

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063903

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia de 22 de febrero de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 455/2016

SUMARIO:

Procedimiento sancionador. Datos de carácter personal. Confirmado dos multas de 200.000 y 40.000 euros impuestas a la Asamblea Nacional Catalana (ANC) por la Agencia de Protección de Datos, la primera de ellas por la encuesta realizada los meses previos a la consulta del 9-N y la segunda por la falta de seguridad de los datos personales de sus socios contenidos en el fichero creado para la gestión de la asamblea de la entidad en abril de 2014 y que fueron publicados por un grupo autodenominado Anonymous Cataluña. ANC trató los datos personales de los encuestados, sin el consentimiento reforzado que dicho tratamiento de tal categoría especial de datos personales requiere, con vulneración de lo preceptuado en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Protección de datos.

Sí ha existido para el tribunal intencionalidad y culpabilidad, además de que la infracción no se refiere a cuatro encuestas y tres mapas de visitas sino a todo el sistema de organización y consulta y "en definitiva de obtención de datos personales de ideología (el contenido de las preguntas planteadas en la encuesta permite conocer si la persona que las responde apoya el proceso independentista), como se ha indicado, que fue desplegado por tal entidad actora con anterioridad a la consulta soberanista del 9 de noviembre de 2014. Tratamiento no consentido, que se deriva a través de las irregularidades observadas por los inspectores de la Agencia que acreditan que en los formularios examinados por los inspectores de la AEPD, tanto mecanizados como pendientes de ello, no se había procedido a la separación física de la parte destinada a registrar las respuestas y la parte destinada a recabar datos de carácter personal.

Un grupo autodenominado «Anonymous Cataluña» publicó a través de su perfil en Facebook un conjunto de datos de socios de la ANC como los relativos a número de asociado, nombre y apellidos, DNI, correo electrónico, tipología de socio y en su caso, deuda. Queda probada la falta de medidas de seguridad adecuadas para garantizar la seguridad de los datos personales contenidos en el fichero creado para la gestión de la asamblea de la ANC ya que permitía acceder a dicho fichero mediante el número de DNI sin solicitar ninguna contraseña de acceso a los datos; lo que posibilitó que un tercero no identificado accediera al perfil de los 53.818 asociados registrados en el momento del acceso, obteniendo los datos personales cuya información hace referencia a personas físicas identificables.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 15/1999 (Protección de datos de Carácter Personal), arts. 3, 7.2, 9, 44.3 h), 44.4 b), 45.4 y 5. Constitución Española, arts. 16.2 y 24.

Ley 39/2015, (Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), arts. 47.2 y 48.2.

Directiva 95/46/CE, art. 8.1.

Ley 40/2015, (Régimen Jurídico del Sector Público), arts. 28 y 29.

Directiva 95/46/CE (Protección de las personas físicas respecto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos), arts. 2.2, 3. 1, 8.1 y 2 y 17.1.

Reglamento (UE) 2016/679, (Reglamento general de protección de datos), arts. 4.1 y 9.

PONENTE:

Don Fernando de Mateo Menéndez.

Magistrados:

Don FERNANDO DE MATEO MENENDEZ

Don EDUARDO MENENDEZ REXACH

Don FELISA ATIENZA RODRIGUEZ



Don MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO
Don MARIA NIEVES BUISAN GARCIA

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso:0000455 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:02887/2016

Demandante: ASAMBLEA NACIONAL CATALANA

Procurador: MARÍA JESÚS GONZÁLEZ DIEZ

Demandado: AGENCIA PROTECCIÓN DE DATOS

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.:

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

S E N T E N C I A N.º:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a veintidós de febrero de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 455/2016, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús González Díez, en nombre y representación de la ASSEMBLEA NACIONAL CATALANA (ANC), contra la resolución de 5 de abril de 2016 de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, que confirma en reposición la resolución de 18 de noviembre de 2015, recaídas en el procedimiento sancionador PS/00235/2015, por la que se le impone una sanción de 200.000 euros por una infracción del artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y otra de 40.000 euros por una infracción del artículo 9 de la reseñada Ley, tipificadas como muy grave y grave, respectivamente, en los artículos 44.4.b) y 44.3.h) de dicha norma. Ha sido parte LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en 200.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Admitido el recurso y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el 16 de febrero de 2017 que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia en la cual:

"1. Se estime íntegramente la presente demanda y, en consecuencia, se proceda a declarar nulas de pleno derecho la Resolución de fecha 5 de abril de 2016 dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos y firmada electrónicamente el 6 de abril de 2016 y la resolución sancionadora nº R/02762/2015 dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, el 18 de noviembre de 2015, en el procedimiento sancionador nº PS/00235/2015 incoado contra ASSEMBLEA NACIONAL CATALANA.

2. Subsidiariamente, se estime parcialmente y, en consecuencia, se proceda a declarar nulas de pleno derecho la Resolución de fecha 5 de abril de 2016 dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos y firmada electrónicamente el 6 de abril de 2016 y la resolución sancionadora nº R/02762/2015 dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, el 18 de noviembre de 2015, en el procedimiento sancionador nº PS/00235/2015 incoado contra ASSEMBLEA NACIONAL CATALANA al considerar que:

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

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

4. Subsidiariamente, en el caso de considerar que eran objeto de tratamiento datos de ideología, se estime parcialmente la demanda al considerar que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad y de responsabilidad y, en consecuencia, proceda a anular la Resolución de 5 de abril del 2016 dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos de Carácter Personal mediante la cual se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la resolución sancionadora de 18 de noviembre de 2015 y se dicte nueva resolución mediante la cual se declare la responsabilidad solidaria de ANC y ÒMNIUM y se les sancione con una multa de 40.001 €, a cuyo pago vendrán obligadas solidariamente ANC y ÒMNIUM, en aplicación del artículo 45 apartados 4 y 5, atendiendo al deber de diligencia observado en su actuación por ANC y ÒMNIUM, comportando una cualificada disminución de su responsabilidad en los hechos que motivaron la apertura del procedimiento sancionador.

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

En el TERCERO OTROSÍ DIGO, se solicitó que se planteara cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que determinara la interpretación respecto a las siguientes cuestiones:

"1. Si de acuerdo con el artículo 2 a) de la Directiva 95/46/CE la información relativa al nombre de la calle y el número de la calle, sin poseer el dato del piso, de la puerta, del bloque o de la escalera puede considerarse como dato de carácter personal, es decir, si es un dato que permite identificar a una persona sin posibilidad de recurrir a ningún otro dato adicional.

2. El concepto de opiniones políticas contenido en el artículo 8.1 de la Directiva 95/46/CE .



3. Si dicho concepto es equiparable al de ideología contenido en el artículo 7 de la LOPD o si por el contrario existe un error en la transposición de la Directiva 95/46/CE y debería interpretarse como opiniones políticas. En este último caso, si debe considerarse que el artículo 8, apartados 1 y 2, tiene efecto directo.

4. A la luz de la definición aportada si las preguntas y respuestas contenidas en las Encuestas revelan la ideología o la opinión política de la persona que responde.

5. Si el hecho de no contestar a la Encuesta supone revelar la ideología o la opinión política de la persona que responde.

6. Si es conforme con la Directiva 95/46/CE una norma estatal que exige para el tratamiento de datos de especial protección relativo a ideología el consentimiento expreso y por escrito, cuando el artículo 8.2 a) de dicha norma se refiere a consentimiento explícito.

7. Si estructurar y organizar información conforme a códigos geográficos diseñados por el Responsable del Fichero y que se refieren a estructuras territoriales superiores al domicilio, se entiende que se realiza conforme a criterios específicos relativos a personas en el sentido de entenderse un fichero no automatizado de acuerdo con lo establecido por la Directiva 95/46/CE".

Segundo.

Formalizada la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que realizó mediante el pertinente escrito, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando la desestimación del recurso, confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente.

Tercero.

Contestada la demanda, se concedieron diez días a las partes para la formulación de conclusiones, y, una vez presentados los correspondientes escritos, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 19 de febrero del presente año, fecha en que tuvo lugar.

SIENDO PONENTE el Magistrado Ilmo. Sr. Don FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La parte demandante, Asamblea Nacional Catalana (en adelante ANC), impugna la resolución de 5 de abril de 2016 de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, que confirma en reposición la resolución de 18 de noviembre de 2015, recaídas en el procedimiento sancionador PS/00235/2015, por la que se le impone una sanción de 200.000 euros por una infracción del artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (en lo sucesivo LOPD), y otra de 40.000 euros por una infracción del artículo 9 de la reseñada Ley, tipificadas como muy grave y grave, respectivamente, en los artículos 44.4.b) y 44.3.h) de dicha norma, aplicable a la sazón.

En la resolución de 18 de noviembre de 2015 se sancionó también a ÒMNIUM CULTURAL por una infracción del artículo 7.2 de la LOPD, a una sanción de 200.000 euros, por una infracción grave del artículo 44.4.b) de la citada Ley. Dicha sanción fue objeto de recurso de reposición que fue desestimado por resolución de 5 de abril de 2016, y, posteriormente de recuso contencioso-administrativo, que fue desestimado por Sentencia de esta Sección de 20 de diciembre de 2018 -recurso nº. 453/2016-.

Segundo.

Para la mejor comprensión del asunto, es conveniente poner de relieve los siguientes hechos derivados de las actuaciones:

1.- La ANC es una asociación cuyo objeto es "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 todo 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", tal como señalan sus Estatutos.

2.- Durante los meses de octubre y noviembre de 2014 las entidades ANC y ÒMNIUM CULTURAL promovieron y gestionaron la campaña "Ara és l'Hora" para la realización de una encuesta que denominaron la Gigaencuesta en todo el ámbito territorial de Cataluña, que afectaba a tres millones de domicilios. Su finalidad principal era, conforme a programa de formación de los encuestadores, llegar a todos los lugares del país, escuchar a la gente, no convencerla, acercarse a los indecisos con argumentos de un país nuevo y mejor, desvanecer temores. También identificar la consulta y el proceso como una oportunidad para que todos expresen su opinión, incrementar la participación en la consulta y obtener datos personales a los que hacer difusiones de campaña. Cumplir la LOPD.

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

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

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

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

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

-Construir un nuevo país nos permitiría partir de cero y renovar la democracia

¿Qué le parece más prioritario?

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

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

- A) Tener el euro
- B) Asegurar las relaciones comerciales con los demás países europeos
- C) Ya decidiremos si queremos o no continuar en 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 tiene el castellano como primera lengua

B) el catalán ha de tener un estatus de lengua nacional y el castellano ha de ser protegido para que nadie pueda ser discriminado por motivos lingüísticos

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

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

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

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

A continuación, aparecen los campos habilitados para la captación de datos personales en los que se solicita nombre, apellidos, correo electrónico, dirección y teléfono y el siguiente texto <<de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, le pedimos su consentimiento para incluir los datos personales recogidos en este formulario en el fichero "Ara és l'Hora", el responsable del cual es Asamblea Nacional Catalana y Òmniium Cultural, con la finalidad de llevar a cabo acciones o campañas, generales o personalizadas e informarle de las mismas, así como realizar estudios estadísticos y encuestas o estudios de opinión



en el marco y en relación con el proceso soberanista de Catalunya. Puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (...)>>.

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

5.- Para efectuar el registro de los datos obtenidos en la encuesta, la ANC creó un fichero denominado "ARA ES L?HORA" del que es responsable, y que figuraba inscrito en el Registro General de Protección de Datos el 27 de agosto de 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".

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

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

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

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

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

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

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

13.- El 6 de octubre de 2014, los Servicios de Inspección de la Agencia accedieron al fichero "ARA ES L'HORA", comprobando que se accedía a través de la herramienta bsdttools alojadas en el dominio catalonia.cp.bsd.net. Se accedió a la tabla AELH-vía, compuesta de los campos ID, FIRST NAME, LASTNAME, POSTAL CODE, EMAIL, CITY STATE, CREATED, y a la tabla AELH - donants web, con la misma estructura. Había múltiples tablas, siendo las más grandes AEHL-vía, con 364.380 registros, y aux_voluntaris_comarca, con 31.273 registros.

14.- El 29 de octubre de 2014, los Servicios de inspección accedieron al sistema de información de la ANC, a la aplicación desarrollada para la recogida de los datos de las encuestas, alojada en La dirección web <https://lenquestes.araeshora.cat/>. Se consultó el "Resum de Enquestes Entrades" (Resumen de encuestas entradas), obteniendo información sobre el número de encuestas introducidas (18.813) y el numérico de encuestas



que incluían datos de carácter personal (17.848). En dicha consulta, constaba 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 Rols, 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 introducían 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 Encuesta y Encuesta2: 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, 78 campos booleanos (permiten almacenar las respuestas sí/no de la encuesta), acepto, observaciones.

15.- En el servidor de la base de datos existía una base de datos denominada: anc_voluntaris, con dos tablas denominadas enquestes, que recoge los datos de carácter personal recabados durante la encuesta, y enquestes2, que recoge los datos de las respuestas a la encuesta. Una vez consultadas ambas tablas y comparadas las mismas, se encontraron 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.

Una vez consultados 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 el 29 de octubre de 2014 a ANC, se examinó las encuestas recogidas durante la campaña existente en los locales de la entidad en ese momento, un único paquete con código "R1A-E12 Badalona, Barcelona, P1" (Mapa de Mapas) que incluye 30 mapas de visita. Del examen de los documentos solicitados se extrajeron los siguientes datos:

- El documento Mapa de Mapas presenta los siguientes datos: o Código de caja R1A-E12 Badalona Barcelona, 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 M08O15EO12FO76. 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 Providencia, 103: 5 PUERTAS,

- CL Providencia, 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 ira a votar; no es legal NO 2º1ª. No interesa

- 2º2ª. SI

- 1º2ª. SI

- 1º1ª. No quiere atender. NO. E2ª. SI

- E1ª. 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 M08015E012F026. 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 Alfonso XI y General Weyler

o Aparecen a mano una serie de anotaciones: Respecto al edificio Alfonso XII nº 149 (dos puertas):

1º. SI (ilegible) SI

Respecto al edificio ALFONSO XII nº 151 (una puerta): No están. Respecto al edificio ALFONSO XII nº. 153,1 (cinco puertas):

3º. SI

Atic. A partir de las 16 h. 2º. No están.

Ent: No abren. 1º2ª. SI

1º1ª No quieren atender. NO. E2ª. SI

Eª. SI

Respecto al nº. 155, 1 (dos puertas) se anota: 1º. Dejada encuesta (salía)

2º No quiere hacerla.

Respecto del edificio de calle Zaragoza, 1 A (10 puertas) se anota que una SI, una NO y ocho no abren

Respecto del edificio de Av. Alfonso III, 8 (1 puerta) se anota que no abren.

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

17.- La ANC dispone de un contrato de destrucción documental para la destrucción de todo el papel generado por la entidad de 14 de octubre de 2014.

18.- En el Registro General de Protección de Datos figura inscrito por la entidad ANC un fichero denominado "ASSOCIATS", inscrito el 28 de octubre de 2011. Identificación y finalidad del fichero: "fichero que contiene datos personales de los socios, los colaboradores y los simpatizantes de la asociación" y "Gestión de actividades asociativas, culturales, recreativas, deportivas y sociales"; origen de los datos: "el propio interesado o su representante legal"; en los tipos de datos Se incluyen datos especialmente protegidos: "ideología, afiliación sindical y creencias", datos de carácter identificativo: " NIF/DNI, Nombre y apellidos, Dirección, Teléfono, Firma, Imagen/Voz, e-mail" y otros tipos de datos: "económicos, financieros y de seguros; características personales", sistema de tratamiento: "Mixto" y nivel de seguridad: "Alto". Cesiones: no se contemplan.

19.- El 5 de abril de 2014, la ANC celebró una Asamblea General en Tarragona. Para la preparación de este acto, dicha entidad generó un fichero extraído del fichero de asociados y puso a disposición de éstos una aplicación web, que les permitía acceder a través de Internet a sus datos personales contenidos en dicho fichero, mediante la introducción de su DNI.

Asimismo, generó una aplicación para el control de acceso y asistencia a la asamblea, para la cual se extrajo, igualmente, un fichero del de asociados.

20.- El 4 de septiembre de 2014, un grupo autodenominado "Anonymous Cataluña" publicó a través de su perfil en Facebook un conjunto de datos de socios de la ANC, en concreto, los relativos a número de asociado, nombre y apellidos, número de DNI, correo electrónico, tipología de socio y, en su caso, deuda.

21.- En la misma fecha, tras conocer la publicación en Facebook de los datos de los asociados, la ANC interpuso una denuncia en la que expuso que el acceso a los datos pudo realizarse a través del archivo cens.sql, que era una exportación de la base de datos de socios de la ANC realizada para la Asamblea General de Tarragona del día 5 de abril de 2014, alojado en un servidor dedicado en exclusiva al registro de entrada a la asamblea, el cual



fue borrado una vez finalizada la misma Asimismo, añadía que solicitó tanto a Wikisend, como a Facebook la retirada de los datos ilícitamente publicados.

22.- Los Servicios de inspección examinaron los ficheros fuente de la aplicación web puesta a disposición de los asociados con motivó de la Asamblea General de 5 de abril de 2014, que estuvo accesible a través de la URL <https://assemblea.cat/cens/formulari.php>.

El fichero formulari.php, que se trataba de un programa que presentaba un formulario. Solicitaba un número de DNI y llamaba al fichero v_cens.php. El programa no solicitaba ninguna contraseña de acceso a los datos.

El fichero v-cens.php, que consistía en un programa que realizaba consultas a una base de datos y presentaba al usuario una pantalla en la que aparecen los siguientes datos: Número de Socio, Número de DNI, Estado de la inscripción, Asamblea Territorial, Mesa Asignada, dirección y Municipio. Se observó que la consulta a la base de datos recuperaba de ésta los siguientes datos: un identificador de persona, nombre y dos apellidos, documento, correo, estado, desde, deuda, mesa, dirección de mesa y municipio de mesa, por lo que se concluyó que dichos campos estaban presentes en la base de datos consultada.

Se comprobó que esta aplicación realizaba una consulta a una, base de datos denominada cens, denominada coincidente con la base de datos, que aparecía en las impresiones de pantalla publicadas en el perfil de "Anonymous Cataluña" en Facebook.

Comparada la estructura de campos publicados en el perfil de "Anonymous Cataluña" en Facebook, con los de la consulta realizada por la aplicación, se comprobó que todos los campos del fichero publicado en Facebook se encontraban en el fichero consultado por esta aplicación. Se observó que este programa realizaba una llamada a una función denominada mysql_real_escape_string, usada como contramedida ante posibles ataques de inyección de SQL.

Tercero.

La parte actora, alega, en síntesis, lo siguiente:

I. NULIDAD DE PLENO DERECHO POR INCOMPETENCIA DE LA AEPD.

A. La información, cuyo tratamiento se considera que infringe el artículo 7.2. LOPD, no puede ser considerada dato de carácter personal.

Tras detallarse que se entiende por "dato personal" conforme a la normativa de protección de datos, se razona que la información que consta tanto en los denominados "Mapas de visitas" como en los documentos que contienen las Encuestas y los Formularios, no puede conceptuarse como datos de carácter personal. Tampoco las anotaciones en las que se indica que en un determinado portal alguien que no ha querido abrir la puerta, o no se encontraba en el inmueble. Se cita el contenido del Dictamen 4/2007 del Grupo del Artículo 29, la Sentencia del TJUE de 17/07/2014 (C-141/12 y C/372/12), así como la doctrina de esta Sala de la Sentencia de 8 de mayo de 2009 -recurso nº. 514/2007-, seguida por las Sentencias de 4 de abril de 2014 y de 31 de marzo de 2015 a cuyo tenor, las anotaciones equiparables a opiniones vertidas por los encuestados, respecto de las que carecería de toda lógica que los afectados pudieran ejercer sus derechos ARCO, la AEPD menciona la posibilidad de acudir a registros públicos, más el único registro que no es público y que permite identificar a las personas residentes en un domicilio es el Padrón de habitantes y la ANC no tiene acceso al mismo. Tal como el TJUE indicó en su Sentencia de 19 de octubre de 2016, Breyer, asunto C-582/14, debe determinarse si la posibilidad de combinar la información con la que cuenta el responsable con la información adicional que esté en poder de un tercero, puede ser razonablemente utilizada para identificar al interesado. Lo cual no sucedería "cuando la identificación del interesado esté prohibida por ley o sea prácticamente irrealizable, por ejemplo, porque implique un esfuerzo desmesurado en cuanto a tiempo, costes y recursos humanos" (STJUE Breyer apdos. 45 a 47). Ello es lo que ocurre en el presente caso, pues con los datos que se poseen, que son el nombre de una calle y un número de portal, es imposible llegar a identificar a las personas que residen en dicha dirección y poder atribuirles la información anotada en los "Mapas de visitas". Mapas cuya única finalidad era distribuir las zonas a visitar entre los voluntarios, y controlar la correcta realización de las Encuestas, documentos que, con posterioridad, eran destruidos Por otra parte, la AEPD centra la calificación de la conducta infractora en cuatro Encuestas, que no se adjuntan al Acta de inspección de 26 de noviembre de 2014.

En virtud de lo expuesto, debe concluirse que la información que consta en los "Mapas de visita" y en las Encuestas, no debe considerarse datos de carácter personal.

B. Inexistencia de fichero.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la cancelación de datos de los Libros de Bautismo (SS.TS. 4646/2008, de 19 de septiembre y 5319/2008, de 14 de octubre), no se ha acreditado que la documentación se archivara conforme a criterio alguno. Se cita, entre otras, la Sentencia de esta Sala de 9 de julio de 2009 -recurso nº. 274/2008-,) y el Considerando 27 Directiva 95/46/CE.

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

No hubo intención de incluir los datos en un fichero: doctrina de las Sentencias de la Audiencia Nacional de 18/12/2006 -recurso nº. 241/2005- y de 22/4/2009 - recurso nº. 106/2008-.

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

A. Vulneración del principio de legalidad ante la ausencia de un concepto legal de datos de ideología.

La AEPD realiza una interpretación oportunista del concepto. Tanto el artículo 8.1 de la Directiva 95/46/CE como el artículo 9.1 del RGPD se refieren a opiniones políticas, efectuándose una transposición incorrecta en nuestra normativa interna. Se cita la doctrina de la S.TC. 20/1990, concluyéndose que la jurisprudencia utilizada por la AEPD para apoyar que dato que revela ideología, es cualquier manifestación que pueda realizar una persona, no da soporte a esta interpretación. De hecho, tal Jurisprudencia, junto con la normativa europea, sirven de fundamento para confirmar que dato que revele ideología debe interpretarse como dato que revele opiniones políticas del afectado.

B. Legitimación para el tratamiento de datos de ideología.

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

C. Ausencia de datos de ideología en las anotaciones contenidas en los "Mapas de visitas".

Los "Mapas de visitas", con anotaciones de los voluntarios tales como: "no están", "no nos puede atender", "no contestan", "no interesa", "pasar en otro momento", "no quiere hacerla", no proporcionan ninguna información sobre las personas afectadas.

D. Error en la valoración de las preguntas y respuestas contenidas en las Encuestas.

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

III. INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD Y DE CULPABILIDAD.

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

IV. INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.

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

y ÓMNIUM, los hechos serían constitutivos de una única infracción, de la que ambas entidades serían responsables solidariamente. De no admitirse tal solidaridad debe declararse la nulidad de pleno derecho (artículo 62.1.f) Ley 30/1992), por no haberse individualizado tal responsabilidad.

V. INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: VALORACIÓN ILÓGICA DE LA PRUEBA.

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

VI. INFRACCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA.

El hecho de que se hayan destruido las fotografías tomadas por los inspectores durante la inspección del 26 de noviembre del 2014 en la sede de ÓMNIUM, ha imposibilitado que la ANC pudiera utilizarlas en su defensa, pues la AEPD decidió que no le eran útiles para su propósito acusatorio, vulnerando de este modo el derecho a la defensa de la ANC.

A todas luces parece evidente que una prueba que no sustente la culpabilidad pretendida por la AEPD, puede ser la prueba de descargo más relevante para la ANC. No puede obviarse que dichas fotografías constituían la prueba gráfica de cómo estaba la documentación en las cajas abiertas, cuestión fundamental para determinar la aplicabilidad de la LOPD.

Por todo ello, debe considerarse que la resolución sancionadora R/02762/2015 y la resolución del recurso de reposición RR/01020/2015, deben ser declaradas nulas de pleno derecho en virtud del artículo 62.1.a) al haberse conculcado el derecho a la defensa de la ANC, por haberse destruido las fotografías tomadas por los inspectores durante la inspección del 26 de noviembre del 2014 en la sede de ÓMNIUM.

VII. INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

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

Cuarto.

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

El artículo 7 de la LOPD, establece: " 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 (...)".

Mientras que en el apartado 4 se prohíbe expresamente "los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual".

En primer lugar, aludiremos a las irregularidades procedimentales puestas de manifiesto en la demanda.

Esta Sala viene manteniendo que la infracción de normas procedimentales puede graduarse de una triple forma en cuanto que puede dar lugar a un motivo de nulidad de pleno derecho por omisión total y absoluta de trámites esenciales (artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre -actualmente artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-) o, si se está ante un procedimiento sancionador, por participar de la indefensión prevista en el artículo 24.1 de la Constitución en relación con los diferentes contenidos del párrafo 2 (artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre - actualmente artículo 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre-); fuera de ese supuesto la indefensión puede constituir un simple motivo de mera anulabilidad (artículo 63.2 in fine de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre -actualmente artículo 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre-) o bien, como última manifestación, puede dar lugar a una mera irregularidad no invalidante ya que por tratarse de una simple infracción de tipo formal y no real o material es

susceptible de subsanación bien sea en vía administrativa previa o bien por los propios trámites del proceso judicial; en consecuencia, fuera de los supuestos de nulidad de pleno derecho sólo tienen alcance anulatorio aquellas infracciones del procedimiento, que hayan dejado al interesado en una situación de indefensión real o material por dictarse una resolución contraria a sus intereses sin haber podido alegar o no haber podido probar (S.S.TC. 155/1988, de 22 de julio, FJ 4; 212/1994, de 13 de julio, FJ 4; 137/1996, de 16 de septiembre, FJ 2; 89/1997, de 5 de mayo, FJ 3; 78/1999, de 26 de abril, FJ 2, entre otras).

Cuando se ha omitido un trámite procedimental, pero no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto, nos encontramos con la posibilidad de que el acto pueda ser anulable de conformidad con el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aunque en este supuesto sólo procederá la declaración de anulabilidad si el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o si ha producido indefensión a los interesados, como ya se apuntó.

Ahora bien, no se produce indefensión a estos efectos, tal y como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012 -recurso nº. 408/2010 -, " si el interesado ha podido alegar y probar en el expediente cuanto ha considerado oportuno en defensa de sus derechos y postura asumida, como también recurrir en reposición, doctrina que se basa en el artículo 24.1 CE , si hizo dentro del expediente las alegaciones que estimó oportunas" (S.TS. 27 de febrero de 1991), "si ejercitó, en fin, todos los recursos procedentes, tanto el administrativo como el jurisdiccional" (S.TS. de 20 de julio de 1992).

Por ello, "si el interesado en vía de recurso administrativo o contencioso- administrativo ha tenido la oportunidad de defenderse y hacer valer sus puntos de vista, puede entenderse que se ha subsanado la omisión y deviene intrascendente para los intereses reales del recurrente y para la objetividad del control de la Administración, compatibilizando la prohibición constitucional de indefensión con las ventajas del principio de economía procesal que complementa al primero sin oponerse en absoluto al mismo y que excluye actuaciones procesales inútiles a los fines del procedimiento" (SS.TS. de 6 de julio de 1988 y 17 de junio de 1991).

Además, declara también la Sentencia del Alto Tribunal de 11 de octubre de 2012, que "si a pesar de la omisión procedimental, el Tribunal enjuiciador cuenta con los elementos de juicio suficientes para formarse una convicción que sirva para decidir correctamente la contienda, debe pasar a analizar y enjuiciar el fondo del asunto"; y ello es así "porque la teoría de la nulidad de los actos administrativos ha de aplicarse con parsimonia, siendo necesario ponderar siempre el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declaran nulas" (S.TS. de 20 de julio de 1992), pues "es evidente que si la garantía del administrado se consigue efectivamente, no es necesario decretar nulidades si éstas sólo han de servir para dilatar la resolución de la cuestión de fondo" (SS.TS. de 14 de junio de 1985 , 3 de julio y 16 de noviembre de 1987 y 22 de julio de 1988).

En síntesis, concluye el Tribunal Supremo, que "el vicio de forma o procedimiento no es invalidante de por sí, sino en cuanto concurran los supuestos de que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, conforme dispone el artículo 63 LRJPA , y de ahí que pueda purgarse a lo largo del procedimiento e incluso en vía contencioso- administrativa, trámite en el cual puede obviarse, por razones de economía procesal, enjuiciando el fondo del asunto, tanto cuando el mismo hubiese sido no influyente en la decisión ---de suerte que ésta hubiere sido la misma---, como cuando aún sí influyente, la decisión hubiese sido correcta o incorrecta, manteniéndola en su supuesto y anulándola en el otro, y sólo apreciarse en el caso de que por existencia carezca el órgano jurisdiccional de los elementos de juicio necesarios para la valoración de la decisión administrativa".

Así las cosas, se hace referencia en la demanda a la ilógica valoración de prueba por parte de la AEPD, pero sin mayor especificación, valoración de prueba que, en cualquier caso, no puede ser sustituida por la subjetiva apreciación de la parte.

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

En definitiva, la parte actora no concreta qué indefensión material le han producido los supuestos vicios procedimentales denunciados, y en cualquier caso, la ANC ha podido alegar y probar, tanto en vía administrativa previa como en esta vía judicial, cuanto ha estimado conveniente en defensa de sus derechos e intereses legítimos, por lo que ninguna vulneración de su derecho de defensa (artículo 24.2 CE) puede ser tomada en consideración, y así lo expresamos en relación con OMNIUM en nuestra Sentencia de 21 de diciembre de 2018 -recurso nº. 452/2016-



Quinto.

Las restantes cuestiones suscitadas en la demanda, todas ellas se encuentran relacionadas con la infracción que estamos analizando, la del artículo 7.2 de la LOPD, hasta el punto en que la cuantía del recurso se fijó en la demanda en 200.000 euros, suma correspondiente a dicha infracción, han sido resueltas en la anteriormente citada Sentencia de 21 de diciembre de 2018, que tenía por objeto el recurso contencioso-administrativo entablado por ÓMNIUM CULTURAL, siendo de aplicación lo declarado al respecto.

Se aduce la incompetencia de la AEPD, incompetencia que se hace derivar en primer término, en que no constituye dato de carácter personal, la información cuyo tratamiento se considera por la AEPD vulneradora del artículo 7.2. de la LOPD. Y, en segundo término, en la inexistencia de fichero. Se conecta, por tanto, tal motivo de impugnación con los conceptos de datos de carácter personal y de fichero, claves en la normativa de protección de datos.

Dijimos en la Sentencia de 21 de diciembre de 2018, lo siguiente: <<Constituye dato de carácter personal, a tenor del apartado a) artículo 3 LOPD "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables". El Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (TJCE), en la sentencia de 6 de noviembre de 2003, caso Lindqvist, señaló que "El concepto de "datos personales" que emplea el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46 comprende, con arreglo a la definición que figura en el artículo 2, letra a) de dicha Directiva "toda información sobre una persona física identificada o identificable". Este concepto incluye, sin duda, el nombre de una persona junto a su número de teléfono o a otra información relativa a sus condiciones de trabajo o a sus aficiones." El Artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (aplicable a partir del 25 de mayo de 2018) define como "datos personales": toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

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

Lo esencial, en definitiva, a efectos de la normativa de protección de datos, es que la información haga referencia a una persona física identificable, es decir, y como también esta Sala ha reiterado en múltiples ocasiones, que razonablemente y sin grandes esfuerzos sea posible asociar los datos proporcionados a una determinada persona (SSAN de 8 de marzo de 2002 y de 20 de noviembre de 2012 Rec. 188/2011). En tal sentido el Considerando 26 de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, que "los principios de protección no se aplicarán a aquellos datos hechos anónimos de tal manera que ya no sea posible identificar al interesado". Definiéndose en el artículo 3.f) de la LOPD el procedimiento de disociación como todo tratamiento de datos personales de manera que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada e identificable. Pronunciándose en similares términos el artículo 5.p) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre.

Reviste asimismo trascendencia traer a colación el Considerando 26) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, a cuyo tenor, Los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable. Para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos (...)Y ello en relación con el

artículo 4.5 del mismo Reglamento General de Protección de Datos que define como "seudonimización": el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable.

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

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

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

Sexto.

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

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

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

Se desprende de la declaración de hechos probados que figura en el primer fundamento jurídico que se llevó a cabo, en el supuesto, una recogida de datos personales y solicitud de consentimiento para incluirlos en un fichero estructurado y para su utilización posterior. Existía un fichero manual estructurado y existía también un fichero automatizado estructurado, de forma que, según resulta de las inspecciones llevadas a cabo por la AEPD,

el encuestador introducía los datos personales de los encuestados y el resultado de la encuesta a la vez, por lo exista correspondencia entre lo que había declarado una persona y sus datos de carácter personal.

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

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

Por tanto, procede desestimar los motivos de impugnación analizados.

Séptimo.

La vulneración del principio de legalidad denunciada en la demanda, se basa en la invocada ausencia de un concepto legal de datos de ideología.

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

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

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

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

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

un estado independiente, cumple todos los criterios para seguir siendo miembro de la UE, dándose por hecho también, para contestarla, de que con un estado independiente catalán se dispondría de mayores fondos.

En definitiva y para rellenar el cuestionario hay que partir previamente y por tanto aceptar implícitamente, el posicionamiento ideológico que deriva de tal formulario, que no es otro que el favorable a la independencia de Cataluña respecto del Estado español. Tal y como razona la Administración, la encuesta se inclina claramente a favor de una concreta posición ideológica, cual es la de la independencia de Cataluña, con la que necesariamente ha de estarse conforme pues en otro caso no es posible contestar la misma, o al menos no en su integridad.

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

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

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

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

Octavo.

También se aduce por la parte actora la vulneración del principio de culpabilidad.

El artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, aplicable a la sazón - actualmente artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público-, dispone que solo pueden ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Obviamente, ello supone que dicha responsabilidad sólo puede ser exigida a título de dolo o culpa, quedando desterrada del ámbito del derecho administrativo sancionador la llamada "responsabilidad objetiva", y comprendiendo el título culposo la imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable.

A lo expuesto debe añadirse, siguiendo las SS.TS. de 9 de octubre de 2009 - recurso nº. 5.285/2005-, y de 23 de octubre de 2010 -recurso nº. 1.067/2006-, que "aunque la culpabilidad de la conducta debe también ser objeto de prueba, debe considerarse en orden a la asunción de la correspondiente carga, que ordinariamente los elementos volitivos y cognoscitivos necesarios para apreciar aquélla forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos, o en su vertiente normativa, que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta, en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa".

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

Noveno.



También se alega por la parte actora la infracción del principio de responsabilidad solidaria, ya que los hechos acreditados son constitutivos de una única infracción de la cual serían responsables la ANC y ÒMNIUM CULTURAL, debiendo responder solidariamente del pago de la sanción que se imponga por la infracción.

Declaramos al respecto en la Sentencia de 21 de diciembre de 2018:

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

Aunque el artículo 3, apartado d) LOPD no matiza en tal sentido, la distinción sí aparece en el artículo 5.q) del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, que define como tal la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que solo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento aunque no lo realice materialmente. El 43.1 LOPD determina que "Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley".

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

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

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

Ello es lo acontecido en el supuesto, pues repárese en que en el propio formulario de encuesta, tanto Òmniium como ANC reconocen su responsabilidad plena y a título individual respecto de los hechos cuando exponen, en su parte final que : le pedimos su consentimiento para incluir los datos personales recogidos en este formulario en el fichero "Ara és l'Hora", el responsable del cual es Asamblea Nacional Catalana y Òmniium 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>>.

Por tanto, procede desestimar este motivo de impugnación.

Décimo.

Finalmente, respecto a la infracción que estamos examinando, se aduce por la parte recurrente, la infracción del principio de proporcionalidad, que en aplicación de los apartados 4 y 5 del artículo 45 de la LOPD, por lo se le tendría que reducir la sanción a 900 euros.

El principio de proporcionalidad de las sanciones comporta, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la Sentencia de 12 de abril de 2012 - recurso nº. 5149/2009-, entre otras, que debe existir una debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, como dispone el número 3 del artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre -actualmente el artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público-.

Dicho principio no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues el margen de apreciación que se otorga a la Administración en la imposición de sanciones dentro de los límites legalmente previstos, debe ser desarrollado ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad en relación con las circunstancias del hecho. De modo que la proporcionalidad constituye un principio normativo que se impone a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras.

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

Sin que la mayor rebaja de la sanción que se pretende por la ANC pueda ser atendida por esta Sala pues, contrariamente a lo invocado en la demanda no concurren el respecto de las circunstancias del apartado 4 del artículo 45 de la LOPD que se enumeran por aquella. Además de que sí ha existido intencionalidad y culpabilidad, según se ha quedado expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores, la infracción no se refiere solo a cuatro encuestas y tres "Mapas de visitas", sino a todo el sistema de organización y consulta y en definitiva de obtención de datos personales de ideología, como se ha indicado, que fue desplegado por tal entidad actora con anterioridad a la consulta soberanista del 9 de noviembre de 2014.

Tampoco ha resultado acreditada una mayor implementación de procedimientos adecuados para cumplir con la LOPD que se invoca en la demanda, además de la que ya fue tomada en consideración por la Agencia para rebajar la sanción. Sin que sea apreciable, por último, la inexistencia de reincidencia, dado que tanto la entidad actora como ÓMNIUM tienen pendientes antes esta Sala, por hechos similares o idénticos a los enjuiciados en este pleito, varios procedimientos judiciales.

Por lo que, procede confirmar la existencia de la infracción del artículo 7.2 de la LOPD por la parte actora, en la cuantía establecida en la resolución sancionadora.

Decimoprimer.

La segunda infracción que se le imputa a la parte recurrente, se funda en la conculcación del principio de seguridad de los datos, recogido en el artículo 9 de la LOPD, que se tipifica en el artículo 44.3.h) de la LOPD, como infracción grave: "Mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen".

En relación con esta segunda infracción no se alega nada al respecto por la parte actora, como tampoco lo hizo en el recurso de reposición formulado contra la resolución sancionadora, al reconocerse voluntariamente su responsabilidad, y así se fijó la cuantía en la demanda del presente recurso en 200.000 euros, es decir, la cuantía de la sanción por la infracción del artículo 7.2 de la LOPD. No obstante, al solicitarse en el suplico de la demanda la nulidad de la resolución recurrida, que incluye ambas sanciones, aludiremos seguidamente a la citada infracción del artículo 9 de la LOPD.

El artículo 9 de la LOPD establece el principio de seguridad de los datos personales, imponiendo la obligación de adoptar las medidas de índole técnica y organizativa que garanticen dicha seguridad, a fin de evitar, entre otras circunstancias el "acceso no autorizado" a los mismos, disponiendo, en consonancia con lo previsto en el artículo 17.1 de la Directiva 95/46/CE, lo siguiente: "1.El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural

2. No se registrarán datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas.

3. Reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros y las personas que intervengan en el tratamiento de los datos a que se refiere el artículo 7 de esta Ley".

En interpretación del citado artículo 9, esta Sala ha señalado en múltiples Sentencias, (13 de junio de 2002 -recurso nº. 1.517/2001-, 7 de febrero de 2003 - recurso nº. 1.182/2001-, 25 de enero de 2006 - recuso nº. 227/2004-, 28 de junio de 2006 -recurso nº. 290/2004-, 24 de marzo de 2015 -recurso nº. 269/2013- y 25 de junio de 2015 - recurso nº. 90/2014-, entre otras muchas), que la obligación que dimana del mismo no se cumple con la adopción de cualquier medida, pues deben ser las necesarias para garantizar aquellos objetivos que marca el precepto, y por supuesto, no basta con la aprobación formal de las medidas de seguridad, pues resulta exigible que aquéllas se instauren y pongan en práctica de manera efectiva. Hemos considerado, en consecuencia, que se impone una obligación de resultado, consistente en que se adopten las medidas necesarias para evitar que los datos se pierdan, extravíen o acaben en manos de terceros. En definitiva, toda responsable de un fichero (o encargada de tratamiento) es, por disposición legal, una deudora de seguridad en materia de datos debiendo asegurarse de que dichas medidas o mecanismos se implementen de manera efectiva en la práctica.

En el supuesto que nos ocupa, las medidas de seguridad deben salvaguardar la confidencialidad y seguridad de los datos de carácter personal que constan registrados en los ficheros de la entidad ANC relativos a sus asociados; correspondiendo adoptar las calificadas de nivel alto, en atención al tipo de información que contiene, tal como se especifica en el artículo 80 del R.D. 1.720/2007, de 21 de diciembre, aplicable a la sazón, encontrándose las de nivel básico reguladas en los artículos 89 a 94, las de nivel medio en los artículos 95 a 100 y las de nivel alto en los artículos 101 a 104 del citado reglamento.

Por otro lado, considera el artículo 3 d) de la LOPD responsable del fichero o tratamiento a aquella "persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento".

Así las cosas, en las actuaciones ha quedado probado, la falta de medidas adecuadas para garantizar la seguridad de los datos personales contenidos en el fichero creado para la gestión de la asamblea de la ANC, celebrada el 5 de abril de 2014, extraído de la base de datos de socios, y en la aplicación web puesta a disposición de los asociados para que pudieran verificar la posibilidad de participar en la misma, que permitía acceder a dicho fichero mediante el número de DNI sin solicitar ninguna contraseña de acceso a los datos, y que esta falta de medidas de seguridad posibilitó que un tercero no identificado accediera al perfil de los 53.818 asociados registrados en el momento del acceso, obteniendo los datos personales relativos a nombre, apellidos, email, documento, estado y deuda, en su caso.

La propia ANC ha reconocido su responsabilidad por la citada incidencia en el escrito de alegaciones al acuerdo de la apertura del procedimiento sancionador. Por otra parte, consta incorporada una denuncia por la parte actora el 4 de septiembre de 2014, en la que reconoce el acceso a los datos personales de sus asociados por terceros no autorizados, señalando que el mismo pudo realizarse a través del archivo cens.sql, que era una exportación de la bases de datos de socios de la ANC realizada para la Asamblea General de Tarragona del día 5 de abril de 2014, alojado en un servidor dedicado en exclusiva al registro de entrada a la citada Asamblea, el cual, según indica, fue borrado una vez finalizada la misma.

Por tanto, cabe apreciar la existencia de la segunda infracción que se le imputa a la parte actora.

En cuanto a la cuantía de la sanción, se encuentra debidamente razonada y justificada en la resolución sancionadora, cumpliéndose con el principio de proporcionalidad, señalándose al respecto en la resolución sancionadora: <<En relación con el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9 de la LOPD por parte de la entidad ANC, se estima igualmente aplicable el citado artículo 45.5 de la LOPD , con imposición de una multa según la escala prevista para las infracciones leves, considerando que dicha entidad ha reconocido voluntariamente su responsabilidad por los hechos que han determinado la infracción y la diligencia desplegada por la misma una vez



tuvo conocimiento de la publicación de los datos para minimizar sus efectos, solicitando a Facebook la retirada de los datos en cuestión.

Para la graduación de la graduación de la sanción que corresponde imponer a ANC, por esta infracción del artículo 9 de la LOPD se tiene en cuenta, en especial, la naturaleza de los datos personales accedidos, a los que corresponde aplicar el nivel de seguridad alto, que obliga a exigir un nivel de cautela y diligencia mayor; que la incidencia resulta de la falta de medidas de seguridad técnicas, y organizativas adecuadas para proteger el sistema habilitado para el control de asistencia a la asamblea celebrada por dicha entidad en Tarragona, que permitió el acceso, y no por un fallo puntual de las que hubieran dispuesto; y el volumen de tratamientos; procediendo la imposición a dicha entidad de una multa por importe de 40.000 euros, el grado máximo establecido para las infracciones leves>>.

En virtud de lo expuesto, procede la desestimación del recurso contencioso- administrativo, sin que se considere necesario, a tenor de los razonamientos efectuados, el planteamiento de cuestión prejudicial alguna ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que asimismo se pretende en la demanda. En efecto, en primer lugar, hay que poner de relieve que, siendo la presente sentencia susceptible de ser recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, esta Sala de la Audiencia Nacional no estaría obligada a plantear cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo que bastaría para contestar a la solicitud formulada de planteamiento de las cuestiones prejudiciales. Pero, además, no se considera que existan en el caso concreto motivos para plantear las cuestiones prejudiciales, pues no se aprecia ningún aspecto que se oponga a la normativa comunitaria, y en concreto, a los artículos 2, 8.1 y 2 de la Directiva 95/46/CE. Directiva actualmente derogada por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos).

Decimosegundo.

A tenor del artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas procesales a la parte actora.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús González Díez, en nombre y representación de la ASSEMBLEA NACIONAL CATALANA (ANC), contra la resolución de 5 de abril de 2016 de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, que confirma en reposición la resolución de 18 de noviembre de 2015, recaídas en el procedimiento sancionador PS/00235/2015, por la que se le impone una sanción de 200.000 euros por una infracción del artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y otra de 40.000 euros por una infracción del art. 9 de la reseñada Ley, tipificadas como muy grave y grave, respectivamente, en los artículos 44.4.b) y 44.3.h) de dicha norma, declaramos las citadas resoluciones conformes a derecho; con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

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

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

PUBLICACIÓN. Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a. LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.