

ESTUDIO SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONADOR EN LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS

ARTEMI RALLO LOMBARTE

Universidad Jaume I de Castellón

I. LOS ORÍGENES DEL RÉGIMEN SANCIONADOR MÁS SEVERO DE EUROPA: LA LORTAD (1992) APUESTA POR LA «PEDAGOGÍA DE LA SANCIÓN»: 1. *Una tipología de multas muy elevadas.*—2. *Una amplia tipología de infracciones legales.*—3. *La investigación de «todas» las peticiones, denuncias y reclamaciones presentadas ante la AEPD.*—4. *Poderes de investigación efectivos.*—5. *La diferente responsabilidad entre sector público y sector privado: Fuertes multas a las empresas versus aparente impunidad de las Administraciones Públicas.*—II. LA VIGENCIA DE LA LOPD (1999) Y LA «MODULACIÓN» DE LAS MULTAS: PUNTO DE INFLEXIÓN HACIA LA «HUMANIZACIÓN» DEL RÉGIMEN SANCIONADOR Y UNA FUTURA ESTRATEGIA PROACTIVA: 1. *La continuidad del catálogo de infracciones y de los criterios de modulación de multas*—2. *La nueva cláusula de degradación de las multas: La cualificada disminución de la culpabilidad.*—3. *La publicidad de las sanciones en la web de la AEPD.*—III. LA REFORMA DEL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LA LOPD (2011): REPRESIÓN Y PREVENCIÓN INTEGRADAS EN UNA MISMA ESTRATEGIA DE ENFORCEMENT: 1. *El mantenimiento de la cuantía de las multas: Un efectivo alto estándar de sanción.*—2. *La necesaria revisión de la tipología de infracciones: El fortalecimiento de la seguridad jurídica.*—3. *La ampliación de los criterios de modulación y gradación de las cuantías de las multas: La accountability como principio inspirador.*—4. *El apercebimiento de la primera infracción: ¿Disuasión o relajación en el cumplimiento legal?*—5. *Una leyenda urbana: La financiación de la AEPD mediante multas como causa de su pérdida de objetividad.*—IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La legislación española de protección de datos ofrece el régimen sancionador más severo de Europa. Desde 1992, la garantía efectiva de este derecho fundamental

se ha sustentado en la tramitación, investigación y, en su caso, sanción de todas las denuncias interpuestas ante la Agencia Española de Protección de Datos. Sin embargo, con las reformas legislativas de 1999 y 2011, se propició que este régimen sancionador extraordinariamente gravoso se viera acompañado de una estrategia preventiva que estimulara el cumplimiento efectivo de dicha legislación. Este trabajo analiza tanto la evolución normativa de este régimen sancionador como la práctica sancionadora de la AEPD que ilustra la justificación y efectos de las sucesivas reformas de la legislación de protección de datos.

Palabras claves: protección de datos; privacidad; régimen sancionador.

ABSTRACT

Spanish data protection law provides the most severe sanctioning regime in Europe. Since 1992, this effective protection of this fundamental right has been sustained in inspections, investigations and, where appropriate, sanctions of all complaints lodge into the Data Protection Spanish Agency. However, with the 1999 and 2011 legislative reforms, this strict sanctioning system would be balanced by a preventive strategy which stimulates effective enforcement of such legislation. This paper analyzes both the legal evolution of this system and the AEPD enforcement activity illustrating the justification and effects of successive reforms of the data protection law.

Key words: data protection; privacy; enforcement.

I. LOS ORÍGENES DEL RÉGIMEN SANCIONADOR MÁS SEVERO DE EUROPA: LA *LORTAD* (1992) APUESTA POR LA «PEDAGOGÍA DE LA SANCIÓN» (1)

Durante los últimos veinte años, España ha sido el ejemplo recurrente de sistema sancionador por incumplimiento de la legislación de protección de datos más exigente de Europa (2).

(1) Este trabajo se inserta en la línea de estudio abierta por los proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2012-34764) y la Universidad Jaume I (P1-1B2012-12) sobre la reforma del sistema europeo de protección de datos. Igualmente, el autor desea agradecer la autorización para publicar este trabajo que verá, también, la luz en las Actas de las Jornadas conmemorativas del XX Aniversario de la AEPD organizadas en enero de 2013.

(2) Del interés global por conocer el régimen sancionador español, constituyen buen ejemplo las insistentes invitaciones dirigidas a la AEPD para exponer en muy diversas latitudes su experiencia en *enforcement*. Sirvan como ejemplo, RALLO, A.: «The role of Spanish DPA in safeguarding privacy in Spain and its influence in the wider world», *21st Annual International Conference*, 9th July 2008, St. John's College, Cambridge; «Mecanismos sancionadores ante el incumplimiento de la normativa de protección de datos», VIII Encuentro Iberoamericano de protección de datos, 29 y 30 de septiembre de 2010, Ciudad de México; «Auditing and enforcement at the Spanish DPA», *Conference on Cross-Border Data Flow & Privacy*, octo-

La garantía efectiva de la legislación española de protección de datos se ha construido sobre cuatro pilares que, aparentemente, constituyen la «envidia» del conjunto de Autoridades Europeas de Protección de Datos: a) atender y resolver «todas» las peticiones sobre vulneración de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; b) la obligación legal de investigar «todas» las reclamaciones y denuncias recibidas por la AEPD por cualquier vulneración legal; c) el otorgamiento de «efectivos» poderes de investigación a la AEPD; d) y, muy particularmente, la aplicación de un régimen sancionador (multas) al sector privado extraordinariamente duro (3).

El origen de este sistema sancionador se encuentra en la primera ley española de protección de datos: Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. (LORTAD).

Durante casi dos décadas y hasta la fecha, han perdurado inalterados buena parte de los rasgos básicos del régimen sancionador diseñado por la LORTAD:

1. Una tipología de multas muy elevadas

La LORTAD estableció una gradación en las multas que la AEPD podía imponer al sector privado (empresas y organizaciones privadas) que ha permanecido casi intacta hasta la fecha y que resultan las más elevadas de Europa: a) Infracciones leves: de 600 (hoy, 900) a 60.001 €; b) Infracciones graves: de 60.001 (hoy, 40.001) a 300.000 €; c) Infracciones muy graves: 300.001 a 600.000 €. No en vano, durante la última década, la AEPD ha impuesto un total de *más de 206 millones de Euros en multas*.

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	TOTAL
MULTAS (miles de €)(4)	7989	8372	16439	21105	24422	23263	22013	24872	17497	19500	21054	+ de 206 millones

ber 15 th 2007, Washington; «La AEPD, Autoridad Independiente para la protección de datos personales», Journée d'études sur le droit à la protection des données au Maroc et en Espagne», Universidad de Rabat, 2010; «What is in the National and International Data Protection Agenda?», *Computers, Privacy & Data Protection, European Data Protection: in good health?*, 25-27 January 2011, Brussels; «What's on the regulatory agenda: hear from the regulators», *32nd International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners*, Jerusalén, 2010.

(3) Sirva como ejemplo, la Resolución sancionadora de la AEPD 2892/2013 por la que se imponía a Google Inc. una multa de 900.000 € por la unificación de sus políticas de privacidad en 2012. Idénticos hechos merecieron que la CNIL francesa impusiera a Google el 8 de enero de 2014 una multa de tan solo 150.000 €.

(4) Un desglose valorativo de estos datos en RALLO, A.: «Data Protection in Europe: the Spanish Data Protection Agency», Georgetown University Law Center, Washington, Abril, 2010, págs. 10 a 12. Una exposición sectorializada de estos datos pueden encontrarse en las Memorias Anuales de la AEPD.

Dada la amplitud de las cuantías que cada tipo de infracción permitía imponer —lo que ha llevado, incluso, a argumentar la «inconstitucionalidad» (5) de la legislación de protección de datos por vulnerar el principio de proporcionalidad—, la LORTAD contempló la posibilidad de su graduación atendiendo a diversas circunstancias atenuadoras o agravantes: la naturaleza de los derechos vulnerados o el volumen de los datos procesados; así como los beneficios obtenidos, la intencionalidad y la reincidencia del infractor.

En la práctica, la elevada cuantía de las multas previstas ha llevado a la AEPD a imponer sistemáticamente las sanciones económicas ajustadas al «suelo» de cada tipología (hoy, tras la reforma de la LOPD de 2011, 900, 40.001 y 300.001 €). De hecho, la propia Audiencia Nacional confirmaba tener «constancia de que en la gran mayoría de los casos las sanciones se imponen por la Agencia de Protección de Datos, y se confirman por este órgano judicial, en su cuantía mínima... máxime cuando el importe de las multas previstas en dicha ley orgánica es muy superior al de las normas dictadas en otros ámbitos sancionadores» (SAN de 16 de febrero de 2005).

Adicionalmente, la LORTAD habilitaba a la AEPD a adoptar medidas adicionales de aparente extraordinario impacto ejecutivo pero que han sido muy escasamente utilizadas: la *inmovilización* de ficheros. En determinados supuestos relevantes, el Director podría no sólo requerir el cese de la utilización o cesión ilícita de datos sino, también, en caso de negativa, «inmovilizar» tales ficheros. Dicha facultad no implica una sanción en sí misma pues, al tratarse de una medida dirigida al restablecimiento de la legalidad (6), puede ejercerse en cualquier momento a modo, incluso, de medida cautelar (7).

En realidad, la facultad de la AEPD consiste en «declarar la inmovilización» pues, a falta de medios coercitivos reales para alcanzar tal fin, dicha declaración, en alguna ocasión, no ha producido el efecto previsto y los ficheros han seguido «activos» —a pesar de la apertura de nuevos procedimientos sancionadores por infracción muy grave al no cesar en el uso ilegítimo de los tratamientos automatizados de datos de carácter personal pese a haber sido requerido por la AEPD.

(5) TORNOS MAS (2008): 36-40. En apretada síntesis, los argumentos de la inconstitucionalidad esgrimidos por el prof. Tornos se resumen en: 1) la gravedad de las sanciones, 2) la diferencia discriminatoria entre la normativa española y la europea, 3) la comparación con otras leyes sectoriales nacionales que protegen datos personales, 4) el limitado perjuicio, 5) y la prevalencia del derecho a la protección de datos ante la libertad de empresa constitucionalmente garantizada.

(6) GHICHOT REINA (2008): 56.

(7) En contra de tal calificación, FERNÁNDEZ SALMERÓN (2003): 438.

2. Una amplia tipología de infracciones legales

La LORTAD diseñó un elenco de infracciones, agrupadas en los consabidos bloques, que, a pesar de su aparente profusión, identificaban de forma muy confusa las conductas perseguidas adoleciendo de «imprecisiones, ambigüedad, coincidencias y solapamientos» (8).

La tipología de infracciones da respuesta a los principios legales que conforman la garantía del derecho fundamental a la protección de datos personales: principio de calidad de datos, derecho a información ante la recogida de datos, obtención del consentimiento para el tratamiento de datos, protección especial a los datos sensibles, garantía de la seguridad de los datos, salvaguarda del deber de secreto y protección frente a la cesión de datos sin consentimiento previo.

Como infracciones «leves», apenas se incluían las vulneraciones de tipo formal o documental o las referidas a la garantía de los derechos de información, rectificación y cancelación pero sin apenas admitir su extensión a otras situaciones que acabarán siendo sancionadas con infracciones graves.

Las «infracciones graves» van a protagonizar, sin duda, la acción sancionadora de la AEPD bien por la inequívoca identificación de las conductas infractoras (singularmente, la creación ilícita o falta de notificación de ficheros, la no existencia de consentimiento previo, la vulneración del deber de secreto o la ausencia de medidas de seguridad) bien por todo lo contrario: la amplitud de determinados tipos infractores —por ejemplo, el tratamiento de datos «conculcando los principios y garantías» legales y reglamentarias (art. 44 3 d) LOPD)— ha posibilitado su expansión y la catalogación como infracciones graves de numerosas vulneraciones de la legislación de protección de datos. Frente a las numerosas críticas vertidas sobre la amplitud de esta última infracción, la Audiencia Nacional ha entendido que esta previsión «no es tan genérica o imprecisa como para considerar que no cumple la exigencia constitucional de predeterminación suficiente del ilícito» (SAN de 8 de octubre de 2003, Recurso 1821/01).

Las infracciones «muy graves», sin embargo, merecieron una amplia regulación sobre conductas que, en ciertos casos, casi permanecen inéditas: la recogida de datos en forma engañosa y fraudulenta; la transferencia internacional ilícita de datos; o el tratamiento ilegítimo o con menosprecio a los principios y garantías que atenten contra los derechos fundamentales. Por el contrario, otras conductas infractoras —la ilícita cesión de datos o el trata-

(8) CALVO ROJAS (2008): 20-21.

miento ilícito y vulneración del deber de secreto sobre «datos sensibles»— resultaron de relevante alcance en pluralidad de supuestos.

3. *La investigación de «todas» las peticiones, denuncias y reclamaciones presentadas ante la AEPD*

Desde sus orígenes, la AEPD ha tramitado internamente y resuelto todas las denuncias individuales recibidas referidas a vulneraciones legales bien por mandato expreso de la ley de protección de datos bien por preceptivo cumplimiento de la legislación administrativa española. Por un lado, la LORTAD atribuía a la AEPD la función genérica de «velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación—en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación de datos»— y, al tiempo, le ordenaba «atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas». Por otro, la aplicación supletoria de la legislación española reguladora del procedimiento administrativo le exigía el inicio de los procedimientos administrativos establecidos (de tutela de derechos, investigación y sanción) cumpliendo con las garantías reglamentarias (9), legales y constitucionales (10).

De entrada, la legislación de protección de datos atribuye a todos los ciudadanos un derecho de acceso, rectificación cancelación y oposición que debe ejercer ante los responsables del tratamiento de sus datos. Pero, si éstos no satisfacen dichos derechos, los ciudadanos pueden ponerlo en conocimiento de la AEPD para que ésta, de forma ineludible y en un plazo máximo de seis meses, dicte resolución expresa de tutela de dichos derechos que podrá, incluso, ser susceptible de recurso judicial. Se trata de un procedimiento administrativo de obligado curso para la AEPD y revisable judicialmente.

Del especial crecimiento de las solicitudes de tutelas de derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (ARCO) resueltas por la AEPD—de entre las que 2/3 corresponderán al derecho de cancelación y 1/4 al derecho de acceso— da cuenta la tabla siguiente:

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Tutela de Derechos ARCO	393	541	463	592	632	849	1.229	1.947	1830	1939	2.193

(9) Un análisis detallado en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, (2009): 266-272, y ZABÍA DE LA MATA, J. (2008): 803-815.

(10) NAVARRO ALONSO (2008): 161-180.

Sin embargo, la expansión de la actividad de *enforcement* de la AEPD se ha debido al extraordinario aumento de las denuncias, quejas y reclamaciones de los ciudadanos por vulneración de la legislación de protección de datos.

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Denuncias	723	574	978	1.158	1.282	1.624	2.362	4.136	4.302	7.648	8.594

Los datos resultan concluyentes: en los últimos seis años, el número de denuncias se ha casi quintuplicado; el incesante crecimiento de denuncias sostenido hasta 2008, se ha cuadruplicado durante el último lustro. Y nada permite imaginar que esta tendencia de aumento progresivo no continúe en el futuro.

Durante la primera década de existencia de la AEPD, la totalidad de las denuncias eran objeto de una investigación dirigida a verificar los hechos denunciados y evaluar una potencial infracción legislativa. Esta investigación realizada por el Área de Inspección de la AEPD culminaba bien con el archivo de la denuncia bien con la apertura de un procedimiento administrativo sancionador (11).

Sin embargo, el explosivo crecimiento de las denuncias obligó a la AEPD a escrutar vías jurídicas de depuración de su *entrada* que, respetuosas con el marco legal vigente, evitaran el colapso de la acción investigadora y sancionadora o, lo peor, impidieran que el sistema inspector-sancionador deviniera en más formal o ficticio que real (12).

Sin incurrir en la discrecionalidad que derivaría de la mera implantación del principio *selective to be effective* (13), la AEPD realiza un riguroso examen de todas las reclamaciones y denuncias presentadas pero buen número de ellas no llegan a generar la apertura de una investigación por el desestimiento del denunciante o las inadmisiones y archivos declarados por la AEPD.

La AEPD no procede a la apertura de investigación cuando se produce el desestimiento del denunciante o la Agencia, tras el análisis inicial de la denuncia, procede a inadmitirla o archivarla por causas diversas: 1) por un lado, al comprobar que la LOPD no resulta aplicable (por exceder del ámbito territorial de su aplicación, por tratarse el afectado de persona jurídica, por

(11) Una exposición detallada del procedimiento en LÓPEZ CALVO (2008): 253-267.

(12) Sobre la dificultad para atender el creciente aluvión de denuncias y tutelas por la AEPD, RALLO, A.: «Strengths and weaknesses of enforcement: the spanish case», *London Initiative Workshop: «selective to be effective»*, London, 13th December 2007.

(13) Sin embargo, favorables a una acción sancionadora de la AEPD «selectiva» se manifiestan, usando como referencia el Ministerio Fiscal, ESPIN TEMPLADO (2008): 132 y, aludiendo a los limitados medios de la AEPD, TORNOS MAS (2008): 135 y HUERGO LORA (2008): 158.

pretenderse la protección de datos de personas fallecidas o por buscarse preferentemente la garantía de derechos de consumidores); 2) por la inexistencia de indicios mínimos probatorios suficientes para investigar; 3) por resultar inequívoca la prevalencia de otros derechos fundamentales (libertad de expresión, sindicación, tutela judicial efectiva); 4) por existir vías jurídicas de garantía del derecho de protección de datos alternativas y más efectivas que el procedimiento sancionador (por ejemplo, la cancelación de datos en Internet).

Incremento en desistimientos, inadmisiones y archivos de denuncias

Incrementos anuales (14)	2009	2010	2011	2012	Incremento 2011/2012
Desistimientos	222	229	337	448	32,94%
Inadmisiones	1.967	2.240	2.993	4.756	58,90%
Archivos	920	1.044	901	1.153	27,97%
Total	3.109	3.513	4.240	6.357	
Denuncias	4.136	4.302	7.648	8.594	

La comparación entre las cifras totales de denuncias presentadas durante los últimos años y el volumen de desistimientos, inadmisiones y archivos demuestra el rigor aplicado por la AEPD en su análisis inicial limitando la apertura de investigaciones de *escasa entidad* o *remota viabilidad*. El volumen de denuncia rechazadas *ad limine* se duplicó en cuatro años (2009-2012). En idénticos años, 3/4 de las denuncias no generaron inspección alguna. Y, especialmente llamativo resulta el incremento operado en 2012 respecto de 2001 en desistimientos (33%), inadmisiones (50%) y archivos (28%).

4. *Poderes de investigación efectivos*

La LORTAD inauguró un sistema de vigilancia y control sustentado fundamentalmente en la realización de «investigaciones presenciales» por los inspectores de la AEPD. La potestad de inspección legalmente reconocida les habilitaba para inspeccionar los ficheros sometidos al cumplimiento de la LORTAD «recabando cuantas informaciones resultaran precisas para el cumplimiento de sus cometidos».

A estos efectos, los inspectores de la AEPD gozaban de la condición de «autoridad pública» (en consecuencia, con la correspondiente protección jurídica en el orden administrativo y penal), «obstruir» el ejercicio de sus

(14) AEPD: *Memoria Anual*, 2012, pág. 70 (www.agpd.es).

funciones constituía una de las infracciones graves previstas en la LORTAD y estaban facultados para: 1) solicitar la exhibición o el envío de documentos y datos y examinarlos en el lugar en que se encontraren depositados, 2) inspeccionar los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de los datos; 3) y acceder a los locales donde se hallaren instalados. Sólo cuando la naturaleza de la investigación no requería de una actividad presencial de los inspectores, el procedimiento de control adquiría forma y trámite escrito. Y, en todo caso, no proporcionar en plazo a la AEPD cuantos documentos e informaciones fueran requeridos constituía una infracción grave.

5. La diferente responsabilidad entre sector público y sector privado: fuertes multas a las empresas versus aparente impunidad de las Administraciones Públicas

Si a empresas y organizaciones privadas se les ha aplicado «todo el peso de la ley» a través de cuantiosas multas, las infracciones cometidas por las Administraciones Públicas «sólo» han merecido que el Director de la AEPD dictara una resolución «declarando» dicha vulneración legal y «ordenando la adopción de las medidas pertinentes para cesar y corregir los efectos de la infracción». De esta notificación se informa al órgano administrativo jerárquicamente superior —proponiendo, en su caso, el inicio de actuaciones disciplinarias a funcionarios— y se viene dando cuenta sistemáticamente al Defensor del Pueblo. Finalmente, la Administración infractora deberá comunicar a la AEPD las medidas y actuaciones correctoras adoptadas.

Aunque resulta incuestionable que las numerosas declaraciones de infracción legal sobre Administraciones Públicas han provocado que los organismos públicos mejoren notablemente la protección de sus datos personales, este procedimiento de control, lejos de caracterizar un procedimiento sancionador «en sentido estricto» (15), adolece de un sesgo burocrático-procedimental con apariencia de impunidad por razones obvias: 1) por la no imposición de multas disuasorias como ocurre en otras tipologías de infracciones administrativas (por ejemplo, las de naturaleza medioambiental); 2) por la no apertura de procedimientos sancionadores disciplinarios a funcionarios públicos infractores; 3) por la burocratizada pasividad del Defensor del Pueblo tras la recepción de las resoluciones emitidas por la AEPD; 4) y por la tradicional falta de seguimiento de la AEPD sobre las medidas correctoras que la Administración infractora debe adoptar. Sin embargo durante el último lustro, a instancias del Defensor del Pueblo, la AEPD procede a abrir ex-

(15) GHICHOT REINA (2008): 71.

pedientes de investigación para el seguimiento de las medidas de corrección impuestas a la Administración infractora.

Sanciones al sector privado y a las Administraciones Públicas

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Sanciones Sector Privado	128	148	189	279	301	342	535	621	591	505	863(16)
Sanciones Sector Público	13	28	28	52	106	49	59	71	61	81	33

La diferencia de trato sancionador entre organizaciones y empresas privadas y Administraciones Públicas ha sido considerada, tradicionalmente, como un «trato privilegiado» (17), un incumplimiento del Derecho Comunitario (18), sin amparo constitucional, ni obligado por las relaciones interadministrativas y causado por la voluntad del legislador de exonerar de sanción económica a unas Administraciones Públicas potencialmente muy incumplidoras de la legislación de protección de datos. Por el contrario, no han faltado voces que han argumentado en favor de este trato diferenciado estimando como fundamento «suficiente, razonable y racional» (19) la innecesaria imposición de multas a las Administraciones Públicas que, en última instancia, recaerían en los ciudadanos contribuyentes.

II. LA VIGENCIA DE LA *LOPD* (1999) Y LA «MODULACIÓN» DE LAS MULTAS:
PUNTO DE INFLEXIÓN HACIA LA «HUMANIZACIÓN» DEL RÉGIMEN
SANCIONADOR Y UNA FUTURA ESTRATEGIA PROACTIVA

La *LORTAD* fue derogada y sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (*LOPD*) (20)

(16) A título ejemplificativo, cabe destacar que la *Memoria Anual* de 2012 de la AEPD destaca —continuando una tendencia prácticamente constante durante toda la década anterior— que la mayor parte de las sanciones corresponde al sector de las telecomunicaciones (73% del total con 15.368.938 €). Tres de los principales operadores de telecomunicaciones acumulan el 70,94% del importe global de multas. Además, se declararon sanciones por más de un millón de euros en los sectores financiero (2.853.000 €, 13,55%) y de servicios como energía o agua (1.270.000 €, 6,03%). Sin embargo, las numerosas sanciones impuestas en video vigilancia (31,98%) sólo representaron el 1,60% del total de multas.

(17) CALVO ROJAS (2008): 27.

(18) GHICHOT REINA (2008): 73.

(19) Así lo afirma REBOLLO PUIG (2008): 105.

(20) Todo análisis de la *LOPD* obliga a recurrir al estudio de la abundante y cualificada jurisprudencia dictada por el órgano judicial revisor de las resoluciones de la AEPD (Audiencia Nacional) y por el Tribunal Supremo. De ahí que resulte de obligada referencia la magna obra recopilatoria rea-

—que venía a transponer en España la Directiva 95/46/CE— pero sin introducir notables cambios en el régimen sancionador preexistente.

Todos los elementos identificativos del régimen sancionador anteriormente reseñados fueron reproducidos casi en sus términos literales por la LOPD y apenas cabe reseñar algunas *novedades* aparentemente menores pero que, en la práctica, resultaron trascendentes.

1. *La continuidad del catálogo de infracciones y de los criterios de modulación de multas*

Los tipos infractores apenas sufrieron cambios con la nueva Ley (por ejemplo, la vulneración del deber de secreto pasó a calificarse como infracción leve y sólo si afectaba a datos sensibles era considerada grave). Sin embargo, la tipología de las infracciones previstas tanto en la LORTAD como en la LOPD se tradujo, en la práctica, en una incuestionable preponderancia de las infracciones graves que, como es sabido, comportaba el riesgo de una potencial multa de entre 60.001 y 300.000 €.

El análisis aleatorio de un periodo concreto (2006-2009) muestra que las infracciones graves vienen a constituir 2/3 del volumen total de infracciones declaradas (seguidas en importancia por las infracciones leves). Además, si bien las infracciones muy graves evidencian un significativo retroceso y las leves una estabilización, las infracciones graves sufrieron un incremento exponencial extraordinario casi duplicándose durante ese periodo y, en todo caso, aumentando un 38% entre 2007 y 2008.

Clasificación de infracciones: predominio de las infracciones graves (21)

	2006	2007	2008	2009
Leves	111	108	105	152
Graves	308	323	520	527
Muy graves	43	43	35	33
Total	462	474	660	712

lizada por los magistrados miembros de la Sección 1.^ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en LESMES SERRANO (2008) y, en particular, sobre el régimen sancionatorio, GUERRERO ZAPLANA (2008): 625-734. También resulta útil TRONCOSO REIGADA (2010).

(21) Un análisis específico sobre la evolución de los criterios de modulación de sanciones, en RALLO, A: «Development of the Agency's audit and sanctions policy in Spain. Trends regarding investigations, fines and other sanctions», *23rd Annual International Conference*, 5 th July 2010, St. John's College, Cambridge y «The regulator's Priorities. View of the Spanish DPA», *IAPP Europe Data Protection Congress*, Paris, 2010.

La LOPD estableció una modulación en la cuantía de las multas dentro de cada tramo infractor (600-60.000, 60.001-300.000 y 300.001-600.000) atendiendo a las condiciones atenuantes o agravantes ya previstas en la ley anterior (naturaleza de los derechos vulnerados, volumen de datos, beneficios obtenidos, intencionalidad y reincidencia) que tradicionalmente han permitido una extensa aplicación de las multas en su cuantía mínima.

Los criterios de modulación del art. 45.4 LOPD (22)

	Total 2006	Total 2007	Total 2008	2008 Sanciones moduladas	Total 2009	2009 Sanciones moduladas	Total 2010	Total 2011	Total 2012
Leves	111	108	105	50	152	61			
Graves	308	323	520	190	527	219			
Muy graves	43	43	35	4	33	3			
Total	462	474	660	244	712	283	591	505	863
Sin modulación			416		429			136	166

Un análisis específico de las sanciones impuestas en el bienio 2008-2009 permite comprobar la amplia aplicación de los criterios de modulación previstos en el art. 45.4 LOPD. En 2008, el 47% de las infracciones leves, el 37% de las graves y el 11% de las muy graves. En 2009, el 40% de las infracciones leves, el 41% de las graves y el 9% de las muy graves. Además, en 2008, las infracciones moduladas fueron el 37% del total; en 2011, el 73%; y el 80%, en 2012.

Sin embargo, resulta evidente que hasta la reforma de 2011 no se producía una aplicación generalizada pues, como veremos, la expansiva aplicación de los criterios de gradación del art. 45.5 LOPD llevaba a la AEPD a matizar la modulación a la baja hasta el suelo mínimo de las multas.

2. *La nueva cláusula de degradación de las multas: la cualificada
disminución de la culpabilidad*

La LOPD incorporó un nuevo criterio de *degradación* de las sanciones económicas sustentado sobre la siguiente *ratio*: *la AEPD podría, en razón de*

(22) Datos comparativos recogidos en RALLO, A.: «Development of the Agency's audit and sanctions policy in Spain. Trends regarding investigations, fines and other sanctions», *23rd Annual International Conference, July 5th-7th 2010, St. John's College, Cambridge*. Posteriormente, completados con AEPD: *Memorial Annual*, 2012, pág. 71.

las circunstancias concurrentes, apreciar una «cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho», estableciendo la cuantía de la sanción correspondiente a las infracciones inmediatamente precedentes en gravedad a la considerada en el caso que se sanciona (art. 45.5). Esto es, ante una potencial sanción «muy grave» por una infracción así considerada en la LOPD, la AEPD podía imponer la multa correspondiente a las infracciones «graves» (o, en su caso, ante una originaria sanción «grave» imponer la multa de las «leves») si apreciaba una cualificada disminución de la culpabilidad del infractor o de la antijuridicidad del hecho.

Inicialmente, esta *cláusula de degradación* de las sanciones, que ponía de manifiesto la «mala conciencia» (23) del legislador, fue objeto de una restrictiva interpretación obligada por la interpretación del Tribunal Supremo que exigía su aplicación excepcional sólo cuando resultaran debidamente justificadas y cualificadas las circunstancias que acreditaran la «disminución de culpabilidad y antijuridicidad» (24). No en vano, el TS ha llegado a anular Sentencias de la AN que apreciaban la concurrencia del art. 45.5 LOPD por estimar la inexistencia de una mínima motivación suficiente alejada de meras «especulaciones dialécticas» (STS de 18 de marzo de 2005, Recurso 121/99). Este criterio restrictivo era traducido por la Audiencia Nacional en los siguientes términos: «es esta una regla que debe aplicarse con exquisita ponderación, y solo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas atendidas las circunstancias del caso concreto, de forma que repugne a la sensibilidad jurídica, siempre guiada por el valor justicia, la imposición de la sanción correspondiente al grado. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos» (SAN de 25 de julio de 2006, Recurso 210/05).

Además, ante el riesgo de confundir las «circunstancias atenuantes» moduladoras de la multa en cada tramo con las «circunstancias cualificadoras de la disminución de culpabilidad» para reducir el grado de la infracción, ésta última posibilidad tuvo escasa aplicación y vigencia hasta 2007 cuando la AEPD empezó a ejemplificar los supuestos en que resultaba aplicable esta «cláusula graduadora» prevista en el art. 45.5 LOPD (25):

— La absorción de empresas: la infracción fue realizada por una empresa posteriormente fusionada, absorbida o adquirida por otra a la que se

(23) TORNOS MAS (2008): 40.

(24) Por todas, la STS de 7 de marzo de 2006 (Recurso 5548/2006). Favorable a esta aplicación restrictiva, el Magistrado del Tribunal Supremo ESPÍN TEMPLADO (2008): 131.

(25) Los supuestos relacionados resumen los variados ejemplos de aplicación del art. 45.5 LOPD recogidos en las *Memorias Anuales* de la AEPD de 2007 a 2010 (www.agpd.es).

le imputa la sanción y esta última hubiera implantado medidas que hubieran evitado la infracción.

— El fallo excepcional: el infractor disponía de un protocolo adecuado de recogida de datos y éste, excepcionalmente, falló.

— La dificultad técnica: la infracción derivara de hechos de difícil detección pero sin actuación negligente ni errónea aplicación de la legislación.

— La reacción correctora inmediata: el infractor reaccionó inmediatamente al conocer los hechos, minimizando sus efectos, o regularizando la situación de forma diligente en un tiempo prudencial.

— La formación de los trabajadores: el infractor adoptó e implantó medidas formativas para los trabajadores sobre cumplimiento de la legislación de protección de datos.

— La provocación de afectado (26): el afectado no actuó diligentemente, fue corresponsable de la infracción o indujo a error al infractor.

— Las medidas de seguridad reales: la empresa disponía de un sistema de medidas de seguridad aunque no cumpliera con todas las obligaciones formales.

— El infractor no cualificado: el infractor era persona física o pequeña o mediana empresa sin cualificación técnica.

— La autoinculpación inmediata (27): El infractor reconoció espontáneamente la culpa al inicio del procedimiento.

Las situaciones anteriormente descritas respondían a la imperiosa necesidad de adecuación del régimen legal sancionador a una estrategia que, atendiendo a la experiencia de década y media de vigencia, combinase la ineludible acción represora sancionadora con, por un lado, la «humanización» del modelo sancionador y, por otro lado, con el impulso y estímulo de las acciones empresariales preventivas y de buen cumplimiento de la legislación de protección de datos.

(26) De hecho, como apuntan FERNÁNDEZ LÓPEZ y TORNOS MAS (2008): 90, 91 y 137, un fenómeno derivado de la severidad del régimen sancionador ha sido el de la *patología del chantaje* al incumplidor de la LOPD a cambio de compensaciones económicas para evitar la denuncia de infracciones ante la AEPD.

(27) Una duda recurrente sobre la aplicabilidad de esta cláusula de degradación consistía en interrogarse sobre si la apreciación de una «disminución cualificada de culpabilidad» podía aplicarse a comportamientos posteriores a la infracción. En sentido radicalmente positivo se pronunciaba REBOLLO PUIG (2008): 117.

Los criterios de gradación del art. 45.5 LOPD (28)

	2008 Sanciones	2008 Sanciones graduadas	2009 Sanciones	2009 Sanciones graduadas	2010 sanciones	2010 Sanciones graduadas	2011 Sanciones	2011 Sanciones graduadas	2012 Sanciones	2012 Sanciones graduadas
Leves	105	–	152	–						
Graves	520	204	527	193						
Muy graves	35	25	33	26						
Total	660	229	712	219	591	182	505	145	863	308

Los datos que ofrece la comparación detallada del bienio 2008-2009 resultan muy ilustrativos. En 2008, el 71% de las infracciones muy graves eran rebajadas a graves y el 39% de las graves, se transformaban en leves. En 2009, el 79% de las muy graves pasaban a graves y el 36% de las graves se convertían en leves. Durante los años siguientes, fueron objeto de degradación el 69% (2010), 71% (2011) y el 35% (2012) del conjunto de infracciones graves y muy graves.

Con todo ello, la AEPD buscó cumplir objetivos con generalizado consenso: a) reconocer y paliar la severidad de un régimen sancionador que, a priori, no diferenciaba entre grandes empresas y pequeñas organizaciones o, incluso, personas físicas sin cualificación específica en protección de datos; b) constatar que numerosas infracciones no tenían su origen en una voluntad inequívoca de vulneración de la legislación de protección de datos sino en un desconocimiento de la misma cuyo reproche no podía ser idéntico para empresas organizaciones cuyo negocio u ocupación residía en el tratamiento de datos que para el resto de potenciales infractores; c) reconocer que la dificultad aplicativa y la excepcionalidad, en ocasiones, del incumplimiento de la legislación de protección de datos compensándola con la más diligente reacción inmediata frente los daños causados; d) animar a la implantación de instrumentos de garantía preventiva (planes de formación laboral, protocolos de actuación, implantación de medidas de seguridad como medio para paliar potenciales infracciones no buscadas ni deseadas.

(28) AEPD: *Memorial Annual*, 2012, pág. 71 (www.agpd.es). Un avance de estos datos comparativos en RALLO, A.: «Development of the Agency's audit and sanctions policy in Spain. Trends regarding investigations, fines and other sanctions», *23rd Annual International Conference, July 5th-7th 2010, St. John's College, Cambridge*.

Comparativa entre evolución de multas y sanciones

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	TOTAL
MULTAS (miles de €) (29)	7989	8372	16439	21105	24422	23263	22013	24872	17497	19500	21054	+ de 206 millones
Sanciones Sector Privado	128	148	189	279	301	342	535	661	591	505	863	
Apercibimiento										312	352	
Hipotético valor medio multa/sanción (miles de €)	62	57	87	76	81	68	41	38	30	24	17	

El análisis comparativo entre los datos relativos al total anual de multas y su correlativa cifra de sanciones impuestas al sector privado ofrece consideraciones conclusivas de alto interés:

a) El año 2006 marca un punto de inflexión en el rigor sancionador de la AEPD —atendiendo al valor medio de multas/sanciones— con el volumen total de multas impuestas de más de *24 millones de Euros*.

b) Hasta 2006, el progresivo incremento anual de las sanciones y multas resultaba impactante y evidenciaba una imparable ascensión: con un significativo despunte de las multas por encima de las sanciones. Por un lado, las sanciones aumentaban en un 15% (2003), 28% (2004), 47% (2005) y 7% (2006). En total, en el quinquenio 2002-2006, las sanciones declaradas se habían duplicado ampliamente (con un incremento del 238%). Por otro lado, las multas subían un 5% (2003), un 49% (2004), un 22% (2005) y un 14% (2006). En total, un incremento del volumen de multas entre 2002 y 2006 superior al triple (327%).

c) El cuatrienio 2007-2010 protagoniza la nueva estrategia de modulación y degradación de las sanciones. Fruto de la mayor concienciación social y el incremento de denuncias ciudadanas, las sanciones declaradas continuaron creciendo a ritmo vertiginoso: en cuatro años, entre 2007 y 2010, casi se duplicaron las sanciones (196%) mientras que las multas se reducen un 28%.

El mejor recurso estadístico para demostrar la progresiva reducción de la gravosidad de las sanciones derivada de la modulación y degradación impulsada por la AEPD desde 2007 se encuentra en la evolución del hipotético valor medio en multas de las sanciones. Si en el quinquenio 2002-2006 se evidenciaron los valores medios más elevados —87 (2004),

(29) RALLO, A.: «Data Protection in Europe: the Spanish Data Protection Agency», Georgetown University Law Center, Washington, Abril, 2010, págs. 10 a 12

81 (2006) y 76 (2005)—, desde 2007 a 2010 se muestra una relevante y continuada reducción: 68 (2007), 41 (2008), 38 (2009) y 30 (2010).

d) Finalmente, el bienio 2011-2012 refleja el impacto de la reforma de la LOPD de 2011 que vino a normativizar la práctica interpretativa previa de la AEPD en la aplicación de criterios de modulación y degradación. Su análisis demuestra una concluyente continuidad. Si los apercibimientos son considerados una declaración no sancionatoria de *primera infracción* y se suman a las sanciones impuestas, se observará que el repunte del volumen total de multas no desvirtúa el reducido valor medio de las sanciones: 24 (2011) y 17 (2012).

En definitiva, la configuración de este «modelo de modulación y degradación» de las multas abriría las puertas a una nueva estrategia que combinaría la necesaria represión del régimen sancionador con medidas proactivas de exigencia de responsabilidad (*accountability*) a las empresas y organizaciones privadas. Como veremos, este decidido impulso de la AEPD abrió las puertas a la reforma de la legislación de protección de datos producida en 2011.

3. *La publicidad de las sanciones en la web de la AEPD*

A pesar de los intentos de la AEPD dirigidos a introducir en la LOPD, como sanción suplementaria, la publicidad de las sanciones (30), esta previsión legal tuvo que esperar a la Ley 62/2003 para establecer que las resoluciones de la AEPD se harían públicas, una vez hubieran sido notificadas a los interesados y disociando los datos personales, en la página web de la AEPD. Aunque la publicidad de las sanciones de la AEPD no tiene la naturaleza formal de sanción, resulta innegable que para las empresas y organizaciones afectadas constituye una *sanción material* pues afecta al crédito social que las actividades empresariales y comerciales requieren.

III. LA REFORMA DEL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LA LOPD (2011): REPRESIÓN Y PREVENCIÓN INTEGRADAS EN UNA MISMA ESTRATEGIA DE ENFORCEMENT

La reforma del régimen sancionador previsto en la legislación de protección de datos (primero, en la LORTAD y, después, en la LOPD) venía

(30) Como recuerda el Ex Director de la AEPD J. M. FERNÁNDEZ LOPEZ (2008): 90.

siendo, durante casi una década, incisivamente demandada por diversas organizaciones empresariales —particularmente, del sector de la publicidad y el marketing(31) como principales destinatarias de sus rigurosas multas y alegando los elevados costes de su cumplimiento y la desventaja competitiva que les provocaba frente a similares sectores empresariales de otros países europeos.

Haciéndose eco de esta postura (32), con motivo de la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) presentó una enmienda de modificación de la LOPD que, siguiendo los intereses empresariales referidos, pretendía reformar en su totalidad su régimen sancionador proponiendo: 1) una revisión significativa del catálogo de infracciones dirigida a devaluar los grados en que se venían regulando; 2) una relevante reducción de la tipología y cuantía de multas en los tramos (especialmente, las graves) de mayor impacto (leves, hasta 6.000; graves, 6.000 a 60.000; y, muy graves, de 60.000 a 300.000)(33); 3) y la previsión del apercibimiento al infractor como medida alternativa a la primera sanción.

Sin embargo, el propio Grupo Parlamentario proponente de la enmienda anterior se dirigió a la AEPD invitándole a proponer un texto alternativo (que pudiera, como finalmente ocurrió, ser objeto de consenso en su tramitación parlamentaria en el Senado) iluminado por su larga y reconocida experiencia aplicativa de la ley de protección de datos. La AEPD aceptó el reto y elaboró una propuesta alternativa que incluiría sustancialmente su visión sobre las necesidades de revisión del régimen sancionador de la legislación de protección de datos.

(31) Como ilustra el *Informe Landwell sobre propuesta de modificación de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* elaborado a instancias de la Federación Española de Comercio Electrónico y Marketing Directo en marzo de 2007. Igualmente clarificadora la intervención del representante de FECEM LLAIRÓ CANAL (2008): 123-126.

(32) Posición diáfana expuesta por el portavoz parlamentario de Convergència i Unió en el Congreso de los Diputados D. JORDI JANÉ I GUASH (2008): 120 y 230-232.

(33) El Grupo Parlamentario Catalán justificaba esta reducción comparando los datos de otros países europeos: en España, una cesión ilícita de datos con fines publicitarios podría alcanzar entre 300.001 y 600.000 € (aunque reducible por atenuantes a 60.001-300.000€). En Alemania, como máximo, 50.000 €; en Francia solo sería sancionado si incumpliese el apercibimiento de la CNIL con una multa inferior a 60.000 € —pues la primera infracción sólo admite multas hasta 150.000 €—; en Holanda, hasta 4.537 €; en Bélgica, una multa no superior a 100.000 €; en Portugal, hasta 9.975 €; en Italia, entre 10.000 y 60.000 € (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 60-14, de 11/10/2010, págs. 364 a 367).

La propuesta de la AEPD fue asumida casi (34) íntegramente como enmienda transaccional ampliamente apoyada por los Grupos Parlamentarios en la ponencia parlamentaria del Senado y se convirtió en Disposición Final 56 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible por la que se reformaban los arts. 43 a 46 y 49 LOPD.

El nuevo régimen sancionador propuesto por la AEPD se sustentaba en los siguientes pilares:

1. *El mantenimiento de la cuantía de las multas: un efectivo alto estándar de sanción*

El régimen sancionador español se había caracterizado históricamente por la elevada cuantía de sus sanciones económicas y una devaluación significativa de éstas habría enviado un mensaje al conjunto de la sociedad de relajación en la garantía del derecho de protección de datos opuesto a las necesidades sociales hoy existentes (35). Además, si bien dos décadas atrás cuando se instauró, podía pecar de exceso, en la actualidad la realidad socio-económica y los sistemas sancionatorios implantados en países del entorno (Francia o Reino Unido) o en proceso de adopción (como lo evidencia la previsión de sanciones económicas contenidas en el proyecto de Reglamento Europeo de Protección de Datos (36)) demuestran su plena vigencia.

(34) A pesar de la inequívoca posición de la AEPD favorable al mantenimiento de las cuantías vigentes para las multas, la enmienda 466 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) presentada en el Senado perseveró, aunque de forma mucho más matizada, en la idea de reducir dichas cuantías proponiendo la siguiente tipología: leves, de 600 a 30.000 €; graves, de 30.001 a 300.000 €; y muy graves, de 300.001 a 600.000 € (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, apartado I, núm. 9-41, de 28/01/2011, págs. 385 a 388). Finalmente, el acuerdo posterior del Grupo Catalán y el Grupo Socialista (con la intervención favorable del Gabinete del Ministro de Justicia) fijaría la cuantía definitiva de las multas que resultó recogida en el Informe de la ponencia parlamentaria del Senado: leves, 900 a 40.000€; graves, 40.001 a 300.000 €; y muy graves, 300.001 a 600.000 € (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, apartado I, núm. 12-58, de 07/02/2011, pág. 7).

(35) No en vano, no faltan cualificadas opiniones, como la del Magistrado del Tribunal Supremo CALVO ROJAS (2008): 30, que afirman que «el riesgo de sanción no es tan disuasorio como debiera ... la cuantía de las multas, con no ser desdeñable, no garantiza que vaya a quedar enteramente neutralizado el beneficio ilegalmente obtenido ... en materia de protección de datos es particularmente abultada la cifra negra, esto es, el cúmulo de infracciones que no solo quedan impunes sino que ni siquiera dan lugar a la incoación de un procedimiento tendente a su esclarecimiento y eventual sanción».

(36) Recuérdese que el Proyecto de Reglamento General de Protección de Datos presentado por la Comisión Europea el 25 de enero de 2012 preveía una tipología de multas de

2. *La necesaria revisión de la tipología de infracciones: el fortalecimiento de la seguridad jurídica*

Tras dos décadas de vigencia, la tipología de infracciones prevista en la LOPD había evidenciado tanto la esterilidad de algunos supuestos innecesarios como, por el contrario, el recurso recurrente a otros que, por su enorme apertura, precisaban de delimitación y concreción. La reforma, además, permitió identificar ciertas infracciones que merecían agravamiento (como el incumplimiento del deber de secreto) o minoración (la cesión ilícita de datos no sensibles).

3. *La ampliación de los criterios de modulación y gradación de las cuantías de las multas: la accountability como principio inspirador*

Las cuantiosas multas previstas en la legislación española de protección de datos habían empujado históricamente a la AEPD a consolidar la práctica de imponer la cuantía correspondiente al «suelo» de cada tramo —600 (hoy, 900), 60.001 (hoy, 40.001) y 300.001 €— convirtiendo, en gran medida, en ineficaces y casi innecesarios los criterios de modulación previstos tanto en la LORTAD como en el art. 45.4 LOPD: la naturaleza de los derechos vulnerados, el volumen de los datos procesados, los beneficios obtenidos, la intencionalidad y la reincidencia del infractor.

Curiosamente, aunque pueda parecer contradictorio, la reforma de 2011 no sólo mantuvo los criterios anteriores sino que los amplió de forma significativa con los siguientes:

- el carácter continuado de la infracción,
- la vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal,
- el volumen de negocio o actividad del infractor,
- la naturaleza de los perjuicios causados;
- la acreditación de que, con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción, el infractor tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de datos, siendo la infracción conse-

hasta 250000 € (o el 0,5% de su volumen de negocios anual a nivel mundial); hasta 500000 € (o hasta el 1% de su volumen de negocios anual a nivel mundial); y hasta 1000000 € (o hasta el 2% de su volumen de negocios anual a nivel mundial).

cuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor;

— y cualquier otra circunstancia que fuera relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad de la infracción.

La causa de esta notable extensión de las circunstancias de modulación (atenuantes o agravantes) hay que buscarla, fundamentalmente, en la necesidad de objetivar su concurrencia para posibilitar la aplicación del art. 45.5 LOPD —que, conviene recordar, permite que la AEPD multe con la cuantía de la infracción que preceda inmediatamente en gravedad a la que se sanciona.

Este precepto, con la reforma de 2011, fue perfeccionado objetivando en la norma las circunstancias que permiten «apreciar una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho» y extendiendo los supuestos para su aplicación. Por un lado, se mejoró en seguridad jurídica al proclamar que dicha apreciación derivaría «de la concurrencia *significativa* de *varios* de los criterios» anteriormente enunciados. Por otro, se adicionaron al elenco de circunstancias acreditativas de la «cualificada disminución de culpabilidad» varios supuestos (37) que, como los restantes, ya venían siendo así considerados por la doctrina de la AEPD previendo que:

— la entidad infractora hubiera regularizado la situación irregular de forma diligente;

— la conducta del afectado hubiera inducido a la comisión de la infracción;

— el infractor hubiera reconocido espontáneamente su culpabilidad;

— la infracción correspondiera a una entidad diferente a la que posteriormente la hubiera absorbido.

Como se observará, la revisión de la tipología de infracciones y este amplio catálogo de circunstancias (atenuantes y agravantes) dirigidas tanto a «modular» la multa como a «degradar» la sanción buscaba atender fines y objetivos bien legítimos que, hasta el momento, la LOPD no explicitaba aunque la interpretación de la AEPD lo hubiera posibilitado:

1) Por un lado, reducir una potencial multa de 600.000 € a 40.001 € —o de 300.000 € a 900 €— a tantos y tantos supuestos en que un infractor (persona física o pequeña empresa) desconocedor (como buena parte del conjunto de la sociedad) de una obtusa normativa de protección de datos hubiera espontáneamente reconocido su culpa y de forma diligente corregido

(37) Con anterioridad, TORNOS MAS (2008): 49-50 ya había avanzado un elenco de supuestos de aplicación de esta cláusula degradadora —parcialmente coincidentes con los de la AEPD— para su inclusión en el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

una irregularidad de escaso impacto, sin beneficio económico y en el marco de una actividad alejada del tratamiento de datos (sirva, por todos, el ejemplo prototípico de la publicación por el presidente de una comunidad de propietarios de ciertos datos de vecinos en un tablón de anuncios de la vivienda de acceso público). En definitiva, se pretendió *humanizar* un régimen sancionador pensado, sin duda, en su origen, para otros destinatarios (grandes empresas de banca, servicios, telefonía, publicidad, solvencia, etc.) pero que, en la práctica, *mientras que para los grandes las sanciones podían no ser disuasorias, para los pequeños podían ser «exterminadoras»* (38).

2) Por otro lado, premiar la conducta responsable (*accountable*) y vocacionalmente cumplidora de la legislación de protección de datos de organizaciones y empresas que, excepcionalmente o inducidas por razones ajenas a su voluntad, hubieran cometido alguna infracción pero, al tiempo, hubiesen reaccionado con diligencia para paliar sus efectos. Esto es, este nuevo régimen sancionador apostaba decididamente por la *pedagogía de la responsabilidad*.

4. *El apercibimiento de la primera infracción: ¿disuasión o relajación en el cumplimiento legal?*

La reforma de la LOPD introdujo un nuevo mecanismo reactivo frente a los incumplimientos de la legislación de protección de datos llamado a protagonizar un gran impacto en el sistema sancionador: el apercibimiento.

Se trata, sin duda, de un instrumento legal ajeno a la tradición española de *enforcement* —pero vigente en otros países próximos (Francia (39)) con clara expectativa de generalización en Europa (40)— por tratarse de un medio alternativo a la sanción directa. Este mecanismo responde a la gene-

(38) Afirmación de CASINO RUBIO (2008): 87.

(39) El art. 45 de la Ley 78-17, du 6 janvier 1978, de la Informática y las Libertades, modificada sucesivamente y por última vez por la Ley 2011-334, de 29 de marzo de 2011, contempla este mecanismo sancionador: «1. La formation restreinte de la Commission nationale de l'informatique et des libertés peut prononcer, après une procédure contradictoire, un avertissement à l'égard du responsable d'un traitement qui ne respecte pas les obligations découlant de la présente loi. Cet avertissement a le caractère d'une sanction».

(40) Recuérdese que el Proyecto de Reglamento Europeo de Protección de Datos presentado en 2012 por la Comisión Europea contempla en su régimen sancionador que, «en el caso de un primer incumplimiento, podrá enviarse una advertencia escrita y no se impondrá sanción alguna, si: a) una persona física realiza el tratamiento de datos personales sin interés comercial b) o una empresa u organización que emplee menos de 250 personas trata datos personales únicamente como actividad auxiliar de su actividad principal».

ralizada percepción de que numerosos incumplimientos legales no son el fruto de una decidida voluntad vulneradora sino de un desconocimiento de la regulación de un *novísimo* derecho fundamental merecedor de *una segunda oportunidad*.

No obstante, la regulación española del «apercibimiento», lejos de prever una aplicación ciega y automática, está sometida a las reglas y límites del art. 45.6 LOPD:

1) La AEPD goza de una facultad potestativa que, en lugar de imponerse preceptiva y generalizadamente, solo podrá ejercer «excepcionalmente» cuando se den determinadas circunstancias;

2) el apercibimiento —aunque no tenga naturaleza de sanción y no requiera de las garantías del procedimiento sancionador— no se acordará como acto reflejo de cualquier denuncia sino que deberá ser el resultado de un procedimiento contradictorio con audiencia de las partes (denunciante y denunciado);

3) el apercibimiento sólo se declarará cuando se valoren la naturaleza de los hechos y concurren «significativamente» los criterios de modulación y degradación de las multas previstos en la LOPD;

4) la AEPD sólo podrá apercibir en una ocasión al mismo infractor pues resulta excluido el apercibimiento al infractor que hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad (incluso por hechos de naturaleza distinta);

5) el apercibimiento no podrá aplicarse a hechos constitutivos de infracciones muy graves;

6) el apercibimiento de la AEPD comportará la fijación de plazo para acreditar la adopción de las medidas correctoras pertinentes y, en su defecto, se iniciará el procedimiento sancionador.

Como resultaba previsible, a pesar de las condiciones restrictivas para declarar el apercibimiento, este nuevo instrumento de *enforcement* ha tenido notable impacto.

Apercibimientos y sanciones

	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Sanciones económicas	342	535	661	591	505	863
Apercibimientos					312 (38%)	352 (29%)

El bienio 2011-2012 ofrece una visión panorámica suficiente del impacto de la reforma de 2011 del régimen sancionador de la LOPD y, en particular, la relevante función que el apercibimiento está cumpliendo y puede cumplir en el futuro.

Si se consideraran los apercibimientos como una declaración de *primera infracción* y se sumaran a las sanciones impuestas en 2011 y 2012, los datos evidenciarían, de nuevo, el explosivo incremento producido en estos años de la actividad sancionadora de la AEPD: un 123% de incremento en 2011 (respecto de 2010) y en 2012 un incremento del 149% (respecto de 2011) o del 183% (respecto de 2010).

No obstante, tras la reforma de 2011, ese incremento no tiene su correlato en idéntico aumento de sanciones económicas y multas gracias a la figura del apercibimiento que, en 2011, supuso un 38% (312) del total de infracciones declaradas y, en 2012, un 29% (352).

Tanto en 2011 como en 2012, los apercibimientos se concentraron en el sector de la video vigilancia privada (más del 70%) y en mucha menor medida en los servicios de Internet y las actuaciones de profesionales, comunidades de propietarios y administradores de fincas. Por el contrario, la AEPD no adoptó apercibimientos —y, en consecuencia, procedió a la apertura de los correspondientes procedimientos inspectores y, en su caso, sancionadores— en supuestos como los siguientes: 1) por falta de apreciación de la disminución de culpabilidad y/o antijuridicidad en casos de suplantación de identidad en redes sociales de Internet u obtención de datos en Internet con engaño; 2) por quedar afectados en los hechos denunciados datos sensibles divulgados, entre otros casos, a causa de brechas relevantes de seguridad, a través de Internet o en documentos judiciales; 3) o por la existencia de un relevante volumen de negocio del potencial infractor o por su vinculación a una actividad de procesamiento de datos (41).

Lo cierto es que el *objetivo de humanizar* el sistema sancionador de la LOPD perseguido por la AEPD —primero, con la práctica aplicativa de criterios de modulación y degradación del sistema sancionador de la LOPD en 2007-2010 y, segundo, con la reforma legal de 2011— se ha cumplido ampliamente si atendemos a los reveladores datos de su Memoria Anual de 2011: «apenas el 14% de las multas se ha impuesto sin atenuación, puesto que en el 86% de los casos se ha modulado la sanción, bien al dictarse apercibimientos o bien aplicando los criterios de atenuación que prevé la LOPD en los apartados 4 y 5 del artículo 45» (42).

(41) AEPD: *Memoria Anual*, 2011 y 2012 (www.agpd.es).

(42) AEPD: *Memoria Anual*, 2011, pág. 23 (www.agpd.es).

5. Una leyenda urbana: la financiación de la AEPD mediante multas como causa de su pérdida de objetividad

Una parte difícil de cuantificar del prestigio, autoridad y legitimidad ganados por la actividad inspectora y sancionadora de la AEPD durante los últimos veinte años se ha perdido a causa de la creencia bien extendida —*ad intra et ad extra* las fronteras españolas— de que el importante volumen de multas se debe a un afán recaudatorio de la AEPD para garantizar su autofinanciación y, con ello, su propia existencia.

De entrada, hay que reconocer y proclamar, sin ambages ni matices, que es cierto que la AEPD financia casi la totalidad de sus gastos con ingresos procedentes de las multas impuestas: recaudadas, primero, por la Agencia Tributaria y, posteriormente, ingresadas en cuentas bancarias de las que únicamente es titular la AEPD.

Este régimen jurídico-financiero ha permanecido inalterado desde el primer momento fundacional de la AEPD hasta la fecha y, conviene recordarlo, ninguna de las reformas legislativas tramitadas —a pesar de la posición favorable de la AEPD (43)— se han ocupado de alterar este *statu quo*.

Por un lado, el art. 35.4 LOPD establece que la AEPD contará, para el cumplimiento de sus fines, con a) las asignaciones que se establezcan anualmente en los Presupuestos Generales del Estado —que resultan marginales y meramente testimoniales— y b) los bienes y valores que constituyan su patrimonio, productos y rentas del mismo, y cualesquiera otros recursos que legalmente puedan serle atribuidos. Por ello, el Estatuto de la AEPD de 1993 concretaba estas previsiones legales especificando, en su art. 32 c), *que los recursos económicos de la AEPD comprenderían «los ingresos, ordinarios y extraordinarios derivados del ejercicio de sus actividades»*. Esto es, existe una inalterada previsión normativa que posibilita la financiación de la AEPD mediante la multas impuestas y recaudadas y que se ha reflejado de forma continuada durante las últimas dos décadas en los presupuestos de la AEPD.

Ahora bien, cuestión distinta es evaluar el efecto de este modelo de financiación en la actividad sancionadora de la AEPD: la supuesta pérdida de objetividad de la AEPD al ejercer sus funciones sancionatorias constituye una *leyenda urbana* merecedora de explicación y respuesta (44):

1.º La actividad inspectora y sancionadora de la AEPD se ajusta ineluctablemente al cumplimiento de la legislación vigente a riesgo, en caso

(43) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisiones, 2004, núm. 154, pág. 28.

(44) Un análisis introductorio en GÓMEZ-JUÁREZ SIDERA (2008): 159-173.

contrario, de incurrir en ilegalidad (revisable por la jurisdicción ordinaria) e, incluso, ilicitud penal generadora de responsabilidades criminales. Sancionar sin amparo legal por razones espurias constituiría una inequívoca modalidad de *prevaricación*.

2.º La variación en el volumen de multas impuestas por la AEPD no tiene correlato alguno con la evolución de sus presupuestos anuales. Resulta fácilmente comprobable que los incrementos o disminuciones presupuestarias de la AEPD distan enormemente del constante incremento del volumen de multas. La diferencia entre unos y otros no genera incremento en los medios humanos y materiales de la AEPD sino que pasa a engrosar un *remanente de tesorería* de la AEPD indisponible sin amparo legal-presupuestario.

3.º El anteproyecto de presupuestos de la AEPD viene determinado por las líneas generales presupuestarias establecidas por el Gobierno y el Parlamento (al cual corresponde su aprobación definitiva). Las modificaciones presupuestarias son autorizadas por el Director sólo cuando no incrementen su cuantía y los suplementos de crédito o los créditos extraordinarios deben ser autorizados por el Ministro de Economía Hacienda o por el Gobierno. La relación de puestos de trabajo de la AEPD es aprobada por el Gobierno, se proveen conforme a la legislación de función pública y las retribuciones del personal funcionario y laboral de la AEPD se ajustan a lo dispuesto en las leyes anuales de presupuestos. En otras palabras, los medios humanos y materiales de que se dota la AEPD son indiferentes a la cuantía de las multas impuestas (como lo evidencia, incontestablemente, el angustioso desfase entre el explosivo aumento de denuncias o el incremento progresivo de multas y la continencia en los recursos materiales y humanos de la AEPD).

4.º Como este trabajo demuestra irrefutablemente, durante la última década la AEPD ha impulsado una clara estrategia de contención y extraordinaria reducción de las sanciones económicas a través, primero, de la modulación y degradación de las sanciones y, posteriormente, proponiendo una reforma legal en 2011 directamente dirigida a mitigar la estrategia represiva. Todo ello resultaría ilógico y contradictorio si, supuestamente, la AEPD persiguiera un afán recaudador de multas para garantizar su financiación.

IV. BIBLIOGRAFÍA

CALVO ROJAS, Eduardo (2008): «El régimen sancionador de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. El principio de proporcionali-

- dad», *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Cizur Menor (Navarra), AEPD-Aranzadi, págs. 19-31.
- CASINO RUBIO, Miguel (2008): *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos* (AA.VV.), Cizur Menor (Navarra), AEPD-Aranzadi.
- ESPIN TEMPLADO, Eduardo (2008): *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos* (AA.VV.), Cizur Menor (Navarra), AEPD-Aranzadi.
- FERNÁNDEZ LOPEZ, José Manuel (2008): *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos* (AA.VV.), Cizur Menor (Navarra), AEPD-Aranzadi, 2008.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel (2003): *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas.
- GHICHOT REINA, Emilio (2008): «La potestad sancionadora en materia de protección de datos: aproximación general», *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Cizur Menor (Navarra), AEPD-Aranzadi, págs. 51-76.
- GÓMEZ-JUAREZ SIDERA, I. (2008): «Estudio del régimen sancionador de la LOPD», *Revista Española de Protección de Datos*, n.º 4, enero-junio, págs. 159-173.
- GUERRERO ZAPLANA, José (2008): *La Ley de Protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia* (AA.VV.) Valladolid, Lex Nova, págs. 625-734.
- HUERGO LORA, Alejandro (2008): «Peculiaridades de la potestad sancionatoria en materia de protección de datos», *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Cizur Menor (Navarra), AEPD-Aranzadi, págs. 149-159.
- JANÉ I GUASH, Jordi (2008): *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos* (AA.VV.), Cizur Menor (Navarra), AEPD-Aranzadi.
- LOPEZ CALVO, José (2008): «Actividad inspectora y procedimiento administrativo sancionador en materia de protección de datos personales», *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Cizur Menor (Navarra), AEPD-Aranzadi, págs. 253-267.
- LESMES SERRANO, C. (2008): *La Ley de Protección de Datos. Análisis y comentario de su jurisprudencia* (Coord.) Valladolid, Lex Nova.
- LLAIRÓ CANAL, Luis (2008): *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos* (AA.VV.), Cizur Menor (Navarra), AEPD-Aranzadi.
- MARTINEZ MARTÍNEZ, Ricard (2009): *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento de Desarrollo de la LOPD*, (director), Valencia. Tirant lo Blanch.
- NAVARRO ALONSO, María Isabel (2008): «Principios de la potestad administrativa sancionadora. Principio de culpabilidad: proyección en la actividad de la Agencia Española de Protección de Datos», *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, Cizur Menor (Navarra), AEPD-Aranzadi, págs. 161-180.
- REBOLLO PUIG, Manuel (2008): *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos* (AA.VV.), Cizur Menor (Navarra), AEPD-Aranzadi.
- TORNOS MAS, Joaquín (2008): «Potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos y principio de proporcionalidad», *La potestad sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos*, AEPD-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 33-50.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio (2010): *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters.
- ZABÍA DE LA MATA, J. (2008): *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento* (director), Valladolid, Lex Nova.