Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 16 Feb. 2021, Rec. 2031/2019

Ponente: Menéndez Rexach, Eduardo

Ponente: Menéndez Rexach, Eduardo.

LA LEY 56668/2021

ECLI: *ES:AN:2021:1861*

FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. PROTECCIÓN DE DATOS. Nulidad de la sanción a titular del supermercado por infracción grave con motivo de la publicación en diferentes medios de comunicación de imágenes procedentes de las grabaciones registradas por el sistema de videovigilancia. Existencia de una grave restricción del derecho de defensa de la interesada, ya que no se le notificó la propuesta de resolución, suprimiendo la posibilidad de presentar alegaciones. Y el Acuerdo de inicio del procedimiento sancionador no consta que llegase a conocimiento del interesado.

La Audiencia Nacional estima recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que impone sanciones por infracción del principio de calidad y del de seguridad de datos, anulándolas.

A Favor: SANCIONADO.
En Contra: ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0002031 /2019

Tipo de Recurso:PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:14814/2019

Demandante:CECOSA HIPERMERCADOS, SL

Procurador:D. JOSÉ LUIS PINTO-MARABOTTO RUIZ

Letrado:D. JUAN PABLO RODRÍGUEZ-CURIEL ESPINOSA

Demandado:AGENCIA PROTECCIÓN DE DATOS

Abogado Del Estado

Ponente IImo. Sr.: D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

SENTENCIA Nº :

IImo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

Dª. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

Madrid, a dieciséis de febrero de dos mil veintiuno.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **CECOSA Hipermercados SL,representada por el Procurador D. José Luis Pinto-Marabotto Ruiz,** contra la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, sobre sanción por infracción grave de la Ley de Protección de Datos. Ha sido Ponente el Presidente de esta Sección Iltmo. Sr. D. Eduardo Menéndez Rexach.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del Director de la Agencia Española de Protección de Datos y es la Resolución de 2 de diciembre de 2018.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmara el acto impugnado por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y admitida a instancia de la actora; tras la presentación de conclusiones por las partes y una vez finalizada la tramitación, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 2 de febrero de 2021 en el que, efectivamente, se votó y falló.

II . FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El presente recurso tiene por objeto la Resolución de 2 de diciembre de 2018 (PS/00336/2018), de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), por la que se impuso a la demandante:

- una multa de 100.000 euros como responsable de una infracción del art. 9 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), tipificada como grave en el artículo 44.3 h), de conformidad con el artículo 45.2, 4. b), c) y d) y 45.4 j) de la misma Ley.

- una multa de 50.000 euros por una infracción del artículo 4.1, tipificada como grave en el artículo 44.3 c), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2) y 45.4 f) y j) de la LOPD.

SEGUNDO.- La parte recurrente solicita que:

A.- En relación con la sanción de 100.000 euros por una presunta infracción del artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1.999, de Protección de Datos de carácter personal:

1.- Revoque íntegramente la sanción por no haberse infringido el referido artículo 9;

2.- Subsidiariamente a lo anterior, con estimación parcial del recurso, en caso de entender infringido el referido artículo 9, cuantifique la sanción dentro del rango establecido para las infracciones leves, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.5 L.O.P.D., estableciendo una sanción de CINCO MIL EUROS (5.000.-€),

3.- Subsidiariamente a lo anterior, con estimación parcial del recurso, en caso de cuantificar la

sanción dentro del rango establecido para las infracciones graves, reduzca la sanción a su grado mínimo, esto es, CUARENTA MIL EUROS (40.000.-€), por la falta de concurrencia de ninguno de los criterios agravatorios contenidos en el artículo 45.4 LOPD;

B.- Sobre la sanción de 50.000 euros por una presunta infracción del artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1.999:

1.- Revoque íntegramente la sanción por no haberse infringido el referido artículo 4;

2.- Subsidiariamente a lo anterior, con estimación parcial del recurso, en caso de entender infringido el referido artículo 4, cuantifique la sanción dentro del rango establecido para las infracciones leves, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.5 L.O.P.D., estableciendo una sanción de CINCO MIL EUROS (5.000.-€),

3.- Subsidiariamente a lo anterior, con estimación parcial del recurso, en caso de cuantificar la sanción dentro del rango establecido para las infracciones graves, reduzca la sanción a su grado mínimo, esto es, CUARENTA MIL EUROS (40.000.-€), por la falta de concurrencia de ninguno de los criterios agravatorios contenidos en el artículo 45.4 LOPD.

En defensa de su pretensión alega que la resolución contiene una serie de hechos que nada tienen que ver con la inspección realizada en el hipermercado Eroski del Centro comercial "Luz del Tajo", en Toledo, el 23 de mayo de 2018, sino que hace referencia a la publicación de unas imágenes grabadas en el momento en el que una persona con notoria relevancia pública, presuntamente, sustraía determinados objetos de dicho centro comercial, el día 4 de mayo de 2011, cuya publicación tuvo una importante relevancia mediática, sobre los que no se adoptó medida alguna por parte de la Agencia.

En cuanto a la infracción del artículo 9 LOPD señala que sí disponía de soporte documental legítimo para permitir al contratista (OMBUDS) el acceso al conjunto organizado de datos que rodean el tratamiento del fichero de videovigilancia y el artículo 12 de la Ley no exige que deba ser un contrato independiente al resto de documentos que regulen la relación con un proveedor que accede a datos; por otra parte, ha quedado probado que se pactaron condiciones técnicas del servicio, detalle de los servicios a prestar por OMBUDS, normas generales, carta presentación, actividades de prevención y Manuales Operativos con el detalle del nivel de servicio, y el control efectivo de los empleados de OMBUDS no era responsabilidad de la demandante, sino de su empleadora, con la que aquélla contrató los servicios profesionales, y respecto de sus propios empleados, Eroski Luz del Tajo dispone de distintos medios, procedimientos y protocolos que les informan sobre el tratamiento de datos en materia de video vigilancia, adaptados a las normas de la LOPD. Añade que las medidas de seguridad aplicables al tratamiento son las básicas, en el sentido del artículo 81.1 del Reglamento LOPD, como resulta, además, de los criterios de la "Guía de video vigilancia" publicados por la AEPD en 2009 y que la demandante contaba con un documento de seguridad que protocoliza y se ocupa de las tareas de video vigilancia; la Resolución, por su parte, se limita a transcribir los artículos 89, 91 y 93 del Reglamento LOPD, sin relacionarlo con los hechos derivados de la inspección ni formular imputaciones concretas; el hecho de que el Gerente del establecimiento reconociera que no tenía conocimiento de la existencia de ningún protocolo de seguridad y que sobre uno de los monitores hubiera pegado un post-it que contenía el código de usuario administrador y la contraseña, no implican falta de medidas de control de acceso o ausencia de funciones u obligaciones del personal, sino errores humanos no intencionados, que no representan la política de la demandante en materia de protección de datos plasmada, en este aspecto, en los términos y condiciones de empleo.

En cuanto al control de acceso físico a que se refiere el artículo 99 del Reglamento LOPD, no sería de aplicación al corresponderle el nivel básico y, en cualquier caso, en el acta de inspección se refleja que *"Se comprueba que en el establecimiento existe una zona de acceso restringido solamente al personal en la que se sitúa el centro de control de seguridad, el cuarto de intervención, el acceso a la*

zona de caja central y mostrador de atención al cliente. El acceso a dicha zona se realiza a través de una puerta que está permanentemente cerrada y solamente dispone de la llave el jefe de equipo de la empresa que presta servicios de seguridad.También es posible la apertura de la puerta mediante un pulsador que se encuentra en la caja central", lo que demuestra que está en un área de acceso privado y no abierto al público en general que, además, está reforzado por la labor de los vigilantes de seguridad que controlan el acceso de las visitas, de modo que el tratamiento o visionado de la video vigilancia no puede hacerlo cualquiera, como afirma la Resolución que no resulta ajustada a Derecho, por cuanto no ha quedado acreditada que exista ausencia de condiciones de seguridad en los locales y los equipos. Aún en el caso de que se considerase cometida la infracción, la sanción impuesta es desproporcionada y no concurre ninguna de las circunstancias agravantes aplicadas, sino que es de aplicación, a título subsidiario, lo dispuesto en el artículo 45.5 y aplicar la sanción correspondiente a las infracciones leves concretada en una multa de 5.000 euros o, si no estima lo anterior, imponer la multa de las graves en su grado mínimo.

En cuanto a la infracción del artículo 4.1 LOPD, consistente en disponer de fotografías de personas sospechosas de hurto, alega que lo que estaba expuesto en las paredes (no visible al público en general sino únicamente en la Sala de Video Vigilancia y Seguridad del Centro de Control) eran imágenes de personas que en repetidas ocasiones habían cometido hurtos en hipermercados explotados por la demandante, generadas por ella, así como fotografías remitidas por distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuya finalidad era la seguridad de bienes y personas y tenían su origen en los sistemas de vigilancia de CECOSA Hipermercados SL, como pudieron comprobar los inspectores; toda persona que entra en los hipermercados está debidamente informada de la captación de imágenes por video vigilancia, y que al tratarse de una finalidad como la de seguridad de bienes y personas, no se requiere consentimiento expreso o explícito, lo que excluye la infracción del artículo 4.1; en cuanto a las imágenes remitidas por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, éstas están legitimadas para el tratamiento y, en su caso, para requerir la colaboración de las compañías mercantiles que explotan establecimientos abiertos al público, por lo que lo único que se debe valorar es si el tiempo de mantenimiento de esas imágenes es proporcionado o no, por lo que sería igualmente de aplicación el artículo 45.5 LOPD e imponer, subsidiariamente una multa de 5.000 euros o, si no se estima, la mínima correspondiente a las infracciones graves, conforme al criterio de la Sala expresado en las sentencias que cita.

TERCERO.- La representación de la Administración demandada, por su parte, opone que la resolución recurrida es conforme a derecho; en cuanto a la infracción del artículo 9 LOPD, ha quedado acreditado que no existen protocolos de actuación y manejo de datos resultantes del acceso al sistema de video vigilancia celebrado entre las partes, titular del supermercado y OMBUDS, ni los empleados son conocedores ni han sido informados de sus obligaciones al respecto. En relación con la infracción del artículo 4.1, las imágenes del autor de un hurto, obtenidas en el mismo o en otro supermercado, no pueden ser objeto de recopilación o almacenamiento para evitar que en el futuro puedan acceder al establecimiento público, sino que existe la obligación de eliminar las imágenes procedentes de video vigilancia careciendo el recurrente de la habilitación para la recogida de estos datos. En cuanto al principio de proporcionalidad, ha sido respetado, en atención a las circunstancias concurrentes, por todo lo cual solicita la desestimación del recurso.

CUARTO.- La resolución impugnada hace una relación de las actuaciones de investigación practicadas con motivo de la publicación en diferentes medios de comunicación el 25 de abril de 2018 *"...de imágenes procedentes de las grabaciones registradas por el sistema de videovigilancia instalado en un establecimiento comercial de la cadena de supermercados EROSKI correspondientes a hechos acaecidos el 4/05/2011"*. En el informe sobre dichas actuaciones se concluye que: *"La falta de implementación de controles de seguridad adecuados y de la supervisión de su eficacia y cumplimiento provocó, en mayo de 2011, la salida no autorizada de las grabaciones de las cámaras del sistema de*

videovigilancia que han resultado publicadas en diferentes medios de comunicación" (Informe de actuaciones previas de inspección E/02335/2018, Anexo I 8., folios 1.123-1140 del Expediente); en el marco de esa concreta investigación y *"al objeto de comprobar cómo se realiza en la práctica la gestión de los sistemas de videovigilancia, se efectúa una visita de inspección en un hipermercado de EROSKI gestionado por CECOSA situado dentro del "Centro Comercial Luz del Tajo", en el término municipal de Toledo"*, tal y como se refleja en la Resolución de inicio del procedimiento sancionador (Hecho sexto). Tras esta Resolución, notificada a CECOSA por medios electrónicos el 5 de marzo de 2019 y rechazada automáticamente el 16 del mismo mes y año, no consta en el expediente la práctica de otras actuaciones, la apertura de período de prueba ni la propuesta de resolución y alegaciones de la empresa contra la que se dirige el procedimiento, hasta la resolución impugnada, notificada y recibida el 3 de septiembre de 2019.

En estas condiciones es claro que no se han seguido las normas establecidas para el procedimiento sancionador, cuyos principios y garantías esenciales han sido vulneradas lo que determina la nulidad de la resolución, como se expondrá seguidamente.

En primer lugar, se han utilizado las actuaciones practicadas en la investigación, iniciada de oficio, de unos hechos en los que, en principio, podía apreciarse indicios de infracción del artículo 9 LOPD, para sancionar otros distintos utilizando los elementos recogidos en la investigación anterior, referida a un momento y en relación con un establecimiento de la misma organización que ya no existía; en el requerimiento de información realizado a CECOSA se mencionan las actuaciones de investigación abiertas " *En el marco de las actuaciones practicadas por la Subdirección General de Inspección de Datos iniciadas de oficio con objeto de aclarar las circunstancias que han derivado en la publicación en varios medios de comunicación el pasado 25 de abril de 2018, de informaciones que reproducen imágenes captadas por videocámaras destinadas a la seguridad de uno de los establecimientos de la marca comercial EROSKI, tal y como muestran las noticias de prensa que se adjuntan..."*

La razón por la que se realiza la inspección no responde a la existencia de indicios de infracción de las normas de protección de datos en el concreto establecimiento en que tiene lugar la inspección, sino " *al objeto de comprobar en un establecimiento* ***EROSKI*** *que esté operativo cómo se realiza en la práctica la gestión de los sistemas de video vigilancia"* (Informe de actuaciones previas de inspección, citado); por lo tanto, ni los responsables del centro, ni los de CECOSA fueron informados de la posible existencia de infracción en el centro de Toledo, ya que el motivo por el que se inician las actuaciones no guardaba ninguna relación con el funcionamiento del sistema de vigilancia de este establecimiento, lo que reconoce la Agencia en la respuesta dada a la persona que aparecía en las imágenes publicadas cuando solicitó información, como interesada, sobre dichas actuaciones.

QUINTO.- Conforme a la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional (por todas St. TC 82/2019, de 17 de junio), las garantías constitucionales establecidas en el artículo 24 de la Constitución son aplicables, con ciertos matices, a los procedimientos administrativos sancionadores; entre tales garantías se encuentra el derecho de defensa, el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados en su defensa.

El correcto ejercicio de este derecho exige la debida notificación al interesado de la incoación del procedimiento, para que pueda organizar adecuadamente su defensa, así como el uso adecuado de las actividades previas de investigación que, conforme al artículo 122.1 del Reglamento de la LOPD, tienen por objeto determinar si concurren circunstancias que justifiquen la iniciación del procedimiento sancionador y *"se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos que pudieran justificar la incoación del procedimiento, identificar la persona u órgano que pudiera resultar responsable y fijar las circunstancias relevantes que pudieran concurrir en el caso"*.

En este caso las actuaciones investigadoras se inician de oficio por una quiebra del principio de seguridad de los datos, relacionado con el funcionamiento y custodia del sistema de video vigilancia

de un establecimiento comercial localizado en el barrio de Vallecas de esta Capital, se practican requerimientos de información a personas y entidades y se lleva a cabo una inspección en otro establecimiento, de la misma propiedad, para determinar cómo se realiza la gestión de los sistemas de video vigilancia, sin que realmente haya ningún indicio de que el sistema de ese establecimiento, ni de ningún otro, salvo el ocurrido en mayo de 2011 en el de Vallecas desaparecido ya en la fecha de inicio del procedimiento, haya dado lugar a una violación del principio de seguridad.

Así, la demandante, informada de la apertura de la investigación previa por esas grabaciones de 2011, publicadas en 2018, proporcionó la información requerida y facilitó la visita de inspección a otro establecimiento sin ser, a su vez, informada de la posibilidad de ser sancionada por la infracción de dicho principio ni menos aún de la comisión de la segunda infracción, al principio de consentimiento del artículo 4.1 LOPD, que resultó de la propia inspección, lo que no se refleja hasta la resolución de incoación del procedimiento sancionador, varios meses después de la inspección.

En relación con el Acuerdo de inicio, ya se ha dicho que es la última actuación del procedimiento administrativo antes de la Resolución y que no consta que llegase a conocimiento del interesado pues, aunque es cierto que se notificó electrónicamente en aplicación de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 39/2015, consta, igualmente, la fecha de puesta a disposición -5 de marzo de 2019- pero también la fecha de rechazo automático -16 de marzo del mismo año- y en los datos de la remisión no consta el acto de que se trata sino un genérico "escrito", y no se hicieron otros intentos para que el contenido de la incoación llegase a conocimiento de la interesada; además, se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 39/2015 ya que no se le notificó la propuesta de resolución, suprimiendo la posibilidad de presentar alegaciones; ello es así porque, aunque el artículo 64.2 f) de la Ley 39/2015 contempla la posibilidad de que, de no efectuarse alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, éste podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, ello no exime a la Administración de notificar el Acuerdo, esta vez como propuesta de resolución, como se indica en el Acuerdo, con los efectos apuntados sobre su derecho de defensa; por otra parte, todos los actos de instrucción son anteriores al acuerdo de incoación, y los elementos utilizados en la Resolución para calificar las infracciones ya existían desde la visita de inspección de 23 de mayo de 2018, como claramente se deduce de los Fundamentos primero y segundo de la Resolución impugnada, y el procedimiento sancionador no se inicia formalmente hasta el 4 de marzo de 2019, lo que es contrario a la doctrina del Tribunal Supremo, expresada en la sentencia de 6 de mayo de 2015 (R. 3438/2012) y la que en ella se cita, conforme a la cual: «[(] es claro que un período de información previa, bien haya consistido en el simple desarrollo de algunas diligencias indagatorias o inspectoras, bien en un período abierto formalmente como tal, ha de ser forzosamente breve y no encubrir una forma artificiosa de realizar actos de instrucción y enmascarar y reducir la duración del propio expediente posterior. Esto es, tan pronto como tales actuaciones indagatorias previas ofrezcan indicios de la existencia de una infracción, es preciso proceder a la apertura del expediente que corresponda [...]».

En definitiva, las circunstancias expuestas permiten considerar que en este caso se ha producido una grave restricción del derecho de defensa de la demandante, lo que determina la nulidad de la resolución, dejando sin efecto las sanciones impuestas.

SEXTO.- Po r todas las razones anteriores procede estimar el recurso y, en aplicación del art. 139.1. de la Ley de esta Jurisdicción, imponer las costas de este recurso a la Administración demandada.

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el presente recurso nº 2031/2019, interpuesto por el Procurador Sr. Pinto-Marabotto Ruiz, en la representación que ostenta, contra la Resolución de la Agencia Española de

Protección de Datos descrita en el primer Fundamento de Derecho, que se anula por ser contraria a derecho, dejando sin efecto las sanciones impuestas.

SEGUNDO.- Imponer a la Administración demandada las costas del recurso.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no**tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.