

Roj: **SAN 892/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:892**Id Cendoj: **28079230012014100061**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/02/2014**Nº de Recurso: **97/2013**

Nº de Resolución:

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

SENTENCIA

Madrid, a catorce de febrero de dos mil catorce.

Visto por la *Sección Primera* de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **97/2013** interpuesto por el **AYUNTAMIENTO DE PALOS DE LA FRONTERA**, representado por el Procurador Sr. Mesas Peiró contra la resolución del Director de la **Agencia** Española de Protección de **Datos** de fecha 18 de enero de 2013 dictada en el procedimiento de declaración de infracción de Administraciones Públicas AP/0011/2012 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 15 de noviembre de 2012; ha 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 consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se estime el recurso y se acuerde anular la actuación administrativa impugnada por su disconformidad a derecho.

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 impugnada por ser conforme a derecho, con imposición de costas a al recurrente.

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba, practicada la documental propuesta y evacuado el trámite de conclusiones se señaló para votación y fallo el día 12 de febrero de dos mil catorce.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. María Lourdes Sanz Calvo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Director de la **Agencia** Española de Protección de **Datos** de fecha 18 de enero de 2013 dictada en el procedimiento de declaración de infracción de Administraciones Públicas AP/0011/2012 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 15 de noviembre de 2012 que declara que el **Ayuntamiento** de Palos de la Frontera ha infringido lo dispuesto en el artículo 4.2 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.c) LOPD.

Considera la AEPD que se incurrió en la citada infracción al haber remitido el Alcalde del **Ayuntamiento** de Palos de la Frontera desde un teléfono del que es titular dos SMS de contenido electoral a vecinos de la localidad,



sirviéndose para ello de los **datos** de ficheros del **Ayuntamiento**, previsiblemente del de Deportes, utilizándose dichos **datos** de carácter personal con una finalidad distinta para la que dichos **datos** fueron recabados.

SEGUNDO.- La resolución impugnada realiza un extenso relato de hechos probados, de los que cabe destacar como más relevantes los siguientes:

"1. El denunciante 1 denuncia que recibió en su teléfono móvil tres mensajes cortos tipo SMS, relacionados con las elecciones locales celebradas el 22/5/2011, dos el día 20 de mayo y un tercero el 22 del citado mes de 2011. Los mensajes SMS procedían del número NUM000, según certifica Lleida Net, entidad que tenía asignada la gestión de dicho número. Y en idéntico sentido, la segunda persona que se incluye con el denunciante 1 recibió otros tres mensajes cortos tipo SMS en su móvil, dos el día 20 de mayo y otro el 22 de mayo de 2011.

2. El contenido de los SMS recibidos en los teléfonos móviles de las dos personas incluidas como denunciante 1 es 1) Pacto PSOE, Cristóbal, el Piedra en el **Ayuntamiento**. A mi me da miedo. 2) PSOE-Paro-PSOE-ruina. Votar al chaquetero es votar al PSOE pásalo, y figura como remitente NUM000.

3. El titular del número NUM000 desde el que se enviaron los SMS, según Lleida Net, operador que gestiona dicho número es Jose Manuel, a la sazón Alcalde del **Ayuntamiento** de Palos y que se presentaba como candidato del PP, quien niega ser el autor de los hechos.

4. En cuanto a los envíos de correos electrónicos a las direcciones de algunos de los denunciantes con contenidos similares a los de los SMS y en las mismas fechas procedentes de la dirección *fronteradepalos@fronteradepalos.com*, no ha sido posible identificar más que el titular del dominio desde el que se enviaron, sin conocer más **datos** sobre el mismo, por lo que no se pudo obtener más información para en su caso exigir responsabilidad por dichos hechos.

5. Los denunciantes indican que tuvieron que dar en 2011 cuando acudieron a realizar actividades deportivas al Polideportivo del **Ayuntamiento** de Palos de la Frontera entre otros **datos** personales el de sus direcciones de correo electrónico y números de teléfono móvil.

El **Ayuntamiento** ha remitido los **datos** que dispone de los denunciantes y obran en la aplicación informática que gestiona el fichero Deportes, mediante hojas impresas, la recepción de **datos** se produce directamente en la aplicación informática.

La aplicación no refleja la fecha en la que se producen las altas de los **datos** de las personas. Se aporta impresión de hoja con los **datos** de denunciante 1 constando un número de teléfono móvil que coincide con el que éste aportó junto con la denuncia, y donde recibió los mensajes SMS, siendo el número de registro el NUM002. Sobre la persona que presentó junto a denunciante 1 la denuncia y donde recibió los mensajes SMS se aporta también la ficha, que se corresponde con el número de registro NUM001 figurando el número de teléfono móvil que coincide con el que aportó en su denuncia y recibió los mensajes.

6. El fichero Deportes que tiene inscrito el **Ayuntamiento** en el Registro de la AEPD, contempla la recogida entre otros **datos** de los usuarios, del número de teléfono y la dirección de correo electrónico, teniendo como finalidad " *Los **datos** de los usuarios, asistentes y participantes de las actividades e instalaciones municipales para la inscripción en cursos, la reserva de instalaciones, el cobro de cuotas y la gestión de competiciones*" y la categoría de los colectivos de los colectivos de los que se los **datos** las " *personas físicas usuarios de las instalaciones y actividades deportivas municipales*".

TERCERO.- El **Ayuntamiento** recurrente aduce, en esencia, que la resolución impugnada vulnera el principio de presunción de inocencia, porque la imputación que se le dirige no se sustenta sobre prueba directa sino sobre sospechas y conjeturas, como se infiere de las manifestaciones utilizadas por la resolución de 15 de noviembre de 2012, tales como "sospechaban", "posiblemente", "no sería descabellado pensar" etc. Considera, que no se ha acreditado que para el supuesto envío de SMS el **Ayuntamiento** haya utilizado **datos** de los denunciantes del fichero de Deportes.

Se trata de alegaciones similares a las esgrimidas en vía administrativa solicitando la nulidad de pleno derecho o anulabilidad de la resolución de 15 de noviembre de 2012 por vulnerar el derecho a la presunción de inocencia.

Por tanto, la cuestión suscitada en el presente recurso contencioso administrativo y a dilucidar, es si la conducta típica atribuida al **Ayuntamiento** de Palos de la Frontera resulta acreditada o no.

Se atribuye al citado **Ayuntamiento** la infracción del principio de calidad de **datos** regulado en el artículo 4 LOPD y en concreto el apartado 2 LOPD que indica " *Los **datos** de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para que los **datos** fueron recogidos*".

Respecto de la interpretación del término finalidades incompatibles la SAN de 17 de marzo de 2004 (Rec. 641/2001) señala " *Cuando el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999 se refiere a finalidad incompatible está*



utilizando una expresión inspirada en el artículo 1.b) de la Directiva 95/46 , CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, para la transposición del término incompatibles resulta confusa y equívoca y como tal ha quedado plasmada en el derecho español. Baste señalar que un **dato** de carácter personal recabado para una determinada finalidad puede ser indebidamente utilizado para otra actividad diferente, que sin embargo no sea estrictamente utilizada con aquella. Aplicando de forma literalista el artículo 4.2 de la Ley Orgánica, quedaría privado de sentido y vaciado de contenido y para evitar este resultado indeseable esta Sala considera que lo que prohíbe el precepto es que los **datos** de carácter personal se utilicen para una finalidad distinta de aquella para la que han sido recogidos".

Es decir, si la recogida o entrega de **datos** de carácter personal se realizó con unos fines determinados, cualquier uso o tratamiento posterior que no esté en consonancia con las finalidades para las que fueron facilitados y sobre las que el afectado no consintió, es incompatible con la finalidad que determinó la entrega, utilizando la LOPD la expresión "finalidades incompatibles " en el sentido de " finalidades distintas".

Para analizar la cuestión suscitada, cabe recordar que el principio de presunción de inocencia, cuya vulneración invoca la entidad recurrente, recogido en el artículo 24.2 de la Constitución y 137.1 LRJPAC, y que la doctrina del Tribunal Constitucional ha considerado aplicable al derecho administrativo sancionador (**SSTC 13/1981 , 76/1990**) implica, que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración **SSTC76/1990 , 120/1994 , 154/1994 , 23/1995 , 97/1995 , 147/1995 y 45/1997** .

La conducta atribuida al **Ayuntamiento** es haber utilizado los **datos** que obran en el fichero de Deportes del que es responsable, para la remisión de mensajes cortos tipo SMS de contenido electoral por el Alcalde, a los teléfonos móviles de las dos personas que figuran como denunciante 1, los días 20 y 22 de mayo de 2011 con ocasión de las elecciones municipales celebradas el 22 de mayo de 2011 a las que concurría el citado Alcalde. Hechos que el Alcalde del **Ayuntamiento** de Palos de la Frontera niega haber realizado.

Pues bien, de lo actuado resulta que los mensajes tipo SMS en cuestión recibidos en el teléfono móvil de las dos personas que figuran como denunciante 1, fueron remitidos desde el número NUM000 según ha informado la entidad Lleida.net -folio 159 del expediente- que tenía asignada la gestión de dicho número. También según la citada entidad Lleida.net -folio 76- el citado número NUM000 está asignado a D. Jose Manuel , Alcalde en esas fechas del **Ayuntamiento** de Palos de la Frontera y candidato por el PP a las elecciones municipales de mayo 2011.

Por tanto, resulta acreditado que los citados mensajes SMS remitidos los días 20 y 22 de mayo de 2011 al teléfono móvil de esas dos personas (denunciante 1), fueron remitidos desde la línea telefónica titularidad del Alcalde de Palos de la Frontera.

Ahora bien, partiendo de lo anterior, la segunda cuestión a dilucidar para determinar si se ha cometido la conducta típica, es si los números de teléfono móvil de dichas personas (denunciante 1) a los que se remitieron los mensajes SMS se obtuvieron por el Alcalde titular de la línea NUM000 , del fichero Deportes del citado **Ayuntamiento**.

La AEPD sostiene que, efectivamente, dichos números de teléfono se obtuvieron del fichero Deportes y por eso considera que se ha vulnerado por el **Ayuntamiento**, responsable del citado fichero, el artículo 4.2 LOPD al haberse utilizado dichos **datos** para una finalidad distinta de la que motivó su recogida, extremo que en cambio no considera acreditado la actora.

La Sala considera, en cambio y por las razones que seguidamente se van a exponer que dicho hecho no resulta acreditado con la certeza exigida en este ámbito administrativo sancionador en que nos hallamos.

Así, es cierto que de la documentación aportada por el propio **Ayuntamiento** resulta que el número del teléfono móvil del denunciante número 1 en el que se recibieron los tres mensajes denunciados, coincidía con el que figuraba en dicho fichero en la hoja con los **datos** del denunciante con número de registro NUM002 -folio 277 del expediente- y que también consta en el fichero de Deportes el número de teléfono móvil de la persona que figura junto al denunciante 1 y que fue también receptora de los citados SMS figurando con número de registro NUM001 .

Sin embargo, el mismo **Ayuntamiento** ha informado -folio 271- que la persona que figura también como denunciante 1 con el registro NUM001 se dio de alta en la base de **datos** del Polideportivo Municipal en fecha 6 de septiembre de 2012, aportando para acreditarlo que la búsqueda se efectuó en el apartado "Fichas en vigor" -folio 282-.

La AEPD viene a poner en entredicho esa fecha de alta de septiembre de 2012 (posterior a la recepción de los SMS), argumentando al efecto -página 13 de la resolución de 15 de noviembre de 2012- " si bien no debe



resultar difícil alterar los registros pues carecen de fecha concreta en que tales **datos** son dados de alta", pero no existe constancia de que dicha alteración se llevara a cabo.

Es decir, no resulta acreditado que dicha persona estuviera dada de alta en el fichero Deportes al tiempo de la recepción de los citados mensajes en mayo de 2011, lo que implica que el número de su teléfono móvil pudo ser obtenido por otro medio.

Por otra parte, si bien todos los denunciantes coincidieron, como argumenta la AEPD, en que proporcionaron los **datos** del teléfono móvil o del correo electrónico al apuntarse a realizar las actividades deportivas en instalaciones dependientes del **Ayuntamiento**, no es menos cierto que del denunciante 7 que recibió un a mail no consta dirección de correo electrónico en el citado fichero; del denunciante 5 sólo consta un teléfono fijo; el denunciante 2 no tiene ficha personal ni aparece en el citado fichero; el denunciante 3 carece de ficha personal figurando en el fichero su nombre y apellidos pero no su teléfono ni dirección de e mail etc.

Cabe resaltar, que la propia resolución de 16 de noviembre de 2012 efectúa consideraciones-pag 12 - como " **No sería descabellado pensar** que el en aquellos momentos Alcalde, titular de la línea que aparece como remitente de los mensajes accediera a la base de **datos** del fichero Deportes del **Ayuntamiento** denunciado, obteniendo los números de teléfono de los dos denunciantes (...). Y en la página 15 - "... el Alcalde del **Ayuntamiento** decidió realizar dos envíos de contenido electoral a vecinos de la localidad sirviéndose para ello de los **datos** de ficheros del **Ayuntamiento** , **previsiblemente** el de **DEPORTES** (...)" , que resultan sumamente significativas.

En definitiva, del conjunto de la valoración de la prueba practicada considera la Sala que no puede extraerse la certeza de que los **datos** del teléfono móvil de las personas que figuran como denunciante 1, fueran obtenidos por el Alcalde del citado fichero de Deportes para la remisión de los mensajes SMS los días 20 y 22 de mayo de 2011.

Por tanto, no resulta acreditada la infracción apreciada consistente en tratar los **datos** de carácter personal para una finalidad incompatible o distinta para la que fueron recogidos.

Procede, por lo expuesto, la estimación del recurso interpuesto y anular las resoluciones impugnadas.

CUARTO.- La estimación del recurso conlleva la imposición de costas a la Administración demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, vigente al tiempo de la interposición del presente recurso contencioso administrativo.

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el **AYUNTAMIENTO DE PALOS DE LA FRONTERA** , representado por el Procurador Sr. Mesas Peiró contra la resolución del Director de la **Agencia** Española de Protección de **Datos** de fecha 18 de enero de 2013 dictada en el procedimiento de declaración de infracción de Administraciones Públicas AP/0011/2012 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 15 de noviembre de 2012, resoluciones que se anulan por ser contrarias a derecho; con imposición de costas a la Administración demandada.

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

Notifíquese a las partes con indicación de que no cabe contra ella recurso de casación.

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

LA SECRETARIA JUDICIAL