

Roj: **SAN 372/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:372**Id Cendoj: **28079230012013100027**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/01/2013**Nº de Recurso: **400/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a treinta de enero de dos mil trece.

Visto por la Sección Primera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **400/2011**, por la entidad **EL CORTE INGLÉS S.A.** representada por el Procurador Sr. Berlanga Torres, contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 5 de mayo de 2011, dictada en el PS/00428/2010 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 4 de febrero 2011; habiendo sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes solicitó se dicte sentencia por la que estimando el recurso se deje sin efecto la resolución recurrida y se condene a la AEPD a pagar a El Corte Inglés S.A. la cantidad de 240 correspondientes a la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a cuyo pago a obligado la Agencia como consecuencia de haber dictado una resolución injusta y errónea.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, postuló una sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto, confirmando íntegramente la resolución recurrida por ser conforme a derecho, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba, practicada la admitida y evacuado el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 16 de enero de 2013.

La cuantía del recurso se ha fijado en 6.000 .

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. **LOURDES SANZ CALVO** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Director de la Agencia Española de la Protección de Datos de fecha 5 de mayo de 2011, dictada en el PS/00428/2010 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 4 de febrero 2011, que sanciona con 6.000 de multa a El Corte Inglés S.A., por la vulneración del artículo 5.1 LOPD , infracción tipificada como leve en el artículo 44.2.d) de la citada Ley Orgánica.



Considera la AEPD que El Corte Inglés ha cometido la citada infracción pues incumple las exigencias del artículo 5.1 LOPD y de los artículos 15 y 45.1 de su Reglamento de desarrollo, porque en el canal de contratación telefónico del servicio de venta a distancia de El Corte Inglés, La Tienda en Casa, no se informa a la persona que facilita sus datos, como exige el citado artículo 5. Y en lo referido a la web www.latiendaencasa.es, las cláusulas informativas "Política de Seguridad y confidencialidad" y "Protección de datos y seguridad" no cumplen con las exigencias legales y reglamentarias, por cuanto no especifican las finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial, no informan sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los cuales podrá recibir información o publicidad y por último no cumplen con la exigencia de facilitar al afectado manifestar expresamente su negativa al tratamiento de sus datos para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la actividad contractual.

SEGUNDO.- La resolución impugnada realiza un detallado relato fáctico del que puede destacarse:

1º La Tienda en Casa es un servicio de venta a distancia de El Corte Inglés y los pedidos de productos de este servicio se pueden realizar vía telefónica o a través de la web en la página www.latiendaencasa.es. Los productos se anuncian en la citada página web, a través de la televisión y en catálogos mensuales que son remitidos, tanto a los clientes de La Tienda en Casa que no hayan ejercido su derecho de oposición al envío de publicidad, como a cualquier persona que lo solicite.

2º El catálogo de La Tienda en Casa correspondiente al periodo de Rebajas, comprendido entre el 1 de julio 2009 y el 31 de agosto de 2009 que contiene en su página 4 la siguiente leyenda: "*Los datos que usted nos proporcione serán incorporados a un fichero de Clientes propiedad de El Corte Inglés S.A., y podrán ser tratados para hacerle llegar ofertas comerciales de empresas del grupo El Corte Inglés. Usted tiene derecho a acceder a la información que le concierne, recopilada en nuestro fichero de Clientes, o cancelarla o rectificarla de ser errónea, dirigiéndose por carta a C/Hermosilla, 112-28009 Madrid, o llamando al teléfono 902 302 101 (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre)*".

3º El talón de venta de fecha 1/7/09, que consta en el expediente, correspondiente a la compra de un ordenador efectuada por el denunciante y en el que constan sus datos personales (nombre, apellidos y domicilio). Dicho talón está firmado por el denunciante. En el dorso del talón consta literalmente "*El titular autoriza a El Corte Inglés para que los datos contenidos en este documento puedan ser facilitados con fines comerciales y estudios de mercado con fines propios, única y exclusivamente a las empresas del Grupo El Corte Inglés...El titular podrá ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, previstos en la legislación vigente en materia de protección de datos*". El talón de venta se entregó con la mercancía y debe ser firmado por el cliente.

4º La página web www.latiendaencasa.es contiene en el apartado "Política de Seguridad y confidencialidad" contiene, entre otra, la siguiente información:

2. En el momento que un cliente se registra en nuestro servidor seguro o realiza un pedido, sus datos personales, domiciliarios y los relativos a sus compras y formas de pago son incorporados a nuestra base de datos para tramitar el pedido.

3. El cliente autoriza expresamente a El Corte Inglés para que los datos de este registro y cuantos se obtengan para el desarrollo de las relaciones contractuales entre ambas partes puedan ser facilitadas a empresas del grupo El Corte Inglés para que dichas empresas puedan efectuar estudios de mercado y ofrecerle al cliente productos y de su interés.

4 Ley de Protección de Datos, donde se informa a los clientes de las existencia de un fichero inscrito en el Registro General de Protección de Datos, que tienen el derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición de sus datos, pudiendo manifestar en cualquier momento su deseo de No recibir ningún tipo de publicidad y ante quien pueden ejercitar dichos derechos. También se informa que El Corte Inglés para el cumplimiento de sus servicios se ve obligado a facilitar determinados datos (nombre, dirección, teléfono) de sus clientes a otras empresas que colaboran en la prestación del servicio (transportistas, instaladores, entidades financieras...)

En el apartado "Protección de datos y seguridad" entre otros extremos, se informa a los clientes de la Tienda en Casa de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, ante quien y por que medio.

5º El Corte Inglés manifestó que durante la llamada telefónica para realizar el pedido de La Tienda en Casa el operador no proporciona al cliente ningún tipo de información del artículo 5 de la LOPD.

6º. Mediante acceso al fichero de clientes de Venta Directa de La Tienda en Casa se constató que existen datos asociados al denunciante con domicilio C/Virgen de Barabaño, 88, 06480-Montijo (Badajoz), figurando una

operación de compra con fecha 1/07/09. Dicha operación corresponde a la compra de un ordenador portátil ofertado en el catálogo de La Tienda en Casa correspondiente al periodo Rebajas, comprendido entre el 1 de julio 2009 y el 31 de agosto de 2009, por lo que el Canal de Venta que consta en el sistema es el "10", correspondiente al citado catálogo. En el campo "Publicidad" consta S, que según manifestó el representante de la entidad significa que el cliente no ha solicitado ser "excluido" de los envíos publicitarios realizados periódicamente".

TERCERO.- La entidad demandante sustenta su pretensión impugnatoria en las siguientes consideraciones:

- No es cierto que no se haya informado al denunciante del contenido del artículo 5 LOPD , por cuanto tal y como consta en la inspección realizada a la recurrente, tanto en el catálogo que utilizó para elegir el producto que adquirió, como en el talón de venta/entrega, se le informa de todo lo relacionado con dicho precepto, cosa distinta es que el cliente no lea dichos avisos.

- El propio Director de la AEPD acordó en su momento el archivo de la denuncia y no procede, que a posteriori, vaya contra sus propios actos, desarchiva la denuncia y acuerde la apertura de actuaciones previas de investigación que han dado lugar al expediente sancionador en cuestión, sin que nada haya cambiado desde el momento de dicho acuerdo de archivo hasta que resuelve contra i mismo.

- La resolución recurrida indica que se deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos y el único tratamiento de los datos llevado a cabo es el estrictamente necesario para cumplir con la obligación de entrega de la mercancía adquirida. En cuanto a la comunicación de datos, prosigue, sólo se ha hecho la estrictamente necesaria a la agencia de transportes para la entrega del pedido, comunicación para la que no es exigible el consentimiento ex artículo 11.2 c) LOPD .

- En ningún momento se impide al cliente manifestar su negativa al tratamiento o comunicación de los datos y tanto en el catálogo como en el documento de entrega se le informa específicamente de cómo puede ejercer sus derechos en relación con sus datos.

- Respecto al incumplimiento de las exigencias legales que se le imputa por no especificar las finalidades relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial, señala que tanto en el catálogo como en el documento de venta que obran en poder del cliente se hace constar de forma clara y precisa que la actividad a que hace referencia es la relacionada con los bienes y servicios que ofrece El Corte Inglés S.A. y que dada su amplitud, sería imposible poner todos los sectores concretos de la actividad de dicha empresa en los citados documentos, teniendo en cuenta además, que el común de los ciudadanos conoce casi con exactitud cual es la actividad de dicha entidad.

- Desde el primer momento, cuando el cliente coge el catálogo está informado de sus derechos, por lo que una vez elegido el artículo que desea, sabe que tiene que facilitar una serie de datos para tramitarlo y que puede oponerse al tratamiento de los mismos con fines publicitarios. Si el pedido se realiza por internet en el momento de registrarse aparece en la pantalla el aviso legal en el que se le informa de las cuestiones legales relacionadas con el pedido, incluidas las relativas a la protección de datos. Finalmente cuando recibe el pedido en el domicilio se le informa de cómo ejercitar sus derechos en el documento de entrega de la mercancía.

- En cuanto a la prospección comercial, en el catálogo y en el documento de venta se dice que los datos que se obtiene no se ceden a terceros para realizar la prospección comercial, sino que son estudios de mercado con fines propios, para realizar estudios dentro de la propia empresa.

- En conclusión, la actuación de la recurrente cumple la normativa de protección de datos y no cabe apreciar la existencia de la infracción apreciada.

CUARTO.- Con carácter previo hay que partir de que el hecho de que el Director de la AEPD acordara por resolución de 24 de marzo de 2010 el archivo de actuaciones -folios 29 y siguientes- y que posteriormente al resolver un recurso de reposición interpuesto por el denunciante, dicte resolución de 8 de julio 2010 -folios 41 y siguientes- dejando sin efecto dicho archivo y acordando la incoación de actuaciones previas de investigación, no implica que el citado Director vaya contra sus propios actos - como alega la actora- pues dicha decisión encuentra su fundamento en la estimación del citado recurso de reposición.

QUINTO.- El artículo 5 LOPD recoge la información en la recogida de los datos personales, que constituye un derecho del afectado que es objeto de protección en si mismo cuya relevancia ha sido destacada por la **STC 292/2000** , fija el momento en que se ha de informar al interesado y el contenido de dicha información.

Dispone en concreto el citado artículo 5 LOPD :

" 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 dichos datos y de los destinatarios de la información.
- b Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que le 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.

Cuando el responsable del tratamiento no este establecido en el territorio de la Unión Europea...

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 que se recaban."

Por su parte, el artículo 15 del Reglamento de desarrollo de la LOPD , aprobado por el artículo único del Real Decreto 1720/2007, dispone:

" Artículo 15. Solicitud del consentimiento en el marco de una relación contractual para fines no relacionados directamente con la misma.

Si el responsable del tratamiento solicitase el consentimiento del afectado durante el proceso de formación de un contrato para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos.

En particular, se entenderá cumplido tal deber cuando se permita al afectado la marcación de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se entregue para la celebración del contrato o se establezca un procedimiento equivalente que le permita manifestar su negativa al tratamiento".

En cuanto al artículo 45 del citado Reglamento

"Artículo 45. Datos susceptibles de tratamiento e información al interesado.

1. Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, así como quienes realicen estas actividades con el fin de comercializar sus propios productos o servicios o los de terceros, sólo podrán utilizar nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando se encuentren en uno de los siguientes casos:

a) (...)

b) Hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento para finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial, habiéndose informado a los interesados sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información y publicidad".

Una vez expuesta la normativa de aplicación se va a examinar si se ha vulnerado o no en el supuesto de autos.

SEXTO.- La resolución impugnada considera que se ha vulnerado el derecho de información recogido en el citado artículo 5 de la LOPD al no informar al denunciante, cuando se recogen sus datos al realizar su pedido telefónico para adquirir el citado producto de "La Tienda en Casa" de El Corte Inglés.

Del examen de lo actuado se constata que la propia AEPD reconoce que el denunciante contestó, al ser preguntado por los operadores telefónicos dónde había visto la oferta del producto que adquirió, que lo había visto en el catálogo de La Tienda en Casa, constando en el fichero como canal de venta el "10" correspondiente al citado catálogo.

En dicho catálogo se informa, como se ha transcrito previamente, que los datos que proporcione el cliente serán incorporados a un fichero de Clientes propiedad de El Corte Inglés S.A., y podrán ser tratados para hacer llegar ofertas comerciales de empresas del grupo El Corte Inglés y que tiene derecho a acceder a la información que le concierne, recopilada en dicho fichero, o cancelarla o rectificarla de ser errónea, por los medios que señala citando expresamente la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

La persona que una vez elegido su producto por catálogo llama por teléfono a la entidad recurrente para realizar el pedido, sabe lógicamente, que tiene que entregar una serie de datos para tramitar y gestionar el pedido. Ahora bien, cuando se trata del tratamiento des datos para actividades como por ejemplo de prospección



comercial, que no tienen relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual que motivó la recogida de datos, no basta con informar en el catálogo de la posibilidad de recibir publicidad, sino que hay que informar y dar la posibilidad de que el afectado pueda mostrar su negativa al tratamiento de sus datos con dicha finalidad, como así lo exige el artículo 15 del RDLOP en relación con el deber de información en la recogida de datos regulado en el citado artículo 5.1 LOPD .

Y en el caso de autos no se ha informado y dado la posibilidad al afectado de mostrar su negativa al tratamiento de sus datos personales con esos fines que no guardan relación directa con la relación contractual, ni en el momento de realizar el pedido telefónicamente, ni tampoco cuando se recibe el pedido en el domicilio en el talón de venta que tiene que ser firmado por el destinatario de la mercancía, como así hizo el denunciante.

Así, en el citado talón figura al dorso, bajo el rótulo "Condiciones Generales" que el titular autoriza a El Corte Inglés para que los datos contenidos en este documento puedan ser facilitados con fines comerciales y estudios de mercado con fines propios, única y exclusivamente a las empresas del Grupo El Corte Inglés, y se informa de la posibilidad de ejercitar los acceso, rectificación, cancelación y oposición. Pero no se contempla en el citado talón una negativa al tratamiento de los datos para dichos fines comerciales y estudios de mercado, no relacionados directamente con el mantenimiento o desarrollo de la relación contractual, lo que resultaría sumamente fácil, pues bastaría con la inserción de una casilla en blanco para que el interesado pudiera marcarla y oponerse al tratamiento de sus datos para dichas finalidades.

Lo mismo sucede cuando se adquieren productos de La Tienda en Casa a través de la página www.latiendaencasa.es al recogerse en dicha página, como única posibilidad, que el cliente autoriza expresamente a El Corte Inglés para que los datos de dicho registro (...) puedan ser facilitados a las empresas del grupo El Corte Inglés para que dichas empresas puedan realizar estudios de mercado, pero no se recoge en dicha página ninguna casilla que se pueda marcar o donde se pueda pinchar para oponerse al tratamiento con dichos fines no relacionados directamente con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual. En la citada página si bien se informa que en cualquier momento el cliente puede manifestar su deseo de no recibir ningún tipo de publicidad, en cambio no se le da la posibilidad de manifestar esa negativa en la propia página, que es a través de la que se efectúa la recogida de datos para la contratación del producto a adquirir.

Por otra parte, la resolución impugnada considera que no se especifican las finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial y no se informa sobre los sectores específicos y concretos sobre los que podrá recibir información o publicidad comercial, vulnerando el artículo 45 del Reglamento de desarrollo de la LOPD .

Alega la actora que El Corte Inglés cuando recoge los datos de los clientes no los recoge con una finalidad de prospección comercial ya que su actividad no es esa sino la de venta directa a sus clientes y que en el catálogo se especificó que la actividad de publicidad a la que se hace referencia es la relacionada con los bienes y servicios de El Corte Inglés, que son perfectamente conocidos por sus clientes sin que haya necesidad de detallar todos ellos en los catálogos y documentos de venta de El Corte Inglés, que dada la amplitud de la misma sería imposible relacionar en los referidos documentos.

Sin embargo, cabe precisar, que el citado artículo 45 también resulta de aplicación a quienes se dediquen a la venta a distancia, según se recoge en su apartado 1, como La Tienda en Casa que es un servicio de venta a distancia de la entidad recurrente.

En el catálogo de La Tienda en Casa, se alude a las ofertas comerciales de empresa del grupo El Corte Inglés, haciéndose referencia también a las empresa del grupo El Corte Inglés, en la página web (apartado de Política de Seguridad y Confidencialidad subapartado 3 transcrito en el relato de hechos) y en el talón de venta, sin que, efectivamente como reseña la resolución recurrida, se informe sobre los sectores específicos y concretos sobre los que podrá recibir información.

Ahora bien, considera la Sala, que para cumplir el citado deber de información no es necesario que se reseñen en los citados documentos los variados sectores o actividades a que se dedican las empresas del grupo El Corte Inglés, sino que bastará con una remisión a una página web que informe de las empresas del grupo El Corte Inglés.

Procede, en definitiva, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso interpuesto, sin que conforme reiterado criterio de la Sala haya lugar a la devolución del importe de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , no se aprecian motivos para una imposición de costas.



FALLAMOS

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad **EL CORTE INGLÉS S.A.** representada por el Procurador Sr. Berlanga Torres, contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 5 de mayo de 2011, dictada en el PS/00428/2010 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 4 de febrero; sin imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Notifíquese esta sentencia a las partes con indicación de que no cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

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

LA SECRETARIA JUDICIAL

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ