

Informe 0029/2010

La consulta plantea si resulta conforme a la normativa de protección de datos una aplicación informática diseñada para llevar a cabo encuestas telemáticas en el ámbito municipal. Según se expone en la consulta, se requiere en primer lugar el consentimiento del participante para acceder al Padrón municipal de habitantes, a los efectos de comprobar el requisito de empadronamiento y de mayoría de edad del participante. Para la identificación y acceso a la encuesta el participante debe proporcionar el DNI y fecha de nacimiento, una vez comprobados dichos datos, se pasa al módulo siguiente en el que se le formulan varias preguntas, debiendo optar por una respuesta. Se señala que el sistema guarda el DNI para garantizar que la encuesta es cumplimentada una sola vez por una misma persona. Señala que, para preservar el anonimato, el dato relativo al DNI se almacena sin relación con los datos relativos a la opción elegida y los datos relativos a sexo, edad y barrio que se toman para fines estadísticos.

I

Con carácter previo debe señalarse que, teniendo en cuenta que todo tratamiento de datos personales por la Administración debe estar fundado en una previsión legal que la habilite para llevarlo a cabo en el ejercicio de una determinada competencia, el tratamiento de datos de carácter personal por parte del Ayuntamiento consultante, con la finalidad de llevar a cabo encuestas, debe enmarcarse en el ámbito de la normativa de la función pública estadística, siendo de aplicación en el presente supuesto la Ley 5/1990, de 7 de junio, de Estadística de la Comunidad Valenciana.

El artículo 30 de la Ley 5/1990 atribuye a las corporaciones locales competencia para el desarrollo de la actividad estadística relativa a los ámbitos territorial y competencial resultante de su propia gestión, debiendo sujetarse cualquier encuesta que se lleve a cabo a lo dispuesto en dicha Ley y en el decreto 11/1991, de 21 de enero, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Estadística de la Comunidad Valenciana (en particular, el cumplimiento de los principios de secreto estadístico y demás señalados en la citada normativa, exigencia de que la actividad se ajuste a la normativa técnica que con carácter general o para cada caso concreto dicte el Instituto Valenciano de Estadística, con el fin de lograr la comparación de sus datos y facilitar la agregación de los mismos a nivel de la Comunidad Valenciana y el Estado, creación en la Corporación Local de unidades especializadas en producción estadística, sujetas al cumplimiento del principio de secreto estadístico y restantes principios señalados en la Ley de

Estadística de la Comunidad Valenciana, exigencia de presentación de informe al instituto Valenciano de Estadística, que podrá oponerse si el proyecto de normas reguladoras contravienen las normas técnicas o legales de obligado cumplimiento, etc..)

Conforme al artículo 14 de la citada Ley 5/1990 solamente gozarán del privilegio de la obligación de colaboración ciudadana las siguientes actividades estadísticas:

- a. *“Las incluidas en el Plan Valenciano de Estadística.*
- b. *Las que, no estando incluidas en el Plan Valenciano de Estadística, hayan sido aprobadas por el consejo en los supuestos previstos en el artículo 4 de esta Ley.*
- c. *Las previstas en los convenios a que se refiere el artículo 9 de esta Ley.*
- d. *Las actividades de formación, conservación o actualización de archivos y registro administrativos, cuando estos constituyan fuente de información estadística”*

Por consiguiente, si como parece desprenderse de la consulta en el presente caso, la encuesta que se pretende realizar no se encuentra dentro de los supuestos contemplados en dicho artículo 14, será preciso, además de que su realización venga amparada en lo previsto en la citada Ley 5/1990, que se obtenga el consentimiento del interesado.

En este sentido debe tenerse en cuenta que el propio artículo 18 de la ley 5/1990, señala respecto de la recogida de datos la obligación de respeto a lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución, precepto éste último que en su número 4 recoge el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. De esta manera, resultará de aplicación en este aspecto lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter personal, que dispone en su artículo 6.1 que *“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.”*

Cabe aquí analizar las características que el consentimiento debe reunir conforme a la Ley Orgánica 15/1999. El artículo 3.h de dicha norma señala que se trata de una *“manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”*.

Esta Agencia ha venido describiendo en sus informes dichas características de manera que se entiende por consentimiento libre aquel que ha sido obtenido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento en los términos regulados por el código civil. El consentimiento específico viene referido a una

determinada operación de tratamiento y para una finalidad determinada, explícita y legítima del responsable del tratamiento, tal y como impone el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999. Para que pueda hablarse de consentimiento inequívoco se exige la realización de una acción u omisión que implique la existencia del consentimiento.

En cuanto al requisito de la información, supone que el afectado conozca con anterioridad al tratamiento la existencia del mismo y las finalidades para las que el mismo se produce. Respecto de la información a proporcionar debe tenerse en cuenta que se establece una previsión específica en el artículo 17 de la Ley 5/1990, según el cual *“Al solicitarse información habrá de hacerse saber a los sujetos informantes la naturaleza, características y finalidad de la encuesta, su obligatoriedad y las sanciones que puedan imponerse por no prestar su colaboración o por facilitar datos falsos, inexactos, incompletos o fuera de plazo, así como la protección que le dispensa el secreto estadístico.”*

Ese consentimiento informado habrá de recabarse de tal forma que resulte imposible la introducción de dato alguno sin que previamente el afectado haya conocido la advertencia que contenga las menciones a las que nos hemos referido, pudiendo servir como prueba del consentimiento la acreditación de que el programa impide introducir datos personales sin antes haber aceptado el aviso legal al que hemos hecho referencia. En este sentido dispone el artículo 12.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre que la prueba de que se ha obtenido el consentimiento del afectado corresponderá, al responsable del tratamiento, en el presente supuesto el Ayuntamiento consultante, pudiendo acreditarse que se ha obtenido el consentimiento por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

Obtenido el consentimiento informado del interesado para participar en la encuesta, el acceso a los datos contenidos en el Padrón requerirá de un nuevo consentimiento del interesado, según resulta de lo dispuesto en el artículo 16.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el artículo 14 de la Ley 5/1990 de 7 de junio, de Estadística de la Comunidad Valenciana, antes transcrito.

Establece el artículo 16.3 de la Ley de Bases de Régimen Local que *“Los datos del Padrón Municipal se cederán a otras Administraciones públicas que lo soliciten sin consentimiento previo al afectado solamente cuando les sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes. También pueden servir para elaborar estadísticas oficiales sometidas al secreto estadístico, en los términos previstos en la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública y en las leyes de estadística de las comunidades autónomas con competencia en la materia.”*

De la interpretación conjunta de dicho artículo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 5/1990 antes transcrito, se desprende que si la encuesta no se encuentra, como parece ocurrir y antes se ha señalado en el presente caso, sujeta al deber de colaboración recogido en dicho precepto, no existirá habilitación legal alguna para la utilización de datos del Padrón municipal de habitantes, siendo preciso el consentimiento del interesado.

El consentimiento para acceder a los datos del Padrón deberá reunir las características anteriormente señaladas, sin embargo, en cuanto al requisito relativo a la información deberá aquí tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, según el cual “Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a. De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.*
- b. Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.*
- c. De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.*
- d. De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.*
- e. De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.”*

Por consiguiente, deberán especificarse claramente las finalidades para las que se accede a los datos del Padrón, siendo éstas la de comprobación de la residencia y edad del participante, y la obtención de determinados datos a efectos estadísticos como la edad, sexo o domicilio.

Al responsable del fichero, corresponde igualmente, la prueba de que se ha obtenido el consentimiento del interesado, pudiendo servir, de la misma manera que antes se ha señalado, como tal la acreditación que el programa no permite continuar si no se acepta expresamente la cláusula informativa en los términos del artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999 a los que se ha hecho referencia.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el artículo 18 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 impone al responsable del fichero o tratamiento la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información disponiendo lo siguiente “1. El deber de información al que se refiere el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, deberá llevarse a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de los datos del afectado.

2. El responsable del fichero o tratamiento deberá conservar el soporte en el que conste el cumplimiento del deber de informar. Para el almacenamiento de los soportes, el responsable del fichero o tratamiento podrá utilizar medios informáticos o telemáticos. En particular podrá proceder al escaneado de la documentación en soporte papel, siempre y cuando se garantice que en dicha automatización no ha mediado alteración alguna de los soportes originales.”

II

En lo que a la recogida de datos se refiere, debe asimismo recordarse que conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999 y sin perjuicio del cumplimiento de los restantes principios a que hace referencia la Ley 5/1990, deberá ajustarse a los principios de proporcionalidad y finalidad previstos en el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999. Dispone el número primero de dicho artículo respecto del principio de proporcionalidad que *“Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.”*

Al principio de proporcionalidad se ha referido el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, cabe aquí mencionar la Sentencia 207/1996 en la que se indica que se trata de *“una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales”*. Asimismo la Sentencia 254/1993 señala que *“Toda la información que las Administraciones Públicas recogen y archivan ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye la Ley, y ha de ser adecuada para las legítimas finalidades previstas por ella, como indicamos en la Sentencia 110/1984, especialmente fundamentos jurídicos 3 y 8, pues las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el artículo 20 de la CE”*

En lo que se refiere al principio de finalidad, establece el número 2 del artículo 4 que *“Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.”*

De esta manera el consentimiento para el tratamiento de datos personales se encuentra vinculado a las finalidades determinadas, específicas y legítimas que justifican el tratamiento de los datos, de manera que los datos únicamente pueden ser tratados en el ámbito de las mencionadas finalidades, tal y como dispone el artículo 4.1 de la misma norma, sin que se puedan tratar para fines incompatibles con aquéllas (artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999). Debe aclararse aquí que la Audiencia Nacional partiendo de una interpretación

sistemática de este precepto viene considerando la expresión “finalidades incompatibles” como sinónimo de “finalidades distintas”.

En el supuesto que nos ocupa, no se hace en la consulta referencia alguna a la finalidad de la encuesta o encuestas a realizar ni a los datos a recabar, por lo que no puede determinarse si se cumplen dichos principios.

III

En lo que respecta al fichero resultante de la actividad objeto de consulta es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que lo que conforma un fichero, a efectos de la normativa de protección de datos, es la existencia de un conjunto de datos personales organizados, con independencia de que se encuentre centralizado o de la forma de almacenamiento de los datos, esto es, aunque se encuentre separado en varias bases de datos o distribuidas en diferentes ordenadores, así 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, define el fichero de datos personales como *“todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica”*.

Por su parte, el artículo 3.a) de la Ley orgánica 15/1999 configura al fichero como *“todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.”* En este mismo sentido, el Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica 15/1999 lo define como *“Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.”*

Por consiguiente, formarán parte del fichero, no solamente los datos relativos al DNI de los participantes en la consulta, sino el resto de los datos obtenidos de la misma, tales como sexo, edad o barrio y las respuestas obtenidas que, asociadas al número de DNI, constituyen o son igualmente susceptibles de constituir un dato de carácter personal. En este sentido señala el artículo 3 a. de la Ley Orgánica 15/1999 que son datos de carácter personal: *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*, aclarando el Reglamento de desarrollo de dicha norma en su artículo 5.1.f que constituye un dato de carácter personal *“Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables.”*

Dicho fichero deberá crearse en la forma prevista en el artículo 20 de la Ley Orgánica 15/1999, que exige que la creación, modificación o supresión de

los ficheros de las Administraciones públicas se realice por medio de disposición general publicada en el *Boletín Oficial del Estado* o Diario oficial correspondiente. Asimismo, de conformidad con lo señalado en el artículo 55 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, el fichero deberá ser notificado a la Agencia Española de Protección de Datos por el órgano competente de la Administración responsable del fichero para su inscripción en el Registro General de Protección de datos en el plazo de 30 días desde la publicación de la norma o acuerdo de creación en el diario oficial correspondiente.

Por otra parte, deberán adoptarse por parte del responsable del fichero las correspondientes medidas de seguridad, de conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1999, según el cual “ *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 estén expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.*”

El Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, constituye en la actualidad la normativa vigente en materia de medidas de seguridad aplicables a los tratamientos de datos de carácter personal. El artículo 80 de esta norma clasifica las medidas de seguridad aplicables a los ficheros o tratamientos de datos en tres niveles, debiendo adoptarse, en cada caso, el nivel correspondiente en función de la naturaleza de los datos a tratar. Debe tenerse presente, además, que dichas medidas tienen un carácter acumulativo, de forma que las establecidas para cada nivel exigen incorporar las previstas para los niveles inferiores.

Por último, debe destacarse que la calificación de anónima que se atribuye en la consulta a la encuesta, no se corresponde con la descripción del proceso que en la misma se efectúa. Para que pudiera hablarse de encuesta anónima sería preciso que nos encontrásemos ante un dato disociado, definido en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 como “*aquél que no permite la identificación de un afectado o interesado*”, esto es, sería preciso que no pudiera identificarse de ninguna manera a la persona que participa en la encuesta y que no fuera posible asociar los datos recogidos a una persona determinada o determinable, lo que no produce en el presente supuesto.