

# AUDIENCIA NACIONAL

## Sala de lo Contencioso- Administrativo Sección Primera

**Núm. Recurso :** 0119/2002

**Núm. Registro General :** 00788/2002  
**Demandante :** TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.  
**Procurador:** D. ESTEBAN JABARDO MARGARETO

**Demandado:** AGENCIA PROTECCIÓN DE DATOS  
**Codemandado:** D. ERNESTO QUILEZ AGREDA PROCURADOR D. GONZ  
SANTANDER ILLERA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. PILAR TESO GAMELLA

## SENTENCIA N<sup>o</sup> :

**Ilmas. Sras./Sres.:**

**Presidente:**

D<sup>o</sup> EDUARDO CALVO ROJAS

**Magistrados:**

D. FERNANDO F. BENITO MORENO

D<sup>a</sup>. PILAR TESO GAMELLA

D. MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA

D<sup>a</sup>. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a once de febrero de dos mil cuatro.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Primera) de esta Audiencia Nacional el presente recurso nº 119/2002, interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Esteban Jabardo Margareto, en nombre y representación de "Telefónica de España, S.A.", contra la Resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de 13 de diciembre de 2001, sobre la imposición de dos multas de 10.000.000 pesetas, 60.101,22 euros y una de 50.000.000 pesetas, 300.506,05 euros. Ha sido parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado, y codemandado D. Ernesto Q. A., representado por el Procurador de los Tribunales D. Gonzalo Santander Illera.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Admitido el recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora para que deduzca demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el día 13 de mayo de 2002, en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos termina solicitando que se dicte sentencia estimatoria del recurso que anule la resolución recurrida por ser contraria a derecho.

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito presentado el día 21 de junio de 2002, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, solicita que se dicte sentencia desestimatoria del recurso y se confirme la resolución recurrida por ser conforme a derecho. El codemandado D. Ernesto Q. A. también solicita la desestimación del recurso y la confirmación de las sanciones impuestas.

**TERCERO.-** Solicitado el recibimiento a prueba por la parte recurrente y la codemandada, se acordó el mismo, practicándose las pruebas propuestas por dichas partes y admitidas por la Sala, cuyo resultado obra en las actuaciones.

**CUARTO.-** Estimándose innecesaria la celebración de vista pública, se confirió traslado a las partes para que formularan sus conclusiones. Presentados los escritos en cumplimiento de este trámite, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento

del día para su votación y fallo, que finalmente fue fijado para el día 10 de febrero de 2004.

Ha sido **ponente** la Ilma. Sra. Dña. Pilar Teso Gamella.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El presente recurso contencioso-administrativo se interpone contra la Resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de 13 de diciembre de 2001, que impuso a la parte recurrente las siguientes sanciones:

1.- Multa de 10.000.000 pesetas, 60.101,22 euros, por la infracción del artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la expresada Ley.

2.- Multa de 10.000.000 pesetas, 60.101,02 euros, por la infracción del artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la expresada Ley Orgánica.

3.- Multa de 50.000.000 pesetas, 300.506 euros, por la infracción del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, tipificada como muy grave en el artículo 44.4.b) de la misma Ley.

Las circunstancias a tener en cuenta en el presente recurso contencioso-administrativo son, en síntesis, las siguientes. **1.-)** El 5 de septiembre de 2000 el ahora codemandado denuncia ante la Agencia de Protección de Datos la recepción de un sobre remitido por “Telefónica Data España, S.A.” en el que se le comunica que ha sido dado de alta en el servicio “infonegocio.com” sin que el denunciante hubiera mostrado su deseo de ser cliente de este servicio. Posteriormente, el 25 de octubre de 2000 el denunciante remite carta a la recurrente para que no ceda ni trate sus datos con finalidad distinta a la del servicio de emisión y recepción de llamadas contratado. **2.-)** La entidad recurrente y “Telefónica Data España, S.A.” suscribieron el 1 de octubre de 1999 un contrato, en virtud del cual dicha entidad designa a la recurrente como agente no exclusivo para la comercialización en el ámbito nacional de sus servicios (folio 134 a 149 del expediente administrativo). **3.-)** En virtud del expresado contrato, en mayo de 2000 la recurrente comercializó para “Telefónica Data” el servicio “infonegocio.com” y otros servicios relativos al uso de Internet. **4.-)** Como destinatarios de dicha campaña la recurrente utilizó su fichero denominado Sistema de Información de Telemarketing (SIM) seleccionando a los profesionales que

usan Internet y que no han manifestado su deseo de no recibir publicidad. **5.)** Finalizada la campaña los datos fueron borrados, salvo los de aquellos que habían manifestado su interés por la campaña que fueron grabados en un fichero que la recurrente entregó a “Telefónica Data”, en un total de 12.000 clientes, todos ellos profesionales o empresarios (folio 120 a 122). **6.-)** El codemandado tenía contratado con la recurrente dos líneas telefónicas, una particular u otra profesional. **7.-)** Este titular de los datos envió a la recurrente un burofax, el 25 de octubre de 2000, en el que manifestaba su oposición al tratamiento y cesión de datos para nuevos productos y servicios (folios 198 a 200 del expediente administrativo). **8.-)** En la inspección de la Agencia de Protección de Datos realizada a la recurrente en diciembre de 2000 (folios 12 a 39) y en febrero de 2001 (folio 88) se constata que los datos del recurrente seguían en el fichero.

**SEGUNDO.-** Las cuestiones suscitadas en el presente recurso contencioso administrativo, pues sobre ellas construye la parte recurrente la pretensión anulatoria que ahora ejercita, se centran en determinar si la parte recurrente ha utilizado datos personales para finalidad incompatible con la que se recogieron; si ha mediado o no consentimiento inequívoco del titular de los datos, y, por último, si ha tenido lugar una cesión de datos personales para la realización de la campaña publicitaria del servicio “infonegocio.com”. Veamos los motivos de impugnación y de oposición relativos a cada una de las multas impuestas, analizando en primer lugar conjuntamente la impugnación de las dos multas impuestas por la comisión de sendas infracciones graves y, en segundo lugar, la multa relativa a la infracción muy grave.

Las dos multas de 10.000.000 pesetas, 60.101,22 euros, se imponen por la infracción del artículo 4.2 y del 6 de la Ley Orgánica 15/1999, tipificadas ambas como graves en el artículo 44.3.d) de la expresada Ley. Recordemos que el citado precepto castiga el tratamiento de datos de carácter personal con conculcación de los principios que se establecen en la expresada Ley, entre los que se encuentra, la imposibilidad de usar los datos para finalidades incompatibles con aquellas para las que se hubiera recogido (artículo 4.2) y la necesidad de contar con el consentimiento inequívoco del titular de los datos (artículo 6.1).

En síntesis, la recurrente “Telefónica España, S.A.” ha utilizado los datos de tráfico y facturación de sus clientes para la promoción comercial de los servicios de otra entidad “Telefónica Data, S.A.”. La entidad recurrente vuelca los datos de sus

abonados al fichero SIM que tiene como finalidad llevar a cabo la promoción comercial de servicios de telecomunicaciones.

**TERCERO.-** La promoción comercial de estos servicios y productos se regula en el artículo 590 de la Ley 11/1998, de Telecomunicaciones y 65 del Reglamento de desarrollo, aprobado por RD 1736/1998, que autoriza a tratar los datos de tráfico y facturación para la promoción comercial de sus propios servicios de telecomunicaciones siempre que el abonado haya dado su consentimiento previo. Por tanto, es necesario a) que la promoción sea de “sus **propios** servicios” y no los de otra sociedad anónima, y b) que medie el previo “**consentimiento** previo” del titular de los datos.

Pues bien, en el caso examinado no se han promocionado servicios propios ni ha mediado consentimiento durante el tiempo que los datos del recurrente estuvieron en el fichero Sistema de Información de Telemarketing (SIM). En efecto, se han tratado datos personales del denunciante y otros para seleccionar a potenciales clientes y hacer ofertas sobre productos, que no son propios que son de otra empresa, “Telefónica Data”. Esta promoción se realiza en cumplimiento del contrato de agencia formalizado entre la expresada sociedad y la ahora recurrente (folio 134 a 149 del expediente administrativo), y los datos fueron recabados para la prestación de un servicio que incluye el tráfico y facturación en su tratamiento, pero no puede amparar el tratamiento para otras finalidades “incompatibles”, según la interpretación de este término que veremos en el fundamento siguiente, que no guardan relación con aquellas para las que se recabaron los datos, como proscribire el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999, pues se trata de promocionar, de dar a conocer, productos o servicios nuevos que, además, son de otra empresa, en definitiva, que no son propios.

Igualmente, si bien es cierto que existía un consentimiento inicial del codemandado para realizar el tratamiento de sus datos, sin embargo con posterioridad aquel fue revocado, mediante el burofax de 25 de octubre de 2000, que la recurrente niega haber recibido, a pesar de que consta al folio 198 a 200 del expediente administrativo, certificación del director de la sucursal de correos donde se envió el burofax que acredita el envío y su contenido, por lo que el alegato de la recurrente sobre su extravío o no recepción no puede ser estimado por esta Sala. Téngase en cuenta que en la inspección realizada por la Agencia de Protección de Datos a la entidad recurrente, en diciembre de 2000 y febrero de 2001, se constata que los datos del denunciante, ahora codemandado, seguían apareciendo en el fichero SIM, utilizado para labores de

marketing y promoción. En consecuencia, no concurre el **consentimiento** que exigía, en los términos expuestos, la Ley de Telecomunicaciones, ni el que exige el artículo 6.1 de la Ley Orgánica de tanta cita, y que constituye el ilícito administrativo por el que se impuso otra multa de diez millones de pesetas. Obsérvese que el tipo sancionador castiga el tratamiento de datos sin consentimiento, por lo que no resulta relevante, como aduce la recurrente en el escrito de demanda, que al tiempo de realizarse la campaña publicitaria mediara consentimiento del titular, pues ha sido constatado que el consentimiento fue revocado expresamente y que, a pesar de ello, los datos continuaron en el fichero SIM, como acredita las inspecciones realizadas, cuyas actas constan en el expediente administrativo.

**CUARTO.-** En relación con la interpretación de la expresión “finalidades incompatibles” que establece el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999, esta Sala no puede compartir el criterio que postula la recurrente, pues aunque el artículo 4.2 de la Ley 15/99, en contraposición con el artículo 4.2 de la Ley 5/92, ya no se refiere a “finalidades distintas”, sino a “finalidades incompatibles”, revelando una ampliación de la posibilidad de utilización de los datos, sin embargo la interpretación sistemática del precepto y la ambigüedad del término “finalidades incompatibles” avalan la interpretación realizada en el acto administrativo impugnado. En efecto, según el diccionario de la Real Academia “incompatibilidad” significa “repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí”, por tanto, una interpretación literal ampararía el uso de los datos para cualquier fin abriendo una gama indefinida e ilimitada de finalidades, pues es muy difícil imaginar usos que produzcan la repugnancia que evoca la incompatibilidad, por lo que “semejante interpretación conduce al absurdo y como tal ha de rechazarse”, como hemos declarado en Sentencia de 8 de febrero de 2002. Teniendo en cuenta, además, que dicho término se introduce en el Ley de 1999, como ha declarado la doctrina, por una traducción poco precisa del artículo 6 de la Directiva 46/1995, de 24 de octubre.

Conclusión igualmente avalada por la interpretación sistemática aludida, pues como señalamos en la citada Sentencia de 8 de febrero de 2002, <<semejante prescripción no puede ser entendida sino como un enunciado de carácter general, que no puede prevalecer sobre la regulación específica de una materia>>, citando al efecto el artículo 6 de la citada Ley, y añadiendo que la interpretación de dicho artículo 6.2, a sensu contrario, impone <<que cuando los datos se usen con otra finalidad distinta se precisará el consentimiento del afectado. Y no parece que el art. 4.2, venga a efectuar una ampliación sobre la posibilidad de utilización de los datos, como entiende el

actor, porque ello supondría dejar sin contenido el art. 6.2, cuya redacción en este punto es igual a su homónimo de la Ley 5/92>>.

**QUINTO.-** El alegato de la recurrente en orden a considerar que los datos tratados se referían a la línea telefónica no personal, sino profesional, del recurrente, y que, por tanto, no pueden estar sancionados por la Ley Orgánica 15/1999, al no afectar a datos personales e íntimos no puede ser estimado por esta Sala. Así es, que los datos del recurrente se refieran a su actividad profesional no impide la aplicación del régimen jurídico sancionador que diseña la expresada Ley Orgánica pues la protección de datos que se reconoce en el artículo 18.4 de la CE, extiende su protección no a los datos íntimos de la persona -que se protegen en el derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la CE- sino a los datos de carácter personal (STC 292/2000). Por tanto, la garantía de la vida privada de la persona y su reputación poseen una dimensión positiva que excede del ámbito del artículo 18.1 CE y que se traduce en un derecho al control sobre los datos. Se pretende garantizar ahora a la persona, mediante el control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado, que los datos solo podrán ser tratados y cedidos con su consentimiento. De lo dicho se infiere que no es preciso en modo alguno que se haya vulnerado el derecho a la intimidad, ni que el dato afecte a esa esfera íntima de la persona, para que pueda ser sancionada una conducta en materia de protección de datos, pues este derecho fundamental -artículo 18.4- tiene un objeto distinto y una dimensión que excede de la del derecho a la intimidad. Téngase en cuenta que en la expresada STC 292/2000 se declara que el “el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de las personas, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo”.

Acorde con la doctrina anterior, y teniendo en cuenta que la Ley Orgánica 15/1999 tiene por objeto garantizar y proteger, por lo que ahora interesa, los datos personales, entendiéndose por tales, ex artículo 3.a) de la citada Ley, “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, debe concluirse que en el caso examinado el dato del afectado, aunque se refiera al lugar de ejercicio de su profesión, es un dato de una persona física con una actividad profesional, cuya protección cae en la órbita de la Ley Orgánica 15/1999 de tanta cita, como viene declarando esta Sala reiteradamente, por todas Sentencia de 21 de noviembre de 2002. En efecto, los datos personales son predicables de todos los ciudadanos, sin que pueda excluirse de dicha previsión los relativos a aquellos que

realizan una actividad profesional, pues el ejercicio de esta actividad no puede ser equiparado a estos efectos a la de una empresa, como parece mantener la parte recurrente.

Sostiene también la parte recurrente que la comunicación recibida por el denunciante no tenía por objeto realizar la promoción del producto “infonegocio.com”, sino consecuencia de otras promociones que fueron atendidas por el ahora codemandado, como el Plan Universal. Ahora bien, la simple lectura de la documentación acompañada al escrito de denuncia (folios 2 a 9 el expediente) revela que la comunicación enviada se enmarca en la campaña publicitaria de “infonegocio.com”, realizada en cumplimiento del contrato de agencia realizado entre la recurrente y “Telefónica Data”, también sancionada en la resolución recurrida, y por la que se sigue el recurso contencioso administrativo nº 132/2002.

**SEXTO.-** Por último, la resolución sancionadora impugnada también impone a la recurrente una multa de 50 millones de pesetas por la infracción muy grave prevista en el artículo 44.4.b), en relación con el 11, de la Ley Orgánica de tanta cita, por ceder datos sin consentimiento de su titular.

Aduce la parte recurrente, en relación con la cesión de datos, que no hay conducta infractora, pues los datos cedidos han sido el NIF, nombre, apellidos y domicilio profesional, los tres últimos están en fuentes accesibles al público, pues figuran en la lista de colegiados de 2001 que edita el Colegio de Abogados de Madrid, lo que excluye el consentimiento. Y que los datos del recurrente cedidos se refieren a su actividad profesional, excluida de la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, ex artículo 3.a) de la Ley Orgánica que se refiere exclusivamente a las personas físicas. Veamos, en primer lugar, si al realizarse la publicidad al recurrente como titular de una línea profesional se encuentra excluido del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999, y luego veremos si era o no necesario el consentimiento, según el artículo 11 de la misma Ley.

En relación con el carácter de profesional del denunciante, como ya hemos señalado en el fundamento quinto, la protección de los datos que se recoge como derecho fundamental autónomo en el artículo 18.4 de la CE, bajo la referencia al uso de la informática, tiene un contenido y alcance propio, según ha declarado la citada STC de 292/2000 << (...) el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus



derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo ....>> (fundamento jurídico sexto).

Acorde con esta doctrina, esta Sala ha desestimado la alegación formulada al amparo de que la Ley Orgánica 5/1992 en orden a considerar que dicha Ley no amparaba los datos personales de los profesionales del mercado de la construcción (Sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2002 en recurso nº 881/00 que se refería, en concreto, a los arquitectos) del mismo modo también en la Sentencia de 25 de junio de 2003 (recurso nº 1099/00) se rechazó un alegato similar relativo a los datos personales de los particulares que actúan como promotores en la construcción de su propia vivienda. En síntesis dijimos entonces, y ahora reiteramos, que los datos de carácter personal, del artículo 3 a) efectivamente se refieren a las personas físicas, pero no existen razones para excluir a un profesional -en este caso Abogado-, pues no ejercen "su actividad bajo forma de empresa, no ostentando en consecuencia la condición de comerciante a la que se refieren los artículos primero y siguientes del Código de Comercio" (Sentencia de esta Sala de 25 de junio de 2003). Téngase en cuenta, además, que se trata de datos que se refieren al denunciante como persona física -nombre y apellidos-, además del NIF y domicilio profesional, con una actividad profesional, cuya protección cae en la órbita de la Ley Orgánica 15/1999 de tanta cita, como viene declarando esta Sala reiteradamente, por todas Sentencia de 21 de noviembre de 2002, pues los datos personales son predicables de todos los ciudadanos, sin que pueda excluirse de dicha previsión los relativos a aquellos que realizan una actividad profesional, pues el ejercicio de esta actividad no puede ser equiparado a estos efectos a la de una empresa.

**SÉPTIMO.-** Por último, plantea la parte recurrente que los datos cedidos proceden de fuentes accesibles al público, pues

constan, salvo el NIF, en el listado de colegiados del Colegio de Abogados de Madrid.

Con carácter general la cesión de datos a un tercero necesita del consentimiento de su titular, ex artículo 11.1 de la Ley de tanta cita. Ahora bien, en el apartado 2 del citado artículo se relacionan una serie de supuestos en los que no se precisa el consentimiento, entre los que se encuentra el caso de que los datos se hayan recogido de fuentes accesible al público (artículo 11.2.b/ de la citada Ley Orgánica 15/1999). Pues bien, basta con señalar que con independencia de si el nombre, apellidos y domicilio han sido recogidos de la fuente accesible al público que invoca la parte recurrente, lo cierto es que entre los datos personales cedidos se incluye también el NIF, respecto del cual la propia recurrente reconoce que no procede de una fuente accesible pues esta circunstancia obviamente no aparece en los listados colegiales, por lo que la cesión del mismo sería un cesión de datos sin consentimiento y no amparada por ninguna de las excepciones del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 15/1999, datos que solo pueden haberse obtenido por la recurrente de sus propios ficheros y no de una fuente accesible al público, definida en el artículo 3.j) de la misma Ley.

**OCTAVO.-** Finalmente, la parte recurrente solicita la aplicación al caso del artículo 44.5 de la Ley Orgánica 15/1999, al apreciarse “una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho”, lo que no concurre en el caso examinado, toda vez que la entidad recurrente realiza una actividad que por su naturaleza, alcance, implantación, volumen de datos personales en sus ficheros, y su habitualidad en el manejo, hacen que deba de extremarse el cuidado en el tratamiento y cesión ajustando su práctica a las previsiones legales, pues, como hemos señalado, está en juego la salvaguarda de un derecho fundamental.

Téngase en cuenta que ha de intensificarse la diligencia en materia de protección de datos para hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos por medios informáticos que configuran un perfil de la persona, y respecto de los cuales el titular tiene el derecho para decidir su uso, finalidad y cesión en los términos que establece la Ley Orgánica 15/1999. Diligencia especialmente intensa para las entidades que, en el ejercicio de su actividad, entran en contacto y manejan un volumen de datos muy elevado como acontece con la recurrente.

Por todo cuanto antecede, procede desestimar el presente recurso contencioso administrativo.

**NOVENO.-** No se aprecia temeridad o mala fe para la imposición de las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJCA.

### **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de “Telefónica de España, S.A.”, contra la Resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de 13 de diciembre de 2001, sobre la imposición de dos multas de 10.000.000 pesetas (60.101,22 euros) cada una, y una multa de 50.000.000 pesetas (300.506,05 euros); debemos declarar la expresada resolución conforme con el ordenamiento jurídico. No se hace imposición de costas.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha. Doy fe.