudiera responder, pero se apreciara receptividad, se contemplaba la posibilidad de entregar el folleto o depositarlo en el marco de la puerta para que éste lo remitiera mediante correo postal con franqueo pagado

ÒMNIUM CULTURAL es el destinatario de las respuestas recibidas por correo y de las realizadas por los voluntarios, que eran recibidas en mano en los locales de la entidad repartidos por toda la geografía catalana.

A los encuestadores se les proporcionó un “mapa de visita” con un código alfanumérico asignado a la zona a encuestar, el número de puertas a visitar, un código de mapa que identifica la subdivisión geográfica de los portales de Cataluña realizada para esta encuesta (señala el municipio, el equipo, un código dentro del municipio y el número de ficha), la lista de edificios a visitar y el número de puertas por edificio. Asimismo, dicho “mapa de visitas” incluye espacios en blanco para cumplimentar con el código del voluntario, los datos del responsable del equipo al que pertenece y un resumen de las visitas realizadas con detalle del número de viviendas que no abren la puerta, los que no quisieron hacer la encuesta y los que si la realizaron.

Los responsables de equipo tienen una lista de los encuestadores asignados. Entregaban a cada equipo de encuestadores un kit con reseña del ámbito geográfico asignado a ese kit. Finalizada la encuesta en el ámbito geográfico asignado, los voluntarios encuestadores entregaban al responsable de equipo el resultado de la misma, de forma que se controla a quién se entrega cada kit y la devolución escalonada de estos kits hasta la recogida final en las entidades organizadoras.

Una vez recibida la documentación, por cualquiera de las vías, se procedía a su mecanización. El responsable de equipo tenía un usuario asignado en una aplicación desarrollada por personal propio de la ANC, mediante la cual se introducían los datos recogidos durante el proceso de la encuesta.

Durante la inspección, los inspectores de la Agencia accedieron a la aplicación desarrollada para la recogida de los datos de las encuestas, alojada en la dirección web [https://\\*\\*\\*URL.2 /](https://***URL.2/), consultaron el “Resum de \*\*\*BD.3 Entrades” (Resumen de encuestas entradas), comprobando que en dicha consulta aparece la organización territorial, el número de encuestas introducidas (18.813), el número de encuestas que incluían datos de carácter personal



(17.848), así como el nombre del responsable de equipo. Se accedió, igualmente, al informe denominado **\*\*\*INFORME.1**, en el que aparece la organización geográfica de la encuesta.

Por otra parte, se comprobó que las encuestas recogidas durante la campaña, en su soporte papel original, se conservaban archivadas en cajas con las referencias correspondientes al documento "Mapa de mapas", que contiene el código de caja, número de puertas (917), número de caja y la relación de mapas (30 códigos de mapa), y que también incluye los "Mapas de visitas", con indicación de su código, recoge los datos del responsable del equipo, las puertas totales y el resumen de visitas (incluyendo cumplimentado a mano, el número de puertas que "No abren", "No quieren hacer la encuesta" o "Encuesta hecha), además de la lista de edificios a visitar (calle, número y total de puertas). Asimismo, se comprueba que aparecen una serie de anotaciones manuscritas referentes a cada una de las viviendas visitadas, con indicaciones tales como "Sí", "No contestan", "No irá a votar, no es legal NO", "No interesa", "No quiere atender", "pasar más adelante", "A partir de las 16 h", "No están", "No abren", "No quiere atender. NO", "Dejada encuesta (sálfa)" o "No quiere hacerla".

El criterio de almacenamiento de las encuestas en papel es por zonas geográficas, existiendo una codificación de las mismas, coincidente con la realizada para la organización de la encuesta y utilizada igualmente para el almacenamiento.

En el almacén en el que se depositan las encuestas con carácter previo o posterior a su mecanización, existían unas 20 cajas cerradas correspondientes a encuestas ya mecanizadas en las que figuraban los códigos de las zonas geográficas a las que correspondían tales encuestas.

Por otra parte, en el mismo almacén se encontraban otra serie de cajas abiertas con documentación en proceso. Se accedió a diferentes grupos de encuestas, señaladas con el código de mapa correspondiente, comprobando que en todos los casos se detalla el número de puertas respectivas y el resultado de la visita a las mismas, identificando el total de las puertas que no abrieron, los que no quisieron hacer la encuesta y los que cumplimentaron la misma.

En uno de los grupos, de las tres encuestas respondidas que contiene, dos aparecen firmadas y una de ellas sin firmar. Otro de los grupos contiene tres encuestas con datos personales, en las que no aparece marcada la aceptación al tratamiento de datos ni aparecen firmadas (estas encuestas se encontraron unidas por una etiqueta en la que consta la anotación NO ENTRADAS FIRMADAS, habiendo manifestado los representantes de la entidad que no se introducían en la base de datos). El último grupo examinado contenía también tres respuestas, todas ellas aparecen firmadas y marcada la casilla de aceptación al tratamiento de los datos personales>>.

#### IV

ÒMNIUM CULTURAL alega nuevamente en su recurso que la LOPD no es aplicable a la información a la que se refieren las actuaciones, por cuanto la misma no se encuentra incluida en un fichero estructurado conforme a criterios específicos; no se ajusta al concepto de dato de carácter personal referido a persona identificada o identificable, menos aún de naturaleza ideológica. Asimismo, invoca nuevamente el principio de culpabilidad, señalando que a lo largo de todo el procedimiento ha probado el cumplimiento del deber de diligencia, considerando las medidas implementadas para garantizar el cumplimiento de la LOPD.

Finalmente, considera que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción al haberse obviado la aplicación de circunstancias atenuantes establecidas en el artículo 45.4 LOPD, que fueron señaladas por ÓMNIUN CULTURAL, y por la aplicación de agravantes que no proceden.

En base a estas argumentaciones, solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada, al haberse infringido los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad, y por haber fundamentado la resolución en extremos que responden a una incorrecta valoración de la prueba.

Subsidiariamente, en el supuesto de que se aprecie la existencia de tratamiento de datos de carácter personal, solicita que se considere que los datos en cuestión no pueden ser calificados como datos de ideología y se dicte nueva resolución en la que se aperciba a la recurrente o, supletoriamente, se imponga una multa por el importe mínimo previsto para las infracciones leves, al observarse en la actuación de ÓMNIUM una cualificada disminución de su responsabilidad en los hechos que motivaron la apertura del procedimiento sancionador; o bien por el importe mínimo previsto para las infracciones graves, en el caso de que la AEPD considere que fueron objeto de tratamiento datos de ideología, atendiendo al deber de diligencia observado.

En definitiva, el escrito de recurso reproduce, básicamente, las alegaciones ya formuladas durante tramitación del procedimiento, que ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho II a X y XIII de la Resolución recurrida, R/02762/2015, de 18/11/2015, la cual contiene un pronunciamiento expreso sobre todos los aspectos reseñados por ÓMNIUM CULTURAL. En esta Resolución se considera que la entidad citada incumplió lo dispuesto en el artículo 7.2 de la LOPD, y se detalla suficientemente la valoración de las pruebas que han permitido determinar dicho incumplimiento y el alcance otorgado al mismo, así como las circunstancias tenidas en cuenta para la graduación de la sanción impuesta.

## V

ÒMNIUM CULTURAL reitera que la LOPD no es aplicable a datos que no estén registrados en un soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, es decir, sin que exista un fichero de datos personales, que deberá estar estructurado conforme a criterios específicos relativos a personas físicas cuando se trate de ficheros no automatizados, según establece el RLOPD y la Directiva 95/46/CE. Asimismo, señala que esta Directiva únicamente es aplicable, en caso de tratamientos no automatizados, a datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero.

Argumenta ÒMNIUM CULTURAL que la documentación a la que se refiere la AEPD se encontraba en proceso, contenida en cajas abiertas, sin etiquetar y sin el detalle de los códigos de las zonas geográficas, por lo que no pueden considerarse un fichero estructurado conforme a criterios específicos. Entiende, asimismo, que tampoco podría considerarse un fichero aunque las cajas estuvieran etiquetadas, y advierte que la Agencia no ha probado que todas las cajas, tanto las abiertas como las cerradas, incorporasen los códigos de las zonas geográficas, ni ha reflejado correctamente cómo se ha construido esa codificación. Añade que con tales códigos no es posible localizar fácilmente dónde están los datos de una persona, ni fueron diseñados para cumplir esa función, sino para facilitar el reparto de los mapas de visitas.

Habiéndose alegado que la LOPD no es aplicable al caso, procede examinar este motivo de impugnación, estableciendo en primer término los elementos que integran el concepto de fichero no automatizado de datos de carácter personal.

El artículo 2.1 de la LOPD concreta su ámbito de aplicación al señalar que *“será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”*. Este precepto traspone a nuestro ordenamiento jurídico el artículo 3 de la





Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, según el cual sus disposiciones *“se aplicarán al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero”*.

Para delimitar esta regulación interesa tener en cuenta los Considerandos 15 y 27 de la citada Directiva:

*“(15) Considerando que 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”*.

*“(27) Considerando que la protección de las personas debe aplicarse tanto al tratamiento automático de datos como a su tratamiento manual; que el alcance de esta protección no debe depender, en efecto, de las técnicas utilizadas, pues lo contrario daría lugar a riesgos graves de alusión; que, no obstante, por lo que respecta al tratamiento manual, la presente Directiva sólo abarca los ficheros, y no se aplica a las carpetas que no están estructuradas; que, en particular, el contenido de un fichero debe estructurarse conforme a criterios específicos relativos a las personas, que permitan acceder fácilmente a los datos personales; que, de conformidad con la definición que recoge la letra c) del artículo 2, los distintos criterios que permiten determinar los elementos de un conjunto estructurado de datos de carácter personal y los distintos criterios que regulan el acceso a dicho conjunto de datos pueden ser definidos por cada Estado miembro; que, las carpetas y conjuntos de carpetas, así como sus portadas, que no estén estructuradas conforme a criterios específicos no están comprendidas en ningún caso en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”*.

Como bien señala nuestra jurisprudencia, la Directiva tiene un carácter interpretativo de las disposiciones nacionales. Por tanto, el ámbito objetivo de la normativa de protección de datos de carácter personal viene delimitado por el tratamiento automatizado de datos personales o no automatizado, en este último caso siempre que los datos formen o vayan a formar parte de un fichero, de modo que la finalidad última del tratamiento sea precisamente la incorporación de los datos al fichero. En los términos de la Directiva, será aplicable *“al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero”*.

En definitiva, en caso de tratamientos no automatizados, la aplicación de la LOPD requiere la existencia de fichero.

La Audiencia Nacional, en Sentencia de 22/04/2009, citada por ÒMNIUM CULTURAL en su recurso, declaró lo siguiente: *“es preciso para que la ley se aplique que exista un soporte o base física que necesariamente deberá estar organizado o estructurado con arreglo a determinados criterios que permita el tratamiento de los datos, esto es lo que la ley define como fichero. Sólo cuando estas dos circunstancias se dan –fichero de datos personales y posibilidad de tratamiento- la ley despliega sus efectos protectores.*

*Sin embargo, y como también decíamos en nuestra sentencia de 18 diciembre 2006, la precisión incorporada en el artículo 3.1 de la Directiva para los tratamientos de datos no automatizados (que estén contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero) no aparece recogida en la definición de tratamiento contenida en nuestra ley Orgánica 15/1999 en su artículo 3.c), cuyo tenor literal es: Tratamiento de datos: operaciones o 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. Ahora bien, la Directiva tiene un carácter interpretativo de las disposiciones nacionales, por lo que en caso de duda debemos realizar una interpretación conforme a la norma comunitaria y al conjunto del articulado de la LOPD.

El Tribunal Supremo en sus sentencias de fecha 19 de septiembre y 1 de octubre de 2008 fija una doctrina interpretativa de tal precepto. En la primera sentencia citada se señala, respecto al contenido de los artículos 1 y 2 de la Directiva 95/46 CE la redacción de esa Directiva, por lo que se refiere a la definición de ficheros en los términos expuestos, no presenta ninguna duda interpretativa, como tampoco lo hace el citado artículo 3.b) de la Ley Orgánica 15/99. No está de más en todo caso destacar que la redacción inicial de la Ley Orgánica 5/92, en concreto en su Exposición de Motivos, se establecía que la Ley se nuclea en torno a lo que convencionalmente se denominan ficheros de datos y que es la existencia de unos ficheros, y la utilización que de ellos pudiera hacerse, la que justifica la necesidad de la nueva frontera de intimidad y del honor, añadiendo que la Ley concibe los ficheros desde una perspectiva dinámica de tal forma que los concibe no sólo como un mero depósito de datos, sino también, y sobre todo, como la globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se lleva a cabo con los datos almacenados y que son susceptibles si llegasen a conectarse entre sí, de configurar el perfil personal a que antes se refiere dicha Exposición de Motivos. Por su parte en la sentencia de 1 de octubre de 2008, tras referirse a los considerandos 15 y 27 de la Directiva 46/95, se añade la propia Directiva 46/95 refiere el ámbito de la protección que regula al tratamiento del dato, y en relación tanto con los tratamientos automatizados como respecto a los que no lo estén, siempre que en este caso los datos estén contenidos o se destinen a encontrarse contenidos en un fichero, entendido éste como un archivo estructurado según criterios específicos relativos a las personas que permitan acceder fácilmente a los datos personales.

Pues bien, en el presente caso la conducta de la recurrente no tiene encaje en el régimen de protección de la Ley Orgánica 15/1999, y por tanto no es susceptible de sanción alguna, ya que falta el elemento esencial del fichero. Los datos personales de la denunciante, en concreto su imagen, no fueron recogidos con intención alguna de ser incorporados a un fichero estructurado que permitiera posteriores tratamientos, sin perjuicio de que tal conducta pueda, en su caso, vulnerar el artículo 18.1 CE, como se recoge en la sentencia del Juzgado Mercantil”.

Asimismo, la Sentencia de 16/02/2006 de la Audiencia Nacional se refiere a este asunto en los términos siguientes:

“Para abordar el concepto de “tratamiento de datos personales” y el de “fichero” desde la perspectiva legal hemos de partir de la Directiva 95/46, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 (...).

Esta Directiva nos dice, en primer lugar, que el concepto de tratamiento no puede depender de la técnica utilizada para el manejo de los datos, de ahí que incluya tanto el tratamiento automatizado como el manual (Considerando 27 de su Preámbulo). Así, lo relevante para que estemos ante un tratamiento de datos personales es la realización de determinadas actuaciones en relación con los mismos, actuaciones que en su descripción son muy amplias y variadas.

Nuestra ley lo define de forma muy similar en el artículo 3.c) de la Ley Orgánica 15/1999 (...). No basta, sin embargo, la realización de una de estas actuaciones en relación con los datos personales para que la ley despliegue sus efectos protectores y sus garantías y derechos del afectado. Es preciso algo más: que las actuaciones de recogida, grabación, conservación, etc. se realicen de forma automatizada o bien, si se realizan de forma manual, que los datos personales estén contenidos o destinados a un fichero.

Así, todo fichero de datos exige para tener esta consideración una estructura u organización con arreglo a criterios determinados. El mero acúmulo de datos sin criterio alguno no podrá tener la consideración de fichero a los efectos de la ley.

Pues bien, para que una actuación manual sobre datos personales (recogida, grabación, cesión, etc.) tenga la consideración de tratamiento de datos personales sujeto al sistema de protección de la Ley Orgánica 15/1999, es necesario que dichos datos estén contenidos o destinados a ser



*incluidos en un fichero, esto es, en un conjunto estructurado u organizado de datos con arreglo a criterios determinados. Si no es así, el tratamiento manual de datos quedará fuera del ámbito de aplicación de la ley, no será un tratamiento de datos personales según el concepto normativo que la ley proporciona”.*

Sin embargo, no basta que los datos vayan a ser incorporados a un fichero, sino que es necesario, además, que esté estructurado y organizado, debiendo establecerse algún criterio que permita la búsqueda de los datos contenidos en el mismo. El artículo 3.b) de la Ley Orgánica define el fichero como *“Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso”*. Y completa el artículo 5.1 k) del Reglamento que considera fichero *“Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, que permita el acceso con arreglo a criterios determinados, cualquiera (...)”*. Y en su apartado n) considera como fichero no automatizado *“todo conjunto de datos de carácter personal organizado de forma no automatizada y estructurado conforme a criterios específicos relativos a personas físicas, que permitan acceder sin esfuerzos desproporcionados a sus datos personales, ya sea aquél centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica”*.

Igualmente, el Informe 0453/2008 del Gabinete Jurídico de la AEPD señala al respecto que los conceptos de tratamiento y fichero están estrechamente vinculados entre sí, siendo el fichero *“el soporte físico (ya sea informático o de otra naturaleza) que almacena los datos con un determinado criterio organizativo, en tanto que el tratamiento es la operación que se realiza con los datos que se almacenan en dicho soporte”*.

Este planteamiento está recogido en la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo en la sentencia que cita la recurrente, que lleva a este Tribunal a afirmar que los libros de bautismo no constituyen un fichero en el sentido expresado, al tratarse de una acumulación de datos sin ningún criterio apriorísticamente definido que permita hablar de una estructuración. Y es seguido también en las Sentencias de la Audiencia Nacional de 22/04/2009, 18/12/2006 y 09/07/2009, igualmente citadas por ÓMNIUM CULTURAL.

Y es el mismo planteamiento que permite a ÓMNIUM CULTURAL, en su recurso, afirmar que no constituye un fichero estructurado de datos personales aquel que no permita acceder fácilmente a los datos o no se persiguiera realizar tratamientos futuros, o bien, se trate de datos recogidos de forma manual sin la intención de incorporarlos a un fichero estructurado; con el que pretende concluir que, en este caso, lo que dicha entidad denomina la información no mecanizada (relativa a personas que han respondido a la encuesta sin prestar su consentimiento o bien que permiten identificar a quienes no han dado respuesta a la misma), contenida en documentación en proceso, se almacena sin ningún criterio, por lo que claramente es una mera acumulación de datos no sometida a la normativa de protección de datos de carácter personal.

Sin embargo, no es este el caso que ha motivado la resolución impugnada y el acuerdo contenido en la misma, según quedó justificado en sus Fundamentos de Derecho, en los que se concluye que no existe ninguna duda sobre la plena aplicabilidad de la normativa de protección de datos personales. En contra de lo señalado por ÓMNIUM CULTURAL, en este caso se llevó a cabo una campaña de recogida de datos personales y solicitud de consentimiento para incluirlos en un fichero estructurado y para su utilización posterior con unas finalidades determinadas, siendo éste, precisamente, el fin último de la campaña *“\*\*\*FICHERO.1” (“...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”)*.

En los citados Fundamentos consta que la denominada información no mecanizada “se

*encontraba almacenada en cajas que incorporaban los códigos relativos a las áreas geográficas correspondientes a las mismas” y que la misma “se almacenaba conforme a los criterios geográficos que se han descrito”; y se añadía que el concepto de fichero “no exige que los criterios de ordenación de la información necesarios para que la información pueda considerarse estructurada se refieran a personas concretas (como por ejemplo su ordenación alfabética), sino que resulta suficiente como criterio que esa ordenación se lleve a cabo con arreglo a criterios “referidos a personas físicas”. De este modo, la ordenación de los datos conforme a criterios que permitieran la rápida localización del dato personal, aun cuando tales criterios no incluyeran el dato personal en sí mismo considerado, no eximiría a la información que no hubiera sido objeto de tratamiento de considerarse incluida en un fichero”.*

En este caso, la documentación se conservaba archivada en cajas con las referencias correspondientes al documento “Mapa de mapas”, que contiene el código de caja, número de puertas, número de caja y la relación de mapas, y que también incluye los “Mapas de visitas”, con indicación de su código.

Por tanto, el criterio de almacenamiento de las encuestas en papel es por zonas geográficas, existiendo una codificación de las mismas coincidente con la utilizada para la realización de la encuesta, que se llevó a cabo por voluntarios mediante visitas casa a casa, organizadas según un sistema jerarquizado hasta llegar a definir una concreta distribución de calles y números entre dichos voluntarios. A los encuestadores se les proporcionó un “mapa de visita” con un código alfanumérico asignado a la zona a encuestar, un código de mapa que identifica la subdivisión geográfica de los portales (señala el municipio, el equipo, un código dentro del municipio y el número de ficha). Los voluntarios se distribuyeron en distintos niveles jerárquicos y se estableció un sistema de control para la devolución escalonada de la documentación hasta la recogida final en las entidades organizadoras.

Estos criterios de archivo posibilitan la localización de la información. En base a ello, la resolución recurrida concluyó lo siguiente: *“Y en el presente caso, ya se ha indicado que los criterios de ordenación de la denominada “información no mecanizada” se encuentran estructurados a partir de los domicilios de los encuestados o de quienes no han dado respuesta a la encuesta, de forma que es posible su rápida localización a partir, simplemente, del domicilio del interesado”.*

La información fue obtenida para ser conservada de forma que permita su utilización posterior. Fue objeto de tratamiento desde su recogida y, por tanto, la actuación de ÓMNIUM CULTURAL se encuentra sometida a la LOPD desde ese momento inicial. Lo contrario, es decir, entender que la aplicación de la LOPD se produce únicamente con la efectiva incorporación de la información al fichero, supondría dejar fuera del ámbito de aplicación de esta norma una fase esencial como es la recogida, en la que ha de darse cumplimiento a deberes tan determinantes como el de información previa al afectado.

Este es el motivo por el que la propia recurrente estableció medidas de seguridad en el traslado de la documentación e impuso deberes de confidencialidad a las personas que intervinieron en esta fase del tratamiento.

Es el fundamento de lo establecido en el artículo 108 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, referido a la custodia de soportes, según el cual *“mientras la documentación con datos de carácter personal no se encuentre archivada en los dispositivos de almacenamiento..., por estar en proceso de revisión o tramitación, ya sea previo o posterior a su archivo, la persona que se encuentre al cargo de la misma deberá custodiarla e impedir en todo momento que sea accedida por persona no autorizada”.*



Así, en la medida en que los datos personales se incorporen a ese soporte físico, al que pueda accederse conforme a criterios determinados, tendremos datos incorporados a un fichero. En estos casos es obvia la aplicación de la LOPD.

## VI

En relación con la naturaleza de la información, ÒMNIUM CULTURAL reitera lo manifestado con ocasión de los escritos de alegaciones presentados durante la tramitación del procedimiento, sin añadir ningún elemento nuevo, para señalar que dicha información no puede considerarse dato de carácter personal.

Insiste en señalar que las respuestas a la encuesta suponen la manifestación de una opinión del encuestado protegida por la libertad de expresión, que quedan al margen de la LOPD según declara la Audiencia Nacional en Sentencias de 04/04/2014, que remite a la de 08/05/2009; que los cuatro documentos de respuestas que no fueron firmados, o no tenían marcada la casilla de aceptación del tratamiento de datos marcada, se hallaron en un momento puntual en el que se estaba procesando la información y se habían señalados para que no fueran introducidos en el sistema; y que esta información en proceso no permite acceder a la información relativa a una persona concreta.

Nuevamente argumenta que las anotaciones tomadas a mano por los encuestadores, que no respondían a un mandato de ÒMNIUM CULTURAL, no se ajustan al concepto de dato personal, ya que no proporciona ninguna información de una persona ni puede referirse a ninguna persona identificada o identificable, no siendo posible llevar a cabo esta identificación a partir del domicilio, dado que la información no se codificó en virtud de ese dato y que dicha codificación persiguió organizar las visitas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 17 de julio de 2014 YS, C-141/12 y C/372/12, EU:C:2014:2081 consideró que el análisis jurídico que realizaban los funcionarios para llevar a cabo la tramitación de una solicitud de residencia no podía considerarse dato personal del solicitante.

ÒMNIUM CULTURAL no había establecido un protocolo para que los encuestadores efectuaran esas anotaciones, de modo que no puede ser considerada responsable de este tratamiento de datos al no haber decidido sobre los fines, contenido y uso del tratamiento.

Según dicha entidad, han de considerarse otros factores como el tiempo de conservación de los datos (el período de conservación fue mínimo, no resultando factible alcanzar la identificación de la persona), y que los datos no se recabaron con la finalidad de identificar a la persona; circunstancias ambas que son consideradas por el Grupo del artículo 29 al referirse a esta cuestión en su Dictamen 4/2007, en el que también señala que el domicilio, para identificar a una persona, debe formar parte de una combinación de datos (en este sentido, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 17/09/2008, considera un número de teléfono móvil no es dato de carácter personal).

Por último, la recurrente alega que la encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) del pasado mes de octubre, que dio lugar al Barómetro de ese mes, incluye los datos exactos de localización del entrevistado en el cuestionario (calle, nº, piso y puerta) e incorpora expresamente campos que permiten registrar las incidencias ocurridas en la entrevista y la valoración del entrevistador, con una metodología similar a la utilizada por ÒMNIUM CULTURAL.

El Fundamento de Derecho V de la resolución impugnada está dedicado a analizar si la información recabada por aquella entidad incluye datos de carácter personal, para lo que se considera *“la forma de llevar a cabo la recogida de información... que se codifica y registra*

*asociada al domicilio del afectado, y que se almacena según un sistema estructurado que permite su localización”, por lo que dicha información, en multitud de casos, “puede asociarse a personas físicas identificables, que ni siquiera son conscientes de que se haya anotado la misma” a partir del domicilio, “considerando los recursos que ofrece la técnica y los datos que puede recabarse de fuentes accesibles al público, directorios y registros públicos”.*

*A este respecto, ya se advirtió que “el hecho de que sea preciso acudir a tales fuentes, máxime cuando ello no comporta un esfuerzo desproporcionado, como sucede en el presente caso, no evita que nos encontremos ante datos de carácter personal, dado que, precisamente, la información recabada permitiría la asociación de los datos recogidos con el interesado, haciéndole identificable, por lo que la información se encontraría recogida en el concepto establecido en el artículo 3 a) de la LOPD... al tratarse de información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, ya que con los datos almacenados es posible la identificación de los titulares de los mismos sin un esfuerzo exagerado o desproporcionado”.*

En relación con lo indicado sobre las respuestas a la encuesta y las Sentencias de la Audiencia Nacional citadas por ÒMNIUM CULTURAL, se indicó en la resolución que... *“la doctrina contenida en las sentencias de la Audiencia Nacional mencionadas por ANC y OMNIUM CULTURAL en sus alegaciones, la misma no resulta aplicable a este caso, dado que el supuesto enjuiciado aquí difiere del analizado por dichas sentencias, en que simplemente se hacía referencia a opiniones manifestadas de forma verbal por el denunciado en el procedimiento. Por el contrario, en este caso consta que se han recabado los datos de carácter personal tanto de quienes respondieron a la encuesta, con o sin haber prestado su consentimiento, como de quienes optaron por no responder, referidos en estos casos a su domicilio como criterio que permite considerar a los afectados como personas identificables”.*

Por tanto, se concluyó que ÒMNIUM CULTURAL recogió datos personales *“relativos a personas que negaron su participación en la encuesta o que, aun habiéndola realizado, no consintieron expresamente el tratamiento de sus datos personales”.*

En todo momento, ÒMNIUM CULTURAL omite que la información que ha determinado las irregularidades constitutivas de la infracción declarada incluye datos identificativos de los afectados, cuya naturaleza de datos de carácter personal no puede ponerse en cuestión. Se trata, en concreto, de los datos personales anotados en los formularios de encuesta en los que no consta el consentimiento para el tratamiento de los datos prestado por el titular de los mismos. Así, aunque prescindieramos de los argumentos anteriores y del resto de incidencias, las irregularidades apreciadas, consideradas sólo en relación con estos formularios de encuesta no suscritos por el afectado, tienen entidad suficiente para entender consumada la infracción que se declara en la Resolución recurrida.

También las anotaciones efectuadas por los voluntarios encuestadores, asociadas a un domicilio concreto, se ajusta al concepto de datos de carácter personal, en la medida que incluyen información relativa a personas identificables, sometida, por tanto, al ámbito de aplicación de la LOPD. La exclusión del ámbito de aplicación de la citada norma se refiere a supuestos en los que el responsable únicamente trate datos disociados, entendidos conforme a la definición recogida en el artículo 5.1.e) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica, como aquellos que no permiten la identificación de un afectado o interesado. Se considera datos “anónimos”, por tanto, cualquier información relativa a una persona física que no permita su identificación por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona.

El Considerando 26 de la Directiva 95/46/CE hace referencia a este concepto señalando que *“los principios de protección no se aplicarán a aquellos datos hechos anónimos de manera tal que ya no sea posible identificar al interesado”.* Y la letra f) del artículo 3 de la LOPD define el



procedimiento de disociación como *“todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable”*. De este modo para que un procedimiento de disociación pueda ser considerado suficiente a los efectos de la citada Ley Orgánica, será necesario que de la aplicación de dicho procedimiento resulte imposible asociar el dato o datos de que se disponga a un sujeto determinado. Esta Agencia ha venido señalando que para ello será preciso que no exista la posibilidad, incluso remota, de que, mediante la utilización, con carácter previo, coetáneo o posterior de cualquier medio (proceso informático, programa, herramienta del sistema, etc.), la información concerniente a los afectados por el tratamiento de datos, que obre en poder del consultante, pueda revelar su identidad.

En consecuencia, existiendo una codificación que permite a ÒMNIUM CULTURAL asociar los datos recogidos por los encuestadores a un domicilio concreto, no puede entenderse que nos encontremos ante datos disociados en la definición dada por el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999. Esto es, no habiéndose producido un procedimiento de disociación que impida la asociación del dato con una persona identificada o identificable, la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 no puede quedar excluida.

Lo determinante es que existe esa codificación y que fue diseñada por el responsable de tal modo que permite localizar la información y su asociación a un domicilio.

Tampoco esta Agencia comparte la posición mantenida por ÒMNIUM CULTURAL en su recurso, cuando señala que las anotaciones tomadas por los encuestadores responden a una iniciativa particular de éstos y no a un protocolo diseñado por esa entidad para la recogida de la información. Tal y como se advertía en la resolución impugnada, *“los documentos facilitados a los voluntarios encuestadores para llevar a cabo su tarea fueron diseñados con el propósito de que se efectuaran anotaciones como las que han determinado la infracción”*. Entre las exigencias impuestas a los voluntarios se contemplaba la indicación del resultado de la visita y la valoración de la reacción de la persona contactada. Si al encuestador se le pide cumplimentar el resultado de las visitas en los apartados habilitados para ello en el “mapa de visitas”, junto con el necesario control de las realizadas o intentadas, se le está exigiendo anotar el resultado de las mismas para poder efectuar el recuento que ello implica. ÒMNIUM CULTURAL es la responsable de este proceso y de las incidencias que ha provocado.

Por otra parte, en el Fundamento de Derecho anterior ya se analizó la manifestación efectuada repetidamente por la recurrente, según la cual la documentación referida se encontraba en proceso y no había sido incorporada al sistema de información. Se considera al respecto que la recogida de dicha información constituye un tratamiento de datos personales sometido a la LOPD, los cuales se recaban para ser incorporados a un fichero y para su tratamiento posterior.

Son estas circunstancias, precisamente, las que diferencian el presente supuesto de las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), cuyo propósito no es la recogida de datos personales, más allá de los necesarios para el control, y menos aún la conservación de los mismos ni su utilización posterior. En este caso, la información es anónima y sirve únicamente para la presentación de datos agregados.

## VII

Según ÒMNIUM CULTURAL, considerar el tratamiento de la información mencionada supone un tratamiento de datos de ideología, parte de una valoración subjetiva carente de ninguna premisa fáctica, a pesar de que las preguntas y respuestas planteadas no contienen referencia concreta a ninguna opción política, no desvelan su adhesión al 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. Las respuestas como tales deben entenderse como manifestación de opiniones de las personas y no dato de carácter personal.

Por otra parte, tampoco son datos de ideología las anotaciones que constan en los mapas de visita, que se circunscriben a la referencia de si la persona que ha abierto la puerta ha querido responder la pregunta, si han abierto la puerta o si han podido acceder al edificio, las cuales pueden estar motivadas por múltiples variables. De dichas manifestaciones es imposible determinar una opinión política de una persona, al no existir ningún vínculo lógico entre dichas circunstancias y la opinión política.

Una vez más señala que el concepto de ideología recogido en el artículo 7 de la LOPD ha de limitarse al de ideología política, interpretado conforme a lo establecido en el artículo 8 de la Directiva 95/46/CE, más restrictiva, que califica como categorías especiales de datos aquellos que revelen las “opiniones políticas” de las personas; y en el mismo sentido expresado en las escasas resoluciones judiciales dictadas en relación al tratamiento de estos datos, referidas a datos personales de candidatos a un proceso electoral, pertenencia a un partido político o la tendencia de voto (sentencias del Tribunal Constitucional de 08/05/2003, del Tribunal Supremo de 25/01/2006 y de la Audiencia Nacional de 31/01/2003, respectivamente), y en la misma línea en la que se ha manifestado la AEPD (AP/00012/2014 y Recurso de Reposición 00114/2008).

En apoyo de su planteamiento, ÒMNIUM CULTURAL cita el Informe del Gabinete Jurídico de la AEPD 0524/2009, según el cual señalar la opción de contribución al sostenimiento de la Iglesia Católica en la declaración anual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas no ha de ser considerada como un dato relacionado con la religión y creencias del afectado.

Entiende que el concepto de ideología mantenido por la Agencia establece un vínculo entre la encuesta, la libertad ideológica y la naturaleza de los datos, añadiendo que posee una amplitud tal que coincide en la práctica con el ámbito de la libertad de expresión y por tanto, cualquier fichero relativo a un análisis de las preferencias de los sujetos sería “ideológico”.

Cabe remitirse a lo indicado en el Fundamento de Derecho VII, en el que se detallan las conclusiones sobre los hechos determinantes de la infracción, que dan respuesta suficiente a las alegaciones efectuadas por parte de ÒMNIUM CULTURAL en su recurso, en el que se limita a reproducir sus manifestaciones anteriores. En dicho Fundamento se pone de manifiesto lo siguiente:

<<VII

*La siguiente cuestión que ha de analizarse en la presente resolución es la relativa a si los datos de carácter personal objeto de recogida y tratamiento o, en su caso, incorporación a un fichero no automatizado, han de ser reputados datos relacionados con la ideología a los efectos de determinar la aplicación del régimen establecido en la LOPD para los denominados datos especialmente protegidos*

*El artículo 7 de la LOPD establece el régimen específicamente protector diseñado por el Legislador para aquellos datos personales que proporcionan una información de esferas más íntimas del individuo, a los que etiqueta bajo la denominación común de “Datos especialmente protegidos”. Para las diversas categorías de éstos el precepto citado establece específicas medidas para su protección.*

*En el supuesto específico de los datos de ideología, se consideran como especialmente protegidos y prevé que sólo puedan ser tratados cuando el afectado consienta expresamente y por escrito, debiendo advertirse al interesado acerca de su derecho a no prestar el*





consentimiento.

*El artículo 7 “Datos especialmente protegidos” de la LOPD, en sus apartados 1 y 2, establece lo siguiente:*

*“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. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado”.*

*Han de considerarse los elementos que integran la definición de consentimiento recogida en el artículo 3. h) de la LOPD; a saber, que sea una manifestación de voluntad libre, inequívoca, específica e informada.*

*En resumen, se exige un consentimiento expreso que conste por escrito para el tratamiento de los datos de ideología, debiendo acreditarse que se trata de una manifestación de voluntad libre, inequívoca y específica, que se presta una vez que se ha tenido conocimiento de una concreta información (artículo 5 de la LOPD). Lógicamente, la concurrencia de los extremos expuestos deberá constatarse en cada caso concreto.*

*En este caso, considerando las finalidades expresadas por las entidades ANC y ÒMNIUM CULTURAL, según los detalles reseñados en los fundamentos anteriores, incluida la de promocionar una consulta de naturaleza ideológica y estimular la participación en la misma, así como el contenido mismo del cuestionario de la encuesta realizada a los ciudadanos, que plantea unos determinados temas de debate relacionados con la posición ideológica del encuestado en relación con tales temas y con el evento referido, incluso el contexto en el que se lleva a cabo, se concluye que los datos personales que se recaban y someten a tratamiento como resultado de la gigaencuesta promovida y realizada por aquellas entidades son datos personales de ideología, que fueron registrados en un fichero de tratamiento mixto que las mismas entidades consideran de naturaleza ideológica, el cual tiene como finalidad desarrollar otras iniciativas de tipo político relacionadas con los objetivos que determinaron su constitución.*

*Se deriva un tratamiento de datos de ideología de las personas que cumplimentan la encuesta, ya que las personas registradas en el fichero pueden aparecer como defensores de una determinada opción ideológica.*

*Como se señaló en los hechos probados, la encuesta contiene las siguientes preguntas, ofreciendo posteriormente diversas contestaciones posibles:*

*.“Si Cataluña fuera un estado tendría entre 8.000 y 16.000 millones de euros más. ¿Cómo piensa que se deberían gastar?”*

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

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

*. “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?*

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

*. “Y una última pregunta, ¿irá a votar el día 9 de noviembre?”*

*Como puede observarse, fundamentalmente en las cuatro primeras preguntas, no se trata de plantear una hipótesis sobre la que el encuestado haya de pronunciarse. Cada pregunta parte de una premisa que ha de ser aceptada para poder contestar a la pregunta. Es decir, que únicamente se puede contestar a la pregunta si se está de acuerdo con esa premisa. Es evidente que en el primer caso se acepta implícitamente que una Cataluña independiente sería rentable económicamente. En la segunda pregunta, se parte de que habría un autogobierno sin ningún tipo de injerencia por parte del Estado español. En la tercera, se parte de que únicamente una Cataluña independiente permitiría renovar la democracia. En la cuarta, que ese Estado independiente dispondría de mayores fondos.*

*Por tanto, el contestar esas preguntas supone aceptar esas premisas. Y aceptar esas premisas supone necesariamente un posicionamiento ideológico a favor de la independencia de Cataluña. Desde ese punto de vista, el cuestionario evidentemente se inclina por una concreta posición política e ideológica en favor de dicha independencia que el encuestado no puede soslayar si contesta dicha encuesta. La campaña, por tanto, exige un posicionamiento ideológico previo para participar en ella.*

*Tampoco las respuestas alternativas ofrecidas al encuestado para cada una de las cuestiones planteadas son ajenas a este posicionamiento ideológico.*

*La información facilitada por el encuestado inevitablemente deberá calificarse como de naturaleza ideológica, por cuanto refleja el modo en que éste entiende el sistema social en el que está integrado. Incluso, la opinión del encuestado se manifiesta por el mero hecho de prestar su consentimiento para que los datos se utilicen con la finalidad de remitirle información sobre dicho proceso soberanista, que refleja una postura favorable al mismo o, al menos, de no rechazo.*

*El término “ideología” recogido en el artículo 7.2 de la LOPD se encuentra directa e inmediatamente vinculado a lo dispuesto en el artículo 7.1 de la misma que, como ya se ha indicado, remite a su vez al artículo 16.2 de la Constitución, en cuya virtud “Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”.*

*De este modo, el alcance objetivo de la obligación de consentimiento expreso y escrito establecida por el artículo 7.2 de la LOPD deberá entenderse referida a cualesquiera informaciones que se encontrasen amparadas por el derecho a la libertad ideológica, que consagra el artículo 16 CE.*

*ANC y OMNIUM CULTURAL consideran en sus alegaciones que el alcance de la protección conferida por el artículo 7.2 de la LOPD debería entenderse limitado a los datos relacionados con la pertenencia o adscripción a un determinado partido político o, al menos, a la adscripción a una corriente ideológica concreta. De hecho, al referirse al contenido de la encuesta utilizan reiteradamente los términos “izquierdas” y “derechas” para equiparlos al alcance del dato de ideología protegido por el artículo 7 de la LOPD.*

*Esta concepción llevaría aparejado necesariamente que el objeto de la libertad ideológica, consagrada por el artículo 16 de la Constitución sería exclusivamente la adscripción a una determinada opción política, lo que a su vez restringiría la libertad que a las personas otorga el artículo 16.2, reiterado por el artículo 7.1 de la LOPD a no declarar acerca de la misma.*



*Frente a esta interpretación restrictiva, debe recordarse que la doctrina emanada de nuestro Tribunal Constitucional acerca del objeto de protección del artículo 16 de la Constitución resulta mucho más amplia. Baste a tal efecto recordar que la Sentencia 120/1990, de 27 de junio, señala en su fundamento jurídico 10 lo siguiente:*

*“Ciertamente, la libertad ideológica, como así viene a latir en el planteamiento de los recurrentes, no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de agere licere, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos.”*

*En sentido similar se manifiesta la Audiencia Nacional en su sentencia de 28 de septiembre de 2001, con cita de las SSTC 41/1998 y 292/2000, que realiza una interpretación extensiva del concepto de dato ideológico. “En efecto, la doctrina constitucional incluye en la protección del derecho fundamental a la protección de los datos, los que tengan incluso un carácter público, bastando que se trate de cualquier dato que sirva para identificar a una persona que pueda poner de manifiesto su perfil ideológico o de otra índole”.*

*Quiere ello decir que la ideología objeto de protección por el artículo 16 de la Constitución, y por ende por el artículo 7 de la LOPD, no puede considerarse limitada al concepto de “adscripción política”, sino que comprende un ámbito muy superior, referido a las ideas, criterios y sentimientos de las personas (STC 20/1990), sus concepciones del sentido de la vida o su posicionamiento intelectual ante un determinado debate social, al margen de que dicho posicionamiento se identifique o no con una determinada opción política. Otra interpretación del término ideología, como la que se efectúa en las alegaciones, vaciaría en su práctica totalidad de contenido la protección conferida por el artículo 16 de la Constitución.*

*De este modo, el término “ideología” tiene un significado más amplio que el que pretenden atribuirle las entidades imputadas, que en sus alegaciones lo asimilan a un sector político concreto o una ideología política en particular. El término “ideología”, por su significado, puede hacer referencia a ideas o creencias aisladas del individuo y no sólo al conjunto de ideas o doctrina que caracterice su pensamiento, e incluye tanto las creencias que justifica o apoya como aquellas otras que rechaza. Además, este concepto tiene que ver con un orden social, con la visión de la realidad que tiene una persona (aspectos culturales, económicos, morales, religiosos, de género, familiares, de clase, de raza). Aunque en la práctica estén normalmente relacionados con la organización social o política, no se reduce a estos aspectos.*

*En este sentido, y a diferencia de lo alegado por OMNIUM CULTURAL, resulta relevante tener en cuenta que este mismo concepto de dato de ideología, consagrado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, justificó al solicitar la inscripción en el RGPD del fichero “\*\*\*FICHERO.1” se declarara que el mismo contiene datos relacionados con la ideología de los afectados. Asimismo, los propios representantes de ANC, según quedó expuesto, declararon a los Servicios de Inspección que el fichero contiene datos de ideología, al haber considerado dicha entidad que la mera inclusión de una persona en este fichero constituye un dato de ideología.*

*En este caso, las comprobaciones realizadas por los Servicios de Inspección de la AEPD han constatado y acreditado la existencia de formularios en los que se recabaron datos personales de los encuestados sin que conste el consentimiento de aquéllos mediante el marcado de la casilla habilitada para la aceptación del tratamiento de los datos ni su firma, siendo irrelevantes a tales efectos las alegaciones manifestadas por ANC y OMNIUM*

*CULTURAL acerca de las medidas adoptadas a lo largo de la realización de la encuesta para garantizar el adecuado respeto a lo dispuesto en la LOPD.*

*Asimismo, en la inspección realizada a ÒMNIUM CULTURAL se comprobó que los voluntarios anotan, en los documentos que contienen los domicilios a visitar, unas marcas asociadas a los mismos con las indicaciones “no abren la puerta”, “no contestan”, “no quieren hacer la encuesta”, “no quiere atender”, así como otras anotaciones que también revelan la opinión del ciudadano sobre la consulta del 09/11/2014, tales como “no irá a votar, no es legal” o “no interesa”. Esta información también es susceptible de revelar la ideología de las personas que viven en los domicilios respectivos, incluso en el supuesto de negarse a participar en la encuesta.*

*La correcta valoración de estas irregularidades y su alcance se evidencia a partir de dos consideraciones esenciales, ya puestas de manifiesto en la recopilación de los hechos efectuada en los Fundamentos de Derecho anteriores.*

*Por un lado, que las anotaciones manuscritas realizadas por los voluntarios responden a los procedimientos de recogida de datos personales previa y deliberadamente diseñados por las entidades ANC y ÒMNIUM CULTURAL, en la medida en que los documentos facilitados a los voluntarios encuestadores para llevar a cabo su tarea fueron dispuestos con el propósito de que se efectuaran anotaciones como las que determinan la declaración de la infracción y para que éstas pudieran asociarse a un domicilio concreto.*

*En concreto, el “mapa de visitas” incluido en el kit facilitado a los voluntarios encuestadores, numerado mediante un código que permitía identificar los inmuebles visitados, incluía espacios en blanco que el encuestador debía cumplimentar con aquellas anotaciones, además de un resumen de las visitas realizadas con detalle del número de viviendas que no abren la puerta, los que no quisieron hacer la encuesta y los que si la realizaron.*

*Asimismo, en la documentación facilitada a los voluntarios se advertía expresamente que es imprescindible devolver al responsable del equipo la hoja-mapa y las encuestas rellenas.*

*Consta que los Servicios de Inspección de la AEPD accedieron a diferentes grupos de encuestas, señaladas con el código de mapa correspondiente, comprobando que en tres de los cinco casos examinados en la inspección de 29/10/2014 se detalla el número de puertas respectivas y el resultado de la visita a las mismas.*

*Por otro lado, que las incidencias detalladas fueron constatadas por los citados Servicios de Inspección a partir de una muestra tomada de la documentación disponible en los locales de ANC y ÒMNIUM CULTURAL en el momento en que se llevaron a cabo las visitas de inspección.*

*En la inspección efectuada en los locales de ANC en fecha 29/10/2014 se encontraba disponible un único paquete de encuestas, correspondiente a un “Mapa de Mapes” con treinta “Mapas de Visita”, de los que fueron examinados cinco de estos “mapas de visita”. A este respecto, interesa destacar que la distribución geográfica de los portales de Cataluña realizada para esta encuesta dio lugar a 100.000 mapas de visita diferentes (así se indica en la información correspondiente al curso de formación impartido a los encuestadores).*

*Asimismo, en la inspección realizada en los locales de ÒMNIUM CULTURAL, de fecha 26/11/2014, de las cajas que se encontraban abiertas en el momento de la visita, se examinó la documentación correspondiente a tres códigos de mapas (“mapas de visita”), apreciándose irregularidades en dos de estos tres grupos de encuestas. En concreto, se comprobó que cada uno de estos códigos de mapas incorpora tres encuestas realizadas (en total, 9 encuestas*



realizadas), todas ellas cumplimentadas con datos personales de los encuestados, de las que cuatro encuestas no tienen marcada la aceptación del tratamiento de datos personales ni están firmadas por el afectado.

*En relación con el volumen de documentación puesta a disposición de la Inspección de Datos, las irregularidades detectadas representan un elevado porcentaje, de forma que, si se realizase un ejercicio de extrapolación de dicho resultado a la información total recabada con la encuesta, se obtendría un resultado que choca frontalmente con el planteamiento efectuado por ANC y ÒMNIUM CULTURAL en sus escritos de alegaciones, que presentan tales irregularidades como simples anomalías de carácter limitado o residual, e incontrolables, de las que son responsables los voluntarios encuestadores.*

*En definitiva, considerando las finalidades expresadas por las entidades imputadas, el contenido mismo de la encuesta realizada a los ciudadanos y el proceso diseñado por las mismas para recabar la información, según los detalles reseñados anteriormente, así como el propósito de acceder a todos los hogares de Cataluña y la recogida de datos personales de los encuestados, resulta que la encuesta realizada difícilmente encajaría en la finalidad estadística alegada, ni siquiera en lo que ha de entenderse como un estudio de opinión, ni sigue la metodología propia de una encuesta.*

*En efecto, el conocimiento, mediante el instrumento de la encuesta, de la opinión pública o las tendencias de la población sobre los temas de debate planteados se hubiese podido hacer efectivo mediante otros métodos, basados en obtener resultados a partir de una muestra representativa de personas y del análisis de las respuestas según criterios estadísticos. El tratamiento habitual de datos en una encuesta no responde al realizado en el presente caso, pues ni la identificación ni la conservación de los datos identificativos resulta necesaria, recabándose únicamente un dato (email o teléfono, generalmente) que permita realizar comprobaciones aleatorias sobre la calidad de la encuesta, que posteriormente se elimina, y no se pide a las personas encuestadas que firmen las encuestas.*

*Tampoco es habitual, en una encuesta ordinaria, instruir a los encuestadores sobre qué hacer cuando no se abre la puerta o cuando se aprecia receptividad en la persona encuestada o ésta adopta una postura beligerante, etc.*

*Por tanto, se concluye que ANC y ÒMNIUM CULTURAL han recogido información sobre datos de ideología sin el consentimiento de los afectados, lo que resulta contrario al artículo 7.2 de la LOPD.*

(...)

*Debe en este sentido recordarse que el artículo 7.4 de la LOPD prohíbe taxativamente “los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología”.*

*Es preciso así recordar que el tratamiento o el almacenamiento en un fichero de los datos de ideología en el sentido que se ha venido describiendo a lo largo de este fundamento de derecho, podría implicar la existencia de un fichero o tratamiento con una finalidad exclusivamente ideológica a los efectos previstos en el citado artículo, aun cuando dicha finalidad pudiera aparentemente vincularse a otras de distinta naturaleza tales como la estadística o la de publicidad y prospección comercial o realización de perfiles.*

*En este sentido, y en relación con las finalidades estadísticas, debe recordarse que el artículo 9.1, párrafo segundo, del RLOPD dispone que para la determinación de los fines*



*estadísticos habrá de estarse a la legislación que en cada caso resulte aplicable y, en particular, a lo dispuesto en la Ley 12/1989, de 9 de mayo, Reguladora de la función estadística pública (...) y sus disposiciones de desarrollo, así como a la normativa autonómica en esta materia, por lo que en caso de no resultar aplicable la citada regulación no podría considerarse que un fichero o tratamiento tiene una finalidad estadística a los efectos previstos en la normativa de protección de datos. Igualmente, en cuanto al tratamiento de datos para publicidad o prospección comercial sería preciso el íntegro cumplimiento de las normas de protección de datos y, en particular, del artículo 30 de la LOPD y del Capítulo II del Título IV del RLOPD.*

*Como se recogió en el Fundamento Jurídico 10 de la STC 120/1990, reproducido anteriormente la libertad ideológica comprende una dimensión externa que incluye actuar con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o injerencia bien de los poderes públicos fuera de los casos previstos legalmente, bien de cualquier asociación, entidad o particular ni de verse obligado – como consecuencia de prácticas como la analizada - a manifestar su ideología o tener que negarse a ello condicionando de esta forma - en los casos en que se haya recabado - el requisito de que el consentimiento otorgado sea “libre” como exigen los artículos 6 de la LOPD y 3 h) del Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre>>.*

Por otra parte, considera ÒMNIUM CULTURAL que la falta de definición legal y jurisprudencial del concepto de ideología política comporta una infracción del principio de legalidad que exige, en pro del principio de seguridad jurídica promulgado por el artículo 9 CE, que las formulaciones de la ley sancionadora sean lo más precisas posibles, tanto en la descripción el comportamiento sancionable como de la sanción.

No puede invocarse una posible vulneración del principio de legalidad cuando se resuelve la aplicación a un caso concreto de una norma expresamente establecida para regular el supuesto de que se trate, como es el tratamiento irregular de datos personales especialmente protegidos que revelen la ideología del sujeto.

Menos aún por una supuesta falta de definición legal o jurisprudencial del concepto de ideología, que la recurrente deduce del hecho de que la normativa específica de protección de datos de carácter personal no incluya en su articulado la definición de dicho concepto o porque las sentencias invocadas por dicha entidad tengan por objeto únicamente supuestos referidos a la afiliación política del afectado. Es tanto como decir que no cabe aplicar una norma por el hecho de que dicha aplicación conlleve algún tipo de valoración o interpretación.

*Tratándose de normas sancionadoras, <<“la regla de la tipicidad no impide que el tipo pueda contener, junto a elementos descriptivos, otros elementos normativos que requieren una valoración por parte del interprete o del Juez que ha de aplicar la Ley, valoración que puede realizarse bien con arreglo a los datos y reglas que suministran la experiencia, bien conforme a otras normas jurídicas, bien según criterios ético sociales. Así lo ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional en su Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7ª que “el principio de tipicidad no queda infringido en los supuestos en que la definición del tipo incorpora conceptos cuya delimitación permite un margen de apreciación”>> (SAN de 31/01/2003).*

A falta de una concreta definición, el ordenamiento admite que la misma pueda completarse según las reglas de interpretación de las normas jurídicas, sirviendo incluso la definición del término en cuestión que aporte el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. En este caso, el término ideología se define en dicho Diccionario como el “conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc.”, que se ajusta completamente al concepto valorado en la resolución impugnada.



Finalmente, en este apartado referido a la naturaleza de los datos personales y su consideración como datos de ideología, ÓMNIUM CULTURAL realiza una interpretación de las normas aplicables al supuesto que lleva a dicha entidad a una conclusión errónea según la cual, en este caso, la recogida y el tratamiento de los datos de carácter personal no estarían sujetos al régimen especial del artículo 7, sino el general del artículo 6 de la LOPD, cuyo incumplimiento se tipifica como infracción grave en el artículo 44.3.b), de modo que no cabe exigir a ÓMNIUM CULTURAL que el tratamiento de los datos de ideología deba legitimarse mediante la obtención del consentimiento expreso y por escrito.

Añade que, en todo caso, aunque la Agencia mantenga la consideración de datos de ideología, debe tenerse en cuenta que el artículo 8 de la Directiva 95/46/CE exige únicamente el consentimiento explícito, y no expreso y por escrito, como establece el artículo 7 de la LOPD. Y, del mismo modo, dicho requisito del consentimiento se encuentra exceptuado para diferentes supuestos por el artículo 7.2 in fine y el artículo 8 de la citada Directiva amplía la excepción “a las personas que mantengan contactos regulares con la fundación, la asociación o el organismo por razón de su finalidad”. En aplicación de este precepto, debería entenderse que el tratamiento de los datos de las personas que desean recibir información sobre las actividades de ÓMNIUM CULTURAL o participar en las mismas estaría exceptuado del deber de obtener su consentimiento.

A este respecto, la resolución de 18/11/2015 ya advertía sobre las especiales circunstancias que deben concurrir en el consentimiento para el tratamiento de datos de ideología, según se recoge en la SAN de 31 de enero de 2003: *“Todos estos datos fueron tratados informáticamente, y aunque es cierto que fueron dados de forma voluntaria (...) se precisa, de acuerdo con el artículo 7.2 de la Ley 15/1999 el consentimiento “expreso y por escrito” del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal que releven la ideología, afiliación sindical, religión y creencia... En definitiva, no bastaba con el consentimiento tácito de los afectados, sino que estos datos a los que la Ley otorga una protección especial, precisan para su tratamiento el consentimiento expreso de la persona”*. Además, se argumenta que no consta que se haya informado a los interesados inequívocamente del alcance del consentimiento: *“Es así que no puede afirmarse que el consentimiento (...) se haya prestado con conocimiento cabal de su exacto alcance y finalidad, ni tan siquiera para que el tratamiento de datos se efectuara”*.

Esta exigencia de consentimiento expreso en nada se opone a la letra de la Directiva 95/46/CE, cuyo artículo 8 exige el consentimiento explícito del interesado para el tratamiento de datos que revelen las opiniones políticas, salvo que se refiera exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares con la asociación.

Por otra parte, entiende la recurrente que procede la calificación de la infracción como grave, considerando que a un fichero relativo a las preferencias de los sujetos corresponde atribuirle un nivel medio de seguridad. Se refiere ÓMNIUM CULTURAL a lo dispuesto en el artículo 81.2.f) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, según el cual deberán implantarse las medidas de nivel medio en los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal que contengan un conjunto de datos que *“ofrezcan una definición de las características o de la personalidad de los ciudadanos y que permita evaluar determinados aspectos de la personalidad o del comportamiento de los mismos”*. Sin embargo, no es este el caso del fichero *“\*\*\*FICHERO.1”*, declarado por la propia recurrente con nivel de seguridad alto, conforme a lo establecido en el mismo artículo 81, en cuyo apartado 3 se exigen las medidas de seguridad de nivel alto en ficheros o tratamientos que se refieran a datos de ideología.

ÓMNIUM CULTURAL implantó las medidas de seguridad de nivel alto porque conocía



que, como resultado de la repetida campaña, sometería a tratamiento datos personales especialmente protegidos, relativos a la ideología de los encuestados, regulados en el artículo 7 de la LOPD; y, por la misma razón, para dar cumplimiento a la exigencia de recabar el consentimiento expreso y por escrito de los afectados, diseñó el cuestionario empleado para la encuesta habilitando dos casillas de verificación con los textos “Si, acepto” y “No”, así como un espacio para la firma, insertados con posterioridad a la leyenda informativa en materia de protección de datos que contiene dicho formulario.

Finalmente, debe añadirse que esta Agencia no comparte la indicación contenida en el recurso según la cual las encuestas realizadas por el CIS plantean preguntas cuyas respuestas son similares a las contenidas en el formulario de la campaña “\*\*\*FICHERO.1” y no por ello se entiende que las mismas tengan naturaleza ideológica. La diferencia con las encuestas del CIS, desde el punto de vista de la protección de datos de carácter personal, no radica en la naturaleza ideológica o no ideológica de las preguntas y respuestas, sino en la recogida o no de datos personales y su conservación no disociada, de forma que permita la utilización posterior de los mismos con una finalidad específica, como ocurre en el presente caso y no en el caso de la información recabada por el CIS, tal y como se indicó en el Fundamento de Derecho V.

## VIII

Siguiendo los mismos planteamientos contenidos en sus escritos de alegaciones a la apertura del procedimiento sancionador PS/00235/2015 y a la propuesta de resolución dictada en el mismo, ÒMNIUM CULTURAL invoca nuevamente la infracción del principio de culpabilidad como un motivo de nulidad de pleno derecho, reiterando que, en este caso, la AEPD ha determinado la responsabilidad de la misma sin haber probado que actuara de forma negligente y advirtiendo que, tratándose de personas jurídicas, la atribución de dicha responsabilidad no deriva de la realización de hechos, sino de la falta de diligencia o de cuidado, así como de defectos de organización y por la falta de medidas de precaución que le son exigibles.

A este respecto, considera acreditado el deber especial de diligencia que le es exigible, atendiendo a los procedimientos y medidas implementados para garantizar el cumplimiento de la LOPD, que constan en las actuaciones como Hechos Probados. Detalla las circunstancias a las que se refiere, que coinciden en su totalidad con las que fundamentaron sus alegaciones anteriores, para concluir que difícilmente podría haber desplegado una actividad adicional de cara a evitar las infracciones que se le imputan, no siendo posible exigirle prestaciones de imposible o extraordinaria ejecución (vigilancia de cada una de las visitas) que, además de exceder con mucho de sus obligaciones, dejarían sin sentido o vacía de contenido cualquier posibilidad de llevar a cabo encuestas que requieran el tratamiento de datos personales.

Finalmente, en relación con esta alegación, ÒMNIUM CULTURAL cita las sentencias de la Audiencia Nacional de 13/10/2015, 14/10/2015 y 06/02/2008, las cuales, según la recurrente, recogen el criterio que ha venido manteniéndose sobre la diligencia debida tendente a verificar el cumplimiento de las exigencias establecidas en el tratamiento de datos de carácter personal. En la última Sentencia citada se declara que *“la falta de culpabilidad procede del hecho de que XXX actuó con pleno respeto a las exigencias derivadas de la Ley Orgánica 15/99 y su diligencia fue máxima, por lo que no cabe pensar que actuando de otro modo, hubiera podido evitar el tratamiento de datos sin consentimiento”*; y la de 29/09/2015, que acoge la doctrina contenida en la STC 246/1991: *“En esta línea la STC 246/1991, de 19 de diciembre, señaló que la culpabilidad constituye un principio estructural básico del Derecho administrativo sancionador. Por eso, como señala la reciente STS de 18 marzo 2005, recurso 7707/2000, es evidente, “que no podría estimarse cometida una infracción administrativa, si no concurriera el elemento subjetivo de la culpabilidad o lo que es igual, si la conducta típicamente constitutiva de infracción administrativa, no fuera imputable a dolo o a culpa”*.





En respuesta a esta alegación, ya puesta de manifiesto en trámites anteriores, una vez más ha de estimarse suficiente la respuesta contenida en la resolución de fecha 18/11/2015, en la que claramente se exponía que, en este caso, *“no cabe aceptar la existencia de diligencia suficiente para evitar que se cometiera cualquier infracción en materia de protección de datos que exculpe a los imputados de las eventuales conductas realizadas por los voluntarios”*, y se detallaba ampliamente la postura mantenida al respecto por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en relación con la culpabilidad de los responsables de los ficheros o tratamientos, incluidos aquellos supuestos en los que un tercero, actuando en nombre de dicho responsable, pudiera haber intervenido en la comisión de la infracción.

En consecuencia, se estima suficiente con hacer una remisión al contenido del Fundamento de Derecho IX de aquella resolución, en el que se argumentó lo siguiente:

*<<La Audiencia Nacional en su sentencia de 14-3-2007 recuerda que “Es tal responsable del fichero (sentencias de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001 y de 31 de mayo de 2006, Rec. 539/2004, entre otras muchas) a quien corresponde asegurarse que aquel a quien se solicita consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de estos datos personales, deben conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración encargada de velar por el cumplimiento de la Ley”.*

*En sentido similar, reiterada jurisprudencia subraya la responsabilidad, con independencia de la intermediación de un tercero, en la incorporación de datos por el responsable del fichero:*

*“Efectivamente, la responsabilidad en que hipotéticamente hubiera podido incurrir XXX, (que no nos corresponde aquí enjuiciar), no exime a la hoy demandante del cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, pues es ella con quien se contrata, quien incorpora los datos a sus ficheros y la que en correlación, debe asegurarse que aquél a quien solicita los datos para contratar y ser tratados por ella, lo presta con consentimiento inequívoco y que esa persona que está dando el consentimiento, efectivamente es la titular de los datos personales en cuestión” (SAN 1-4-2011).*

*“Por lo tanto, independientemente de los términos de los contratos suscritos entre sí por las tres empresas afectadas, lo que debe concluirse es que cuando cualquiera de ellas lleva a cabo el tratamiento de los datos personales debe garantizar el cumplimiento de las exigencias de consentimiento”. (SAN 5-5-2011).*

*“Sin embargo, dicha circunstancia no puede servir para eximir de responsabilidad a la recurrente, por cuanto como viene reiterando la Sala, la responsabilidad en que, en suceso, haya podido incurrir dicho distribuidor o agente comercial (...) datos de los denunciantes, sin su consentimiento no la eximen del cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales ya que es ella con quien el interesado firma el contrato de abono, quien incorpora sus datos a sus ficheros, emite factura y gira los correspondientes recibos bancarios, y la que en correlación, debe asegurarse que aquél a quien solicita los datos para contratar (aunque la recogida de datos se haga a través de terceros) y ser tratados por ella, lo presta con consentimiento inequívoco (...)” (SAN 15-3-2012).*

*No cabe en consecuencia admitir las alegaciones exculpatorias por las medidas que según se alega, se adoptaron.*

*En tal sentido, cabe también reproducir parcialmente la SAN de 28 de septiembre de 2012:*



*“Debe recordarse que la comisión de la infracción prevista en el artículo 44.3.d) puede ser tanto dolosa como culposa. Y en este sentido, si el error es muestra de una falta de diligencia, el tipo es aplicable, pues aunque en materia sancionadora rige el principio de culpabilidad, como se infiere de la simple lectura del art. 140 de la Ley 30/1992, lo cierto es que la expresión “simple inobservancia” del art. 130.1 de la Ley 30/1992, permite la imposición de la sanción, sin duda en supuestos dolosos y asimismo en supuestos culposos, bastando la inobservancia del deber de cuidado”.*

(...)

*En relación con la culpabilidad, referida específicamente al tratamiento de datos sensibles (datos personales sobre la ideología del afectado), el Tribunal Supremo, en Sentencia de 25/01/2006, se pronuncia sobre la concurrencia del elemento culpabilístico en los términos siguientes:*

*<<TERCERO.- En el segundo motivo de casación aduce el recurrente, al amparo del mismo precepto del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, la infracción que se dice cometida de lo dispuesto en el artículo 43.4.c) de la Ley 5/1992 al apreciar que no concurre dolo o culpa en la recurrente.*

*A tal efecto es necesario recordar que, como pone de relieve el Tribunal de instancia, el principio de culpabilidad previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1.992 dispone que sólo pueden ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aun a título de simple inobservancia, lo cual no puede ser entendido como la admisión en el derecho administrativo sancionador de una especie de responsabilidad objetiva, puesto que el principio de culpabilidad consiste en la falta de diligencia observada por la entidad recurrente al tratar de forma automatizada un dato relativo a la ideología del denunciante, resultando irrelevantes las invocaciones que se hacen en el escrito de demanda -y se reiteran en casación- acerca de la ausencia de intencionalidad o a la existencia del error, y ello por cuanto el elemento culpabilístico del tipo sancionador aplicado concurre cuando se incluye el expresado dato sobre la ideología, no siendo precisa la concurrencia de una intencionalidad específica tendente a revelar datos privados del afectado, cuya circunstancia puede ser relevante en el momento de determinar la graduación de la pena, concurriendo, por tanto, los requisitos exigibles para que la conducta sea culpable, sin que se esté ante un supuesto de error, como alega la recurrente, ya que la Ley exige, cuando se tratan datos automatizadamente, conocer su régimen jurídico, debiendo abstenerse de incluir datos sobre la ideología de la persona sin su consentimiento expreso, incurriendo en una falta de diligencia que determina la existencia de culpa y, con ello, en la comisión del licito administrativo que la hizo acreedora de sanción, sin que el error que alega la recurrente más bien relativo al conocimiento de la prohibición legal tuviera carácter de invencible, pues no puede alegarse frente a lo expresado por la sentencia recurrida la reciente promulgación de la Ley 5/1.992 cuando, además, se está ante una sanción relativa a hechos producidos en 1.999 y sin que la vulneración cometida tenga un mero carácter formal ante las disposiciones específicas previstas en la Ley 5/1.992 que impiden, sin consentimiento expreso y escrito del afectado, el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal que revelen su ideología y ello cualquiera que fuera la finalidad con que actuó la recurrente que, a efectos de configuración del tipo y aplicación de la pena, resulta absolutamente irrelevante, como lo son igualmente las manifestaciones del denunciante dirigidas al Director de la Agencia de Protección de Datos como uno de los hechos cuya integración pretende el recurrente que realice esta Sala con base en lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción>>.*

El planteamiento efectuado por ÒMNIUM CULTURAL sobre la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas y la concurrencia del elemento culpabilístico tiene como base lo establecido en el apartado 2 del artículo 31.bis del Código Penal, según el cual las personas jurídicas quedarán exentas de responsabilidad cuando “el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y



*gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”, ajustados a los requisitos establecidos en el apartado 5 del mismo artículo; “la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica”; “los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención”; y “no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª”.*

Estas reglas permiten determinar cuándo las personas jurídicas son penalmente responsables. Sin embargo, en contra de lo pretendido por la recurrente, tales reglas, como el resto de principios del orden penal, no pueden apreciarse sin matices en el ámbito administrativo sancionador. La misma Sentencia del Tribunal Constitucional citada por ÒMNIUM CULTURAL, la señalada con el número 246/1991, de fecha 19/12/1991, establece la siguiente doctrina:

*“Al respecto, debemos recordar ahora que si bien es cierto que este Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado -STC 18/1987 ( RTC 1987\18) por todas-, no lo es menos que también hemos aludido a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador se trata. Esta operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza -STC 22/1990 (RTC 1990\22)-. En concreto, sobre la culpa, este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución Española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo -STC 150/1991 (RTC 1991\150)-. Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa -STC 76/1990 (RTC 1990\76)-. Incluso este Tribunal ha calificado de «correcto» el principio de la responsabilidad personal por hechos propios -principio de la personalidad de la pena o sanción- [STC 219/1988 (RTC 1988\219)]. Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma. Todo lo cual nos lleva a la conclusión de que la Sentencia del Tribunal Supremo que se impugna no ha lesionado el derecho a la presunción de inocencia de la demandante de amparo. En este caso, en efecto, siendo cierta y reconocida la falta de funcionamiento de las instalaciones de alarma por negligencia o comodidad de los empleados de la entidad recurrente, lo que la Sentencia impugnada lleva a cabo es una traslación de la*



*responsabilidad a la entidad bancaria en cuestión razonando su juicio de reprochabilidad en la necesidad «de estimular el riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad». Ni ha habido falta de actividad probatoria de unos hechos que nadie discute (por lo que la presunción de inocencia no entra en juego ni ha sido vulnerada), ni la traslación del juicio de reprochabilidad en los términos descritos lesiona ningún otro derecho o principio constitucional”.*

Nuestro ordenamiento administrativo sancionador establece expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas en el artículo 130 de la LRJPAC, debiendo considerarse en todo caso las exigencias que conlleva la aplicación del principio de culpabilidad exigido en el procedimiento sancionador, y así la STC 246/1991 considera inadmisibles en el ámbito del Derecho administrativo sancionador una responsabilidad sin culpa. Pero el principio de culpa no implica que sólo pueda sancionarse una actuación intencionada y a este respecto el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone *“sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

El Tribunal Supremo (STS 16 de abril de 1991 y STS 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.”* El mismo Tribunal razona que *“no basta...para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa” sino que es preciso “que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia.”* (STS 23 de enero de 1998).

A mayor abundamiento, 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...”* (SAN 29 de junio de 2001).

En este caso, no cabe admitir que la conducta de los voluntarios exonere la responsabilidad de ÒMNIUM CULTURAL. La existencia de culpa, plenamente imputable a dicha entidad por imprudencia o negligencia, se concreta en la recogida de datos personales relativos a personas que negaron su consentimiento para dicho tratamiento de datos o relativos a personas que ni siquiera conocieron que dicha recogida se estaba produciendo.

En los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional antes citada (número 246/1991), en la persona jurídica falta el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir, *“que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz... y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma”.*

## IX

Otro motivo de nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada resulta, según la recurrente, de la infracción del principio de proporcionalidad, establecido en los artículos 131.3 de la Ley 30/1992 y 45 de la LOPD.

ÒMNIUM CULTURAL señala que la AEPD ha obviado la aplicación de circunstancias establecidas en el artículo 45.4 LOPD que fueron señaladas durante el procedimiento, como son la ausencia de intencionalidad y reiteración, la ausencia de beneficios, de perjuicios y de continuidad en la infracción, el volumen de tratamientos afectados por la irregularidad (únicamente nueve documentos de respuesta), así como la existencia de procedimientos



tendientes a garantizar una adecuada actuación en la recogida y tratamiento de los datos y la diligencia mostrada en la reparación de las irregularidades detectadas.

Por otro lado, considera improcedentes las agravantes valoradas en la resolución, entendiendo que graduar la sanción atendiendo a la naturaleza de los datos, tratándose de la circunstancia que comporta el tipo infractor, supone penalizar dos veces a la entidad por una misma circunstancia, además de que la información no puede calificarse como dato de carácter personal de ideología; y porque los formularios no se diseñaran con el propósito de que se efectuaran anotaciones tendentes a determinar la ideología de los encuestados, sino para comprobar que se han visitado todas las viviendas que estaban dentro de la muestra y poder ofrecer unos resultados correctos.

El escrito de recurso no contiene ninguna manifestación relativa a la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD ni a los motivos tenidos en cuenta para ello. Se opone, en cambio, al análisis de las circunstancias de hecho efectuado para determinar la cuantía, alegando que no se han considerado todas las atenuantes y se han valorado las agravantes de forma improcedente, y termina solicitando la imposición de una multa por el importe mínimo previsto para las infracciones leves.

En relación con la graduación de la sanción impuesta, en el Fundamento de Derecho XIII de la resolución impugnada, después de transcribir el artículo 45 de la LOPD y de poner de manifiesto el criterio seguido por la Audiencia Nacional sobre la aplicación excepcional de lo establecido en el apartado 5 de dicho precepto, se justificó la concurrencia en este caso de circunstancias que permiten establecer la sanción según la escala relativa a la clase de infracciones que precede en gravedad a la infracción declarada, considerando la actuación desarrollada por la imputada en respuesta al requerimiento que les fue efectuado por la AEPD en el acuerdo de apertura del procedimiento que dio lugar a la resolución impugnada (eliminar la información relativa a personas que negaron su participación en la encuesta realizada o que no consintieron expresamente y por escrito el tratamiento de sus datos personales).

Al tener la infracción imputada la consideración de infracción muy grave, la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD posibilita fijar la sanción según el importe correspondiente a las infracciones graves. No cabe, por ello, estimar la solicitud formulada por la entidad interesada para que se imponga una multa por el importe mínimo previsto para las infracciones leves.

Por otra parte, se detallaron suficientemente los criterios tenidos en cuenta para fijar la cuantía de la multa impuesta. A este respecto, en el Fundamento de Derecho citado se indicó lo siguiente:

*<<Por otra parte, en cuanto a los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4 de la LOPD, en relación con el incumplimiento de lo establecido en el artículo 7.2 de la LOPD por parte de... ÒMNIUM CULTURAL, se tiene en cuenta la naturaleza de los datos personales accedidos, a los que corresponde aplicar el nivel de seguridad alto; la actividad de las infractoras y su vinculación con la realización de tratamientos de datos de carácter personal de la naturaleza señalada (el mismo fichero de asociados de ANC está declarado con nivel de seguridad alto y tipología de datos ideológicos), que obliga a exigir a las mismas un mayor grado de diligencia; y que los procedimientos de recogida de datos personales no eran adecuados, en la medida en que los documentos facilitados a los voluntarios encuestadores para llevar a cabo su tarea fueron diseñados con el propósito de que se efectuaran anotaciones como las que han determinado la infracción; procediendo la imposición de una multa por importe de 200.000 euros a cada una de las entidades citadas.*

*Algunas de las circunstancias indicadas por... ÒMNIUM CULTURAL para fundamentar la*

*imposición de una multa por un importe menor al propuesto, como son la prontitud en la rectificación y la diligencia y celeridad desplegada en relación al no uso y posterior destrucción de aquella información que no cumplía con los requisitos de la LOPD, han sido tenidas en cuenta para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.5 de la LOPD, anteriormente analizada.*

*Las citadas entidades refieren, asimismo, otras circunstancias que, a su juicio, justifican la imposición de una multa por menor importe (inexistencia de perjuicios o beneficios, buena fe o ausencia de intencionalidad), pero omiten las tenidas en cuenta por esta Agencia, que motivan suficientemente la multa acordada. Además, esta Agencia no considera debidamente acreditada la concurrencia de las circunstancias mencionadas anteriormente>>.*

Según lo expuesto, se tuvo en cuenta la naturaleza de los datos para dejar constancia de la vinculación de la recurrente, por la actividad que desarrolla, con la realización de tratamientos de datos de carácter personal especialmente protegidos, específicamente de los que revelan la ideología de los afectados, según lo previsto en el artículo 45.4.c) y d) de la LOPD, así como el grado de diligencia que resulta exigible en este caso, por tratarse de una entidad habituada al cumplimiento de las exigencias más rigurosas previstas en la normativa. Por otra parte, la responsabilidad que se atribuye a ÒMNIUM CULTURAL en el diseño de los procedimientos de recogida de datos personales y su inadecuación a la norma ya ha sido acreditada en la presente resolución en los Fundamentos anteriores y se considera determinante, igualmente, para la graduación de la multa impuesta, según lo dispuesto en el artículo 45.4.j), que admite tomar en consideración a tales efectos cualquier circunstancia relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

Asimismo, a juicio de esta Agencia, no concurren el resto de circunstancias señaladas por ÒMNIUM CULTURAL en su recurso, tal y como se indicó en el Fundamento de Derecho transcrito, y según lo expuesto en esta misma resolución en relación con la falta de diligencia, el volumen de datos afectados por las incidencias determinantes de la infracción declarada y la inexistencia de procedimientos que garanticen la adecuada recogida de los datos personales.

En cuanto a la obtención de beneficios, es preciso clarificar que no cabe considerar únicamente como tales los que llevan aparejada una ganancia patrimonial, imputable a la cuenta de resultados del responsable, sino que también deben reputarse beneficios los que directa o indirectamente favorecen la consecución de los objetivos que constituyen el objeto de la actividad del responsable, como sucedería en este caso.

Por otra parte, no puede hablarse de ausencia de perjuicios por cuanto los hechos suponen una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos personales. A este respecto, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 19/10/2005, declaró que *“Los perjuicios directamente causados o beneficios obtenidos por la entidad recurrente son circunstancias que no admiten ser incluidas dentro de los que deben ser objeto de valoración al amparo de lo previsto por el artículo 45 de la LO 15/1999”*.

En consecuencia, las circunstancias señaladas por ÒMNIUM CULTURAL en su recurso no atenúan la culpabilidad de dicha entidad ni justifica la imposición de una multa por un importe inferior al señalado en la resolución impugnada.

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, ÒMNIUM CULTURAL no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,



la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

**PRIMERO: DESESTIMAR** el recurso de reposición interpuesto por ÒMNIUM CULTURAL contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 18 de noviembre de 2015, en el procedimiento sancionador PS/00235/2015.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución a la entidad ÒMNIUM CULTURAL.

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.

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