

Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 350 de 16 de julio de 2013.- Se confirma acto administrativo dictado por la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP) por el cual se determinó que BB cometió una infracción grave a la Ley N° 18.331, consistente en realizar tratamientos de datos personales sin el consentimiento expreso e informado de sus titulares, con finalidad diferente a aquélla para la cual se le comunicaran.

VISTOS:

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: “BB con PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA – AGESIC. Acción de Nulidad (Ficha) No 417/2011).

RESULTANDO:

I. - La acción de nulidad se dirigió contra la Resolución No. 1658/2010, dictada por el Consejo Ejecutivo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (en adelante URCDP), de fecha 15 de octubre de 2010, luciente a fs. 110 de los A.A, por la cual se resolvió sancionar con multa de 12.001 U.I a , BB por infracción grave a la ley 18.331, consistente en realizar tratamientos de datos personales no exceptuados del consentimiento expreso e informado de sus titulares, con finalidad diferente a aquella para la cual se le comunicaron dichos datos (Num. 1°); y se le intimó el cese inmediato de los referidos tratamientos de datos personales, bajo apercibimiento de aplicársele sanciones mayores (Num. 2°).

II. - CC, que compareció en representación de BB (en adelante BB), señaló en su memorial de agravios:

En primer lugar, que la resolución impugnada expresa en su Considerando V que los extremos que conducen a la misma fueron expuestos con precisión y detalle en los informes de fs. 64 y ss y 106 y ss, no obstante lo cual, la empresa solo tuvo acceso al primero de dichos informes, que lejos estaba de recomendar una sanción concreta, pero en ningún momento fue notificado del segundo de dichos informes. Ello configuró un claro apartamiento del principio de contradicción y del debido proceso, en tanto el informe al que no tuvo acceso se tomó como antecedente directo para fundar las severas sanciones impuestas. De este modo, se impidió la estructuración de la defensa en una instancia previa al dictado de la resolución, lo cual determina la nulidad de la misma.

Agregó que el art. 31 del Decreto 414/009, que regula los procedimientos sancionatorios que debe seguir la URCDP, prevé que la última posibilidad de actuación antes de elevar las actuaciones para resolución la debe tener siempre el administrado, situación que no se cumplió, cercenando de ese modo su derecho de defensa.

Sostuvo que la intimación al cese de tratamiento de los datos supone un claro exceso de poder de parte de la URCDP, en tanto la misma no cuenta con facultades suficientes para imponer tal sanción, dado que la redacción de la

Ley 18.331, a la fecha de la resolución objetada, no proveía entre las potestades de la Unidad la posibilidad de ordenar el cese del tratamiento de los datos personales, no estando tampoco ello previsto dentro de las potestades sancionatorias del Organismo.

La imposición de una sanción más allá de las facultades que le confiere la ley implica un exceso de poder de parte del organismo, en tanto excede su competencia, lo cual se vio confirmado con la modificación realizada al art. 35 de la Ley 18.331 por medio de la Ley 18.719, que amplió la lista de posibles sanciones. Confirmar la aplicación de esta sanción implicaría reconocer que la misma se puede aplicar retroactivamente, para punir la situación que dio origen al dictado del acto encausado.

Expresó, por otro lado, que la URCDP incurrió en abuso del poder que le confiere la ley, dada la inexistencia de proporcionalidad o adecuación razonable entre los motivos y el contenido del acto administrativo, o entre el contenido y el fin del mismo. La normativa prevé la posibilidad de aplicación de diversas sanciones, las que deberían ser aplicadas en forma gradual, en atención a la gravedad, reiteración o reincidencia de la infracción. Por ende, dado que la actora no había sido sancionada en forma previa, resulta abusivo el tenor de la sanción impuesta, a lo cual debe agregarse la falta de motivación en lo que refiere a la dosificación de las penas escogidas, respecto a lo cual no se explicaron en ningún momento las razones de su adopción.

Debió contemplarse al aplicar la sanción, que la conducta reprimida es ilegítima por una particular y discutible interpretación legal. Tratándose de un aspecto opinable, y no de una violación flagrante de la ley, no puede concluirse que resulte legítima una sanción de la entidad de la resistida.

Manifestó que su compañía cumple cabalmente, desde siempre y antes de la existencia de las leyes específicas, con los principios sobre privacidad y protección de datos personales, practicando la autorregulación como medio eficaz para brindar las garantías que corresponden al manejo de este tipo de información personal comercial.

Argumentó, a continuación, que no existió el incumplimiento que le fuera imputado, dado que no incurrió en infracción o apartamiento legal alguno, por lo que no correspondía la aplicación de la sanción.

Señaló así, que la denuncia presentada por DD, que desencadenara el procedimiento administrativo, carece de fundamento, dado que para la elaboración de los informes resultantes de los productos cuestionados, en ningún momento se utilizan en forma ilegítima los datos personales proporcionados por DD o por ningún cliente.

Sostuvo que BB realizaba el tratamiento de los datos porque la ley no prohibía la realización de dicho tipo de tratamiento. Así, tanto en su redacción previa a la modificación introducida por la Ley 18.719, como en su redacción actual, el art. 22 habilita a recopilar y tratar datos sobre la solvencia patrimonial o crediticia de las personas, incluso respecto de los datos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de carácter comercial que permitan evaluar la capacidad de pago y/o la concertación de negocios en general. La norma en cuestión no solo no prohibía la realización de prospección comercial, sino que era fácilmente deducible que lo permitía,

desde que preveía expresamente el tratamiento de datos destinados a brindar informes objetivos de carácter comercial.

Adujo que se trató de un problema de interpretación, explicando que el asesor jurídico de la URCDP afirmó la legalidad de la actividad realizada por BB . Dependería de si la misma se realizaba al amparo del art. 21 o del art. 22 de la ley, lo cual ratifica la posición de la compareciente en cuanto a la posible inclusión de la actividad de prospección en el segundo de dichos artículos, o al menos lo discutible del caso.

Indicó que, de la propia definición de la actividad de prospección, surge que la misma supone la concreción de negocios y análisis de la conducta comercial de los individuos, por medio del análisis del perfil de un cliente potencial, desprendiéndose de ello que la postura adoptada por BB en el entendido que el art. 22 admite aquella actividad era lógicamente sostenible, y que de ningún modo supuso el incumplimiento de la empresa con la normativa relativa a la protección de datos personales.

Añadió que la Ley 18.719 incorporó algunas modificaciones que van en línea con los argumentos de la Administración, al incluir a texto expreso la actividad de prospección comercial dentro del art. 21 de la ley, extrayéndola así de la órbita del art. 22. Este cambio no hace más que corroborar que la posición correcta era la de BB, pues si se desprendiera del texto anterior que la prospección era una actividad incluida en el art. 21 jamás hubiere sido necesario incorporarla a texto expreso.

Concluyó al respecto que las actuaciones que motivaron el presente expediente se basaron en una interpretación sobre el alcance de una disposición que necesitó de un cambio normativo para respaldar la posición sustentada por la URCDP. En tal contexto, mal podrían imponerse sanciones tan severas a un administrado, fundándose en una interpretación forzosa y errónea de la norma.

Por otra parte, sostuvo que BB Siempre ha desarrollado su actividad conforme al art. 22 de la ley, puesto que los datos que utiliza para ofrecer sus productos derivan de las fuentes autorizadas por la ley, a saber: fuentes de acceso público, datos brindados por los acreedores, o datos identificatorios respecto de los cuales la ley especialmente estableció que no es necesario el previo consentimiento el titular para su tratamiento. Como consecuencia de ello, en tanto la empresa realizaba sus actividades al amparo del art. 22, es calro e irrefutable que no incurrió en ilegalidad alguna.

Agregó que no es cierto que haya realizado “venta en bloque de datos personales”, ya que la prospección comercial que realizaba la empresa no implicaba, bajo ningún concepto, una cesión de datos personales en violación al principio del debido consentimiento, ya que el mismo no era necesario en el caso.

Por último, afirmó que el tratamiento de datos cuestionados no resulta violatorio del derecho a la intimidad, y que las herramientas utilizadas benefician a los titulares de los datos, en la medida que les posibilita el acceso a ofertas de productos y servicios que pueden ser de su interés y que, con seguridad, de otra menra no se les hubieran ofrecido.

En definitiva, solicitó la anulación de la volición impugnada

III. - Corrido el correspondiente traslado, compareció el representante de la URCDP, quien defendió la legitimidad de lo actuado.

Controvirtió, en primer lugar, el agravio relativo a la violación del debido proceso administrativo, expresando que la actora tuvo acceso desde el inicio a la denuncia recibida, participó de su trámite, y gozó de amplias oportunidades de defensa, las que ejerció efectivamente y del modo que entendió conveniente. Explicó, que la accionante recibió una primera vista de la denuncia presentada, ante lo cual hizo valer sus descargos, recibiendo luego una segunda vista, que también evacuó, en este caso sobre un informe letrado en el cual se adelantó, con amplio fundamento, la posibilidad de que fuera sancionada.

Indicó que los arts. 75 y 76 del Decreto No. 500/991, mandan conferir vista al administrado cuando de un procedimiento surjan antecedentes desfavorables a una petición o la posibilidad de aplicación de sanciones, pero ni estas ni otras disposiciones consagran formalidades especiales sobre cuántas vistas u oportunidades para la contradicción se deben conferir, bastando por ello que sea una sola.

En cuanto al fondo, manifestó en primer término que no hubo exceso de poder, dado que la URCDP posee poderes expresos y bastantes para ordenar el cese de la actividad ilícita sancionada, tal como lo hizo. El art. 34 de la Ley 18.331 ordena a la Unidad realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos y demás disposiciones de la ley, lo que significa que debe velar por ello mediante los actos y resoluciones consecuentes. Y si ello no fuera suficiente, la teoría de los poderes implícitos ratifica y coadyuva en el mismo sentido.

Señaló asimismo que no existió abuso de poder, dado que la URCDP actuó dentro del baremo sancionatorio autorizado por el régimen vigente, actuando conforme al art. 35 de la Ley 18.331 y 21 del decreto N° 414/009. Para el caso, la Unidad consideró que la infracción cometida tiene el carácter de grave, en tanto se fincó en que la empresa no obtuvo el consentimiento o facilitación de los titulares de los datos para ese tipo de tratamiento. La calificación de la sanción fue entonces correcta y fundada, atendiendo a la violación de un elemento nuclear del régimen, como lo es el respeto al principio del consentimiento.

Sostuvo que no se trató de un acto menor ni sujeto a interpretación, y que la que interpreta mal la situación padecida es la actora. La denuncia presentada por DD contra la empresa accionante mereció acogimiento al cabo de su instrucción porque resultó infundada, habiéndose comprobado que la denunciada utiliza datos personales proporcionados por la denunciante, violando el Acuerdo Contractual que las unía.

Afirmó que los tratamientos de datos personales del presente caso no fueron acordes al régimen legal, no habiendo existido aquí ningún “problema de interpretación”, sino un incumplimiento de la ley de la materia. El art. 22 no es aplicable al tratamiento de datos personales derivados de actividades conocidas bajo el nombre de “prospección comercial”, las cuales constituyen un instrumento de apoyo directo y preordenado a la actividad publicitaria (art. 21 de la ley), permitiendo componer ofertas más atractivas y adaptadas al tipo de clientela perseguido, a través del conocimiento de gustos, poder adquisitivo y distribución por estratos sociales y geográficos, nada de lo cual tiene relación

con el tratamiento de datos relativos a la actividad comercial o crediticia (art. 22 de la ley).

Adujo que la versión originaria del art. 21 de la ley ya figuran a texto expreso conceptos evocativos de la “prospección comercial”, de modo tal que no puede argumentarse que hubiera un problema de interpretación. La norma ya aludía a “publicidad, venta u otras actividades análogas” y a “datos para establecer perfiles determinados con fines promocionales, comerciales o publicitarios” o que “permitan establecer hábitos de consumo”, todo lo cual supone una clara inclusión de las técnicas de prospección comercial y sus consecuentes tratamientos de datos personales.

Por otro lado, expresó que sin duda existió “venta en bloque de datos personales” tal como lo sugirió la denunciante, lo cual quedó comprobado en las actuaciones administrativas, más allá de que se trata de una expresión no utilizada en la resolución atacada, y de que la denuncia de DD sea tan solo un elemento desencadenante, y no vinculante, de una instrucción llevada a cabo para determinar si existía o no conducta antijurídica a sancionar, al margen de actitudes e intereses de los particulares.

Por último, afirmó que sostener, como lo hace la actora, que estas herramientas benefician a los titulares de los datos puesto que les posibilita el acceso a ofertas de productos y servicios de su interés, equivale a justificar todo tipo de recolección de datos personales con fines publicitarios, cuando se sabe que el art. 21 de la ley limita y encuadra esta recolección, y los arts. 9 y 17 regulan la obtención del consentimiento y la comunicación de esos datos.

En definitiva, solicitó el rechazo de la demanda y la consecuente confirmación del acto impugnado.

IV. - Consta además que: Abierto el juicio a prueba, ninguna de las partes solicitó el diligenciamiento de probanzas. La parte demandada cumplió con la carga de presentar los antecedentes administrativos que obran en 262 fojas.

Cumpliendo con el designio legal, con posterioridad alegaron las partes, haciéndolo la actora de fs. 93 a 100, y la demandada de fs. 103 a 107.

Pasados los autos al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, emitió el dictamen N° 460/2012, luciente a fs. 112, por el que aconsejó el rechazo de la demanda incoada.

Por el Decreto No. 7367/2012 (fs. 115), se citó de a las partes para sentencia, la que fue acortada por los Sres. Ministros en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) El acto objeto de la presente acción de nulidad es la Resolución N° 1658/2010 dictada por el Consejo Ejecutivo de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, de fecha 15 de octubre de 2010.

Por la mencionada volición, se resolvió sancionar con una multa de 12.001 (doce mil una) Unidades Indexadas a la empresa BB (ahora BB) por infracción grave a la Ley 18.331, consistente en realizar tratamientos de datos personales no exceptuados del consentimiento expreso e informado de sus titulares, con finalidad diferente a aquella para la cual se le comunicaran dichos datos (Num. 1°); y se le intimó el cese inmediato de los referidos tratamientos de datos

personales, bajo apercibimiento de aplicársele sanciones mayores (Num. 2°) (fs. 110 de los AA).

Los presupuestos requeridos para la admisibilidad del presente accionamiento se hallan debidamente cumplimentados, por lo que el tribunal ingresará en la consideración de lo sustancial.

En efecto, el acto encausado le fue notificado a la actora con fecha 27.10.2010 (fs. 122-125 de los A.A.). Los Correspondientes recursos de revocación y jerárquico en subsidio fueron interpuestos, en tiempo útil, el día 8.11.2010 (fs. 216-232 y, en especial, nota de cargo de fs. 232 vuelto de los A.A.)

El recurso jerárquico fue rechazado expresamente por la Resolución del Presidente de la República fechada el 23.3.2011 (fs. 254 y 254 vuelto de los A.A.), que le fuera notificada a la empresa sancionada con fecha 25.4.2011 (fs. 259 de los A.A.).

La acción de nulidad fue promovida en plazo, con fecha 22.6.2011 (nota de cargo de fs. 34 *infolios*).

II) Antecedentes administrativos relevantes.

El Tribunal considera pertinente, a efectos de que la decisión que emitirá resulte fácilmente comprensible, partir del racconto de lo medular del procedimiento administrativo que desembocó en el dictado del acto sancionatorio que se enjuicia.

El acto objeto de la presente acción de nulidad, se emitió como corolario de un por DD , ante la unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP), cuyo texto obra a fs. 6 a 9 de los A.A.

En lo medular, la denuncia consistió en poner en conocimiento de la autoridad reguladora que la actora – BB, ahora BB - estaba publicitando determinados servicios que importaban la venta en bloque de datos personales de potenciales clientes. Tal práctica podía configurar, a juicio de la denunciante, una violación a las disposiciones de la Ley 18.331 y a su decreto reglamentario N° 414/009.

DD expresó en su denuncia, que de acuerdo con el art. 22 de la Ley 18.331, los afiliados a la actora (al comúnmente denominado “BB”), le suministran información que permite brindar informes objetivos de carácter comercial a sus afiliados. Se trata de un régimen de excepción al principio general, y por ello, no se requiere del previo consentimiento del titular de la información objeto de tratamiento.

Ahora bien, todo tratamiento de datos personales que exceda esa finalidad es ilícito y desborda el régimen excepcional del art. 22 de la Ley 18.331.

De acuerdo a la denuncia, la prestación y comercialización de los servicios ofrecidos y publicitados por la actora denominados Índice de Nivel Socioeconómico (INSE); Geomarketing y Prospecting implicarían una violación al art. 22 de la ley, porque en la práctica se traspasa la finalidad para la que los datos fueron suministrados a BB - Dichos servicios, no consisten en dar informes objetivos de carácter comercial – a lo que habilita la ley – sino que importan la venta en bloque de datos personales, para que el comprador de los mismos, pueda focalizar sus esfuerzos de marketing en un público objetivo predeterminado. En consecuencia, se verificaría, a juicio de los denunciantes, una violación al art. 22 de la Ley 18.331.

Los servicios ofrecidos no tienen por finalidad evaluar la conducta comercial o financiera de potenciales clientes (finalidad lícita de acuerdo al multicitado art.22), sino que sirven como herramienta de marketing y venta de productos. Expresaron que también se contravendría el art. 21 de la Ley 18.331, porque dicho precepto establece que solo pueden tratarse datos con fines publicitarios, de venta u otras actividades análogas como ser fines promocionales, comerciales o que permitan establecer hábitos de consumo, los que se haya obtenido de fuentes públicas o hayan sido facilitados por los propios titulares. En la medida que, en el caso planteado, los datos que se transfieren no fueron obtenidos exclusivamente de fuentes públicas (ni se trata exclusivamente de los datos que el artículo 17 habilita comunicar) y que a su vez los titulares no se los facilitaron ni prestaron su consentimiento, se contravendría el art. 21 de la ley 18.331.

De la denuncia presentada por DD se dispuso conferir vista a la actora, la que, previa solicitud de prórroga, fue evacuada en extenso escrito que luce glosado a fs. 35 a 63 de los A.A. Los descargos fueron exhaustivamente analizados en los informes de los Dres. MURACCIOLE y BAUZÁ, luciente a fs. 64 a 70 de los A.A.

Los letrados de la URCDP concluyeron que, efectivamente, como lo había señalado DD, el manejo de los datos en poder de la actora, que se hacía para prestar los servicios publicitados, implicaba una inobservancia de la Ley N° 18.331. En apretada síntesis la conclusión de los técnicos de la autoridad reguladora, fue que la denunciada aplicaba la información recibida para fines de “prospección comercial”, violando no solamente las disposiciones del contrato que vinculaba a DD, sino la propia Ley N° 18.331 (arts. 8, 21 y 22).

De acuerdo al criterio postulado en el mencionado dictamen, el tratamiento de los datos destinados a prospección comercial se regula por el art. 21 de la ley, que refiere a los datos que se tratan con fines de publicidad, no por el art. 22. Por lo tanto, el elenco de fuentes de las que se pueden obtener los datos para la prospección comercial, está acotado a los documentos accesibles al público; a los facilitados por los titulares o a los obtenidos con su consentimiento.

En definitiva, a juicio de los letrados dictaminantes, la conducta de la actora violaría los arts. 8 y 17 de la Ley N° 18.331 en cunato consagran el principio de finalidad, así como el régimen de comunicación de datos. Por otra parte y, en lo medular, se violentaba también el art. 21 de la misma ley, que regula las fuentes de las que pueden obtenerse los datos a ser utilizados con la finalidad de “prospección comercial”. Como corolario de las irregularidades constatadas, en consonancia con el encuadre de la denunciante, concluyeron que correspondía imponer a la actora una sanción de multa.

El detallado informe letrado, que hace un análisis riguroso y exhaustivo de la situación, fue elevado al Consejo Ejecutivo de la URCDP. Dicho órgano ordenó dar vista a los interesados, la que fue conferida y luego de la cual, volvieron a presentarse y a realizar descargos por otro extenso escrito (fs. 85 a 109 de las A.A).

Los descargos fueron nuevamente analizados por el servicio jurídico de la URCDP, que mantuvo enhiestas sus conclusiones. La conclusión del Letrado informante Dr. BAUZÁ, fue exactamente la misma que aquella a la que se había arribado en el anterior informe de fs. 64 a 70 de los A.A., realizado

conjuntamente con la Dra. MURACCIOLE. Reiteró el letrado que la conducta de la actora había violentado lo previsto en el art. 21 de la Ley N° 18.331. tal violación se verificó porque la actora realizó tratamiento de datos personales con fines promocionales y publicitarios, que se regulan por el art.21 de la ley, sin haber obtenido la autorización de los respectivos titulares de los datos y sin haberlos obtenido de fuentes de acceso público (véase dicho informe de fs. 106 a 108 vuelto de los A.A).

Así las cosas, se resolvió dictar el acto sancionatorio que la actora resiste con el presente accionamiento (fs. 110 de los A.A).

III) El memorial de agravios de la promotora y el planteo de la defensa han sido detallados en los RESULTANDOS, a los que corresponde remitirse *breviatis causae*.

Basta aquí con recordar que los puntos controversiales de esta contienda tienen que ver con la regularidad del procedimiento administrativo; la ocurrencia efectiva de la inobservancia a las disposiciones legales y reglamentarias que motivó el dictado del acto sancionatorio atacado y la presencia de los vicios de incompetencia para ordenar la intimación resuelta, abuso y desviación de poder que han sido denunciados.

En lo sucesivo, el Colegiado analizará los mencionados agravios por su orden lógico, comenzando por los concernientes a la regularidad del procedimiento administrativo.

IV) Los vicios formales denunciados, concernientes a la regularidad del procedimiento administrativo que precedió el dictado del acto encausado.

La parte actora adujo haber quedado en indefensión porque no se le confirió vista del dictamen letrado que luce a fs. 106 a 109 de los A.A . -

Dicho informe letrado, fue el que siguió a su segunda evacuación de vista y en el que se analizaron los descargos presentados en su escrito de descargos.

Inmediatamente a ese informe, recayó el acto encausado en estos obrados. Adujo que en el primer dictamen del que se le dio vista, no fue aquél en el que se fundamentó la sanción impuesta.

El agravio no resulta de recibo.

Si se repasan con atención los antecedentes, se advertirá que el primer informe letrado, realizado luego de presentada la denuncia y posteriormente a que la actora presentara sus descargos al evacuar la primera de las vistas que le fue conferida, analiza exhaustivamente la cuestión y concluye que corresponde imponer la sanción de multa. La imputación de la falta cometida y la sugerencia de la reprimenda administrativa a recaer, se encontraban ya perfectamente detallados en ese primer informe jurídico, que cabe destacar, es realmente exhaustivo y muy documentado (fs. 64 a 70 de los A.A.).

De ese informe inicial se le confirió la segunda vista a la actora, que la evacuó a fs. 85 a 104 de los A.A.Y fue en ese estado, que se produjo el segundo dictamen jurídico del que no se le dio una nueva vista, razón que motiva su agravio. El punto es que ese último dictamen letrado, no cambió en nada la imputación ni el encuadre jurídico de los hechos. Se limitó únicamente a analizar sus descargos y a reafirmar las conclusiones a las que ya había arribado en el anterior dictamen, no conmovidas por los argumentos presentados por los interesados. Tampoco sugirió la imposición de una sanción

distinta, por lo que no se advierte la necesidad del conferimiento de una segunda vista.

Vale insistir, ese segundo dictamen se limitó a analizar sus descargos, sin variar en absoluto la imputación por lo que mal puede alegar la actora haber quedado en situación de indefensión. Basta con repasar los antecedentes administrativos para advertir que gozó de todas las garantías del debido procedimiento y pudo defenderse adecuadamente.

El Tribunal desde hace muchos años ha sostenido, en materia de procedimiento administrativo, que no hay nulidad si no hay agravio, lo que se suele expresar con la locución francófona *pas nullité sans grief* (en tal sentido, sentencias N° 359/01; 667/04; 486/09 y 464/11, entre otras).

La necesidad de una vista adicional no se justifica cuando el interesado ya ha tenido la oportunidad de ejercitar sus descargos y defenderse adecuadamente durante el procedimiento administrativo. Máxime cuando, tanto el encuadre jurídico de los hechos y la conclusión de la Administración respecto a la sanción a recaer, pudieron ser tenidos a la vista para ejercitar la defensa. Es decir, si no hay nada nuevo que el interesado no haya tenido en vista al formular los descargos (Cf. Sentencias N° 658/2003).

Resulta aplicable al *sub-judice* lo previsto en el art. 7 del Decreto N° 500/991, que en su artículo 7 condiciona la nulidad de los actos de procedimiento administrativo a que el acto no cumpla con el fin debido, haya disminuído las garantías del debido proceso o, en caso extremo, causado indefensión. Como señala CAJARVILLE, esta norma consagra el principio de trascendencia, propio de la teoría de las nulidades: el incumplimiento de forma no se aprecia en sí mismo, sino en el agravio que produce. Como acertadamente indica el ilustre autor, el Decreto N° 500/991 aprecia la trascendencia o relevancia en relación el fin propio del acto de procedimiento vicioso y con las garantías que el derecho otorga al interesado en el procedimiento y no en relación con la legalidad o ilegalidad material o de fondo del acto final.

El vicio formal provocará la nulidad del propio acto que lo carece, impide que cumpla con el fin propio de este acto o si provoca disminución de las garantías del procedimiento o – en caso extremo – indefensión (Cf. CAJARVILLE PELUFFO, JUAN PABLO: “Procedimiento administrativo”, Idea, Montevideo 1997, pág. 58, véase también LABAURE ALISERIS, CARLOS: “Evolución de la jurisprudencia con respecto al cumplimiento de las formalidades en el procedimiento administrativo” en AA.VV: “Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo - María Cristina Vázquez Pedrouzo: Coordinadora” FCU, Montevideo, 2011, págs 295 a 301).

En suma, corresponde rechazar el agravio concerniente a los vicios del procedimiento administrativo.

V) Los hechos por los que la URCDP le reprocha a BB haber violado la Ley N° 18.331 y su decreto reglamentario.

No ha sido un hecho controvertido que BB ofrecía la prestación de determinados servicios (“productos”), denominados “Prospecting”; “Geomarketing” e “Índice Nivel Socioeconómico (INSE)”. Dichos productos, están orientados a brindar información a los clientes que los contraten, para que – en términos generales- pudan orientar mejor sus estrategias publicitarias o de mercadeo.

En los propios folletos por los que se publicitan estos servicios se describen del siguiente modo:

Prospecting, es un producto por el cual se le brinda al cliente una base de datos solicitada para hacer una campaña de marketing. Permite segmentar personas por barrio de residencia, nivel socioeconómico y nivel de riesgo (véase folleto obrante a fs. 3 de los A.A.).

Geomarketing, es un producto que permite localizar en el mapa el elenco de potenciales clientes, segmentándolos en función de su nivel socioeconómico, ingreso personal, etc (fs. 4 de los A.A.).

Índice de Nivel Socioeconómico, es una base de datos que permite segmentar el elenco de potenciales clientes, de acuerdo a los objetivos de quien desea promocionar un producto o servicio.

Textualmente se describe de la siguiente forma: “ *INSE es una herramienta analítica modelada a partir de datos del INE (Instituto Nacional de Estadística) que predice el nivel socioeconómico de una persona en función de la información contenida en la base de datos de BB .*

Es la herramienta ideal para conocer sus clientes y prospectos. De ese modo le permitirá optimizar el proceso de selección de sus clientes actuales o potenciales.” (fs. 5 de los A.A.).

En la denuncia realizada por DD ante la URCDP, se sugirió que la actora podía estar empleando los datos recibidos de DD y de otros clientes, para conformar las bases de datos tendientes a ofrecer estos productos, violando así el principio de finalidad para la obtención del dato, prevista en el art. 8 de la ley. Se denunció que también se verificaba una inobservancia de los arts. 21 y 22 de la Ley N° 18.331.

Como señaló más arriba, los servicios jurídicos de la URCDP concluyeron que el manejo de los datos que la actora hacía para prestar los servicios publicitados, configuraban un supuesto de violación de la Ley N° 18.331. La aplicación de la información recibida para otro fin – para los fines de “prospección comercial”-violaba, no solamente las disposiciones del contrato que le vinculaba con DD, sino la propia Ley N° 18.331.

El Tribunal coincide enteramente con el encuadre jurídico de los hechos realizados por la URCDP, que resulta inobjetable. Los agravios de la actora, lejos están de desvirtuar las conclusiones que sustentan la imputación, perfectamente fundada en los hechos probados.

De los propios servicios publicitados por la actora, surge que los datos de los que se sirve para ofrecer los multicitados productos y los que suministra como contrapartida de su contratación, ofrecidos para la Prospección Comercial, son obtenidos de las bases del BB (el comúnmente denominado “BB”). Esa base se conforma con información suministrada, entre otros, por los clientes como DD, que le proporcionan datos al amparo de art. 22 de la Ley N° 18.331.

El principio general en materia de manejo de datos personales, se halla consagrado en el art. 9 de la Ley N° 18.331 y exige el consentimiento libre, previo, expreso e informado del titular de los datos bajo tratamiento. Sin embargo, la Ley consagra regímenes de excepción, como precisamente, el previsto en el multicitado art. 22 de la ley.

El mencionado precepto legal autoriza el “ ... **tratamiento de datos destinado a informar sobre la solvencia patrimonial o crediticia,**

incluyendo aquellos relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones de carácter comercial o crediticia que permitan evaluar la concertación de negocios en general, la conducta comercial o la capacidad de pago del titular de los datos”.

La finalidad con la que se pueden manejar los datos obtenidos al amparo del art. 22 de la Ley N° 18.331 está claramente definida en la disposición transcrita. Dicho artículo regula un régimen de excepción, puesto que esos datos están excluidos de la necesidad de contar con el consentimiento del titular de los datos y se exime al responsable de la base del deber de verificarlos.

El envío de esos datos del acreedor al responsable de la base de datos, se hace sin que se notifique siquiera al titular de los datos, en solución diferencial respecto al Derecho Comparado que sirvió de fuente de inspiración para nuestro legislador. Por ejemplo, la normativa española, tomada como fuente inequívoca de nuestra ley, consagra el deber de notificar al titular de los datos que se envían para su registro (para este punto véase REBOLLO DELGADO, Lucrecio y SERRANO PÉREZ, María Mercedes: “Introducción a la protección de Datos”, Dykinson, Madrid, 2008, pág.225).

Como señala agudamente entre nosotros el prof. CAFFERA: “...la Ley 18.331 marca límites y garantías respecto del cómo y quién puede mirar qué datos son personales.

En cierto sentido la Ley nos manda tener los ojos bien cerrados. En un segundo sentido, sin embargo, es la propia Ley la que los tiene”. CAFFERA, Gerardo: “Ojos bien cerrados: La defensa del consumidor y el artículo 22 de la Ley de Protección de Datos Personales” ADCU, T. XXXIX, pág. 648).

Tratándose de un régimen de excepción, corresponde realizar una interpretación estricta, puesto que se trata de una solución que va en contra del principio general de requerir el consentimiento del titular. Se trata de un régimen que privilegia la posición del acreedor, porque es éste el que tiene el derecho a determinar la inclusión del deudor en la base de datos o solicitar la exclusión, sin necesidad de control previo por parte del responsable de la base de datos ni por ningún otro sujeto o entidad. Y sobre todo, sin noticiar al titular de los datos.

Como bien dice CAFFERA, las facultades del acreedor son totales: él determina cuándo y a quién se registra y si se puede prorrogar la vigencia de la inscripción. Y por cierto, como también apunta el autor citado, se trata de un régimen que quiebra la tendencia *favor debilis* que inspira a otras disposiciones de nuestro orden jurídico como la Ley de Relaciones de Consumo o la de intereses y Usura. Se trata de una disposición que contradice la política legislativa materializada en un importante conjunto de disposiciones normativas, posibilitando el libre “envío al BB” de los deudores. Todo ello sin recabar su consentimiento y sin que éstos tengan noticia siquiera de tal evento, por cierto, singularmente gravoso en especial para aquellos que solo tienen como respaldo para la obtención de un crédito, no figurar en “el BB” (para estos aspectos corresponde remitir al excelente análisis de CAFFERA, Gerardo: “Ojos bien cerrados ...”, cit. Págs 648 a 653).

Con tales entendimientos, a juicio del Tribunal es evidente que los datos que BB recibía al amparo del art. 22 de la Ley N° 18.331 no podían ser utilizados

para prospección comercial, porque ello implicaría violar, no solamente el mencionado artículo, sino por sobre todo, los principios cardinales de la ley de finalidad y consentimiento del titular de los datos (arts. 8, 9 y 17 de la Ley N° 18.331). La actora no podía emplear los datos obtenidos de DD y de otros clientes, para fines distintos a los que marca el art. 22 de la ley.

Como lo ha destacado la doctrina, uno de los principios cardinal de la Ley N° 18.331 es el de finalidad. El art. 8 en su inciso primero, establece que los datos objeto de tratamiento no podrán ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención.

El Prof. Felipe ROTONDO maneja un ilustrativo ejemplo cuando señala: “Por ejemplo, si se solicitan datos personales para obtener una tarjeta de crédito no pueden utilizarse para enviar propaganda de un comercio” (así: ROTONDO, Felipe: “Protección de datos: su régimen jurídico. Derecho subjetivo, regulación.” en A.A VV.: Nuevos aspectos de las relaciones administrativas (Carlos E. Delpiazzo: Coordinador), Instituto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de la República, FCU, Montevideo, 2011, pág. 262-263).

En el presente caso es evidente que se ha violado el principio de finalidad. Los datos que BB recibió para la finalidad prevista en el art. 22 de la Ley 18.331, fueron empleados para ofrecer servicios de prospección comercial.

Resulta de recibo el argumento de la demandada, cuando pone énfasis en la interpretación contextual que corresponde hacer de la ley, oponiéndose a la lectura aislada de algunos preceptos de ésta que impulsa la actora. Una ley como la N° 18.331 debe leerse contextualmente, deben tomarse en cuenta sus directrices, sus principios rectores y sus regímenes de excepción. Los textos normativos, como lo han demostrado los estudios del lenguaje y de la semiótica aplicados al derecho, deben interpretarse contextualmente.

Como lo enseñan desde un excelente trabajo teórico Gerardo CAFFERA y Andrés MARIÑO, la semiótica, que comenzó como el estudio de los signos, es decir de entidades con significación, pasó, con los modernos desarrollos a centrarse en el estudio de los discursos más que en los signos. Es ahora el discurso más que los signos, el objeto de la disciplina. Así señalan que el discurso fue visto en un primer momento como mera secuencia de signos productora de significado, pero no mucho tiempo después tal visión fue abandonada, dejándose de lado la concepción del discurso como la sumatoria de signos, comprobándose que lo que produce sentido no es tal unión de signos sino su funcionamiento textual o discursivo. El discurso pasa a ser el verdadero punto de partida y el signo se convierte en una disección casi arbitraria del mismo, no representativa de fenómeno real alguno. Esto tiene fuertes implicancias en la moderna interpretación de los materiales normativos, lo que constituye una tarea medular en la actividad de los juristas.

Así, aparecen las preocupaciones por la coherencia del discurso jurídico. Que un texto sea coherente, implica en general que sus partes se encuentren ligadas o concretadas entre sí de modo de lograr un todo organizado. En esto es importante la tarea del intérprete que debe procurar respetar la cohesión del discurso, la coherencia del texto a interpretar, ello conlleva un proceso de “develación de la estructura profunda del discurso”. Ello es tarea de la dogmática como señalan los autores, o de la jurisprudencia como en este caso

al aplicar las normas, guardar la coherencia del discurso normativo (Así: CAFFERA, Gerardo y MARIÑO, Andrés : “Elementos básicos de semiótica jurídica. Aplicación práctica a algunas cuestiones de Derecho Civil” Revista de la AEU, vol 81, No 1 a 6, págs. 121 y 122. Sobre este punto también , en el mismo sentido: CAUMONT, Arturo: “Interpretación de los contratos: de la semiosis del signo a la semiosis del discurso”, Revista Crítica de Derecho Privado, No. 1-2004, pág. 65 y MAZZARESE, Tecla: “Interpretación literal: juristas y lingüísticas frente a frente”, Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho, Universidad de Alicante, pág. 603; CÁRCOVA, Carlos María: ¿ Hay una traducción correcta de las normas? En AA. VV.: “Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales” (Carlos Alarcón Cabrera y Rodolfo Luis Viogo: Coordinadores), Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política – Asociación Argentina de filosofía del derecho, Marcial Pons, Buenos Aires – Madrid – Barcelona, 2011 págs. 115 y siguientes).

Con tales premisas no puede admitirse la tesis de la actora que segmenta, en compartimentos estancos, piezas aisladas del discurso legislativo para realizar sus particulares interpretaciones.

En otro orden, no resulta de recibo el argumento de que los datos empleados para prestar estos servicios se obtenían de bases del Instituto Nacional de Estadística. Dicha información resulta falsada por el propio aviso de la actora, en el que se promocionaba el producto “Índice de Nivel Socioeconómico (INSE)”.

Allí se consigna que la herramienta es modelada “a partir” de los datos del Instituto Nacional de Estadística. Pero, he aquí la cuestión, nada menor por cierto, es evidente que esa información obtenida de registros públicos, se cruza con la que está en poder de BB Es ese, el valor agregado que tiene el producto. Y demostrativo de ello es que se publicite que el producto le facilita al cliente: **“En la cobranza, le permitirá priorizar sus acciones aumentando los índices de recupero.”** Sin la información sobre la conducta comercial de los individuos, no es posible prestar información que permita priorizar las acciones “aumentando los índices de recupero”. El mero procesamiento de datos obtenidos del Instituto Nacional de Estadística no permite esa funcionalidad, el INE no tiene estadísticas sobre la conducta comercial de los sujetos, que es. Precisamente, lo que permite optimizar la gestión de cobro y recupero.

En suma, ha quedado probado que BB violentó el principio de finalidad consagrado en el art. 8 de la Ley.

Sin perjuicio de lo expuesto, el otro punto que resulta de crucial importancia, porque en ello ha radicado parte central de la discusión entre las partes, es establecer la situación de la prospección comercial frente a la Ley N° 18.331. En particular, resolver si ésta estaba regida (antes de la Ley N° 18.719) por el art. 21 de la Ley N° 18.331 como asevera la URCDP, o por el contrario, si como se ha afirmado en la demanda, se trata de una conducta regida por el art. 22 de la Ley.

El argumento medular de la actora es que se produjo una modificación legislativa por la Ley N° 18.719 que le dio la razón, porque esa modificación del texto legal fue sintomática de que el punto antes no estaba claro. Además, arguyó que al sancionarse la Ley N° 18.331 el legislador se apartó de la ley

española que tuvo como fuente y no incluyó a la prospección comercial en el art. 21.

El Tribunal no coincide con el enfoque de la promotora.

Como lo demostró la Administración demandada, en los exhaustivos informes jurídicos realizados en vía administrativa, el cambio de la formulación del precepto en la Ley N° 18.719 no respondió a que existiera una duda sobre el tratamiento de los datos destinados a la prospección comercial.

La actividad de la actora que provocó la reprimenda administrativa por haber violado la Ley N° 18.331, claramente encuadraba en las previsiones del art. 21 de la ley, aún con su anterior formulación. En efecto, se trataba de recopilación de datos para publicidad y ventas, aptos para establecer perfiles con fines promocionales, como lo señalaba el art. 21, ya en su redacción previa a la Ley N° 18.719.

La subsunción de la situación factica que involucraba a la actora, dentro del ambito de referencia objetivo del art. 21 de la ley, resulta objetable. Asi las cosas, es evidente que las fuentes de las que la actora podía legitimamente obtener los datos a utilizar para prestar los servicios de prospeccion comercial eran solamente dos: a) las disponibles

documentos accesibles al publico; y b) aquellas facilitadas por los propios titulares de los datos u obtenidas con su consentimiento.

De ninguna manera podía utilizar los datos obtenidos al amparo del art. 22 para los fines de prospección comercial, por lo cual, la calificación de su conducta como ilícita, esta plenamente justificada.

VI) Finalmente, tampoco pueden recepcionarse los agravios vinculados con la incompetencia de la autoridad estatal para intimar el cese del empleo ilegítimo de los datos personales ni los que denuncian abuso y desviación de poder.

La actora cuestiono la competencia de la URCDP para aplicar la sancion de intimación. Adujo que dicha sanción no esta prevista legalmente, por lo que la Administración habria incurrido en exceso de poder.

En cuanto a lo primero, como con innegable acierto lo señala el Dr. PREZA en su voto, la orden de cesar inmediatamente los tratamientos de datos observados no constituye una sanción, sino una intimación, por lo que lógicamente la misma no esta enumerada dentro de las potestades sancionatorias previstas en el art. 35 de la Ley 18.331.

Ello no quita que la intimación contenga, asimismo, el apercibimiento de aplicación de sanciones mayores en el futuro, para el caso de repetición de la conducta sancionada en la especie. Dicho apercibimiento sí está previsto en el art. 35 de la ley, como una de las posibles sanciones a ser aplicadas por la URCDP.

Por lo demás, el Tribunal concuerda con la demandada en cuanto a que el acto de intimar el cese de una actividad considerada infraccional resulta indudablemente inserto dentro de los cometidos de la URCDP, de acuerdo a lo previsto en el art. 34 de la ley, conforme al cual, compete a la Unidad la realización de *"todas las acciones necesarias para el cumplimiento de los objetivos y demás disposiciones de la presente ley"*.

La facultad de ordenar el cese de una actividad prohibida por la ley resulta connatural a las potestades con las que cuenta el órgano público encargado de ejercer las funciones de policía administrativa respecto al cumplimiento de

dicha ley, máxime cuando, como en el caso, le fueron conferidas al órgano en cuestión las potestades de contralor de la observancia de la norma y de sanción a sus infractores.

Por su parte, en lo que refiere al abuso de poder, el agravio de la actora dice relación con la supuesta falta de proporcionalidad de la sanción aplicada, no habiéndose tomado en cuenta la falta de antecedentes de la empresa, ni el hecho de que se trató simplemente de una diferencia en la interpretación de las normas.

Al respecto, cabe anotar en primer lugar que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal, la medida de la sanción resulta un extremo que, en principio, queda fuera de su contralor, salvo casos de desviación de poder o desproporción manifiesta, que en el caso no se presentan.

Sin perjuicio de ello, debe resaltarse que la infracción fue calificada de grave por parte de la Administración, calificación que no parece cuestionable dada la relevancia de las normas y principios conculcados. En consecuencia, el mínimo de la multa a aplicar era de 12.001 Unidades Indexadas, habiéndose aplicado justamente el mínimo previsto en la normativa para tal tipo de infracciones (Resolución N° 890/2010 del Consejo Ejecutivo de la URCDP).

Por último, resulta también de rechazo la afirmación de la actora de que se trató simplemente de un problema de interpretación normativa. Por el contrario, y tal como fuera explicado, existió en el caso una conducta infraccional, consistente en haberse realizado un tratamiento de datos personales sin darse cumplimiento a los requerimientos establecidos por la ley.

En definitiva, ninguno de los agravios expresados por la accionante resulta de recibo, razón por la cual corresponde la confirmación del acto impugnado.

Por estos fundamentos el Tribunal, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo y lo dispuesto por los arts. 309 y 310 de la Constitución, por unanimidad,

FALLA:

Desestímase la demanda invocada; sin especial condenación procesal.

A los efectos fiscales, fijanse los honorarios del abogado de la parte actora en la suma de \$20.000 (pesos uruguayos veinte mil).

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

DR. ALFREDO GOMEZ TEDESCHI

Presidente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

DR. DARDO PREZA RESTUCCIA – DR. RICARDO HARRIAGUE SACCONI –
DRA. MARIELA SASSON BALLETO – DR. JUAN P. TOBIA FERNÁNDEZ.

Ministros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

DR. RICARDO MARQUISIO

Secretario letrado.