

**Audiencia Nacional. Sentencia de 27-04-2006. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección primera. Consentimiento inequívoco. Finalidades incompatibles.**

La AN desestima el recurso.

Madrid, a veintisiete de abril de dos mil seis.

Vistos por la Sala citada al margen el Recurso numero 01/565/2004 interpuesto por "ENTIDAD A", representado por el procurador ....., contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 8 de Octubre de 2004 por la que se acuerda imponer a la entidad recurrente una multa de 60.101,24 euros por infracción de lo previsto en el artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica 15/99 en relación con lo previsto en los artículos 4.1 y 5.1 de la misma Ley Orgánica, habiendo sido parte el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso ha sido fijada en 60.101,24 euros.

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**PRIMERO:** Por el indicado recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado ante esta sala contra el acto mencionado en el encabezamiento de esta resolución, acordándose su admisión y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazado para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que, tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó solicitando la estimación del recurso y la consiguiente anulación del acto recurrido por cuanto declara infracciones hechos que no están tipificados ó bien que se declare la nulidad de la resolución por inexistencia de culpabilidad Ó, subsidiariamente, que se declare la anulabilidad por errónea aplicación del principio de proporcionalidad respecto a la gravedad de las sanciones imputadas y consiguiente nulidad de la resolución por prescripción del derecho a sancionar.

De lo que consta en el expediente administrativo y de lo que resulta de las alegaciones y pruebas practicadas por las partes, puede concretarse el siguiente relato de hechos:

- RGH recibió en su domicilio un envío publicitario procedente de "ENTIDAD B" en la que le ofertaba determinados productos de líneas ADSL y de videojuegos a los que se podía acceder mediante dicha línea.
- Formulada denuncia por la madre de RGH ante "ENTIDAD B" por el modo por el habían llegado al conocimiento de los datos personales de su hijo resultó que:
- "ENTIDAD A" había contratado con fecha 31 de Octubre de AAAAA para llevar a cabo una campaña publicitaria consistente en ofertar productos de telecomunicaciones de "ENTIDAD C" a los socios del club infantil "ENTIDAD A".
- La campaña se realizó mediante el envío de "ENTIDAD A" a la empresa "ENTIDAD C" (con la que había suscrito un contrato con fecha 1 de Octubre de AAAAA) de los datos de los socios a los que se dirigiría la campaña de "ENTIDAD B". De este modo "ENTIDAD B" nunca entró en contacto con los datos de los destinatarios de la campaña y en los envíos se introdujo un encabezamiento que es de uso frecuente entre los socios del club con el fin de que el receptor pudiera identificar el origen del envío.

- RGH y su padre habían suscrito y firmado un cupón, en soporte papel, que aparece incorporado al los folios 47 y 48 del expediente en el que aparece una leyenda que dice que "La finalidad de este fichero es mantener la relación con los socios del Club "ENTIDAD A" para comunicarles actividades culturales, formativas, deportivas y de ocio, y para el envío de promociones comerciales de productos y servicios que pueden resultar de su interés. Además, los datos correspondientes a los representantes legales del socio podrán utilizarse conjunta ó separadamente para informarles de otras actividades, complementarias de las descritas y de similar naturaleza y finalidad pero dirigidas a personas adultas".

- La denuncia formulada con fecha 28 de Noviembre de AAAA por la madre de RGH dio lugar a la apertura de un expediente en la Agencia Española de Protección de Datos que concluyó con la resolución que ahora es objeto del presente recurso contencioso administrativo.

**SEGUNDO:** La representación procesal de la parte demandada contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

**TERCERO:** Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes que se declararon pertinentes con el resultado que se hizo constar en autos.

**CUARTO:** Dado traslado a las partes, por su orden, para conclusiones, se evacuaron en sendos escritos en los que realizaron las manifestaciones que le convinieron a sus respectivos intereses.

**QUINTO:** Con fecha 26 de Abril se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo visto para sentencia.

Ha sido ponente del presente recurso el Magistrado Iltmo. ....

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO:** Se interpone el presente recurso contencioso frente a una resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 8 de Octubre de 2004 por la que se acuerda imponer a la entidad recurrente una multa de 60.101,24 euros por infracción de lo previsto en el artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica 15/99 en relación con lo previsto en los artículos 4.1 Y 5.1 de la misma Ley Orgánica

La resolución recurrida basa la imposición de la sanción, en primer lugar, en la cuestión de si "ENTIDAD A" contaba con el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de RGH y entiende que en la leyenda del cupón (que se ha transcrito en los antecedentes de esta Sentencia) no se aprecia que exista información sobre las finalidades determinadas y ello pues la expresión "comunicarles actividades culturales, formativas, deportivas y de ocio" es excesivamente genérica y la referencia a promociones comerciales considera que no cubre la posibilidad de remitir promociones relativas a líneas ADSL y juegos de alquiler comercializados por telefónica.

Por todo ello, entiende la resolución recurrida que "la leyenda no cumple con las exigencias de haber facilitado previamente una información expresa, precisa e inequívoca (conforme al artículo 5 de la LOPD) sobre las finalidades determinadas y explícitas para

las que se recabaron los datos (según el artículo 4,1) de forma que el consentimiento para su tratamiento sea inequívoco"

Concluye, por tanto, la resolución, que el consentimiento para el tratamiento resulta nulo de acuerdo con el artículo 4.1 en relación con el 5 de la LOPD),

La resolución, finalmente, considera que "ENTIDAD A", debe considerarse responsable del fichero y del tratamiento de los datos de sus clientes sin haber contado para ello con el consentimiento inequívoco del afectado.

**SEGUNDO:** La adecuada resolución de la cuestión que se somete a la consideración de esta Sala exige partir de lo que establece el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/99 en sus párrafos 1 y 2 cuando dice que: 1. Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido,

Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos,

También resulta relevante lo que establece el artículo 5 de la misma Ley Orgánica que hace mención al contenido de la información en el momento de la recogida de datos y que establece en su párrafo 1 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.

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

Como inspirador general de toda esta materia debe atenderse a lo que resulta del artículo 6 de la Ley Orgánica que recoge el principio del Consentimiento cuando dice que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.

**TERCERO:** Sobre la base normativa expuesta en el Fundamento Jurídico anterior, se plantea si la cláusula que se incorporó al boletín de adhesión al Club "ENTIDAD A" suscrito por RGH y por su padre resulta suficiente para justificar la remisión de la publicidad recibida y que aparece a los folios 7,8 y 9 del expediente administrativo.

Es necesario centrar adecuadamente la cuestión controvertida y para ello son convenientes dos apreciaciones fundamentales:

- La resolución recurrida no sanciona por cesión inconsentida de datos y del expediente resulta claramente que ni hubo cesión entre "ENTIDAD A" y "ENTIDAD B" y que las relaciones entre "ENTIDAD A" y "ENTIDAD B", por un lado, y entre "ENTIDAD A" y "ENTIDAD C" por otro, estaban suficientemente documentadas en los contratos de fechas 1 y 31 de Octubre de 2002 y que aparecen incorporados al expediente a los folios 30 y 42 Y que dichos contratos cumplían las exigencias de los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 15/99 y, por esta razón, la Agencia no realiza sanciona en forma alguna a estas empresas.

- También es necesario señalar como "ENTIDAD A" no ha planteado ningún tipo de oposición al hecho de que la resolución recurrida haya considerado que tenía la condición de responsable del fichero y de responsable del tratamiento en la forma y condiciones que resultan de la aplicación del artículo 3 de la Ley Orgánica 15/99.

**CUARTO** Uno de los pilares básicos de la normativa reguladora del tratamiento automatizado de datos es, como ya hemos señalado, el principio del consentimiento o autodeterminación, principio cuya garantía estriba en que el afectado preste su consentimiento consciente e informado para que la recogida de datos sea lícita, y que se plasmaba ya en el artículo 6.1 d e la LORTAD de 1992, a cuyo tenor, el "tratamiento automatizado de datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa", precepto reproducido en el nuevo arto 6.1 de la Ley Orgánica 15/99, que para resaltar la importancia del consentimiento del afectado, califica la prestación del consentimiento añadiendo la expresión "inequívoco".

Se trata de una garantía fundamental, legitimadora del régimen de protección establecido por la Ley, en desarrollo del arto 18.4 de la Constitución, dada la notable incidencia que el tratamiento automatizado de datos tiene sobre el derecho a la privacidad en general, y que sólo encuentra, como excepciones al consentimiento del afectado, aquellos supuestos que, por lógicas razones de interés general, puedan ser establecidos por una norma de rango de Ley.

Todo ello, a su vez, debe relacionarse con la prohibición de utilizar datos para una finalidad incompatible o distinta de aquella para la que los mismos fueron recabados se contiene en la LOPD como uno de los principios básicos de la protección de datos, en su título 11, de donde se desprende la importancia que en el sistema de la Ley reviste tal aplicación de datos a la finalidad para la que fueron pedidos.

Importancia de la que ya se hacía eco la Exposición de Motivos de la anterior LO 5/1992, de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, al afirmar que: "... Los principios generales definen las pautas a las que debe atenerse la recogida de datos de carácter personal, pautas encaminadas a garantizar tanto la veracidad de los datos almacenados cuanto la congruencia y la racionalidad de la utilización de datos. Este principio, verdaderamente cardinal, de la congruencia y la racionalidad, garantiza que los datos no puedan ser usados sino cuando lo justifique la finalidad para la que han sido recabados; su observancia es, por ello, capital para evitar la difusión incontrolada de la información que, siguiendo el mandato constitucional, se pretende limitar".

Ello así resulta con claridad de relacionar el repetido artículo 4.2 de la LOPD tanto con el artículo 5.1 y 6 de la Ley como con el ordinal 1 del mismo artículo 4, que exige para que los datos puedan recogerse para su tratamiento que sean "adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido", estableciéndose en definitiva en tal artículo 4 una sutil distinción entre finalidad de la recogida y finalidad del tratamiento, pues la recogida sólo puede hacerse con fines determinados, explícitos y legítimos, y el tratamiento posterior no puede hacerse de manera incompatible con dichos fines. Así pues, y de acuerdo con el artículo 1.b) de la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995 (en cuya redacción se inspira tal artículo 4.2 de nuestra LOPD), si la recogida se hizo con fines determinados, cualquier uso o tratamiento posterior con finalidad distinta es incompatible con la primera finalidad que determinó su captura por lo que, en este contexto, diferente o incompatible significan lo mismo.

**QUINTO:** Examinada con detalle la cláusula incorporada al boletín de inscripción al Club "ENTIDAD A" de RGH, esta Sala, considera que dado que en la misma se habla de la comunicación de "actividades culturales, formativas, deportivas y de ocio, y para el envío de promociones comerciales de productos y servicios que pueden resultar de su interés" resulta incompatible dicha finalidad anunciada con el hecho de que se remita una promoción de línea ADSL asociada a juegos destinados a un público predominantemente infantil.

Es fundamental la distinción que cabe efectuar en relación a que se remitiera una publicidad de videojuegos, que, obviamente se dirigen, mayoritariamente, al público infantil, ó que la publicidad sea de una línea telefónica ADSL que ni va dirigida al público infantil ni puede ser contratada por esa clase de público.

La parte recurrente, pretende relacionar el tenor literal de esa cláusula con el hecho de que RGH ha venido siendo socio del Club "ENTIDAD A" durante varios años por los que conoce las actividades del club y los productos que promociona a los que no son para nada ajenos los juegos de estrategia, acción y aventuras. Esta cuestión, aún siendo cierta, no tiene relación directa con el hecho de que se realice una publicidad de una línea telefónica ADSL ajena a las actividades propias de los niños ya las "actividades culturales, formativas, deportivas y de ocio" que se recogían en la cláusula de información del cupón de ingreso en el Club "ENTIDAD A".

Esta Sala ha considerado en algunos supuestos ha considerado finalidades no incompatibles las siguientes:

- Recurso 637/2002: El uso de los datos del padrón municipal para remitir cartas destinadas a funciones de integración social de personas residentes en lugares distintos a los de su nacimiento.

- Recurso 641/2004: utilización de los números de cuenta corriente para rectificar un error del banco en la materialización de una operación de compra de valores previamente ordenada.

Estos criterios no son aplicables al caso presente en el que lo relevante, y lo que hace incompatible con la finalidad informada, es la inclusión de una promoción comercial de una línea telefónica que no tiene vinculación directa ni con las actividades del Club

"ENTIDAD A" ni con las actividades de ocio habituales de los niños que eran los destinatarios de la publicidad recibida por el denunciante. .

El hecho de que se haga mención en la cláusula señalada de "promociones comerciales" no permite entender incluida cualquier clase de promoción comercial sino que es necesario vincular el termino "comercial" con el resto de finalidades del club y con las actividades generales de aquel y del publico destinatario. No es posible considerar legitimo que dicha cláusula incluya y autorice cualquier clase de promoción comercial en relación a productos que pueden ser, incluso, contrarios, a los intereses del publico infantil y juvenil.

Procede, pues, y por lo que se refiere a esta cuestión, acordar la integra confirmación de la resolución objeto del presente recurso contencioso administrativo.

**SEXTO:** Es necesario señalar como la parte recurrente pretende, de modo subsidiario la tipificación de la conducta como una falta leve de las previstas en el articulo 44.2.d) de la Ley Orgánica que sanciona Proceder a la recogida de datos de carácter personal de los propios afectados sin proporcionarles la información que señala el arto 5 de la presente Ley.

No obstante es necesario señalar como dicha tipificación no es posible pues en el caso presente *lo* que se sanciona no es la falta de información sino el empleo de los datos legítimamente recogidos (puesto que no se ha dudado de la prestación del consentimiento) para una finalidad incompatible con aquellas que se mencionaron al momento de solicitar el consentimiento.

Tampoco podría aceptarse la prescripción de la infracción que hubiera sido calificada como leve y ello pues el plazo prescriptivo que debe aplicarse es el de las infracciones graves pues como tal ha sido calificada la conducta de la entidad sancionada.

**SÉPTIMO:** Por lo que se refiere a la supuesta falta de culpabilidad, resulta que esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones (sentencias de los recursos 656/2001, 711/2001 Y 388/2002 de fechas de 10 de mayo de 2002, 6 de junio de 2002 y 3 de marzo de 2004 y la mas reciente de fecha 12 de Abril de 2004 dictada en el recurso 549/2002 que la delicada materia a la que se refiere la Ley de Protección de Datos, no se exige un dolo específico para la comisión de las infracciones.

A estos razonamientos aun cabe añadir que en nuestras Sentencias de 23 de marzo y 16 de Junio de 2004 (recursos 435/2002 y 865/2002) también señalamos que "cuando se invoca la buena fe en el actuar, para justificar la ausencia de culpa -como se hace en el presente caso- basta con decir que esa alegación queda enervada cuando existe un deber específico de vigilancia derivado de la profesionalidad del infractor. En esta línea de tradicional reflexión, la STS de 12 de marzo de 1975 y 10 de marzo de 1978, rechazan la alegación de buena fe, cuando sobre el infractor pesan deberes de vigilancia y diligencia derivados de su condición e profesional" -SAN (1a) de 14 de septiembre de 2001 (Rec. 368/2000)-". .

Cualquier otra interpretación supondría una interpretación forzada de la legislación sobre protección de datos de carácter personal, teniendo en cuenta el carácter restrictivo y nunca expansivo que debe presidir toda acción administrativa sancionadora, incluida, claro es, la regulada en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre

**OCTAVO:** La parte recurrente solicita, aún de modo subsidiario, la aplicación del artículo 45.5 de la LO. 15/99 según el cual *"Si en razón de las circunstancias concurrentes se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado, o de la antijuridicidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate"*.

Este precepto no es sino una manifestación del llamado principio de proporcionalidad (Art. 131.1 de la Ley 30/1992), que sí se invoca en la demanda, incluido en el más general de prohibición de exceso, reconocido por la Jurisprudencia como Principio General del Derecho, y que no es sino consecuencia del valor justicia que informa nuestro Ordenamiento Jurídico (Art. 1 CE, en relación con las STC 50/1995 y 173/1995).

Hemos reiterado en numerosísimas ocasiones que es ésta una regla que debe aplicarse con exquisita ponderación, y sólo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas atendidas las circunstancias del caso concreto, de forma que repugne a la sensibilidad jurídica, siempre guiada por el valor justicia, la imposición de la sanción correspondiente al grado. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos (de aquí la expresión "especialmente cualificada") y concretos.

En el caso presente no procede aplicar la reducción pretendida por la parte recurrente en aplicación de dicho precepto y ello pues resulta que no se ha aportado ninguna razón que así lo justifique; no se olvide que el cumplimiento del resto de preceptos de la Ley 15/99 no excusa de que una utilización de los datos para una finalidad incompatible para aquellos para los que fueron recogidos se pueda encuadrar dentro de lo previsto en el tipo infractor aplicado por la resolución de la Agencia objeto de recurso. Tampoco es razón el hecho de que la empresa recurrente haya sido sometida a estudios ó auditorias en relación a la cuestión de protección de datos ni que haya mostrado una cierta inquietud y preocupación para garantizar el cumplimiento de las exigencias de la Ley en esta cuestión.

**NOVENO:** Por aplicación de lo establecido en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no resulta procedente hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes que han intervenido en este procedimiento.

## **FALLAMOS**

Que desestimando el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador ....., en la representación que ostenta de "ENTIDAD A" contra la resolución descrita en el primero de los fundamentos de esta sentencia debemos confirmar la resolución recurrida. Todo ello sin haber lugar a expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos mandamos y fallamos.