

**Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección
1ª, Sentencia 317/2015 de 13 May. 2015, Rec. 291/2013**

Ponente: Menéndez Rexach, Eduardo.

LA LEY 127137/2015

ECLI: ES:AN:2015:3059

FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. PROTECCIÓN DE DATOS. Sanción a empresa por infracción del principio de consentimiento, al haber tratado los datos del denunciante y haberle hecho llegar por correo postal un folleto publicitario, sin que conste que hubiera prestado el consentimiento para la utilización de sus datos. Los datos cuestionados fueron obtenidos a través del servicio que ofrece una página web. El legítimo interés comercial de la sancionada no puede prevalecer frente al derecho fundamental a la protección de datos del denunciante. El que la página web origen de la información haya sido declarada lícita por las autoridades británicas de protección de datos no afecta al principio de confianza legítima, que no puede hacerse valer frente a una norma imperativa. Tanto la legislación española de protección de datos como su aplicación administrativa y judicial son claras respecto a lo que se debe entender por fuentes accesibles al público, sin que esa creencia subjetiva de la interesada tenga incidencia alguna sobre la culpabilidad, a efectos de apreciar una cualificada disminución de la culpabilidad.

La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución sancionadora de la Agencia de Protección de Datos, sobre tratamiento de datos sin consentimiento.

A Favor: ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

En Contra: ADMINISTRADO.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso:0000291 / 2013

Tipo de Recurso:PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:03863/2013

Demandante:DATALASER, S.L.

Procurador:Dª BEATRIZ GONZÁLEZ RIVERO

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:

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

Madrid, a trece de mayo de dos mil quince.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Datalaser S.L., representada por la Procuradora D^a. Beatriz González Rivero**, 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 8 de Mayo de 2013.

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 y se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y admitida a instancia del actor, con el resultado que obra en autos; 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 28 de Abril de 2015 en el que, efectivamente, se votó y falló.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El presente recurso tiene por objeto la Resolución de 8 de Mayo de 2013 del Director de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), por la que se impuso a la demandante una multa de 40.001 euros como responsable de una infracción tipificada como grave por el art. 44.3. b) y 6.1. de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre de Protección de Datos de carácter personal (LOPD) de conformidad con el art. 45 de la misma LOPD .

SEGUNDO.- La recurrente solicita que se anule la Resolución; subsidiariamente, pide que se deje sin efecto la cuantía y que se sustituya por la correspondiente a las infracciones leves en su grado mínimo.

La recurrente alega que el 15 de Octubre de 2012 la Agencia recibió una denuncia de D^a Inocencia , quien declaró haber recibido un folleto publicitario por correo postal en el que consta que sus datos habían sido proporcionados por Datalaser S.L. y que no había prestado su consentimiento para la utilización de sus datos con ese fin; la AEPD inició un procedimiento sancionador publicado en el BOE el 18 de Diciembre de ese año aunque el día 27 del mismo mes se personó en la Agencia y

solicitó la notificación personal; finalmente fue sancionada en la forma expuesta y desestimado su recurso de reposición el 28 de Junio de 2013.

Fundamenta sus alegaciones en la caducidad del expediente sancionador con base en el art. 128 del Reglamento de la Ley de Protección de Datos y 42 de la ley 30/1992, de 26 de Noviembre ; así el acuerdo de inicio es de 12 de Noviembre de 2012; en el BOE de 13 de Mayo de 2013 se le requiere para recoger la notificación en el plazo de 7 días y se notifica la Resolución sancionadora el 17 de Mayo de 2013 y así lo reconoce la Resolución del recurso de reposición; la Resolución dice que constan en el expediente intentos de notificación de 9 y 10 de Mayo, pero no se encuentran debidamente acreditados, de modo que no resulta de aplicación el art. 58.4 de la Ley 30/1992 , de modo que entre el 12 de Noviembre de 2012 y el 17 de Mayo de 2013 han transcurrido más de seis meses; en cuanto al fondo considera de aplicación el criterio del interés legítimo recogido en el art. 7. f) de la Directiva 95/46, de 24 de Octubre de 1995 pues los datos fueron tratados en una compañía comercial para la satisfacción del interés legítimo de la demandante y de sus clientes y consiste en suministrar la base de datos a sus clientes para que puedan hacer publicidad de sus productos y servicios; los datos fueron obtenidos por Datalaser a través del servicio que ofrece la página web dateas.com accesibles para cualquier persona que disponga de conexión a Internet; se trata de datos públicos, accesibles a cualquiera, por lo que la lesión de los derechos de la denunciante es mínima y análoga a la producida cuando los datos constan en fuentes accesibles al público y son utilizados con fines comerciales, por lo que no se ha causado daño real alguno a la denunciante. Subsidiariamente alega que su actuación está basada en el principio de confianza legítima de que la información obtenida en esa web cumplía los estándares de la Directiva mencionada, lo que excluye la culpabilidad o supone una cualificada disminución de la misma y justifica la aplicación del art. 45.5.a) en relación con el 45.4. h) y j) LOPD .

TERCERO.- La representación de la Administración demandada, por su parte, rechaza la existencia de caducidad por las razones expuestas en la resolución del recurso de reposición pues hay que tener en cuenta los intentos de notificación realizados a través de MRW el 9 y 10 de Mayo, que no fueron atendidos y que suponen el cumplimiento de la obligación de notificar en plazo, conforme al art. 58.4. de la Ley 30/1992 ; en cuanto al fondo, expone que la página web de la que se han extraído los datos no es una fuente accesible al público en el sentido del art. 3 j) LOPD y si se admitiera el interés comercial como causa de justificación quedaría vacío de contenido el art. 6 de la ley; tampoco el art. 7 f) de la Directiva significa que puedan tratarse los datos personales sin consentimiento del interesado siempre que concurra un interés legítimo, sino que debe hacerse una ponderación; finalmente, considera que no resulta de aplicación el art. 45.5. pues no concurren circunstancias para disminuir la culpabilidad y la sanción impuesta es la mínima; por todas estas razones solicita la desestimación del recurso y la confirmación del acto impugnado.

CUARTO.- La Resolución declara probados los hechos que se transcriben a continuación en la parte que ahora interesa:

"OCHO.- Resulta acreditado que la denunciante 5 recibió una comunicación comercial postal donde constaban sus datos personales, y donde se le invitaba a un evento comercial que se celebraría en fecha de 11/10/2012, organizado por TELEMEDICAL. En el envío se informa que los datos utilizados para la campaña en cuestión provienen de DATALASER ante quien podrá ejercer los derechos ARCO. (Folio 142). DATALASER ha reconocido que los datos personales de la denunciante 5 constan en su fichero. (Folio 309)".

QUINTO.- Procede examinar primero la alegación de caducidad planteada por la actora, única alegación formulada en el recurso administrativo, que lo rechazó por entender que, desde la fecha de inicio del expediente sancionador el 12 de Noviembre de 2012, hasta la notificación de la resolución sancionadora no había transcurrido el plazo de seis meses establecido en el art. 128 del Reglamento de la Ley de Protección de Datos , aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de Diciembre; llega

a esta conclusión por entender que se realizaron válidamente dos intentos de notificación el 9 y 10 de Mayo en el domicilio designado por la empresa, por lo que es de aplicación lo dispuesto en el art. 58.4. de la Ley 30/1992 ; este artículo dispone que *"Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, y a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado"*.

Tales intentos de notificación en las fechas indicadas constan efectivamente en el expediente (Folios 567-568 y 603-604), realizados por un mensajero, identificado mediante el nº NUM000 , de la empresa operadora de servicios postales "MRW", cuyos datos completos constan en los resguardos de las notificaciones en las que se detallan los intentos de notificación, el día y la hora de cada uno, el nº de control y con una anotación a mano expresando la razón por la que no se entrega ("No está", "no hay nadie" "la asistenta no acepta el sobre"...), el nº de la Resolución de la AEPD incluida en el sobre (PS /621/2012); esos intentos se hicieron en dos domicilios distintos: uno de Pozuelo de Alarcón y también en otro de Galapagar (Madrid) designado expresamente en el procedimiento administrativo por la ahora demandante, con resultado negativo en todos los casos; así, al constar debidamente acreditado en autos el intento de notificación de la resolución sancionadora en el domicilio de la recurrente, con anterioridad al transcurso del plazo de caducidad, se entiende cumplida la obligación de notificar a los efectos señalados en el citado artículo 58.4 de la Ley Jurisdiccional y así lo ha apreciado esta Sala en supuestos similares en sentencias, por ejemplo, de 24 de Junio de 2010 (Recurso 187/2009 y de 14 de Abril de 2014 (Recurso 667/2011); por otra parte en los resguardos de la empresa de servicios postales constan los elementos suficientes, expuestos más arriba, para entender realizados los intentos de notificación, frente a lo que se alega en la demanda, procediendo en consecuencia rechazar la caducidad alegada.

SEXTO.- En cuanto al fondo, la Resolución impugnada, con base en los hechos antes transcritos, declara la existencia de una infracción grave prevista en el artículo 6.1 . y 44.3.b) LOPD , que protegen el principio del consentimiento del titular en el tratamiento de los datos personales; de ella se considera autora a la demandante y se le impone la multa en la cuantía mencionada en aplicación del art. 45.4 LOPD .

El art. 6.1. LOPD , dispone que *"el tratamiento de datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa"* y añade, en su apartado segundo, los supuestos en los que no será preciso dicho consentimiento, entre los que se encuentra el supuesto en que los datos *" figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado"*.

El art.3 h) de la LOPD define el "consentimiento del interesado" como *"toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen"*.

Como ha recordado esta Sala en su sentencia de 13 de Septiembre de 2013, recurso 65/12 , *"El principio del consentimiento expresado conllevará, por tanto, la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, permitiéndose así a aquel ejercer efectivo control sobre dichos datos y garantizando su poder de disposición sobre los mismos. Dicho consentimiento podrá prestarse de forma expresa, oral o escrita, o de manera tácita, mediante actos reiterados y concluyentes que revelen su existencia", añadiendo que "...el consentimiento ha de ser necesariamente "inequívoco". De modo que ha de aparecer como evidente, o, lo que es lo mismo, que no admite duda o equivocación, pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar el consentimiento.*

Por otro lado, la carga de acreditar la existencia del "consentimiento inequívoco", a que hace referencia el art. 6.1 de la LOPD, recae sobre la entidad responsable del fichero o encargada del tratamiento de los datos personales, cuando su existencia sea negada por el titular de tales datos (Sentencia de esta Sección de 8 noviembre 2012 -recurso nº. 789/2010-)".

SÉPTIMO.- La demandante alega que es de aplicación el criterio del interés legítimo, conforme al art. 7 f) de la Directiva 95/46 , que consiste, en su caso, en el libre desarrollo de su actividad empresarial relativa al suministro de bases de datos a sus clientes para que puedan hacer publicidad de sus productos y servicios y los datos cuestionados fueron obtenidos por Datalaser S.L. a través del servicio que ofrece la página web "dateas.com" accesible para cualquier persona que disponga de conexión a Internet, de modo que la lesión producida a la denunciante es mínima y análoga a la producida cuando los datos constan en fuentes accesibles al público y son utilizadas con fines comerciales.

Como ha declarado esta Sala reiteradamente, siguiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Febrero de 2012, R.25/2008 que, a su vez aplica la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011, asunto C-468/10 , AEPD/Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) y Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECMD) asunto C-469/10, la interpretación correcta tanto del artículo 6 de la LOPD como del artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46/CE , reside en la exigencia de dos requisitos acumulativos para que un tratamiento o cesión de datos personales sea lícito sin contar con el consentimiento del afectado, a saber: por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos; y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado (Sts. de esta Sala de 15 de Marzo de 2012, R. 390/2010; 6-6-12 R. 594/2009; 3-12-13 R.513/2011; 19-2-2014, R. 280/2013, entre otras).

Ponderación de intereses en conflicto que, como ya ha señalado esta Sección en otra sentencia de 15 de marzo de 2012 , dependerá de la circunstancias concretas de cada caso y en la que, no obstante, puede tomarse en consideración, como un elemento más de ponderación, el hecho de que los datos figuren ya en fuentes accesibles al público; en este sentido, por fuentes accesibles al público han de entenderse las mencionadas en el art. 3 j), entre las que no se encuentra la reconocida por la recurrente -dateas.com-, como origen de los datos por ella utilizados. Por otra parte, en la sentencia de esta Sala de 1-9-2011, R. 625/09 , que cita otras anteriores se recuerda que "la información que aparece en Internet no es una información que se pueda entender procedente de fuentes accesibles al público".

En el caso presente, se aprecia que el legítimo interés comercial de la sancionada no puede prevalecer frente al derecho fundamental a la protección de datos de la denunciante, sin el consentimiento de ésta pues, en principio, tal derecho prevalece sobre el puro interés económico de la empresa, sin que se hayan alegado, ni menos aún justificado, la existencia de circunstancias particulares que inviertan esa conclusión.

OCTAVO.- En cuanto al principio de confianza legítima, que se fundamenta en que la página web origen de la información ha sido declarada lícita por las autoridades británicas de protección de datos, tampoco puede admitirse pues este principio, recogido en el art. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre , no puede hacerse valer frente a una norma imperativa; como ha declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 17-5-2013 R. 441/2010 , que cita otras anteriores, " *el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general*". Por otra parte, en la STS de 1-2-99 Az 1633, se recuerda que "este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto

precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los «actos propios» sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109y110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992[RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993\246], modificada por Ley 4/1999 [RCL 1999\114]), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa".

En el presente caso se invoca una no acreditada declaración de licitud por parte de las autoridades de protección de datos de otro país, lo que ya excluiría su invocación frente a la Agencia española; además, tanto la legislación española de protección de datos como su aplicación administrativa y judicial son claras respecto a lo que se debe entender por fuentes accesibles al público, como se ha expuesto antes, sin que esa creencia subjetiva de la demandante tenga tampoco incidencia alguna sobre la culpabilidad, a efectos de integrar la circunstancia prevista en el apartado j) del art. 45.4. LOPJ , sin que concurran circunstancias que determinen la aplicación del art. 45.5 de la misma ley , como correctamente se justifica en la Resolución impugnada (apartado XVII) y la cuantía de la multa impuesta es la mínima prevista en el art. 45.2 para las infracciones graves.

NOVENO.- Por todas las razones anteriores procede desestimar el recurso y, en aplicación del art. 139.1. de la Ley de esta Jurisdicción imponer las costas a la demandante cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas.

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso nº 291/13 interpuesto por la Procurador Sra. González Rivero, 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 confirma por ser conforme a derecho.

SEGUNDO.- Imponer a la demandante las costas del recurso.

Contra la presente sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

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.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. En Madrid, a

LA SECRETARIA JUDICIAL