

**Audiencia Nacional. Sentencia de 28-09-2006. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección primera. Derecho de información en la recogida de datos**

La AN estima parcialmente

Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil seis.

La Sala representada por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto recurso contencioso-administrativo nº 18/2005. interpuesto por la entidad "ENTIDAD A", representada por la Procuradora Dña. ...., contra la Resolución de la Agencia de Protección de Datos de 29/11/04 que desestima el recurso de reposición frente a la anterior resolución de la misma Agencia de Protección de Datos de 5 de octubre de 2004 que acuerda imponer a dicha entidad una multa de 6qt.Q.:L euros. Ha sido parte demandada en las presentes actuaciones la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 20 de enero de 2005, acordándose por providencia de 24 de enero siguiente su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/98, y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno tal parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 21 de marzo de 2005, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se acordara dejar sin efecto la resolución recurrida condenando a la Agencia de Protección de Datos a pagar a "ENTIDAD A" la cantidad de 213,01 euros.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 2 de junio de 2005, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso y se confirmara la resolución administrativa impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a tal parte recurrente.

CUARTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, y no considerándose necesaria la celebración de vista pública, y tampoco el trámite de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

QUINTO.- Conclusos los autos, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 27 de septiembre de 2006, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña ....., quien expresa el parecer de la Sala.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Agencia de Protección de Datos de 29 de noviembre de 2004 que desestima el recurso de reposición frente a la anterior resolución de la misma Agencia de

Protección de datos de 5 de octubre de 2004 que acuerda imponer a la entidad "ENTIDAD A", por una infracción del artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, tipificada como leve en el artículo 44.2.d) de dicha norma, una multa de 601,01 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1 de dicha Ley Orgánica.

Tal resolución combatida declara como hechos probados los siguientes:

*PRIMERO. Según consta en el punto 1.3 del Acta de inspección: ... En noviembre de 2001 se implantó de forma experimental un sistema de recogida electrónica de la firma de aquellos clientes que abonaran la compra mediante tarjeta de pago ( ya fuera la emitida por el "GRUPO B" o una tarjeta externa) utilizando para su captura una tableta digitalizada ..... Este proyecto se ha venido implantando progresivamente en la red de tiendas "ENTIDAD C", estando ya disponible en toda su totalidad (86 tiendas)..."*

*SEGUNDO. En el fichero informático denominado "Clientes Otras Tarjetas Externas" cuyo responsable es "GRUPO B" se almacenan los datos de los talones de compras abonados con tarjetas externas al "GRUPO B" y, entre otros, se almacenan datos sobre identificación de los productos adquiridos, importe de la compra, fecha, número de tarjeta, apellidos del titular de la misma y firma de éste. Los talones de compra se encuentran asociados al número de talón, número de tarjeta, fecha de compra y terminal del punto de venta, entre otros.*

*TERCERO. Según manifestaciones del representante de "ENTIDAD A", que constan en el punto 1.7 del Acta de inspección nº E/334/2003-1/1/2003, "en las tiendas "ENTIDAD C", existe un folleto informativo que se hace entrega a aquellos clientes que soliciten información acerca del procedimiento de captura de la firma. En aquellos casos en los que el cliente manifieste que no desea que la misma sea capturada, se le ofrece la alternativa tradicional de compra, consistente en la firma del talón en soporte papel.. " (fólios 32 a 34).*

*CUARTO. Dicho folleto informativo contiene en su encabezado el siguiente literal "TARJETAS AJENAS". Firma del Tique de venta sobre tarjeta digitalizadora" y se estructura en tres apartados en los que se informa de lo siguiente:*

*"Introducción*

*Con objeto de obtener informáticamente la firma del titular de la tarjeta de crédito de cada uno de los documentos de venta y mantenerlos a disposición del emisor durante el plazo de conservación de un año, se ha establecido el sistema de recogida de firmas con la tableta digitalizadora en ese Centro.*

*Como funciona*

*El terminal que efectúa la transacción sólo emite un tique que situado sobre la tableta, firma el cliente y se lo lleva, de forma que no queda ninguna copia física del mismo. Sin embargo el sistema recoge electrónicamente su firma que es almacenada como un dato más de la transacción formando un cuerpo único e indisoluble de la misma,*

que guardamos en un fichero para dar respuesta al emisor de la Tarjeta de crédito en el caso de que nos lo solicite.

*Garantías.*

*El "GRUPO B" garantiza que la firma del cliente queda unida a la operación concreta que se efectúa y que bajo ningún concepto puede ser destinada a otros fines que no sean la justificación y veracidad de la transacción." (folio 50).*

SEGUNDO. La parte actora sustenta la pretensión impugnatoria de su demanda, en las siguientes consideraciones:

Aplicación indebida de la Ley Orgánica de Protección de Datos (Art. 2 Y 3 de la misma) pues los datos objeto de debate no pueden ser definidos como datos de carácter personal, porque con ellos no es posible identificar a persona física alguna.

A partir de los datos contenidos en el fichero: numero de tarjeta, apellidos y firma, no es posible para ningún comerciante averiguar la identidad de un cliente del que se desconoce el nombre, dirección, nacionalidad e, incluso, si es hombre o mujer. Para el emisor de la tarjeta bastara con el numero de la misma pero para el comerciante (que es lo que aquí nos ocupa) no se conoce ningún procedimiento de identificación.

Además, en cuanto a los apellidos del cliente, lo que los comerciantes conservan es el contenido de la pista 1 de la tarjeta, y dicho contenido es el que emisor de la tarjeta y titular de la misma han convenido. El comerciante es ajeno a dicha negociación. desconoce su contenido, que no siempre son los apellidos y desde luego le resulta imposible y de nulo valor informático la explotación de este dato.

Falta de motivación: La sanción impuesta ha sido acordada mediante una afirmación carente de motivación (Art. 54 y 89 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo), a saber, que los apellidos y firma de una persona permiten su identificación Y a pesar de que en la reposición se criticaba tal falta de motivación, la resolución desestimatoria de dicho recurso no resuelve nada sobre tan importante cuestión.

Información suficiente: el sistema de captura electrónica no se oculta a los clientes. Los propios denunciantes reconocen haber sido informados del funcionamiento del sistema, y la inspección ha verificado que en las tiendas existen folletos informativos con esta finalidad (folio 33). A cualquier cliente se le ofrece la posibilidad de firmar en papel si lo desea.

Información innecesaria: Por la naturaleza de las operaciones. ni la actora (ni ningún otro comerciante) solicita dato alguno al cliente que, en principio, es una persona anónima que presumiblemente va a pagar en efectivo. Es el propio cliente el que, sin que nadie lo solicite, ya sabe que si quiere pagar mediante tarjeta de compra, debe entregar la misma y firmar el comprobante. Y conoce también que dicho comerciante conservará los datos de la operación a disposición del emisor ante una eventual reclamación y, por supuesto, tiene el convencimiento de que el comerciante no va a utilizar los datos para ningún otro fin y que él va a continuar siendo completamente desconocido para el comerciante.

Indemnización del perjuicio: la estimación del recurso supondría considerar la resolución de la A.P.D. como un acto que, de forma negligente, ha ocasionado un perjuicio económico que debe ser reparado, por lo que la APD debe ser condenada a indemnizar a la actora la tasa del ejercicio de la potestad jurisdiccional del Art. 35 de la Ley 53/2002.

**TERCERO.** "ENTIDAD A". ha sido sancionada por la Agencia de Protección de Datos por la comisión de una infracción leve del Artículo 44.2.d) LOPO.

*Proceder a la recogida de datos de carácter personal de los propios afectados sin proporcionar/es la información que señala el artículo 5 de la presente Ley.*

La resolución administrativa impugnada justifica la aplicación al supuesto, del indicado precepto, en los siguientes términos:

*"En el presente caso cuando los clientes de la tiendas apencor abonan sus compras a través de tarjeta de crédito o débito que no es del "GRUPO B", los talones de compra se almacenan en un fichero informático denominado "Clientes Otras tarjetas externas", En dichos talones constan los datos sobre identificación de los productos adquiridos, importe de la compra, fecha, número de tarjeta, apellidos del titular de la misma y firma de éste, que se captura a través de una tableta digitalizadora" (fundamento de derecho 111).*

Se añade que ( fundamento de derecho IV) " *en el presente caso el cliente desconoce que cuando firma se captura y conserva su firma digitalizada en un fichero, tampoco conoce si firmar en la tableta digitalizada es obligatorio o facultativo, ni cuales son las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrar/os*".

Indica el mismo fundamento IV (párrafo cuarto) que *"Sin embargo "ENTIDAD A" es la que recaba los datos de los afectados para someterlos a un tratamiento automatizado por lo que es a ella a quien incumbe la obligación de informar"*,

También a continuación que *"El derecho a ser informado quedaría sin duda frustrado si se excluyeran los supuestos en los que los afectados voluntariamente facilitan sus datos"*,

La resolución de la misma AEPO que resuelve el recurso de reposición contiene también motivación respecto de la aplicación al caso de lo preceptuado en el artículo 5 LapO, y así (en el fundamento de derecho 11) que *" de acuerdo con esta definición ( de tratamiento de datos del artículo 3.c) Ley Orgánica 15/1999) el almacenamiento de los tiques de compra en el sistema informático de la entidad supone un tratamiento de los datos que figuran en los mismos"*.

Por lo que cabe concluir, razona la misma resolución, que *"en el citado fichero se recogen los datos de los talones de las compras abonadas con tarjetas externas al grupo "GRUPO B" y entre otros, se almacenan datos sobre identificación de los productos adquiridos, importe de la compra, fecha numero de tarjeta, apellidos del titular de la misma y firma de éste"*.

**CUARTO.** Ya hemos dicho que la infracción que se considera cometida por Tiendas de Conveniencia es la del artículo 5 LOPD que establece que:.

Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos, y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso; rectificación, cancelación y oposición.

d) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

La conducta que se sanciona, por tanto, tal y como se desprende de la relación de hechos probados y de la fundamentación de las resoluciones dictadas por la AEPD que se acaban de transcribir, consiste, esencialmente, en la derivada de la implantación, por parte de la actora, y para las compras de productos a través de tarjeta de crédito o débito, de un nuevo sistema de captura electrónica de firma, firma que se recoge junto con la información sobre productos adquiridos, importe de la compra, fecha, número de tarjeta y apellidos del titular, en un fichero informático de dicha recurrente que se denomina "Clientes Otras Tarjetas Externas",

Esta Sala, en primer término, no aprecia en las resoluciones impugnadas los motivos por los que se estima aplicable al supuesto la necesidad de la información previa que, para la recogida de datos personales, exige tal artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999.

Obsérvese que dicho precepto, como sujetos pasivos o destinatarios a los que se refiere tal obligación de información previa se refiere a *"los interesados a los que se soliciten los datos persona/es"*: de donde se desprende que el precepto contempla implícitamente una previa solicitud.

Petición o solicitud previa cuyas modalidades pueden ser muy diferentes (entre ellas, especialmente, los cuestionarios u otros impresos para la recogida, que contempla el apartado 2 del mismo artículo 5) pero que podría llevar a excepcionar del precepto aquellos casos, o al menos parte de ellos, en que la recogida de datos no se realiza a solicitud del responsable del fichero, sino por propia iniciativa de quien comunica o revela los datos, porque tiene un específico interés en hacerlo.

QUINTO. Sin necesidad de ahondar ahora en tal difícil cuestión, y conforme a lo que también se aborda en la demanda, lo cierto es que la Sala echa de menos en las resoluciones impugnadas los motivos o razones en los que se basa la Agencia de Protección de Datos para aplicar al supuesto enjuiciado la exigencia derivada del repetido artículo 5.1 de la LOPD. Deficit o la falta de contenido que se sustenta en lo que a continuación se pasa a exponer: \_

Según se desprende de las actuaciones practicadas parece ser que hasta la introducción del nuevo sistema de digitalización de firma, también era obligado para todo comerciante que admitía el pago con tarjeta de crédito o débito, el mantenimiento de un fichero, fichero constituido por las operaciones de venta, y a disposición del emisor de la

tarjeta. Ficheros que inicialmente figuraban en soporte papel y que con posterioridad fueron informatizándose, hasta el punto que actualmente, la gran parte de los comercios, disponen de todos los datos de quien compra mediante tarjeta de crédito/débito en soporte electrónico (también fecha, número de tarjeta, importe de la venta, número de terminal de la tienda, y nombre y apellidos del titular) con la única excepción de la firma de dicho cliente, para la que se sigue requiriendo soporte papel.

Hasta este momento y para dichas operaciones comerciales, parece que la AEPD no ha considerado necesaria la información previa del artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999.

Ha sido a partir de que la entidad actora haya implantado el nuevo sistema de captura electrónica de firma, consistente en digitalizar los trazos efectuados por los clientes sobre una tableta conectada al terminal de venta, de modo que el ticket completo, incluida dicha firma, puede ser tratado electrónicamente (y con ello estar a disposición, inmediata, de los emisores de tarjeta y de los clientes) cuando tal Agencia Estatal ha considerado, entonces sí, necesaria la exigencia de la tan repetida información previa del artículo 5.1 LOPD.

Es por ello que nos planteamos el interrogante de qué importante diferencia existe entre el sistema vigente hasta la fecha en las transacciones comerciales, y el nuevo sistema introducido con la digitalización de la firma, como para considerar que hasta el momento no operaba, en tales supuestos, la necesidad de información previa en la recogida de datos personales, y ahora sí ha de cumplirse tal exigencia derivada del artículo 5.1 LOPD.

Los motivos que respecto a tan específica cuestión se contienen tanto en la resolución sancionadora como en la que desestima el recurso de reposición frente a la anterior, son los que se han recogido en el fundamento jurídico que antecede, motivos que dada la trascendencia jurídica del tema planteado y la importancia que para las transacciones comerciales puede tener la controversia suscitada, se consideran insuficientes por la Sala.

De la interpretación conjunta de lo preceptuado en los artículos 54 y 89 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo común citados en la demanda, se desprende la obligación de la Administración de motivar la resolución que pone fin al procedimiento, de decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados y también todas aquellas obras que deriven de dicho procedimiento. Deber de motivación que no ha sido atendido ni por la resolución sancionadora ni por la resolutoria del recurso de reposición dictadas por la Agencia de Protección de Datos.

#### 7 ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Recurso N°: 000018/2005

La conclusión de lo anterior es que ha de dictarse un pronunciamiento parcialmente estimatorio de la demanda, retrotrayendo las actuaciones y declarando la nulidad de las resoluciones dictadas por la AEPD, ( Artículo 63.2 Ley 30/92, de 26 de noviembre) para que por la misma se dicte otra resolución en la que se justifiquen las razones y motivos por los que considera exigible la información previa del artículo 5.1 de la LOPD a partir de la introducción del nuevo sistema de digitalización de firma en las transacciones comerciales.

SEXTO. No concurren las causas expresadas en el Art. 139 de la LJCA para la imposición de las costas a ninguna de las partes.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de "ENTIDAD A", de 29 de noviembre de 2004 que desestima el recurso de reposición frente a la anterior resolución sancionadora de la misma Agencia de Protección de Datos de 5 de octubre de 2004 anulamos dicha resoluciones a fin de que la AEPD dicte otra en los términos expuestos en el fundamento jurídico quinto, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

EL SECRETARIO

Da .....