



Roj: **SAN 2399/2010 - ECLI:ES:AN:2010:2399**

Id Cendoj: **28079230012010100209**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/05/2010**

Nº de Recurso: **106/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ELISA VEIGA NICOLE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veinte de mayo de dos mil diez.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso

administrativo número 106/2009 interpuesto por D^a Justa representada por la Procuradora doña Gloria

Llorente de la Torre contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de fecha 3 de diciembre

de 2008, que desestima recurso de reposición interpuesto contra resolución de la citada Agencia de fecha 24 de septiembre de

2008, dictada en el procedimiento de tutela de derechos TD/00498/2008, habiendo sido parte en autos la Administración

demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, y habiendo comparecido como codemandada la entidad

Clínica Diana, S.A. representada por la Procuradora doña María Luisa Noya Otero. La cuantía del recurso se fijó en

indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, se reclamó el expediente administrativo, y una vez recibido se emplazó a la actora para que formalizara la demanda, lo que así hizo en escrito presentado el 20 de mayo de 2009, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia declarando la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada, o su anulabilidad como consecuencia de la incongruencia omisiva, instando a la Agencia a pronunciarse sobre la existencia de la totalidad de las infracciones denunciadas por la recurrente, o, de forma subsidiaria, se anule la resolución recurrida por entender probada la comisión de alguna de las infracciones denunciadas.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el día 2 de julio de 2009 en el que, tras formular las alegaciones que estimó procedentes, solicitó que se dicte sentencia acordando la inadmisibilidad del recurso deducido y, subsidiariamente, la desestimación del mismo, confirmando la resolución impugnada por ser ajustada a derecho, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

La codemandada, Clínica Diana, S.A., contestó la demanda mediante escrito presentado el día 1 de septiembre de 2009, en el que solicitó de la Sala la desestimación íntegra de la demanda, con imposición de costas a la parte actora.



TERCERO.- Recibido el recurso a prueba por auto de fecha 24 de septiembre de 2009 , practicada la propuesta por la parte actora y la codemandada, se evacuó el trámite de conclusiones, y se señaló para deliberación y fallo el día 19 de mayo de 2010, en el que efectivamente se deliberó, votó y falló.

Ha sido Ponente la Magistrada ELISA VEIGA NICOLE, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de fecha 3 de diciembre de 2008, que desestima el recurso de reposición interpuesto por D^a Justa contra la resolución de la citada Agencia de fecha 24 de septiembre de 2008, dictada en el procedimiento de tutela de derechos nº TD/00498/2008, que acuerda desestimar la reclamación de tutela de derechos formulada contra la Clínica Diana, S.A.

En la resolución impugnada se indica que no ha quedado acreditado que la reclamante solicitase la cancelación de sus datos con los requisitos exigibles a la Clínica Diana, S.A., entidad que contestó a las peticiones de la afectada dentro del plazo establecido en la LOPD. Asimismo, se añade que el procedimiento de tutela, que se inicia a instancia del afectado, tiene por objeto garantizar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación reconocidos en la LOPD, sin que pueda modificarse el planteamiento inicial añadiendo nuevas pretensiones ajenas al objeto propio de la tutela de derechos.

SEGUNDO.- La parte actora fundamenta su pretensión anulatoria de la resolución impugnada en los siguientes motivos:

-La Agencia desestimó la reclamación de la recurrente exclusivamente por no haber acreditado la existencia de un requerimiento previo de cancelación de datos, cursado en la forma prevista en la Instrucción 1/98, desconociendo el contenido del artículo 18.1 de la LOPD que permite a los interesados denunciar cualquier actuación que infrinja los preceptos de la citada norma.

-Vicio de incongruencia omisiva. La resolución impugnada no se pronuncia sobre la vulneración de dos importantes principios que rigen la protección de datos, el principio de exactitud y el principio de actualidad de los datos.

-Existencia de la infracción consistente en mantener los datos de carácter personal inexactos o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos cuando resulten afectados los derechos de las personas que la LOPD ampara. La Agencia tenía que pronunciarse sobre la posible comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 44.4 apartados b), d), f) y h) y la tipificada en el artículo 44.3 f) de la LOPD .

-Existencia de la infracción consistente en no atender, u obstaculizar de forma sistemática el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición, o, cuanto menos, existencia de la infracción consistente en no atender, por motivos formales, la solicitud del interesado de rectificación o cancelación de los datos personales objeto de tratamiento cuando legalmente proceda.

El Abogado del Estado se opone a la demanda por las siguientes razones:

-Inexistencia de incongruencia omisiva. La resolución impugnada considera que la reclamante no había ejercitado el derecho de rectificación a través de un apoderado con poder suficiente, excluyendo un elemento esencial para apreciar la consumación de las infracciones denunciadas.

-Inexistencia de la infracción tipificada en el artículo 44.3.f) de la LOPD pues el poder otorgado al apoderado era un mero poder general para pleitos y actuaciones procesales, entre las que obviamente no está el ejercicio del derecho de cancelación que se desarrolla siempre fuera de un proceso judicial (folios 40 y siguientes del expediente administrativo).

-Inexistencia de la infracción tipificada en el artículo 44.4.h) de la LOPD dada la validez y publicación de la Instrucción 1/1998 , relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

La entidad codemandada se opone a la demanda alegando:

-Inexistencia de incongruencia omisiva. La Agencia atendió la denuncia presentada por la recurrente y tramitó un procedimiento de tutela de derechos que fue desestimado pues la Clínica Diana había actuado correctamente en la respuesta que dio a la letrada de la recurrente dentro de plazo. La apertura del procedimiento sancionador no es disponible de ninguno de los interesados y, en todo caso, no pudo realizarlo la Agencia al haber impedido la recurrente con su equivocada actuación en el ejercicio del derecho de cancelación el que pudiera comprobarse si existían datos de la señora Justa que estuviesen siendo tratados por la clínica en forma ilícita.



-Inexistencia de la infracción del artículo 44.3f) de la LOPD . La clínica Diana ignora de donde la compañía Sanitas ha obtenido los datos profesionales de la señora Justa ni si, en su caso, no los canceló cuando debiera haberlo hecho. En todo caso se trata de datos exclusivamente profesionales y por tanto fuera del ámbito de aplicación de la LOPD que regla el tratamiento de los datos exclusivamente personales.

-Inexistencia de la infracción tipificada en el artículo 44 .h) ni en el artículo 44.2.a) de la LOPD pues Clínica Diana, S.A. no dejó de atender ni obstaculizó el ejercicio del derecho de cancelación por motivos meramente formales a la solicitud que le formuló la recurrente.

TERCERO.- Pues bien, para una adecuada comprensión de la cuestión planteada es necesario resaltar los siguientes antecedentes:

-Con fecha 22 de mayo de 2007 D^a Justa remitió un escrito a la clínica Diana de Badajoz, suscrito en su nombre por su abogada doña María Ángeles Calzadilla Gamero, en el que se indicaba que los datos de su representada se mantenían en su página web y en el libro de personal sanitario que Sanitas repartía a los socios, considerando que se había incumplido la LOPD, rogando que se pusieran en contacto con la citada letrada a los efectos de alcanzar un acuerdo que satisficiera a ambas partes (folios 35 y 36 del expediente administrativo).

-La Clínica Diana por carta de fecha 31 de mayo de 2007 contestó al citado escrito, comunicándole que conforme a la LOPD y a la Instrucción 1/1998 de la Agencia Española de Protección de Datos para poder proporcionar la información que solicitaba era necesario remitir los documentos que en la misma se citan, solicitando, a su vez que le concretará cuál de los derechos consagrados en la LOPD pretendía ejercitar así como, una vez subsanado los requisitos señalados, procedería a atender su solicitud (folio 37 del expediente administrativo).

-Mediante carta de fecha 2 de julio de 2007, la letrada de doña Justa remitió nueva carta a la Clínica Diana a la que acompañaba copia de poder notarial, al efecto de acreditar la representación, insistiendo en que la citada clínica no había suprimido de su página web toda referencia a su representada, reiterando que se pusiesen en contacto para alcanzar un acuerdo que satisficiera a ambas partes (folios 39 del expediente administrativo).

-La citada Clínica contestó la anterior carta mediante escrito de fecha 5 de julio de 2007, en el que insistía en la necesidad de remitir la documentación que describía (nombre y apellidos del interesado, fotocopia del DNI del interesado o de persona que lo represente y documentación acreditativa de tal representación, domicilio efectos de notificación, fecha y firma del solicitante y documentos acreditativos de la petición que formula), poniendo de relieve que el apoderamiento genérico era inadmisibles conforme al informe jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos número 1999-0000, reiterando que concretase cual de los derechos consagrados en la LOPD pretendía ejercitar (folio 49 del expediente administrativo).

-Mediante escrito de fecha 18 de marzo de 2008, doña Justa presenta ante la Agencia de Protección de Datos denuncia contra la clínica Diana, al considerar que ha cometido las infracciones tipificadas en el artículo 44.4 apartados b), d), f) y h) y la tipificada en el artículo 44.3 f) de la LOPD , habiendo desatendido por motivos formales, la solicitud de la interesada de rectificación y cancelación de los datos personales objeto de tratamiento y por seguir facilitando sus datos personales a otras empresas como Mapfre, Adeslas.

Como consecuencia de dicha denuncia, la Agencia Española de Protección de Datos inicia el procedimiento de Tutela de Derechos que da origen al presente recurso. Procedimiento, que tiene por objeto garantizar y hacer efectivo el derecho de acceso de la reclamante, siendo su finalidad restablecer el derecho lesionado.

La Clínica Diana, en su escrito de alegaciones, manifiesta que en la página web www.clínicadiana.es, que fue creada el 14 marzo 2006, en ningún momento fueron publicados los datos de la denunciante y que comunicó la baja de la misma a la entidad Sanitas, impugnando el documento número tres, de fecha 23 de marzo de 2007 que la Sanitas presentó con la contestación a la demanda del juicio ordinario promovido por la recurrente. En el citado documento se remite por la clínica Diana a Sanitas la documentación referida a los Dues de tres personas y aparece un añadido escrito a mano, "ya no está la ATS Justa , "que no reconoce y considera que tal añadido es una manipulación del documento (folio 61 del expediente administrativo).

En la resolución de 24 de septiembre de 2008, confirmada en reposición por la resolución aquí recurrida, se razona que no ha quedado acreditado que la reclamante solicitara la cancelación de sus datos con los requisitos especificados en la Instrucción 1/1998, en concreto en la Norma Primera apartados 3 y 4, considerando acreditado que la citada clínica contestó a las peticiones de la denunciante dentro del plazo establecido por la LOPD, para que procediese a la subsanación de los requisitos que recoge la Instrucción 1/1998, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.



CUARTO.- La resolución impugnada razona que la clínica Diana contestó en tiempo y forma a la denunciante para que cumplimentase los requisitos establecidos en la Instrucción 1/1998, requisitos que no fueron cumplimentados por la señora Justa, no habiéndose, por tanto, denegado el derecho de acceso denunciado. Se añade en la resolución que el procedimiento de tutela se inicia a instancia del afectado sin que pueda modificarse el planteamiento inicial, y el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio.

Pues bien, conviene resaltar que el procedimiento de tutela se inicia a instancia del afectado, al amparo de lo preceptuado en el artículo 18.1 de la LOPD, en relación con el apartado 2 del citado artículo, para tramitar las reclamaciones sobre obstrucción o denegación de los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los interesados. A lo largo de la tramitación del procedimiento administrativo, la Agencia lo denominó y tramitó como un procedimiento de tutela sin que la denunciante formulase oposición al tipo de procedimiento iniciado por la Agencia. El procedimiento de tutela no es un procedimiento sancionador, aunque de la estimación de una reclamación de tutela de derechos pudiera derivarse la apertura de un procedimiento sancionador, pero en el ámbito del tantas veces citado procedimiento de tutela no cabe la imposición de una sanción.

En la demanda se cuestiona, en primer lugar, la falta de decisión de la Agencia sobre la totalidad de las solicitudes formuladas por la denunciante y en, en tal sentido, la existencia de un vicio de incongruencia omisiva en la resolución impugnada. Es cierto que la Agencia no se pronunció expresamente sobre las infracciones denunciadas pero también es cierto que resolvió lo que constituía el objeto del procedimiento de tutela, no cuestionado como ya hemos indicado por la denunciante. Podrá achacarse que la Agencia no acordó la incoación de un procedimiento sancionador, que siempre se acuerda de oficio y, en tal sentido, no está vinculada por la denuncia. En definitiva, se podrá estar o no de acuerdo con los argumentos de la Agencia lo que no puede negarse es la existencia de los mismos que determinaron que considerase que no se había vulnerado el derecho de acceso, rectificación o cancelación reclamado a través del procedimiento de tutela y, en definitiva, aun cuando no se recoge expresamente si se deduce que la Agencia no encontró motivos para incoar un expediente sancionador.

Partiendo del carácter revisor de esta jurisdicción, la Sala entiende que no se extralimita en su función revisora si se pronuncia expresamente no sólo sobre la denegación de la tutela de derechos sino también sobre la decisión implícita de la Agencia de no incoar un expediente sancionador.

QUINTO.- Entrando a valorar la desestimación de la reclamación de tutela de derechos formulada por la recurrente, hay que partir de los antecedentes descritos en anteriores Fundamentos. Como indicábamos, resulta claro que la recurrente no formuló personalmente la petición del derecho de acceso y cancelación sino que lo hizo a través de su letrada que, con su segundo escrito, aportó un poder general para pleitos (folios 40 a 48 del expediente administrativo). Pues bien, el derecho de acceso, rectificación y cancelación de los datos personales es un derecho de carácter personalísimo que debe ser ejercitado por el afectado de forma que sólo él puede decidir si quiere ejercitar los derechos que la LOPD le atribuye, ante quien los ejercita y a qué fichero se refiere tal ejercicio.

De ello resulta que los apoderamientos genéricos no son suficientes como expresión de la voluntad inequívoca del interesado de decidir el ejercicio de tales derechos. Es cierto que no existe inconveniente que la abogada de la recurrente ejercite tales derechos en nombre y por cuenta del cliente, pero para que ello sea posible es necesario que disponga del poder necesario, apoderamiento que habrá de ser escrito, individual y otorgado en términos estrictos. Extremos todos ellos que se deducen del carácter personalísimo de tales derechos y no del informe de la Agencia Española de Protección de Datos emitido en 1999, como aduce la recurrente.

Así, la actuación de la clínica Diana, exigiendo un apoderamiento expreso para el ejercicio del concreto derecho que pretendía ejercitar la denunciante, resulta conforme con el carácter personalísimo de tales derechos y con lo establecido en la Instrucción 1/1998, de la Agencia de Protección de Datos, ésta si de cumplimiento obligatorio, que en su Norma Primera apartado 3 establece el ejercicio de los derechos deberá llevarse a cabo mediante solicitud dirigida al responsable del fichero que contendrá nombre, apellidos del interesado y fotocopia del DNI del interesado "y, en los casos que excepcionalmente se admita, de la persona que lo represente así como documento acreditativo de tal representación", añadiéndose en el apartado 4 "En el caso de que la solicitud no reúna los requisitos específicos en el apartado tercero, el responsable del fichero deberá solicitar la subsanación de los mismos."

La denunciante, sin embargo, no otorgó tal apoderamiento concreto y específico pues no es tal un poder general para pleitos y, por ello, la actuación de la clínica Diana no puede tacharse de formalista sino de respetuosa con los derechos de la afectada, a la que requirió para que subsanase tal carencia de apoderamiento individual y concreto, y resultase indubitada la voluntad inequívoca de la denunciante de ejercer de tal derecho. Por tanto, la clínica no obstaculizó el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación o cancelación de la recurrente y la decisión de la Agencia sobre este extremo es ajustado a derecho.



SEXTO.- De la demanda se aduce que la recurrente considera que la Agencia debió incoar un procedimiento sancionador no sólo por las posibles infracciones tipificadas en el artículo 44.3.f) y 44.4 .h) sino también por infracción del artículo 44.4 apartados b), d) y f) de la LOPD.

Como ya hemos indicado la pretensión tramitada a través del procedimiento de tutela de derechos no implica la necesaria incoación de un procedimiento sancionador paralelo. La resolución impugnada no ha acordado iniciar un procedimiento sancionador, por lo que la Sala debe circunscribirse a dilucidar si existen elementos que justifiquen el inicio del expediente sancionador y, si existiese dichos indicios, acordar que se proceda a su iniciación por la AEPD, al objeto de depurar las posibles responsabilidades en que se haya podido incurrir y la imposición, en su caso, de la sanción correspondiente. Lo que en modo alguno puede hacerse es, sin haberse tramitado un procedimiento sancionador en vía administrativa, declarar que la clínica Diana ha cometido tales infracciones e imponerle una sanción en vía jurisdiccional.

En el escrito de denuncia de doña Justa de fecha 18 de marzo de 2008 se indica que sus datos personales aparecen en la página web de la clínica Diana y en diferentes catálogos de servicios de Adeslas y de Mapfre, vinculándola como enfermera de la clínica Diana. Tal extremo afirma que resulta acreditado con el acta notarial de 19 de marzo de 2007. Sin embargo la citada acta, que no consta unida al expediente administrativo y se ha adjuntado como documento número uno con la demanda, se limita a contrastar que en la pagina web de Sanitas el cuadro médicos, en la especialidad enfermería, aparece la denunciante como titular en la localidad de Mérida, y en el centro adscrito a la Clínica Diana.

En el folio 74 del expediente administrativo aparece, en el catálogo de servicios, la señora Justa como adscrita a Copresaex sin referencia alguna a la clínica Diana; al folio 76 aparece la denunciante en el cuadro médico de Caser seguros, especialidad enfermería, vinculada a Copresaex; al folio 77 aparece la señora Justa en el cuadro médico de Mapfre, vinculada a Copresaex, en tanto que la enfermera vinculada a la clínica Diana que aparecen el citado cuadro de Mapfre es en concreto un enfermero. La denunciante no presenta indicios de que el tratamiento de sus datos en los ficheros de las citadas entidades esté vinculado a la clínica Diana, como tampoco resulta indicio alguno de tratamiento de sus datos en algún fichero de la citada clínica.

Resta por analizar la aparición de los datos de la recurrente en la página web de Sanitas, vinculada al centro adscrito a la clínica Diana. Los representantes de la citada clínica Diana han manifestado que notificaron a Sanitas la baja de la denunciante cuando la mismo se produjo y que tales comunicaciones eran verbales o por teléfono, adjuntando unos mails remitidos entre la clínica y Sanitas (folio 73 del expediente administrativo). De los citados mails se deduce que lógicamente era Sanitas, responsable de sus ficheros, quien debía formalizar las bajas, y explican en los mismos "en el mail de ayer te comenté que podíais dar de baja, pero no es correcto, sólo podéis dar de alta a profesionales, o solicitar el alta de especialidades por Internet, pero NO las bajas."

Por su parte, la denunciante con fecha 8 de febrero de 2006 solicitó de Sanitas que modificase o suprimiese sus datos de la página web ya que no prestaba sus servicios profesionales en la clínica Diana desde hacía más de dos años (folio 72 del expediente administrativo). Tal comunicación a Sanitas pone de manifiesto que la citada entidad tenía conocimiento de la baja de la denunciante en la clínica Diana con anterioridad al 23 de marzo de 2007 , fecha del documento obrante al folio 61 que, como hemos indicado, la citada clínica arguye que sido añadido el párrafo que figura escrito a mano.

En definitiva, de una lectura atenta del expediente administrativo se deduce que la denunciante intentó un acuerdo, suponemos que económico, con Sanitas y la clínica Diana, y en la denuncia y escritos de alegaciones se hacía referencia a una especie de causa general contra la clínica, denunciando hechos que resultan desvirtuados pues no hay indicio alguno de que los datos de la denunciante hayan sido tratados en la página web de la clínica Diana ni que los mismos figurasen en los boletines de Adeslas y Mapfre vinculados a la clínica Diana, como recoge en la denuncia. Y fue la propia denunciante quien ejercitó no el derecho de acceso sino el de cancelación de sus datos ante Sanitas en el año 2006.

De lo anteriormente expuesto, no se aprecia indicios que justifiquen el inicio de un expediente sancionador, procediendo la desestimación del curso por ser conforme a derecho la resolución impugnada.

SÉPTIMO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , no se aprecian motivos para una imposición de costas.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación.

FALLAMOS

DESESTIMAR



el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a Justa , representada por la Procuradora doña Gloria Llorente de la Torre, contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de fecha 3 de diciembre de 2008, que desestima recurso de reposición interpuesto contra resolución de la citada Agencia de fecha 24 de septiembre de 2008, por ser la misma conforme a derecho; sin disposición de costas

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos mandamos y fallamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid, a

LA SECRETARIA

D^a María Elena Cornejo Pérez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ