



Roj: SAN 1932/2015 - ECLI:ES:AN:2015:1932
Id Cendoj: 28079230012015100177
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 122/2014
Nº de Resolución: 225/2015
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: FERNANDO DE MATEO MENENDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000122 /2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02183/2014

Demandante: PRIVILEGIA LUXURY Y EXPERIENCE S.L. Y OTROS

Procurador: ALFONSO DE MURGA FLORIDO

Demandado: AGENCIA PROTECCIÓN DE DATOS

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D. JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO

Madrid, a ocho de mayo de dos mil quince.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso- administrativo número 122/14, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Alfonso de Murga y Florido, en nombre y representación de **PRIVILEGIA LUXURY EXPERIENCE, S.L. y NAVAS JOYEROS IMPORTADORES, S.L.**, contra la resolución de 12 de marzo de 2014, que confirma en reposición la resolución de 14 de enero de 2014 del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se le impone una sanción a Navas Joyeros Importadores, S.L. de 1.500 euros por una infracción del art. 5 de la Ley Orgánica 15/1999 , de 13 de diciembre, tipificada como leve en el art. 44.2.c) de la citada norma, y también una sanción de 3.000 euros por la infracción del art. 22.2 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, tipificada como leve en el art. 38.4.g) de dicha Ley , y, asimismo a Privilegia Luxury Experience, S.L. se le impone una sanción de 500 euros por ésta última infracción. Ha sido parte **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO** , representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en 5.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Admitido el recurso y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a las partes actoras para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevaron a efecto mediante escrito presentado el día 8 de septiembre de 2014 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron oportunos, terminaron solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso anulando el acto impugnado en el presente recurso, o, subsidiariamente, la reducción de las sanciones en los términos alegados.

SEGUNDO .- Formalizada la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que realizó mediante el pertinente escrito, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando la desestimación del recurso, y que se declarara la plena adecuación a derecho del acto administrativo impugnado.

TERCERO .- Mediante Auto de 28 de noviembre de 2014 se acordó el recibimiento del recurso a prueba, admitiéndose la prueba documental propuesta por la parte actora, y, una vez concluido el periodo probatorio, se concedieron diez días a las partes para la formulación de conclusiones. Presentados los correspondientes escritos, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 5 de mayo del presente año, fecha en que tuvo lugar.

SIENDO PONENTE el Magistrado Ilmo. Sr. Don FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Las partes demandantes impugnan la resolución de 12 de marzo de 2014, que confirma en reposición la resolución de 14 de enero de 2014 del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se le impone una sanción a Navas Joyeros Importadores, S.L. de 1.500 euros por una infracción del art. 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (en adelante LOPD), tipificada como leve en el art. 44.2.c) de la citada norma, y también una sanción de 3.000 euros por la infracción del art. 22.2 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI), tipificada como leve en el art. 38.4.g) de dicha Ley, y, asimismo a Privilegia Luxury Experience, S.L. se le impone una sanción de 500 euros por ésta última infracción.

Los hechos por los que ha sido sancionada la sociedad Navas Joyeros Importadores por la infracción del art. 5 de la LOPD, son por recabar directamente de usuarios sus datos personales, sin facilitarles previamente, en el momento de la recogida de los datos al cumplimentar los formularios de contacto, de modo expreso, preciso e inequívoco la información preceptiva en materia de protección de datos personales.

Por otro lado, la imposición de las sanciones a las partes demandantes por la infracción del art. 22.2 de la LSSI es por la instalación y utilización de "cookies" en los terminales de los usuarios que accedían a los sitios web titularidad de las mismas, sin haberles facilitado, previamente, información clara y completa sobre el uso y finalidades de dichos dispositivo y sin contar, tampoco, con un consentimiento válidamente otorgado por no haberse obtenido mediando una información previa correcta.

Se aduce, en síntesis, por la parte recurrente Navas Joyeros lo siguiente: Respecto a la infracción del art. 5 de la LOPD, que cuando Navas Joyeros tuvo conocimiento de la posible existencia reseñada infracción corrigió tal circunstancia, incluyendo la información legal oportuna, concurriendo los demás requisitos del art. 45.6 de la LOPD para que el mismo sea de aplicación. Se aduce la falta de culpabilidad, y, con carácter subsidiario, que la cuantía de la sanción debería ser impuesta en el importe mínimo de 900 euros.

En relación con la infracción del art. 22 de la LSSI se alega por las partes demandantes la falta de intencionalidad de dichas partes en la comisión de la infracción, así como la diligencia en la rectificación de las posibles infracciones y la ausencia de beneficio económico derivado de dichos incumplimientos. Con carácter subsidiario, se señala que la cuantía de la sanción impuesta a Navas Joyeros debería ser en el importe mínimo de 500 euros.

SEGUNDO .- El art. 44.2.c) de la LOPD tipifica como infracción leve: *"El incumplimiento del deber de información al afectado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando los datos sean recabados del propio interesado"*.

Dicho precepto que hay que conectarlo con el art. 5 de la LOPD que recoge la información en la recogida de los datos personales, dedicando los apartados 1 a 3 al contenido de la exigencia de información previa, en el caso de que dichos datos sean recabados del interesado: *"1. 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 sus respuestas 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.

2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.

3. No será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban".

La exigencia de dicha información constituye un derecho del afectado que es objeto de protección por sí mismo, aunque también es, lógicamente, un complemento previo de la prestación del consentimiento. El derecho a la información constituye el pilar necesario para el ejercicio de otros derechos que la Ley reconoce.

El Tribunal Constitucional en la STC 292/2000 ha resaltado la relevancia de este derecho a la información, señalando que "son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos" y que "... es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de estos, pues solo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales (...) De suerte que sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia".

En este sentido la declaramos en nuestra Sentencia de 15 de junio de 2001 -recurso nº. 158/2000 - señala que se trata de un "derecho importantísimo porque es el que permite llevar a cabo el ejercicio de otros derechos, y así lo valora el texto positivo al pormenorizar su contenido, y establecer la exigencia de que el mismo sea expreso, preciso e inequívoco".

La sociedad Navas Joyeros es responsable de varios sitios web que contaban con formularios de contacto que recaban el nombre, correo y teléfono de los usuarios, sin facilitar la información que el art. 5.1 de la LOPD prevé. Por tanto, de conformidad con los apartados c) y d) del art. 3 de la LOPD dicha entidad, en su condición de responsable tanto del fichero resultante como del tratamiento de los datos personales de los usuarios es responsable por el incumplimiento de la LOPD.

La parte actora no cuestiona la existencia de los hechos en que se basa la infracción que se le imputa, pero alega en su descargo la aplicación del art. 45.6 de la LOPD, la falta de culpabilidad y, con carácter subsidiario, que se le reduzca la sanción al mínimo en aplicación del principio de proporcionalidad.

El apercibimiento se encuentra recogido en el art. 45.6 de la LOPD que establece lo siguiente: "Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.

b) Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento".

Las circunstancias del apartado cinco del precepto, a que se refiere el texto del apartado sexto y cuya concurrencia significativa justifica el apercibimiento al sujeto responsable a fin de que, en el plazo en que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resulten pertinentes, son las propias de los siguientes supuestos : "a) Cuando se aprecie una cualificada disminución

de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente".

Así las cosas, sobre la naturaleza del apercibimiento en la LOPD dijimos en la Sentencia de 29 de noviembre de 2013 -recurso nº. 455/2011 - lo siguiente: << ... el legislador ha previsto la sustitución del procedimiento sancionador y, por ende, de la sanción que correspondería al sujeto responsable por la comisión de una infracción leve o grave por la adopción de medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de infracción y de corrección de las consecuencias derivadas de la misma, cuando la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado quinto del artículo 45 así lo justifiquen.

En consecuencia, el "apercibimiento" a que se refiere el precepto no constituye una sanción y tiene por objeto, exclusivamente, que el sujeto responsable "en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes", siendo tales medidas las que establezca en cada supuesto la Agencia Española de Protección de Datos. De manera que el artículo 45.6 de la LOPD no contempla la imposición de la sanción de, consistente en la amonestación que se hace al sujeto responsable de una infracción administrativa, haciéndole saber el reproche social que merece su conducta infractora.

Tal consideración se ve avalada también por el hecho de que el "apercibimiento", al que se refiere la norma, no se ve precedido de la tramitación de procedimiento sancionador, en cuyo seno se acuerde, y se contraponen abiertamente a la imposición de sanciones, tal y como indica expresamente el precepto, tanto al prever su aplicación en lugar de la apertura del procedimiento sancionador, como al exigir su procedencia, entre otros requisitos, que "el infractor no hubiere sido sancionado o apercibido con anterioridad".

En este sentido, resulta revelador el hecho de que el incumplimiento del apercibimiento o su desatención conlleve la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.

En definitiva, nos encontramos ante una habilitación legal y expresa a la Agencia Española de Protección de Datos para sustituir la sanción que correspondería a la conducta infractora apreciada por un mero requerimiento para la adopción de determinadas medidas correctoras, al que se denomina "apercibimiento", que carece de naturaleza sancionadora.

Consecuentemente, el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la Agencia Española de Protección de Datos una potestad que difiere sustancialmente de la sancionadora y que puede ejercer en lugar de esta cuando concurren las singulares y excepcionales circunstancias que contempla el precepto.

A ello debe añadirse que el fundamento de la atribución de tal potestad administrativa no puede ser otra más que la constatación de que bajo ciertas circunstancias que contempla el precepto, la cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad de hecho resulta tan extraordinaria que la conducta no merece la imposición de sanción ni, por ende, es objeto del reproche social que acompaña a esta medida>>. En igual sentido se pronuncia nuestra Sentencia de 17 de octubre de 2014 - recurso nº. 150/2013 -.

Conforme a lo expuesto, al no tener el apercibimiento regulado en la LOPD naturaleza sancionadora, no puede imponerse el mismo en sustitución de la sanción impuesta, debiéndose desestimar este motivo de impugnación.

TERCERO .- En relación con la falta de culpabilidad, tenemos que reseñar que es sabido que se puede incurrir en responsabilidad por la infracción que estamos examinando tanto de manera intencionada o dolosa como por descuido, negligencia o aún a título de simple inobservancia - art. 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre -. Y procede ahora recordar que, como señala el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de enero de 1998, "aunque la culpabilidad de la conducta debe también ser objeto de prueba, debe considerarse en orden a la asunción de la correspondiente carga que ordinariamente los elementos volitivos y cognoscitivos necesarios para apreciar aquélla forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos, o en su vertiente normativa, que se ha empleado la

diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta, en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa".

Pues bien, en el caso que nos ocupa, se ha constatado que en los formularios empleados por la entidad demandante para la recogida de datos de carácter personal, a través de sus sitios web, incumplían las previsiones contenidas en el art. 5 de la LOPD, por lo que debe considerarse que incurrió en la infracción leve apreciada.

Omisión de dicha cláusula informativa que es imputable a la parte actora, titular de las páginas web en la que se insertan los citados formularios, que debió cerciorarse de su inserción y si no lo hizo fue debido a su falta de cuidado o diligencia, siéndole imputable la infracción a título de culpa.

Por otro lado, se alega por la parte actora, con carácter subsidiario, que en aplicación del principio de proporcionalidad se debe reducir la sanción impuesta al mínimo de 900 euros. En las resoluciones recurridas se dice en relación con la aplicación del art. 45 de la LOPD lo siguiente: *<<No obstante lo cual, teniendo en cuenta los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4 de la LOPD, y en especial, la ausencia de intencionalidad, conforme prueba la diligencia mostrada por NAVAS JOYEROS en orden a subsanar la situación irregular derivada de la falta de información a los interesados respecto del tratamiento al que iban a ser sometidos los datos personales recogidos en los formularios de los sitios web de su titularidad, la falta de vinculación directa de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal y la falta de reincidencia por la comisión de infracciones de la misma naturaleza, se estima procedente imponer a dicha sociedad una sanción en la cuantía de 1.500 euros #>> .*

Pues bien, la Sala comparte, los razonamientos efectuados sobre el art. 45 de la LOPD por la Agencia de Protección de Datos, considerándolos respetuosos con el principio de proporcionalidad, por lo que se justifica sobradamente la imposición de la sanción en la cuantía impuesta, muy próxima al mínimo.

CUARTO. - La segunda infracción por la que ha sido sancionada Navas Joyeros y también la otra sociedad demandante, se encuentra recogida en el art. 38.4.g), que establece como infracción leve: *"Utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos cuando no se hubiera facilitado la información u obtenido el consentimiento del destinatario del servicio en los términos exigidos por el artículo 22.2"* .

Por su parte, el art. 22.2 de la LSSI dispone: *"Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.*

Cuando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones.

Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario" .

Los hechos en que se basa la resolución sancionadora es por la instalación y utilización de "cookies" en los terminales de los usuarios que accedían a los sitios web titularidad de las partes recurrentes, sin haberles facilitado, previamente, información clara y completa sobre el uso y finalidades de dichos dispositivo y sin contar, tampoco, con un consentimiento válidamente otorgado por no haberse obtenido mediante una información previa correcta.

Las sociedades demandantes no discuten los hechos, pero alegan en su descargo la falta de culpabilidad. En relación con la falta de culpabilidad, tenemos que volver a reseñar que es sabido que se puede incurrir en responsabilidad por la infracción que estamos examinando tanto de manera intencionada o dolosa como por descuido, negligencia o aún a título de simple inobservancia - art. 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre -, tal y como hemos reflejado al analizar la primera infracción.

Así las cosas, las partes actoras utilizan "cookies" propios y de terceros en los terminales de los usuarios que acceden a los sitios web de su titularidad, sin informarles de forma clara y completa, sobre el uso de los "cookies" que se instalan y fines del tratamiento de la información recuperada a través de las mismas.

Por otro lado, se alega por la parte actora, con carácter subsidiario, que en aplicación del principio de proporcionalidad se debe reducir la sanción impuesta Navas Joyeros al mínimo de 500 euros. En las resoluciones recurridas se dice respecto a la aplicación del art. 45 de la LOPD lo siguiente: <<Sentado lo anterior, y a los efectos de la aplicación del principio de proporcionalidad en la graduación de las sanciones a imponer recogidos en el artículo 40 de la LSSI , se considera que en este caso concurren como circunstancias atenuantes los siguientes criterios: supuesto a) ausencia de intencionalidad, como muestra que tan pronto como NAVAS JOYEROS y PRIVILEGIA conocieron la irregularidad detectada adoptaron, a fin de dar respuesta a las exigencias del artículo 22.2 de la LSSI , una serie de medidas tendentes a incluir mecanismos de información previa sobre cookies en los sitios web de su titularidad; y supuestos e) y f), toda vez que de lo actuado no ha quedado probada la obtención de beneficios por dichas entidades a raíz de la infracción descrita, al igual que tampoco se ha acreditado que la facturación de PRIVILEGIA generada por la venta on-line de su página web se encuentre vinculada a la comisión de la citada infracción.

En consecuencia, en aplicación del principio de proporcionalidad procede imponer una sanción de 3000 # a NAVAS JOYEROS y otra sanción de 500 # a PRIVILEGIA por vulneración de lo previsto en el artículo 22.2 de la LSSI , habida cuenta que ha quedado acreditada la instalación de cookies no exentas en los equipos terminales de los usuarios que visitan las páginas web titularidad de ambas entidades sin que éstas proporcionen a los mismos una información clara y completa sobre el uso y finalidades de las cookies que se descargan en sus terminales>> .

Pues bien, la Sala comparte, los razonamientos efectuados en relación con el art. 45 de la LOPD por la Agencia de Protección de Datos, considerándolos respetuosos con el principio de proporcionalidad, por lo que se justifica sobradamente la imposición de la sanción a Navas Joyeros en la cuantía impuesta, próxima al mínimo.

En virtud de lo expuesto, el recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado.

QUINTO .- De conformidad con el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción procede imponer las cotas procesales a las partes actoras.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Alfonso de Murga y Florido, en nombre y representación de **PRIVILEGIA LUXURY EXPERIENCE, S.L.** y **NAVAS JOYEROS IMPORTADORES, S.L.**, contra la resolución de 12 de marzo de 2014, que confirma en reposición la resolución de 14 de enero de 2014 del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se le impone una sanción a Navas Joyeros Importadores, S.L. de 1.500 euros por una infracción del art. 5 de la Ley Orgánica 15/1999 , de 13 de diciembre, tipificada como leve en el art. 44.2.c) de la citada norma, y también una sanción de 3.000 euros por la infracción del art. 22.2 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, tipificada como leve en el art. 38.4.g) de dicha Ley , y, asimismo a Privilegia Luxury Experience, S.L. se le impone una sanción de 500 euros por ésta última infracción, declaramos las citadas resoluciones conformes a derecho; con expresa imposición de las costas procesales a las partes actoras.

Hágase saber a las partes que contra esta resolución no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

LA SECRETARIA JUDICIAL