

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065253

TRIBUNAL SUPREMO*Sentencia 1513/2020, de 12 de noviembre de 2020**Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)**Rec. n.º 4756/2019***SUMARIO:**

Protección de datos. Sanción por la utilización in consentida de datos personales en una campaña de publicidad. Interés legítimo del responsable del tratamiento. Retroactividad de normas más favorables. Inexistencia de infracción continuada. Cuestión de interés casacional.

La **cuestión que presenta interés casacional para la formación de la jurisprudencia** consiste en determinar si, conforme al artículo 6.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679, interpretado a la luz de los considerandos 47 *in fine* y 70 del mismo Reglamento, puede considerarse lícito el tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa cuando, a pesar de no haber otorgado el interesado su consentimiento, concurriere un interés legítimo en el responsable del tratamiento.

El Reglamento comunitario y la Ley Orgánica española de 2018 han cambiado de manera sustancial la regulación de protección de datos, dándole una mayor flexibilidad. Es cierto que el artículo 6.1 enumera ahora seis distintos supuestos habilitantes para el tratamiento de datos y que el enunciado en la letra f) consiste en que el mismo sea «necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero». Y también es cierto que el **tratamiento de datos para la mercadotecnia directa** es objeto de atención expresa en el considerando 47 *in fine* y en el artículo 21, dedicado éste al derecho de oposición al tratamiento por parte del sujeto interesado. Ahora bien, el uso de los datos personales para cumplir ese fin legítimo exige que el interesado haya tenido la oportunidad de oponerse a dicho tratamiento, y que este derecho se le haya comunicado explícitamente, lo que no sucedió en el caso presente.

Para poder aplicar de forma retroactiva el Reglamento de la Unión por considerar que la conducta por la que fue sancionada habría dejado de ser típica, es preciso verificar si la consideración global del reglamento comunitario permite llegar a la conclusión de que en la aplicación al caso concreto es, en realidad, una norma más favorable desde la perspectiva sancionadora en que nos encontramos. Existe una jurisprudencia reiterada en la que hemos sostenido que **la apreciación de que una norma sancionadora es más favorable ha de provenir de una consideración global y sistemática de la misma en su aplicación al caso concreto**, no de una interpretación parcial de alguno de sus preceptos o de una consideración abstracta de las normas. No puede, por tanto, admitirse la justificación de que al no estar en vigor el Reglamento no se podría exigir el cumplimiento de sus exigencias: el Reglamento comunitario no estaba en vigor ni para lo favorable ni para lo adverso, pero la consideración de si es o no una norma más favorable que la vigente en el momento de los hechos deriva de su aplicación *in toto* al caso concreto de que se trate, pues solo así se le puede considerar de manera efectiva una norma más favorable para dicho supuesto.

Por todo lo anterior, **no resulta de aplicación al caso de la normativa que suscita la cuestión** de interés casacional.

PRECEPTOS:

Reglamento (UE) 2016/679 (Tratamiento de Datos Personales), arts. 6.1 f), 13, 14, 21 y 99.

Constitución Española, arts. 9.3, 18.4 y 38.

Código Civil, art. 6.4.

Ley 30/1992 (LRJPAC), art. 128.2.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 74.

Ley Orgánica 15/1999 (Protección de Datos de Carácter Personal), arts. 6, 44.3 b) y 45.4 a).

Ley Orgánica 3/2018 (Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales), arts. 3, 4, 18 y 76.2 a).

RD 1398/1993 (Rgto. Potestad Sancionadora), arts. 4.6 y 12.

RD 1720/2007 (Rgto. Ley Orgánica de Protección de Datos), art. 122.

PONENTE:*Don Eduardo Espín Templado.*

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Don EDUARDO CALVO ROJAS
Doña MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE
Don FERNANDO ROMAN GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.513/2020

Fecha de sentencia: 12/11/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4756/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/10/2020

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: PJM

Nota:

R. CASACION núm.: 4756/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1513/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas
D^a. María Isabel Perelló Doménech
D. José María del Riego Valledor
D. Diego Córdoba Castroverde
D. Fernando Román García

En Madrid, a 12 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4756/2019, interpuesto por Meydis, S.L., representado por la procuradora D.^a Beatriz González Rivero y bajo la dirección letrada de D. Ernesto José Muñoz Corral, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 26 de marzo de 2019 en el recurso contencioso-administrativo número 223/2017. Es parte recurrida la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de 26 de marzo de 2019, desestimatoria del recurso promovido por Meydis, S.L. contra la resolución de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 31 de enero de 2017 dictada en el procedimiento sancionador PS/00381/2016. En dicha resolución se imponía a la demandante una sanción de 60.000 euros por una infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la misma, y de conformidad con los artículos 45.2 y 45.4 del mismo texto legal.

Segundo.

Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación contra a misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 21 de junio de 2019, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

Tercero.

Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 13 de diciembre de 2019 por el que se admite el recurso de casación, declarando que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si, conforme al artículo 6.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679, interpretado a la luz de los considerandos 47 in fine y 70 del mismo Reglamento, puede considerarse lícito el tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa cuando, a pesar de no haber otorgado el interesado su consentimiento, concurriere un interés legítimo en el responsable del tratamiento.

Se identifican en dicha resolución como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: los artículos 6.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, interpretado a luz del considerando 47 in fine del mismo, en relación con el artículo 72.1.b) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales; y los artículos 6.1, 44.3.b) y 45 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Cuarto.

A continuación se ha concedido plazo a la parte recurrente para interponer el recurso de casación, desarrollando en el correspondiente escrito los siguientes motivos:

I. Infracción de los artículos 6.1 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016 y 72.1.b) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, por falta de aplicación retroactiva de dichas normas;

II. Infracción del artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora por falta de apreciación de una infracción continuada;

III. Infracción del artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993 y consiguiente vulneración del principio de proporcionalidad, y

IV. Infracción del artículo 12 del Real Decreto 1398/1993 y 122 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, así como de la jurisprudencia aplicable, en relación con las actuaciones previas de investigación, desde la perspectiva del artículo 6.4 del Código Civil.

Termina dicho escrito con el suplico de que se anule la sentencia impugnada, casándola y dejando sin efecto la sanción impuesta a la recurrente, con expresa condena en las costas de la instancia a la Administración demandada.

A través de otrosí solicita que se formule ante el Tribuna de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial.

Quinto.

Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, quien ha presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición, en el que solicita que se dicte sentencia desestimatoria del recurso, confirmando la sentencia recurrida y fijando la doctrina que resulta de dicha desestimación, declarando que la simple finalidad de mercadotecnia no justifica el tratamiento de los datos personales sin el consentimiento del titular de los mismos.

Sexto.

No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 7 de julio de 2020 se ha señalado para la votación y fallo del recurso el día 27 de octubre del mismo año, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Objeto y planteamiento del recurso.

La sociedad mercantil Meydis, S.L., impugna mediante el presente recurso de casación la sentencia dictada el 26 de marzo de 2019 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) de la Audiencia Nacional en materia de sanción por infracción de la normativa de protección de datos, en concreto por la utilización in consentida de datos personales en una campaña de publicidad.

La demandante funda su recurso en las siguientes alegaciones:

- la no aplicación retroactiva del Reglamento comunitario 2016/679, del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril, así como de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LO 3/2018, de 5 de diciembre), que serían normas más favorables al eliminar la tipicidad de la conducta sancionada (apartado I de la demanda);

- la infracción del artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), por falta de apreciación de una infracción continuada y la consiguiente vulneración del principio de proporcionalidad (apartados II y III);

- y la infracción del artículo 12 del citado Real Decreto 1398/1993 y del 122 del Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal de 1999 (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre), así como de la jurisprudencia aplicable, en relación con la actuación fraudulenta de la Agencia Española de Protección de Datos en las actuaciones previas de investigación (apartado IV).

Solicita la casación de la sentencia y que se deje sin efecto la sanción impuesta por la Agencia Española de Protección de Datos. El Abogado del Estado por su parte rechaza las referidas alegaciones y solicita la desestimación del recurso.

Segundo. Sobre la posible aplicación retroactiva del Reglamento comunitario 2016/679 y de la Ley Orgánica de Protección de Datos de 2018.

La primera de las alegaciones que se han enumerado y que ha dado pie a la admisión del asunto por su interés casacional plantea la posible aplicación retroactiva del Reglamento comunitario 2016/679, del Parlamento y

del Consejo, de 27 de abril, así como de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LO 3/2018, de 5 de diciembre), que viene a trasponer aquél al derecho nacional.

La sentencia de instancia rechaza esta alegación en los siguientes términos:

"DÉCIMO. Invoca por último la parte actora la atipicidad sobrevenida como consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución y 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que consagran la retroactividad de las disposiciones que favorezcan al sancionado. Ello de conformidad con el artículo 6.f) de tal RGPD que considera lícito el tratamiento de datos que sea necesario " para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales...". Se argumenta a tal efecto que la conducta que imputa a la actora la Resolución recurrida, aun si fuese cierta, no sería típica, puesto que dicho tratamiento es lícito, al basarse en el interés legítimo que tiene el anunciante en promocionar y comercializar sus productos, interés derivado del derecho a la libertad de empresa (artículo 38 CE).

Cuestión asimismo resulta por las SSAN de 12 de febrero de 2019, Rec. 810/2016 y 811/2016, de tanta cita, en base a las siguientes consideraciones:

Conviene precisar, en primer lugar, que aunque el RGPD entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, no es de aplicación sino a partir del 25 de mayo de 2018 (art. 99 RGPD), lo que no sería óbice para su aplicación retroactiva si, ciertamente, considerase como lícito un tratamiento de datos como el realizado por la demandante, lo que no es así, como se expone a continuación.

El artículo 6.1 RGPD establece que "el tratamiento sólo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño".

Ahora bien, esta norma ni establece una presunción de legitimidad del tratamiento ni puede contemplarse de forma aislada, por una parte, de las obligaciones que establece el propio Reglamento respecto de quien realiza el tratamiento y, por otra, de los derechos del titular de los datos.

En cuanto a lo primero porque, como dice el Considerando 47, Exposición de Motivos: "El interés legítimode un responsable de tratamiento [...] puede constituir una base jurídica para el tratamiento, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable. [...] En cualquier caso, la existencia de un interés legítimo requeriría una evaluación meticulosa [...] En particular, los intereses y los derechos fundamentales del interesado podrían prevalecer sobre los intereses del responsable del tratamiento cuando se proceda al tratamiento de los datos personales en circunstancias en las que el interesado no espere razonablemente que se realice un tratamiento ulterior. [...] El tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia puede considerarse realizado por interés legítimo".

En cuanto a lo segundo, en el Considerando 70 se dice que: "Si los datos personales son tratados con fines de mercadotecnia directa, el interesado debe tener derecho a oponerse a dicho tratamiento [...] y ello en cualquier momento y sin coste alguno. Dicho derecho debe comunicarse explícitamente al interesado y presentarse claramente y al margen de cualquier otra información".

Por ello, el artículo 21. 1 RGPD dispone que el interesado tendrá derecho a oponerse cuando el tratamiento tenga por objeto la mercadotecnia directa, derecho que tiene su reflejo en la correlativa obligación del responsable del tratamiento de facilitar al titular de los datos, en el momento en que éstos se obtengan, toda la información que establece el artículo 13, en relación con el artículo 6.1 f), cuáles sean los intereses legítimos de tal responsable o de un tercero y, además, debe facilitar la información establecida en el párrafo 2 de dicho artículo 13, que se refiere, entre otros extremos, al plazo durante el cual se conservarán los datos personales y a la existencia de los derechos de acceso, rectificación cancelación limitación del tratamiento y oposición, así como el derecho a la portabilidad de los datos. Por último, el artículo 14 regula similar obligación cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado.

Pues bien, la pretensión de la recurrente no se justifica con la prueba del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la aplicación del Reglamento, que podría dar lugar a su aplicación retroactiva que, como se ha expuesto, no autoriza sin más las operaciones de mercadotecnia, como la que es objeto de la resolución sancionadora, y cuyo objeto principal, enunciado en su artículo 1, es la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales."

La tesis argumental de la recurrente es que ha existido un cambio fundamental en la regulación de la materia al dejar de constituir el consentimiento la única causa que legitimaba el tratamiento de datos personales, salvo que concurriera alguno de los supuestos eximentes contemplados en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de 1999. La nueva regulación, por el contrario, establece un listado de supuestos legitimadores del tratamiento de datos, en el que el consentimiento es uno más sin prioridad alguna e incluye, entre tales supuestos, la existencia de interés legítimo de quien efectúa el tratamiento (apartado 1.f del artículo 6 del Reglamento comunitario).

Sostiene también la demandante que la interpretación del supuesto legitimador del interés legítimo ha sido hecha ya por el legislador comunitario en el párrafo 47 de los considerandos del Reglamento citado. Según la demandante, de acuerdo con dicho párrafo, en los supuestos de prevención del fraude y del tratamiento con fines de mercadotecnia la ponderación de intereses se inclina a favor de quien trata los datos sobre los intereses del afectado, siempre que los datos se traten para los fines indicados. En consecuencia, el responsable del tratamiento "no necesita efectuar una ponderación de los intereses que concurren para valorar cuál de ellos debe prevalecer conforme a la regla del art. 6.1.f), sino que siempre que los datos se utilicen para alguna de las finalidades indicadas, el tratamiento puede basarse en el interés legítimo. Y, entre esas finalidades, se incluye el "envío de comunicaciones comerciales".

La protección de los datos por parte del interesado vendría, afirma la recurrente, por la inscripción en listas de exclusión de comunicaciones comerciales, de obligada consulta por quien desee enviar publicidad (arts. 3 y 4 LO 3/2018) y por el derecho de oposición a recibir comunicaciones comerciales previsto en el artículo 21 y en el considerando 71 del Reglamento comunitario.

En definitiva, considera la recurrente que a partir de la entrada en vigor del Reglamento comunitario "su artículo 6.1.f), interpretado conforme al considerando 47 in fine, permite el tratamiento de datos para fines de mercadotecnia directa basándose en la existencia de un interés legítimo y, por tanto, sin que sea necesario el previo consentimiento del afectado, sin perjuicio de su derecho a utilizar los mecanismos legales para impedir que se le envíe publicidad".

Por otra parte la recurrente rechaza el argumento empleado por la Sala de instancia para rechazar la aplicación del Reglamento comunitario de que no ha cumplido los requisitos contemplados en el mismo, ya que la norma no estaba en vigor, por lo que difícilmente podía exigírsele su cumplimiento.

La argumentación que se ha expuesto supone que la conducta sancionada, el tratamiento de datos personales para fines de mercadotecnia sin haber recabado el previo consentimiento del afectado ha dejado de ser una conducta típica en la nueva regulación comunitaria y nacional. En consecuencia, esta regulación habría de ser aplicada retroactivamente como norma más favorable y la sanción debería ser anulada.

La Sala no asume el razonamiento que se ha expuesto.

No cabe la menor duda de que el Reglamento comunitario y la Ley Orgánica española de 2018 ha cambiado de manera sustancial la regulación de protección de datos, dándole una mayor flexibilidad. Es cierto, como expone la recurrente, que el artículo 6.1 enumera ahora seis distintos supuestos habilitantes para el tratamiento de datos y que el enunciado en la letra f) del apartado consiste en que el mismo sea "necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero". Y también es cierto que el tratamiento de datos para la mercadotecnia directa es objeto de atención expresa en el considerando 47 in fine y en el artículo 21, dedicado éste al derecho de oposición al tratamiento por parte del sujeto interesado.

Ahora bien, el uso de los datos personales para cumplir ese fin legítimo exige, según el Reglamento de la Unión, que el interesado haya tenido la oportunidad de oponerse a dicho tratamiento, y que este derecho se le haya comunicado explícitamente, tal como se dispone en el considerando 70 y en el art. 21 de dicha norma.

Para poder aplicar de forma retroactiva el Reglamento de la Unión por considerar que la conducta por la que fue sancionada habría dejado de ser típica, es preciso verificar si la consideración global del reglamento comunitario permite llegar a la conclusión de que en la aplicación al caso concreto es, en realidad, una norma más favorable desde la perspectiva sancionadora en que nos encontramos. Existe una jurisprudencia reiterada en la que hemos sostenido que la apreciación de que una norma sancionadora es más favorable ha de provenir de una consideración global y sistemática de la misma en su aplicación al caso concreto, no de una interpretación parcial de alguno de sus preceptos o de una consideración abstracta de las normas. Como señala la sentencia de esta Sala de 30 de octubre de 2009 (recurso contencioso-administrativo 334/2006, F.J. 6º) "[...] la aplicación retroactiva de la norma más beneficiosa ha de hacerse determinando qué disposición es más favorable, mediante el contraste entre ambas, anterior y posterior, consideradas de modo global, no tomando lo que resulte más beneficioso de una y otra para crear, en realidad, una nueva disposición". Y en el mismo sentido se expresa la sentencia de 9 de marzo de 2010 (recurso contencioso-administrativo 553/2007, F.J. 6º).

Pues bien, tal y como señala la sentencia de instancia, en el caso que nos ocupa no consta que se le diese ocasión al interesado de manifestar su oposición al tratamiento de sus datos, como requiere el apartado 4 del propio artículo 21 del Reglamento ("a más tardar en el momento de la primera comunicación con el interesado, el derecho indicado en los apartados 1 y 2 será mencionado explícitamente al interesado y será presentado claramente y al

margen de cualquier otra información"), por lo que el recurrente no acredita haber cumplido las exigencias impuestas por el Reglamento de la Unión para aplicar este supuesto.

Frente a ello, no puede admitirse la justificación dada por dicha sociedad de que al no estar entonces en vigor el Reglamento no se le podría exigir el cumplimiento de sus exigencias. De acuerdo con lo antes dicho, el Reglamento comunitario no estaba en vigor ni para lo favorable ni para lo adverso, pero la consideración de si es o no una norma más favorable que la vigente en el momento de los hechos deriva de su aplicación in toto al caso concreto de que se trate, pues solo así se le puede considerar de manera efectiva una norma más favorable para dicho supuesto.

Pues bien, ni se le pidió al interesado el consentimiento expreso y previo, como requería la Ley nacional de protección de datos de 1999, ni se le comunicó debidamente la utilización de sus datos en una campaña de mercadotecnia al objeto de que pudiera manifestar su oposición tal como prevé el Reglamento comunitario en el citado artículo 21.4 y recoge la Ley española de 2018 en su artículo 18.

Por todo ello, no procede realizar una aplicación retroactiva del Reglamento comunitario 2016/679 con el fin de eliminar la tipicidad de la conducta sancionada.

Tercero. Sobre la alegación relativa a la existencia de infracción continuada.

Como hemos indicado en el primer fundamento de derecho la recurrente alega que la sentencia impugnada incurre en infracción del artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, por no haber apreciado la existencia de una infracción continuada; y que, como consecuencia de ello, se ha vulnerado el principio de proporcionalidad.

El artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto, dispone lo siguiente:

"No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo.

Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión."

La cuestión ya fue suscitada en el proceso de instancia, donde la parte actora aducía -como hace también en casación- que al incoarse el procedimiento la Agencia Española de Protección de Datos ya tramitaba otros expedientes sancionadores que estaban aún sin resolver, todos ellos por infracción de los mismos artículos 6 y 44.3 b) de la Ley Orgánica de Protección de Datos y por hechos idénticos. Ahora en casación la recurrente insiste en su alegato de que en la fecha de incoación del expediente de autos, el PS 381/2016 (2 de agosto de 2016) ya se encontraba en tramitación el procedimiento PS 47/2016, incoado con anterioridad, por lo que la iniciación del expediente que aquí nos ocupa infringió lo dispuesto en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/93, entonces aplicable. Según la recurrente, no se debió incoar nuevo procedimiento sancionador hasta que se hubiera dictado resolución sancionadora en el que ya se había iniciado primero.

Sostiene la recurrente que, al no haberlo apreciado así la Sala de instancia, ha resultado vulnerado el principio de proporcionalidad pues el modo en que procedió la Agencia Española de Protección de Datos supone una multiplicación desproporcionada de las sanciones impuestas que, en lugar de ser una sola, incluso en cuantía más elevada, determinó la imposición de una multa por infracción grave en cada uno de los procedimientos sancionadores. Así, la Agencia incoó un total de quince procedimientos sancionadores contra la recurrente por idénticos hechos, dando lugar a un montante total de sanciones de 830.000 euros, cuando, apreciando la existencia de una única infracción continuada, el importe de la sanción habría debido oscilar entre los 40.001 y los 300.000 euros, conforme preveía la derogada Ley Orgánica de Protección de Datos para las infracciones graves.

Pues bien, el planteamiento de la recurrente no puede ser acogido por las razones que pasamos a exponer. La Sala de la Audiencia Nacional desestima el argumento de la recurrente invocando en su sexto fundamento de derecho la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2013 (casación 1947/2010), en la que se indica que:

"[...] para apreciar la infracción continuada en el ámbito del derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el artículo 74 del Código Penal, se exige que concurren con carácter general los siguientes requisitos:

a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.

b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente.

c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza [...]."

Partiendo de esa jurisprudencia, la Sala de la Audiencia Nacional señala que la concurrencia de los tres requisitos ha de ser acreditada por quien pretende la aplicación de la norma por serle más beneficiosa, lo que no ha sucedido en este caso pues únicamente cabría admitir el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados a) y c). Además, señala la sentencia recurrida, hay que tener en cuenta la particular naturaleza del bien jurídico protegido por las normas, que son los datos personales de las personas físicas, que, como ha declarado el Tribunal Constitucional en su sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, es un derecho fundamental, consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución Española que, persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derechos del afectado. Así, dice la sentencia recurrida:

"[...] la utilización sin consentimiento de los datos personales constituye una infracción individualizada, con independencia de que esa utilización o tratamiento de datos se lleve a cabo en el marco de una campaña publicitaria contratada entre diversas empresas, como las sancionadas en este procedimiento, y en otros muchos de los que ha conocido esta Sala, con múltiples destinatarios seleccionados en función de las características del producto y de las personales de los destinatarios; todo lo más, cabría apreciar la existencia de infracción continuada si, en el marco de tal campaña, los datos personales de un mismo titular fueran objeto de tratamiento inconsentido en diferentes ocasiones próximas en el tiempo, no, como ahora se trata, de diferentes destinatarios dentro de la misma o diferentes campañas, a los que no resulta de aplicación la figura de la infracción continuada." (F.J. 4º)

Esa fundamentación de la sentencia de instancia requiere alguna precisión. Comenzando por este último punto al que acabamos de referirnos, no queda debidamente explicada en la sentencia recurrida la afirmación un tanto apodíctica que en ella se hace de que "[...] la utilización sin consentimiento de los datos personales constituye una infracción individualizada, con independencia de que esa utilización o tratamiento de datos se lleve a cabo en el marco de una campaña publicitaria contratada entre diversas empresas". El alcance de esa formulación debe ser matizado, o si se prefiere, corregido, pues no cabe entender que en el ámbito de la protección de datos de carácter personal quede excluida, ni particularmente restringida, la posible apreciación de infracciones continuadas. Baste señalar que tanto el artículo 45.4.a) de la anterior Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre -que es la norma aplicable al caso- como el artículo 76.2.a) de la ahora vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, se refieren a "el carácter continuado de la infracción" como el primero de los criterios a tomar en consideración para la graduación de las sanciones.

Pero, una vez hecha esa puntualización, lo cierto es que en el caso que examinamos no cabe apreciar la existencia de una infracción continuada. Según hemos visto, la sentencia de la Audiencia Nacional admite que concurren en este caso dos de los elementos que, según la jurisprudencia que cita, deben darse para que pueda apreciarse una infracción continuada (ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi; y unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza); y, en cambio, considera la Sala de instancia que no ha quedado acreditada la concurrencia del tercer requisito exigible, esto es, que la actuación del responsable se haya llevado a cabo con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido, que se refleja en todas las acciones que se ejecutan, o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados.

La sentencia recurrida no abunda en explicaciones sobre la razón de ser de tales apreciaciones; pero, en efecto, admitiendo que en este caso tuvo lugar la ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, lo cierto es que no cabe considerar acreditada la existencia de un dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido o de un dolo continuado. Los distintos procedimientos sancionadores a que alude la recurrente tienen en común que se refieren a conductas llevadas a cabo por la entidad Meydis, S.L. con ocasión de campañas de mercadotecnia directa en las que se infringe el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, por no haberse recabado el consentimiento de las personas afectadas. Pero, una vez constatados esos elementos de coincidencia, los datos que figuran en el apartado de hechos probados de las resoluciones sancionadoras dictadas por la Agencia Española de Protección de Datos en esos procedimientos ponen de manifiesto que se trata de campañas distintas, en las que los destinatarios de las misivas son convocados para que asistan a actos determinados, distintos en cada caso, y en lugares y fechas diferentes.

Así, en el expediente sancionador PS/00381/2016, al que se refiere el presente recurso de casación, se denuncia la recepción de una carta personalizada en la que se le convoca a un evento promocional ("productos de hogar y descanso") que se realizaría el 20 de julio de 2015 en el Hotel Bienestar, en Moaña (Pontevedra).

En los restantes expedientes a los que se refiere la recurrente se hacían distintas convocatorias en diferentes localidades, como puede verse en los siguientes ejemplos:

- PS/00047/2016 (recurso de casación 5285/2019); se refiere a una convocatoria en el Hotel Sercotel Gran Bilbao, en Bilbao, el 15 de enero de 2015.
- PS/00127/2016 (recurso de casación 4454/2019); tiene su origen en la misiva personalizada recibida en el domicilio del allí denunciante en la que se le convocaba a un evento (demostración comercial) que se realizaría el 16 de marzo de 2015 en el restaurante el Racó d'en Binu, en La Roca del Vallés (Barcelona).
- PS/00190/2016; se convocaba al denunciante para un acto de objeto indeterminado, en el que se procedería al regalo de "un juego de sartenes cerámicas de cinco piezas", que tendría lugar el día 19 de febrero de 2015 en el Hotel Meliá María Pita de A Coruña.
- PS/00121/2016 (recurso de casación 4713/2019); se refiere a una convocatoria en el Hotel Exe Puerta de Castilla, en Madrid, el 4 de marzo de 2015.
- PS/00128/2016 (recurso de casación 4697/2019); se refiere a una convocatoria en el Hotel Meliá Palas Atenea, en Palma de Mallorca, el 4 de marzo de 2015.
- PS/00417/2016 (recurso de casación 4039/2019); tiene su origen en la carta personalizada en la que se le convocaba al allí denunciante para un acto promocional en el Eurostars Hotel de la Reconquista, de Oviedo, el 26 de mayo de 2015.
- PS/00053/2016 (recurso de casación 3753/2019); se refiere a una convocatoria a una presentación comercial en el hotel NH Collection Palacio, en Avilés, el día 3 de febrero de 2015.
- PS/00464/2016 (recurso de casación 5479/2019); se refiere a la convocatoria para un acto de "promoción para parejas y personas viudas" en el Hotel Ágora Juan de Austria, en Madrid, el 15 de octubre de 2015.
- PS/00013/2017 (recurso de casación 5082/2019); tiene su origen en la denuncia presentada por una persona que recibió en su domicilio sendas cartas en las que se le convocaba actos acto que tendrían lugar los días 10 de junio y 11 de noviembre de 2015 en el restaurante Montemayor de Mogueer.
- PS/00033/2017 (recurso de casación 4738/2019); tiene su origen en la denuncia presentada por una persona distinta a las anteriores que recibió en su domicilio una carta personalizada en la que se le convocaba a una demostración comercial (sin especificar) que tendría lugar el día 21 de abril de 2015 en el Hotel Leuka de Alicante.

Es cierto que el *modus operandi* de la empresa Meydis, S.L., que resultó sancionada en los citados expedientes de la Agencia Española de Protección de Datos, es similar en todos los casos; y, por ello mismo, las diligencias de investigación y trámites realizados en los diferentes procedimientos sancionadores son en parte coincidentes. Pero los datos que hemos consignado indican que los hechos a los que se refieren aquellos expedientes se incardinan en campañas de mercadotecnia distintas, en las que mediante cartas personalizadas se convoca a los destinatarios a actos distintos y en lugares y fechas diferentes.

Pese a que hay similitudes en el modo de proceder de la empresa infractora, nada indica que aquellas actuaciones formen parte de una única campaña de mercadotecnia o que respondan siquiera a un único designio o a un plan preconcebido. Y, como oportunamente recuerda la Sala de la Audiencia Nacional, quien alega que estamos en presencia de una infracción continuada es quien debe acreditar que se trata de una pluralidad de acciones que, además de infringir el mismo precepto, han sido realizadas con unidad de propósito y responden a un plan preconcebido, acreditación ésta que, como señala la sentencia recurrida, no se ha producido.

Por todo ello debemos concluir que no cabe apreciar en este caso la existencia de una infracción continuada; y, como consecuencia, no ha existido la vulneración que se alega del principio de proporcionalidad.

Cuarto. *Sobre la alegación relativa al empleo fraudulento de las actuaciones previas de investigación.*

Alega la parte, por último, la infracción del artículo 12 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, así como del artículo 122 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Fundamenta su queja en el argumento de que la sentencia recurrida no ha apreciado el uso fraudulento de las potestades de investigación previa que se reconocen a la Administración, que se habrían prolongado de forma injustificada, incurriendo en el supuesto contemplado en el artículo 6.4 del Código Civil.

Esta Sala comparte el criterio del Tribunal de instancia, que, con base en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia de 4 de noviembre de 2013 (RC 251/2011), considera que la práctica de las actuaciones previas por los Servicios de Inspección de la Agencia Española de Protección de Datos está plenamente justificada, pues los actos de investigación preliminares acordados resultaban pertinentes para recabar información sobre los hechos denunciados, referidos a una cesión de datos personales a una empresa, que determinó que recibiera en su dirección postal una convocatoria para participar en una demostración comercial.

En efecto, coincidimos con la sentencia impugnada en que carece de fundamento la queja por utilización fraudulenta de las actuaciones previas de investigación por parte de los servicios de inspección de la Agencia Española de Protección de Datos. El reproche que se realiza de haberse prolongado injustificadamente las actuaciones previas y de haberse finalizado súbitamente no resulta convincente para sostener la pretensión de que se declare la invalidez de la sanción impuesta, ya que las irregularidades procedimentales denunciadas en esta fase previa a la incoación del procedimiento sancionador no están avaladas -como pone de relieve el Tribunal de instancia- de prueba acreditativa de que los actos de investigación no estuvieran orientados a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la iniciación del procedimiento sancionador, a identificar la persona o personas u órganos o entidades que pudieran resultar responsables, y a fijar las circunstancias relevantes que concurran.

En este sentido, cabe reseñar la doctrina jurisprudencial que hemos formulado en la sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2013 (RCA 251/2011), sobre la naturaleza y finalidad de las actuaciones previas, en la que sostuvimos que su incoación es potestativa. Esto es, que la Administración no está obligada a abrir actuaciones previas, sino que puede, si así lo considera conveniente, acordar la incoación directa del procedimiento sancionador. Asimismo afirmamos que el propio artículo 122 del Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre), destinado a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos que pudieran justificar la incoación del procedimiento, identificar la persona u órgano que pudiera resultar responsable y fijar las circunstancias relevantes que pudieran concurrir en el caso, tiene una naturaleza informativa de la que sin duda puede prescindir la Administración. El texto literal del artículo 122, al expresar que "Con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionar se podrán realizar actuaciones previas", corrobora el carácter potestativo de su incoación.

Esta doctrina resulta plenamente aplicable a la presente litis, en la medida que, en relación a la naturaleza de las actuaciones previas acordadas (petición de información y documentación a correos, requerimientos de información a las empresas y entidades afectadas), y a los momentos en que fueron practicadas, no se descubre ninguna irregularidad procedimental subsumible en las causas de nulidad de los actos administrativos, lo que determina que descartemos este motivo impugnatorio formulado contra la sentencia recurrida.

Quinto. Conclusión y costas.

De acuerdo con las consideraciones expresadas en los anteriores fundamentos de derecho hemos de desestimar el recurso de casación interpuesto por la mercantil Meydis, S.L., contra la sentencia dictada por Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera) de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2019.

En lo que respecta a la cuestión de interés casacional formulada por el auto de admisión y habida cuenta de la no aplicación al caso de la normativa que suscita la cuestión de interés casacional por las razones expresadas en el fundamento de derecho segundo, nos remitimos a las consideraciones efectuadas en el mismo. Por otra parte, no teniendo dudas la Sala sobre la no aplicabilidad al caso del Reglamento comunitario 2016/679, de 27 de abril, no procede formular cuestión prejudicial como solicita la recurrente.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, se mantiene las costas declaradas en la sentencia recurrida para la instancia y, en casación, cada parte abonará las causadas por ella y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por Meydis, S.L. contra la sentencia de 26 de marzo de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Primera) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 223/2017.
2. Confirmar la sentencia objeto de recurso.
3. No imponer las costas del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espín Templado José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas
María Isabel Perelló Doménech José María del Riego Valledor Diego Córdoba Castroverde
Fernando Román García

CONCURRENTE Que formula el MAGISTRADO EXCMO. SR. D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA a la Sentencia dictada en el RCA 4756/2019.

Desde el máximo respeto hacia la decisión mayoritaria expresada en la sentencia y, aun compartiendo el resultado desestimatorio del recurso de casación, debo manifestar mi discrepancia con la fundamentación incluida en aquélla respecto de los siguientes extremos:

Primero. No comparto la decisión mayoritaria de afrontar en esta sentencia el examen y resolución de las cuestiones que fueron expresamente rechazadas por la Sección de Admisión de esta Sala Tercera.

(i) El auto dictado por la Sección de Admisión en fecha 5 de diciembre de 2019 en el RCA 3753/2019 (el primero de los doce recursos a que ahora nos referiremos) rechazó expresamente dos de las cuestiones de interés casacional propuestas por la parte recurrente (las relativas al carácter continuado de la infracción y al uso indebido o fraudulento de las actuaciones previas) y admitió exclusivamente la cuestión referida a si puede considerarse lícito el tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa cuando, a pesar de no haber otorgado el interesado su consentimiento, concurrir un interés legítimo en el responsable del tratamiento.

Posteriormente, los autos de admisión dictados en los recursos números 4037/2019, 4039/2019, 4377/2019, 4697/2019, 4756/2019, 5082/2019 (todos ellos de fecha 13/12/19), 4713/2019 y 5285/2019 (ambos de fecha 17/1/2020), 4454/2019 y 4738/2019 (los dos de fecha 31/1/2020) y 5479/2019 (de fecha 13/3/2020) se pronunciaron en idéntico sentido, aunque la redacción empleada no fuera exactamente la misma en todos ellos, llegando incluso en los RCA 4037/2019, 4697/2019, 4454/2019, 4713/2019, 5285/2019 y 5479/2019 a efectuarse una referencia a la identidad de las cuestiones planteadas en ellos con "las suscitadas en el RCA 3753/2019, que hemos inadmitido en ATS de fecha 5 de diciembre de 2019", lo que justificaba que en esas ocasiones se llegara a la misma conclusión (si bien conviene señalar, para mayor precisión, que en los RRCA 5285/2019 y 5479/2019 solo una de las cuestiones en ellos planteadas y rechazadas era coincidente con las suscitadas en el RCA 3753/2019).

(ii) No es éste el momento para dilucidar si la Sección de Admisión puede o no rechazar o inadmitir cuestiones que la parte recurrente proponga por estimar que tienen interés casacional o si, en realidad, lo que debería ser admitido o inadmitido por la Sección de Admisión es exclusivamente el recurso de casación y no las indicadas cuestiones. Lo relevante es que en este caso -al margen de la mayor o menor precisión jurídica de la fórmula utilizada- la Sección de Admisión rechazó expresamente las dos cuestiones al principio mencionadas en virtud de auto firme en todos y cada uno de los recursos citados.

Por tanto, siendo esto así, considero que la decisión mayoritaria de examinar y resolver en esta sentencia esas dos cuestiones rechazadas o inadmitidas expresamente por la Sección de Admisión significa incurrir, cuando menos, en una grave contradicción de criterio con otra Sección de la misma Sala, circunstancia que en nada se compadece con la necesaria seguridad jurídica que los órganos jurisdiccionales y, con mayor motivo, el Tribunal Supremo, estamos obligados a proporcionar a los ciudadanos en general y a los profesionales del derecho en particular.

De aquí la necesidad de unificar criterios al respecto en el seno de la Sala Tercera porque, incluso aunque se aceptara la argumentación de que, por vía de interpretación de la normativa reguladora del actual recurso de casación, fuera admisible la posibilidad de examinar en sentencia cuestiones expresamente inadmitidas o rechazadas por la Sección de Admisión, considero que ello no debería nunca hacerse de manera unilateral por una de las Secciones de la Sala Tercera, al margen de las restantes Secciones de la Sala.

Por el contrario, entiendo que, incluso en tal hipótesis, sería siempre preferible, para lograr la mayor efectividad posible del principio de seguridad jurídica, someter esta cuestión polémica a la consideración del Pleno -por cualquiera de las vías previstas legalmente al efecto-, propiciando de este modo que todas las Secciones de la Sala pudieran adoptar una solución uniforme a este respecto y garantizando así la igualdad en la aplicación de la ley, fuera cual fuese la solución que se adoptara mayoritariamente en el Pleno.

A mi entender, no representa un obstáculo definitivo para ello el hecho de que el asunto ya hubiera comenzado a deliberarse. La deliberación termina cuando se firma la sentencia por todos los magistrados y no son pocas las veces en que, tras una primera aproximación a la solución del caso enjuiciado, son necesarias varias sesiones para precisar o matizar definitivamente la solución provisionalmente adoptada, o para ajustar los términos en que deba quedar redactada la sentencia.

Pero, incluso aunque se entendiese que una vez comenzada la deliberación ya no es posible elevar un asunto al Pleno jurisdiccional (artículo 92 LJCA), no aprecio obstáculo procesal ni orgánico para interrumpir o suspender provisionalmente la deliberación comenzada y someter en abstracto la cuestión controvertida -esto es, si cabe o no examinar y resolver en sentencia cuestiones previamente inadmitidas o rechazadas en la fase de admisión- a un Pleno no jurisdiccional, cuya decisión podría ser tenida en consideración por esta Sección, a la que después correspondería retomar y continuar hasta su conclusión la deliberación interrumpida aunque, eso sí, ajustándose en el extremo controvertido al criterio mayoritario que hubiera adoptado el Pleno de la Sala.

Esta posibilidad aun cobra mayor sentido cuando, como en este caso, nos encontramos ante una serie de doce recursos sustancialmente idénticos en cuanto a las cuestiones que en ellos se suscitan, que han sido señalados para su deliberación y fallo en diferentes días, de manera que, respecto de aquéllos cuya deliberación todavía no hubiera comenzado por no haber llegado el día señalado al efecto, aun sería menos dificultoso someter la cuestión controvertida a un Pleno, fuera éste jurisdiccional o no jurisdiccional.

(iii) Conviene resaltar, por otra parte, que no estamos ante un supuesto en el que la Sección de Admisión haya admitido expresamente sólo una de las cuestiones planteadas en la instancia y en el escrito de preparación de la casación, habiendo guardado silencio sobre el resto de las referidas cuestiones. En ese supuesto, a mi entender, no habría obstáculo definitivo para que la Sección de Enjuiciamiento examinase y resolviese las otras cuestiones planteadas, sobre todo cuando tales cuestiones estuviesen tan íntimamente relacionadas con la que fue expresamente admitida que fuera necesario efectuar un pronunciamiento sobre aquéllas para poder decidir sobre ésta.

Pero ese no es el caso ahora, porque, en realidad, no necesitábamos resolver las dos cuestiones expresamente rechazadas por la Sección de Admisión para poder dictar el pronunciamiento correspondiente a la cuestión que sí fue admitida en este recurso.

(iv) Por otra parte, parece evidente que si se aceptara el planteamiento que se propugna mayoritariamente en la sentencia -poder entrar a enjuiciar en sentencia cuestiones expresamente inadmitidas o rechazadas por la Sección de Admisión-, la aplicación de dicho planteamiento debería hacerse de manera uniforme y generalizada, no pudiendo dejarse su aplicación o no aplicación en cada supuesto a la decisión discrecional de esta Sección (o de las otras Secciones de enjuiciamiento) sin que previamente se hubieran acordado y dado a conocer públicamente los criterios utilizados al efecto para ello porque, en caso contrario, padecería gravemente el principio de seguridad jurídica.

En este sentido -y, aunque sólo lo expongo ahora a modo de reflexión, dado que en el supuesto examinado hemos desestimado el recurso de casación por decisión unánime- no es desdeñable el riesgo que conlleva en la práctica la aplicación de ese planteamiento del que discrepo. Tal aplicación podría dar lugar a que se estimase un recurso de casación tras examinarse y resolverse en sentencia una cuestión expresamente inadmitida o rechazada por la Sección de Admisión en virtud de un auto firme. Y ello podría significar que la Sección de enjuiciamiento incurriera en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incumplimiento del artículo 118 CE, que perjudicaría a la parte recurrida, al adoptarse una decisión no previsible y que, materialmente, habría dejado sin efecto la decisión de inadmisión de la cuestión previamente adoptada en el auto firme dictado por la Sección de Admisión.

En definitiva, tras valorar conjuntamente las razones expuestas, considero que la Sección no debería haber entrado a resolver en sentencia las cuestiones que fueron en su día rechazadas por la Sección de Admisión, ni -menos aún- debería haber procedido al enjuiciamiento de aquéllas sin intentar someter previamente esa posibilidad a la consideración del Pleno de la Sala.

Segundo. Sin perjuicio de lo anterior y, aunque comparto la decisión mayoritaria de no apreciar en este caso la existencia de infracción continuada, discrepo con parte de la fundamentación de la sentencia referida a ese extremo, en concreto con la contenida en los siguientes párrafos:

"(...) Es cierto que el modus operandi de la empresa Meydis, S.L., que resultó sancionada en los citados expedientes de la Agencia Española de Protección de Datos, es similar en todos los casos; y, por ello mismo, las diligencias de investigación y trámites realizados en los diferentes procedimientos sancionadores son en parte coincidentes. Pero los datos que hemos consignado indican que los hechos a los que se refieren aquellos expedientes se incardinan en campañas de mercadotecnia distintas, en las que mediante cartas personalizadas se convoca a los destinatarios a actos distintos y en lugares y fechas diferentes.

Pese a que hay similitudes en el modo de proceder de la empresa infractora, nada indica que aquellas actuaciones formen parte de una única campaña de mercadotecnia o que respondan siquiera a un único designio o a un plan preconcebido. Y como oportunamente recuerda la Sala de la Audiencia Nacional, quien alega que estamos en presencia de una infracción continuada es quien debe acreditar que se trata de una pluralidad de acciones que, además de infringir el mismo precepto, han sido realizadas con unidad de propósito y responden a un plan preconcebido, acreditación ésta que, como señala la sentencia recurrida, no se ha producido".

Mi discrepancia se basa en las siguientes consideraciones, que estimo relevantes a este respecto:

(i) En primer lugar, considero que la infracción continuada puede existir, aunque la actuación infractora (el tratamiento in consentido de datos) se proyecte sobre varias campañas de mercadotecnia y no sobre una sola, y aunque los destinatarios de las misivas de esas campañas diversas sean convocados para asistir a actos determinados, distintos en cada caso y en lugares y fechas diferentes.

La ley no exige que estemos ante una única campaña para poder apreciar la existencia de una infracción continuada, ni limita la posibilidad de su apreciación a los supuestos en que los destinatarios de las misivas sean convocados para asistir a un solo acto promocional, en un mismo lugar y en idéntica fecha.

A mi juicio, para poder apreciar si en el caso examinado ha existido o no un designio único, un plan preconcebido, o el aprovechamiento de idéntica ocasión, hay que tener en cuenta cuándo se realiza la conducta típica. Dado que ésta consiste en el tratamiento de datos sin autorización, la infracción se habría materializado y consumado cuando, sin la autorización de los destinatarios, se consignaron los datos personales de los que éstos eran titulares en los respectivos sobres, se introdujo en ellos la publicidad o la convocatoria correspondiente y se formalizaron los envíos.

Si se hubiera acreditado que, bien en un momento anterior o, al menos, en el momento en que se produjo la consumación de la infracción concurría esa unidad de propósito en el sujeto infractor, y que éste proyectaba ese único designio infractor sobre las distintas campañas a realizar (aunque en cada una de éstas hubiere múltiples destinatarios, convocados para asistir a diversos actos promocionales, en fechas y lugares diferentes), no existiría obstáculo alguno, a mi juicio, para poder apreciar la existencia de una infracción continuada.

Lo que ocurre, sin embargo, es que en este caso no ha quedado acreditado que existiera ese designio infractor único con anterioridad ni, tampoco, en el momento de comisión de la infracción y en ello coincido con el parecer mayoritario.

Es más, en realidad, ni siquiera se ha demostrado la fecha o fechas concretas en que se materializó cada una de las utilizaciones in consentidas de los datos de los destinatarios de las diferentes campañas, ni se ha probado que tales utilizaciones in consentidas de los datos relativos a las diferentes campañas se produjeran en el mismo momento, en unidad de acto.

(ii) En segundo lugar, considero que no es asumible el razonamiento empleado en la sentencia para rechazar la alegación de la parte recurrente referida a la procedencia de imponer en este caso la sanción correspondiente a la infracción continuada, concretamente en cuanto establece que "(...) quien alega que estamos en presencia de una infracción continuada es quien debe acreditar que se trata de una pluralidad de acciones que, además de infringir el mismo precepto, han sido realizadas con unidad de propósito y responden a un plan preconcebido (...)".

En el supuesto enjuiciado nos movemos en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, al que son aplicables, con matices, los principios del Derecho penal. Así lo recuerda nuestra reciente sentencia nº 1.382/2020, de 22 de octubre, con cita de las SSTC nº 9/2018, 1/2020 y 47/2020. Éstas, a su vez, invocan la doctrina sentada en otras sentencias precedentes en relación con la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del artículo 24 de la Constitución, incluyendo entre ellas, sin ánimo de exhaustividad, el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, así como el derecho a no declarar contra sí mismo.

Con base en esta doctrina, es claro que la Administración que pretenda sancionar una conducta que estima constitutiva de infracción es quien debe desarrollar su actividad investigadora con el alcance y en la forma previstos en la ley y, también, que a esa Administración cabe exigirle, en definitiva, la prueba de la infracción, siendo ella, por tanto, la que debe aportar los datos que demuestren la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo de la infracción.

En esa tarea la Administración debe actuar con objetividad e imparcialidad, tomando en consideración y aportando al expediente sancionador tanto lo que sea favorable como lo que sea desfavorable al sujeto presuntamente infractor. Así se infiere del artículo 103 de la Constitución cuando establece en su apartado 1 que "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho", añadiendo en su apartado 3 que "La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos...y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones".

Por tanto, desde una perspectiva conceptual, no cabe desplazar hacia el sujeto sancionado la carga de demostrar -a modo de condición para poder apreciar la existencia de una infracción continuada- que en la realización de los diversos actos típicos actuó con unidad de propósito infractor, pues dicha exigencia comporta ineludiblemente la contravención de los principios que informan el derecho administrativo sancionador a los que antes nos referimos.

Cosa distinta es que en el presente caso la solicitud de aplicación del carácter continuado de la infracción efectuada por el sujeto sancionado no pueda atenderse porque, pese a que esa solicitud comporte implícitamente el reconocimiento de la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo de la infracción de carácter continuado (incluido, por tanto, el propósito infractor único), no conste la existencia de otros datos concordantes que pudieran avalar, objetivamente, la concurrencia de ese designio infractor unitario en el momento de la comisión de la infracción o en un momento anterior.

Y la falta de constancia de esos datos nos permite deducir que, en realidad, ese reconocimiento tácito del sujeto sancionado estaba exclusivamente guiado por el ánimo interesado de conseguir la imposición de una sanción más favorable para él que la que resulta de sumar las diversas sanciones que le han sido impuestas en los diferentes procedimientos sancionadores seguidos contra él.

Por ello, en consecuencia, coincido con el parecer mayoritario en que no cabe apreciar en este caso la comisión de una infracción continuada, aunque esta conclusión esté basada en razonamientos distintos de los expresadas en la sentencia.

En Madrid, en la misma fecha de la sentencia.

D. Fernando Román García

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia, con su voto particular, por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPIN TEMPLADO, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.