



Roj: **SAN 1863/2021 - ECLI:ES:AN:2021:1863**

Id Cendoj: **28079230012021100197**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/05/2021**

Nº de Recurso: **115/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO DE MATEO MENENDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000115 /2020

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01358/2020

Demandante: MADRILEÑA RED DE GAS S.A.U

Procurador: RICARDO LUDOVICO MORE NO MARTÍN

Demandado: AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a catorce de mayo de dos mil veintiuno.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 115/20, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Ludovico Moreno Martín-Rico, en nombre y representación de **MADRILEÑA RED DE GAS, S.A.U.**, contra la resolución de 27 de diciembre de 2019 de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, que confirma en reposición la resolución de 5 de noviembre de 2019, por la que se impone a la parte actora una sanción de 12.000 euros, por una infracción del art. 5.1.f) del del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, tipificada como muy grave, a efectos de prescripción, en el art. 72.1.a) del citado Reglamento, recaídas en el procedimiento sancionador PS/00188/2019. Ha sido parte **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en 12.000 euros.



AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Admitido el recurso y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el 2 de julio de 2020 que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia, *"por la que con estimación del presente recurso e imposición de las costas procesales a la Administración demandada, se anule la Resolución de 27 de diciembre de 2019, de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos (expediente NUM000), en atención a los motivos expuestos en los Fundamentos Jurídicos Primero y Segundo del presente escrito; subsidiariamente (Fundamento Jurídico Tercero), se reduzca la sanción a un apercibimiento, procediendo a la devolución a mi mandante de los abonos realizados en la cuantía correspondiente"* .

SEGUNDO .- Formalizada la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que realizó mediante el pertinente escrito, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando que se dictara sentencia por la que se desestimara el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser ajustada a Derecho, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO .- Contestada la demanda, mediante diligencias de ordenación de 9 de febrero y 8 de marzo de 2021, se concedió el plazo de diez días a las partes actora para la formulación de conclusiones. Una vez presentados los correspondientes escritos, quedaron las actuaciones pendientes de votación y fallo, que tuvo lugar el 11 de mayo del año en curso.

SIENDO PONENTE El Magistrado Ilmo. Sr. Don Fernando de Mateo Menéndez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La parte demandante impugna la resolución de 27 de diciembre de 2019 de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, que confirma en reposición la resolución de 5 de noviembre de 2019, por la que se impone a la parte actora una sanción de 12.000 euros, por una infracción del art. 5.1.f) del del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, tipificada como muy grave, a efectos de prescripción, en el art. 72.1.a) del citado Reglamento, recaídas en el procedimiento sancionador PS/00188/2019.

Los hechos probados en que se basa la sanción, son los siguientes: *"1º En el contrato de arrendamiento presentado por la reclamante, se aprecia que el mismo está celebrado el 16/09/17. La vivienda alquilada se encuentra en la AVENIDA000 - NUM001 28915, Leganés Madrid. La propietaria de la misma es, Dª Mercedes con DNI NUM002 y los arrendatarios son, D. Ignacio y Dª Noemi .*

Se observa también que, en el punto vigésimo del contrato, de "Notificaciones", se indica como correo electrónico del arrendatario a efectos de notificaciones, " DIRECCION000 " y número de teléfono NUM003 .

2º Con fechas 4, 6, y 7 de abril de 2018, se envían tres correos electrónicos desde la dirección: Rosa , DIRECCION001 (correo de Apple utilizado cuando se utiliza un dispositivo de esta compañía), a la dirección: DIRECCION002 , con asunto: "Historial de lecturas Mercedes " y con el texto: "Buenas tardes, con DNI NUM002 , solicito historial de consumo desde el 31/12/10 al 15/09/12. Enviado desde mi iPhone 5.

3º Con fecha 13/04/18 se envía un correo electrónico desde la DIRECCION002 a la dirección Rosa , DIRECCION001 con Asunto: Historial de Lectura de Mercedes , y con el mensaje: "Gracias por contactar con Madrileña Red de Gas. En atención a su solicitud de referencia NUM004 , detallamos las lecturas solicitadas ..."

A continuación, la información se divide en tres columnas: la primera columna indica la "fecha de registro", con 15 lecturas, que van desde el 31/12/10 al 08/11/12; En la segunda columna se detalla el "consumo en metros cúbicos" y la tercera columna se indica el "tipo de lectura", si ha sido estimada, facilitada o real".

SEGUNDO .- La infracción por la que ha sido sancionada la parte actora es la del art. 5.1.f) del del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 (en adelante RGPD), que establece: *"1. Los datos personales serán:*

(...)

"f) tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas (<<integridad y confidencialidad>>)".



Mientras que el art. 72.1.a) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que se aplica en la resolución recurrida, considera infracciones muy graves : "1. En función de lo que establece el artículo 83.5 del Reglamento (UE) 2016/679 se consideran muy graves y prescribirán a los tres años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquel y, en particular, las siguientes:

a) *El tratamiento de datos personales vulnerando los principios y garantías establecidos en el artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/679* .

TERCERO.- Aduce la sociedad recurrente en primer lugar, la nulidad de pleno derecho por infracción del principio de legalidad de los arts. 9.3, y 25 de la Constitución, y 26 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

Se argumenta, que en la resolución sancionadora se basa en el RGPD, que no resulta de aplicación de conformidad con el art. 99.2 del mismo, ya que el supuesto hecho infractor se produjo en abril de 2018. Y, mucho menos sería aplacable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, que todavía no se había publicado. Por lo que se ha vulnerado el principio constitucional de irretroactividad penal, consagrado en los arts. 9.3 y 25 de la Constitución.

Por su parte, el representante legal de la Administración del Estado, aduce al respecto que el art. 99 del RGPD establece su entrada en vigor a los 20 días de su publicación en el DOUE, lo cual se produjo el día 4 de mayo de 2016. Es por ello, que no se puede entender que en el presente caso nos encontremos ante una aplicación retroactiva de sus disposiciones.

CUARTO.- El art. 9 de la Constitución en su apartado 3 establece que: " *La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*".

En virtud de este principio, consagrado indirectamente en el apartado 1.º de este mismo precepto, todos los poderes públicos se encuentran sujetos a la ley.

En el art. 25 de la Constitución, se concreta el principio de legalidad en el ámbito sancionador. En virtud de su apartado primero, " *nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*".

Este principio cobra un especial significado en el ámbito de la actividad de la Administración al concretar el art. 103, párrafo 1 del texto constitucional, la sumisión a la ley de la actividad administrativa. Como estableció el Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia 129/2003, de 30 de junio, la vertiente material del art. 25.1 de la Constitución " *lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracciones*".

Y como se razonó por dicho Tribunal en su Auto número 251/2004, de 12 de julio: " *La garantía material derivada del principio de tipicidad no se agota en la elaboración de la norma, sino que se extiende a su aplicación, en cuyo momento los poderes públicos están también sometidos al principio de tipicidad "en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a las normas sancionadoras y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem, es decir la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas determinan"(STC 52/2003, de 17 de marzo , FJ 5). En este ámbito, la tarea que incumbe a este Tribunal es la de "supervisar externamente que la interpretación adoptada responde a unas reglas mínimas de interpretación, de modo que quepa afirmar que la decisión sancionada era un resultado previsible, en cuanto razonable, de lo decidido por la soberanía popular, por lo que se proscriben constitucionalmente aquellas otras incompatibles con el tenor literal de los preceptos aplicables o inadecuados a los valores que con ellas se intenta tutelar (STC 52/2003, de 17 de marzo , FJ 5 y las SSTC que allí se citan)*".

Así las cosas, consta en el expediente administrativo que los hechos sancionados se produjeron en abril de 2018, reconociéndose dicha circunstancia en la resolución sancionadora.

Por otro parte, el art. 99 del RGPD establece: "1. *El presente Reglamento entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.*

2. *Será aplicable a partir del 25 de mayo de 2018*".

Y, en este sentido, en el considerando 171 del citado RGPD, se dice: " *La Directiva 95/46/CE debe ser derogada por el presente Reglamento. Todo tratamiento ya iniciado en la fecha de aplicación del presente Reglamento debe ajustarse al presente Reglamento en el plazo de dos años a partir de la fecha de su entrada en vigor. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento de conformidad con la Directiva 95/46/CE, no es necesario*



que el interesado dé su consentimiento de nuevo si la forma en que se dio el consentimiento se ajusta a las condiciones del presente Reglamento, a fin de que el responsable pueda continuar dicho tratamiento tras la fecha de aplicación del presente Reglamento. Las decisiones de la Comisión y las autorizaciones de las autoridades de control basadas en la Directiva 95/46/CE permanecen en vigor hasta que sean modificadas, sustituidas o derogadas".

Por tanto, el RGPD entró en vigor a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, es decir el 24 de mayo de 2016, sin embargo, sólo será directamente aplicable y obligatorio en todos sus elementos en cada Estado Miembro a partir del 25 de mayo de 2018, disponiendo, por tanto, los Estados Miembros y sus respectivas Autoridades de Control, de un periodo de 2 años para su preparación, aplicación e interpretación de los distintos derechos y obligaciones que establece. Por lo que, tanto la Directiva 95/46 como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, eran plenamente válidas y aplicables al caso que nos ocupa.

Así las cosas, en las resoluciones recurridas se ha aplicado por la Agencia Española de Protección de Datos, el RGPD a los hechos sancionados, tipificándolos en el art. 5.1.f) del mismo. Es más, se aplica también la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, en cuanto a la aplicación de una agravante prevista en el art. 76.2.b), y en cuanto a la consideración como muy grave de la infracción a los efectos de la prescripción de la misma del art. 72.1.a) de la reseñada Ley Orgánica. Y dicha Ley, de conformidad con su Disposición Adicional Decimosesta, entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que fue el 6 de diciembre de 2018.

Por tanto, se ha aplicado de manera retroactiva una normativa que no era aplicable cuando acontecieron los hechos sancionados. Debemos añadir que se podía haber aplicado la citada normativa si hubiese sido más favorable - art. 26.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre-, pero como se señala en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2009 -recurso nº. 334/2006, F.J.6º-, y, en igual sentido, en las Sentencias de dicho Tribunal de 12 y 26 de noviembre de 2020, recaídas respectivamente, en los recursos números 4.039/2019 y 5.285/2019: "[...] 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, ...". Y dicho contraste, no existe en las resoluciones impugnadas, en las que ni siquiera se hace mención alguna a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en las que se aplica el RGPD y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, como si fuese la normativa que estaba en vigor cuando sucedieron los hechos sancionados, en abril de 2018.

En consecuencia, en virtud de lo expuesto, procede estimar este motivo de impugnación, y, por tanto, el presente recurso contencioso-administrativo, declarándose la nulidad de la sanción impuesta, con las consecuencias inherentes a dicha declaración, como sería la devolución de la cuantía de la multa si la misma se hubiese abonado, cosa que no consta en las actuaciones.

QUINTO.- A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas procesales a la parte demandada.

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

FALLAMOS:

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Ludovico Moreno Martín-Rico, en nombre y representación de **MADRILEÑA RED DE GAS, S.A.U.**, contra la resolución de 27 de diciembre de 2019 de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, que confirma en reposición la resolución de 5 de noviembre de 2019, por la que se impone a la parte actora una sanción de 12.000 euros, por una infracción del art. 5.1.f) del del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, tipificada como muy grave, a efectos de prescripción, en el art. 72.1.a) del citado Reglamento, recaídas en el procedimiento sancionador PS/00188/2019, declaramos la nulidad de las citadas resoluciones por no ser conformes a derecho, con las consecuencias inherentes a dicha declaración; con expresa imposición de las costas procesales a la parte demandada.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

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

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



EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ