

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES SIN CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 3ª, DE 8 DE FEBRERO DE 2012

Juan José Marín López

Catedrático de Derecho Civil

Departamento de Propiedad Intelectual, Industrial y Tecnología de Gómez-Acebo & Pombo

1. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 8 de febrero de 2012 ha anulado el artículo 10.2, letra b), del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. Aunque esta resolución ha sido presentada por algunos como una absoluta liberalización en el tratamiento de los datos personales, las cosas distan de ser así.
2. Al transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, nuestro legislador obró del siguiente modo: en primer lugar, estableció la necesidad de "consentimiento inequívoco del afectado" para el tratamiento de sus datos de carácter personal (art. 6.1 LOPD); pero en segundo lugar, e inmediatamente a continuación, contempló una serie de excepciones a esa necesidad de consentimiento del interesado, una de las cuales se refiere al supuesto de que "los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado"

(art. 6.2 *in fine* LOPD). A los efectos legales, tienen la consideración de fuentes accesibles al público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica, las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo, los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación [art. 3, letra j), LOPD].

De la literalidad del artículo 6.2 LOPD se deduce que, para prescindir del consentimiento del interesado en el tratamiento de sus datos personales, es preciso la concurrencia de dos requisitos: por una parte, que esos datos figuraran en una fuente accesible al público, en el sentido antedicho, y, por otra, que el tratamiento en cuestión sea necesario para la satisfacción del interés legítimo del responsable del fichero, o del tercero a quien se comunicaran los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.

3. El reglamento de 2007 se limitó a reproducir las previsiones de la LOPD, de manera que, en su artículo 10.1, sentaba como principio la necesidad de consentimiento inequívoco del interesado, mientras que en el artículo 10.2, letra b), contemplaba la excepción a ese principio en los mismos

términos en que lo hace el artículo 6.2 LOPD.

4. Interpuesto recurso contencioso-administrativo directo contra el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007, y ante las dudas sobre si la disposición impugnada era conforme con el Derecho comunitario, la Sala Tercera del Tribunal Supremo planteó una cuestión de interpretación prejudicial al Tribunal de Luxemburgo, que fue resuelta por Sentencia de 24 de noviembre de 2011 (asuntos acumulados C-468/10 y 469/10). En el Derecho comunitario, la Directiva 95/46 parte igualmente de la premisa de que el tratamiento de datos personales solo podrá efectuarse si el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca [art. 7, letra a)], pero establece una serie de excepciones a esta regla. Una de ellas se refiere al caso en que el tratamiento "es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva" [art. 7, letra f), de la Directiva]. Fácilmente se aprecia que este precepto comunitario no exige, como requisito para la aplicación de la excepción, que los datos personales objeto de tratamiento procedan de una fuente accesible al público. Este requisito adicional, introducido por propia iniciativa por el legislador español, es el que planteó al Tribunal Supremo las dudas que justificaron el planteamiento de la cuestión de interpretación prejudicial.

En su Sentencia de 24 de noviembre de 2011, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirma que del objetivo consistente en asegurar un nivel de protección equivalente en todos los Estados miembros se deduce que "el artículo 7 de la Directiva 95/46 establece una lista exhaustiva y

taxativa de los casos en que un tratamiento de datos personales puede considerarse lícito" (apartado 30), y que "los Estados miembros no pueden ni añadir al artículo 7 de la Directiva 95/46 nuevos principios relativos a la legitimación de los tratamientos de datos personales ni imponer exigencias adicionales que vendrían a modificar el alcance de alguno de los seis principios establecidos en dicho artículo" (apartado 32). Con base en este razonamiento, el Tribunal concluye que el artículo 7, letra f), de la señalada Directiva debe interpretarse en el sentido de que "se opone a una normativa nacional que, para permitir el tratamiento de datos personales necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, exige, en el caso de que no exista consentimiento del interesado, no sólo que se respeten los derechos y libertades fundamentales de éstos, sino además que dichos datos figuren en fuentes accesibles al público, excluyendo así de forma categórica y generalizada todo tratamiento de datos que no figuren en tales fuentes" (apartado 49).

Vuelto el asunto a la jurisdicción nacional, el Tribunal Supremo dicta la Sentencia que motiva esta nota, en cuya parte dispositiva declara la nulidad del artículo 10.2, letra b), del Reglamento de desarrollo de la LOPD. Son tres, al menos, las reflexiones que suscita este fallo del Alto Tribunal.

5. Primera. El Tribunal Supremo incurre en un evidente e innecesario exceso cuando, atendiendo la petición del recurrente (la Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo), declara la nulidad de la letra b) del artículo 10.2 del Reglamento. Hubiera bastado con anular el inciso de ese precepto que exige que "los datos objeto de tratamiento o cesión figuren en fuentes accesibles al público", pues es semejante requisito, no previsto en el artículo 7,

letra f), de la Directiva 95/46, el que resulta contrario al Derecho comunitario. Mas carece por completo de sentido declarar la nulidad del reglamento en cuanto reclama que "el responsable del fichero, o el tercero a quien se comuniquen los datos, tenga un interés legítimo para su tratamiento o conocimiento, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado", dado que este requisito coincide fielmente con el previsto en el artículo 7, letra f), de la Directiva.

6. Segunda. En el trámite de alegaciones sobre la incidencia de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo en la cuestión litigiosa, la recurrente había solicitado al Tribunal Supremo, literalmente, que "declare la nulidad del artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999 por ser contraria al artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46, o subsidiariamente declare su inaplicabilidad, haciendo constar expresamente a la Administración española que dichos artículos son contrarios al Derecho comunitario" (Antecedente de Hecho décimo de la Sentencia de 8 de febrero de 2012). La pretensión en sí era disparatada, pues sólo unas pocas palabras del artículo 6.2 LOPD ("cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público") eran las controvertidas, y no el precepto en su totalidad. Sea como fuere, el Tribunal Supremo rechaza esta petición porque "esta jurisdicción [contencioso-administrativa], conforme resulta del artículo 1.1 de su Ley reguladora, no extiende su conocimiento a disposiciones con rango de ley" (Fundamento de Derecho segundo).

Esta afirmación del Supremo es impecable desde el punto de vista formal, pero deja sin respuesta la duda que plantea la exigencia que se contiene -y sigue conteniéndose- en el artículo 6.2 LOPD de que los datos figuren en una fuente accesible al público. Es seguro que la solución a este interrogante se encuentra en la afirmación del Tribunal de Luxemburgo según la cual

el artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46 tiene "efecto directo" (apartado 55), lo que debe interpretarse en el sentido de dejar sin validez cualesquiera disposiciones de Derecho interno que menoscaben ese efecto directo, incluso si se encuentran contenidas en una norma con rango de ley. Con todo, y en aras de la siempre deseable seguridad jurídica, hubiera sido deseable que el Tribunal Supremo se hubiera liberado por un momento de su corsé y hubiera extraído de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo todas las consecuencias que de ella se derivan, en particular en lo que se refiere a la primacía del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales.

7. Tercera. La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2012 no puede ser entendida, como tan precipitada y erróneamente se ha dicho (y escrito), en el sentido de que el tratamiento de datos personales no precisa ya consentimiento del interesado. Se oponen a esta conclusión no sólo el artículo 10.1 del Reglamento de 2007, que no fue cuestionando en ningún momento por la recurrente, sino también los superiores en rango jerárquico- artículos 6.1 LOPD y 7, letra a), de la Directiva 95/46. El tratamiento está exento de consentimiento del interesado si, y solo si, primero, hay un "interés legítimo" del responsable del fichero o del tercero a quien se comuniquen los datos, y, segundo, "no se vulneran los derechos y libertades fundamentales del interesado". En palabras del Tribunal de Luxemburgo, "el segundo de estos requisitos exige una ponderación de los derechos e intereses en conflicto, que dependerá, en principio de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate y en cuyo marco la persona o institución que efectúe la ponderación deberá tener en cuenta la importancia de los derechos que los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confieren al interesado" (apartado 40).

Y en esa ponderación, que ahora resulta obligado hacer en cada caso concreto, el hecho de que los datos figuren o no en fuentes accesibles al público tendrá una importancia significativa. En efecto, "la gravedad de la lesión de los derechos fundamentales de la persona afectada por dicho tratamiento puede variar en función de que los datos figuren ya, o no, en fuentes accesibles al público" (apartado 44), pues, "a diferencia de los tratamientos de datos que figuran en fuentes accesibles al público, los tratamientos de datos que figuran en fuentes no accesibles al público implican necesariamente que el responsable del tratamiento y, en su caso, el tercero o terceros a quienes se comuniquen los datos dispondrán en lo sucesivo de ciertas informaciones sobre la vida privada del interesado", si bien "esta lesión, más grave, de los derechos del interesado consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta debe ser apreciada en su justo valor, contrapesándola con el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos" (apartado 45).

8. Resumiendo: el hecho de que los datos figuren en una fuente accesible al público ha dejado de ser un requisito (adicional al del interés legítimo del responsable del tratamiento) para la legalidad del tratamiento de datos personales realizado sin el consentimiento del interesado. Sin embargo, puesto que sigue siendo un requisito necesario para esa legalidad (junto con el mencionado interés legítimo del responsable) que el tratamiento no vulnere los derechos y libertades fundamentales del interesado [o, en palabras del artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46, que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado], se impone una delicada e ineludible ponderación de los intereses en juego en cada caso concreto. Y en esa ponderación adquiere un interés relevante el hecho de que los datos objeto de tratamiento se encuentren o no en fuentes accesibles al público. Luego lo que la Sentencia de 8 de febrero de 2012 ha echado por la puerta de la "legalidad", está llorando a entrar, se quiera o no, por la ventana de la "ponderación".