



Roj: **STS 1771/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1771**

Id Cendoj: **28079130032020100143**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **18/06/2020**

Nº de Recurso: **1074/2019**

Nº de Resolución: **815/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4709/2018,**
ATS 5928/2019,
STS 1771/2020,
AATS 5586/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 815/2020

Fecha de sentencia: 18/06/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1074/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 09/06/2020

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.: 1074/2019

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. 815/2020

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. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 18 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1074/2019, interpuesto por DIRECCION001 ., representada por la procuradora D.^a María del Carmen Ortiz Cornago y bajo la dirección letrada de D.^a María Paz Martín Álvarez, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 29 de noviembre de 2018 en el recurso contencioso-administrativo número 554/2017. Es parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por la Sra. Abogada 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 fecha 29 de noviembre de 2018, desestimatoria del recurso promovido por DIRECCION001 . contra la resolución de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 11 de julio de 2017, por la que se imponía a la demandante una multa de 7.500 euros por infracciones del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 8 de febrero 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 31 de mayo de 2019 por el que se admite el recurso de casación, apreciándose que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo consiste en:

«interpretar la normativa de protección de datos de carácter personal vigente a efectos de delimitar:

(i) Qué debe considerarse como un tratamiento de datos de ámbito exclusivamente personal o doméstico a efectos de su exclusión del ámbito de protección que dispensa la LOPD con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 LOPD -actual artículo 2.2.a) LO 3/2018 que remite al artículo 2.2 del Reglamento General (UE)-.

(ii) En qué circunstancias (o con qué alcance) la voz de una persona puede considerarse como un dato de carácter personal, con arreglo al artículo 3 LOPD en relación con el artículo 5 RLOPD -actualmente artículo 4.1 del Reglamento General (UE)-.

(iii) En qué términos debe llevarse a cabo la ponderación que prevé el artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE -actual artículo 6.1.f) del Reglamento General (UE)- entre el legítimo interés del responsable del tratamiento de los datos y la protección de los datos de carácter personal del interesado.»

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:

1º infracción del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal y de la interpretación que del mismo realiza la propia Audiencia Nacional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea;

2º infracción del artículo 3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal en relación con el artículo 5 del Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal sobre lo que debe considerarse como un dato de carácter personal, y

3º infracción del artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE.

Pretende que se anule la sentencia recurrida atendiendo a:



«(1) Que la actividad desarrollada por DIRECCION001 se limita a proporcionar un medio de ocio a los particulares en el ámbito personal o doméstico.

(2) Que los datos requeridos y tratados por DIRECCION001 y en particular la voz, no permiten en ningún caso identificar a los interesados objeto de la broma y por lo tanto no estaríamos ante el concepto legal de "datos personales" lo cual excluiría la aplicación de la normativa sobre protección de datos.

(3) De considerarse que existen datos personales, que el hecho de tratar datos en el contexto del servicio al usuario de un medio para gastar bromas, la base jurídica del tratamiento queda justificada por el interés legítimo del responsable DIRECCION001 previa prueba de sopesamiento con relación a los derechos de los abromados y con las garantías de oposición y supresión proporcionadas por el propio medio.»

Suplica por último que se dicte sentencia por la que, casando y anulando la recurrida, se estime plenamente el recurso.

QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, habiendo presentado la Sra. Abogada del Estado el correspondiente escrito en el que solicita que se desestime el recurso de casación y se confirme la sentencia impugnada, conforme a la interpretación que propugna en el mismo escrito de los preceptos identificados en el auto de admisión a trámite del recurso de casación.

SEXTO.- Por providencia de fecha 14 de febrero de 2020 se ha señalado el día 28 de abril de 2020 a las 9:30 horas para la celebración de vista pública conjunta con los recursos de casación 1745/2019 y 2134/2019.

SÉPTIMO.- El 12 de mayo de 2020 se dictó providencia dejando sin efecto la celebración de la vista acordada, en razón de la emergencia sanitaria COVID-19, quedando el asunto para deliberación y fallo.

La recurrente ha recurrido en reposición dicha providencia, resolviéndose dicho recurso tras el correspondiente traslado a la parte contraria mediante auto de 8 de junio de 2020, que lo desestima.

OCTAVO.- Se ha deliberado el presente asunto el día 9 de junio de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La empresa mercantil DIRECCION001, impugna en el presente recurso de casación la sentencia dictada el 29 de noviembre de 2018 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) de la Audiencia Nacional en materia de protección de datos. La sentencia impugnada desestima el recurso contencioso administrativo que la citada sociedad había interpuesto contra la resolución de 11 de julio de 2017 de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que le impuso una multa de 7.500 euros por diversas infracciones graves consistentes en tratamiento de datos personales sin consentimiento.

El recurso fue admitido por auto de esta Sala de 31 de mayo de 2019, en el que se considera de interés casacional determinar (a) el alcance de los datos de ámbito personal y doméstico a los efectos de su exclusión de la aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre); (b) en qué circunstancias puede considerarse la voz un dato de carácter personal; y (c) en qué términos ha de efectuarse la ponderación entre el interés legítimo del responsable del tratamiento de datos y la protección de los datos del interesado.

La entidad recurrente formula en su recurso de casación tres motivos: a) la actividad por la que se le ha sancionado era una actividad desarrollada en el ámbito personal o doméstico; b) la voz no puede considerarse en el caso de autos un dato de carácter personal; y c) en el supuesto de autos prevalece el interés legítimo de DIRECCION001 sobre la protección de los datos del afectado. Solicita la casación de la sentencia recurrida y la nulidad de la resolución sancionadora adoptada por la Agencia Española de Protección de Datos.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados por la Sentencia de instancia.

La sentencia recurrida acoge los hechos probados reseñados por la resolución administrativa en los siguientes términos:

« **SEGUNDO.-** La resolución sancionadora recurrida se basa en un detallado relato de hechos probados, de los que cabe destacar los siguientes:

1.- D^a Inés denunció en fecha 13 de abril de 2016 ante la AEPD (PS/00559/2016), que el 22 de octubre de 2015 recibió una llamada en su teléfono por persona desconocida tratándose de una broma en relación con su hijo de 6 años y un incidente en el comedor de su colegio, realizada a través de la app Juassapp, cuyo titulares



la empresa DIRECCION001 . Indicaba que al ver que el varón no le respondía colgó y pensó que un hombre desconocido se había llevado a su hijo y presentó denuncia ante la Guardia Civil de DIRECCION000 el 2 y 10 de noviembre de 2016, ante la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información el 7 de marzo de 2016, etc. Aportó un correo electrónico de DIRECCION001 de fecha 11 de noviembre de 2015 en el que se le informaba del número de teléfono al que se asociaba la broma y que se bloqueaba el número receptor para recibir más bromas, quedando almacenado encriptado en sus sistemas.

DIRECCION001 registró el número de teléfono de Rebeca para realizar la llamada en cuestión y su voz, procediendo a grabarla al realizar un servicio de alojamiento de contenidos multimedia, para su acceso a través de dispositivos móviles GSM, a través de la APP Juasapp, aplicación que permite a un usuario tercero enviar bromas consistentes en un archivo de audio pregrabado vía telefónica, al número de destino seleccionado por dicho usuario, con la broma de contenido ya detallado , denominada "Su hijo ha mordido en el cole".

2 D. Dionisio denunció con fecha 29 de julio 2016 ante la AEPD (PS/00560/2016), que recibió una llamada el 27 de julio, siendo víctima de una broma, en concreto siendo acusado de ladrón, porque "estaba robando la luz a Endesa". Broma realizada a través de la App Juassap, cuyo titular es la empresa DIRECCION001 . Insistía en la denuncia en que se había grabado su voz sin su consentimiento, para después difundir dicha grabación sin su autorización expresa.

La mecánica operativa de DIRECCION001 es la detallada en el supuesto anterior, siendo la broma del contenido detallado denominada "El corte de luz".

3.- D^a Yolanda denunció el 19 de abril 2016 ante la AEPD (PS/00561/2016) que con fecha marzo de 2016 recibió una llamada en su teléfono desde otro en la que se hacían pasar por una asesoría jurídica en relación con una multa de tráfico, tratándose de una broma realizada a través de la App Juassap, cuyo titular es la empresa DIRECCION001 ., manifestando no haber dado consentimiento para la grabación realizada.

La mecánica operativa de DIRECCION001 es la detallada con anterioridad, siendo la broma del contenido detallado denominada "Multa por exceso de velocidad".

4.- D^a María Antonieta denunció el 1 de mayo de 2016 ante la AEPD (PS/562/2016) que había recibido una llamada siendo víctima de una broma pesada, no especificada, realizada a través de la app Juassap, cuyo titular es la empresa DIRECCION001 ., consignando como teléfono el de la denunciante.

La mecánica operativa de DIRECCION001 es la misma que en los casos anteriores.

5.- La AEPD ha comprobado que, en todos estos casos, al receptor de bromas se les informa, pero al final de la locución de la broma, del procedimiento para ejercer los derechos de protección de datos de carácter personal y de la procedencia de su número de teléfono, en los siguientes términos: " *Conforme a la normativa de protección de datos le informamos que su teléfono ha sido proporcionado por un amigo o conocido suyo. Salvo que Ud nos comunique su oposición, sus datos personales formaran parte de un fichero titularidad de DIRECCION001 cuya finalidad es la gestión de servicios y aplicaciones ofrecidas a los usuarios. Ud también puede enviar un correo a DIRECCION002 en caso de que su amigo o conocido pueda descargarse y difundir la broma grabada o en caso de que no quiera recibir más bromas. Puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a DIRECCION001 en la dirección de PASEO000 NUM000 o a través del correo electrónico DIRECCION002 , acreditando debidamente su identidad " .» (fundamento de derecho segundo)*

TERCERO.- Sobre la exclusión de la protección por tratarse de actividades personales o domésticas.

En su primer motivo, la empresa demandante sostiene que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 2.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre) y la jurisprudencia de la propia Audiencia Nacional, así como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cuanto a qué debe entenderse por tratamiento de datos en el ámbito exclusivamente personal o doméstico.

Respecto a esta alegación la sentencia de instancia se pronuncia en los siguientes términos:

« **TERCERO.-** La actora sustenta su pretensión impugnatoria en tres motivos: 1) la actividad de DIRECCION001 se encuentra excluida del ámbito de protección de la LOPD al desarrollarse en el ámbito doméstico; 2) no efectúa tratamiento de datos personales; 3) la legitimación para legítimo para el posible tratamiento de datos realizado por DIRECCION001 se basa en el interés legítimo de ésta y en la necesidad de ejecutar un contrato entre prestador y usuario.

En lo que respecta al primer motivo, se alega que el artículo 2.2 de la LOPD excluye del ámbito de protección de la citada Ley a los ficheros mantenidos en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o doméstica. Gastar una broma, aduce, es una actividad personal, por lo que considera que mediar para gastar una broma entre el "abromado" y la persona que quiere gastar la broma contratada a través de esa app, que es lo que según



la actora hace DIRECCION001 , entra también en esa esfera personal. En esta línea, reitera que DIRECCION001 es un "facilitador" de una actividad que realiza el usuario en el ámbito estrictamente personal o doméstico, pone los medios, no usa la información para ningún otro propósito que prestar el servicio contratado por el cliente y si la grabación se difunde, es por decisión del usuario.

El invocado artículo 2.2 de la LOPD dispone, efectivamente, que el régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la citada Ley no será de aplicación: " a) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas". Exclusión que es fiel reproducción del último inciso del artículo 3 de la Directiva 95/46/CE, que en su Considerando 12 pone como ejemplo de una actividad personal o doméstica la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones.

Sobre esta materia se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 6 de noviembre de 2003 (caso Linqvist) y más recientemente en la Sentencia de 11 de diciembre de 2014, asunto C- 212/2013, en la que nos vamos a detener.

En la citada Sentencia de 11 de diciembre de 2014 efectúa el TJUE, por lo que aquí nos interesa, las siguientes consideraciones:

" 27 Tal y como se desprende del artículo 1 y del considerando 10 de la Directiva 95/46 , ésta tiene por objeto garantizar un nivel elevado de protección de las libertades y los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, de la vida privada o intimidad, en relación con el tratamiento de los datos personales (véase la sentencia Google Spain y Google, C_131/12, EU:C:2014:317 , apartado 66).

28 A este respecto, procede hacer constar que, con arreglo a reiterada jurisprudencia, la protección del derecho fundamental a la vida privada, que garantiza el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea , exige que las excepciones a la protección de los datos personales y las restricciones a dicha protección se establezcan sin sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario (véanse las sentencias IPI, C_473/12, EU:C:2013:715, apartado 39, así como Digital Rights Ireland y otros, C_293/12 y C_594/12, EU:C:2014:238 , apartado 52).

29 Teniendo en cuenta que las disposiciones de la Directiva 95/46, en la medida en que regulan el tratamiento de datos personales que puede vulnerar las libertades fundamentales y, en particular, el derecho a la intimidad o la protección de la vida privada, deben ser interpretadas a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta (véase la sentencia Google Spain y Google, EU:C:2014:317 , apartado 68), la excepción prevista en el artículo 3, apartado 2, segundo guión, de dicha Directiva debe ser interpretada en sentido estricto.

30 Tal interpretación estricta se fundamenta también en el propio texto de la disposición que acaba de citarse, según el cual la Directiva 95/46 no se limita a prever que sus disposiciones no se aplicarán al tratamiento de datos personales en el ejercicio de actividades personales o domésticas, sino que exige que se trate del ejercicio de actividades «exclusivamente» personales o domésticas.

(...)

32 De este modo, en lo que atañe a las personas físicas, la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones constituyen, a la luz del considerando 12 de la Directiva 95/46, «actividades exclusivamente personales o domésticas», por más que incidentalmente afecten o puedan afectar a la vida privada o intimidad de otras personas.

33 En la medida en que una vigilancia por videocámara como la controvertida en el litigio principal se extiende, aunque sea en parte, al espacio público, abarcando por ello una zona ajena a la esfera privada de la persona que procede al tratamiento de datos valiéndose de ese medio, tal vigilancia por videocámara no puede considerarse una actividad exclusivamente «personal o doméstica» a efectos del artículo 3, apartado 2, segundo guión, de la Directiva 95/46 "

A la vista de la interpretación estricta de dicha excepción llevada a cabo por el TJUE, la excepción invocada no resulta de aplicación a un supuesto como el que nos ocupa. Así, debe tenerse en cuenta, como señala la AEPD y así se comprobó en la inspección de datos realizada, que DIRECCION001 . registró los números de teléfono de los denunciantes para realizar la llamada en cuestión y su voz, procediendo a grabarla, al realizar un servicio de alojamiento de contenidos multimedia, para su acceso a través de dispositivos móviles GSM, en virtud de la App Juasapp. Aplicación que permite a un tercero escoger de entre un listado la broma, consistente en un archivo de audio pregrabado vía telefónica, que quiere enviar al número de destino seleccionado por dicho usuario. Una vez realizada la broma, la aplicación ofrece la posibilidad de generar el fichero de grabación de la broma, de manera que el usuario pueda posteriormente reproducir, descargar y compartir el fichero de audio que contiene la grabación.



Y esos datos personales de los denunciados receptores de las bromas (sus números de teléfono conjuntamente con su voz), son incorporados a un fichero titularidad de la demandante, cuya finalidad es la gestión de servicios y aplicaciones ofrecidas a los usuarios, informando al receptor de la broma al final de la locución de la misma: "conforme a la normativa de protección de datos", de la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Así las cosas, resulta claro que la actividad de DIRECCION001, no puede considerarse limitada a un ámbito personal o doméstico a los efectos del artículo 2.2.a) de la LOPD, ni se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la LOPD, normativa que la propia parte viene a reconocer de aplicación al final de la locución de la broma.» (fundamento de derecho tercero)

La Sala de instancia se apoya, como puede verse, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, alegada por la propia demandante. Siendo sin duda jurídicamente correcta tal razón de desestimación, en puridad basta para rechazar la queja la simple aplicación del precepto legal invocado, que en su propio tenor literal excluye que la actividad sancionada pueda quedar excluida de la aplicación de las medidas de protección de la Ley. En efecto, el apartado 2.a) del artículo 2 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal dice así:

« **Artículo 2. Ámbito de aplicación.**

[...]

2. El régimen de protección de datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación:

a) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.

[...]»

La argumentación de la empresa sancionada se basa en considerar que se trata de una actividad particular de una persona que decide gastar una broma a otra (en castellano embromado, no "abromado") y en la cual la empresa actúa como una mera intermediaria ajena a los hechos y que presta un servicio facilitando esa actividad. Pero resulta obvio que la cuestión no reside en si se puede calificar como particular o doméstica la actividad de gastar una broma (la actividad del particular que contrata el servicio), sino si el tratamiento de datos (actividad única y exclusivamente de DIRECCION001) se realiza en un ámbito particular o doméstico. Y son dos los requisitos legales para que entre en juego la cláusula de exclusión, que el tratamiento de datos lo haga un particular y que lo haga en el marco de una actividad exclusivamente particular o doméstica.

Pues bien, como es palmario, no se da ninguno de los dos requisitos. Quien efectúa el tratamiento de datos (actividad causante de la sanción, no la de gastar la broma) es la empresa sancionada, no quien gasta la broma, y es ocioso señalar que DIRECCION001 no es una persona física, razón suficiente para que no entre ya en juego la referida cláusula excluyente de la protección de datos. Y, por lo demás, tampoco el tratamiento de datos efectuado por DIRECCION001 lo es en el marco de una actividad particular o doméstica, carácter que se podría adscribir a la actuación del particular que gasta la broma, pero en ningún caso a la sociedad DIRECCION001, que desarrolla su actividad prestadora de servicios facilitando los medios para que una persona embrome a otra como una actividad comercial que le reporta beneficios económicos. Por tanto, el tratamiento de datos que ha sido objeto de sanción por parte de la Agencia Española de Protección de Datos ni está desarrollado por un particular, pues DIRECCION001 no lo es, ni se ha realizado en el contexto de una actividad exclusivamente personal o doméstica, puesto que lo ha sido en el marco de una actividad comercial de DIRECCION001 que implicaba el tratamiento informatizados de datos personales.

CUARTO.- Sobre la voz como dato de carácter personal.

En su segundo motivo la demandante aduce que la sentencia recurrida ha vulnerado el artículo 3 de la Ley Orgánica de Protección de Datos (Ley Orgánica 15/1999), en relación con el artículo 5 del Real Decreto 1720/2007 de desarrollo de la Ley, respecto a lo que debe entenderse como dato de carácter personal.

La sentencia recurrida rechaza la argumentación de la actora negando que la voz grabada sea en el caso de autos un dato de carácter personal en el siguiente fundamento jurídico:

« **CUARTO.-** Esgrime la actora, en segundo lugar, que no trata datos personales de los receptores de las bromas, pues un número de teléfono y la voz grabada durante unos segundos pues la llamada dura poco y salvo que el "abromado" haya decidido borrarla en el momento, no permiten identificar a una persona y por lo tanto no son datos personales según la dicción del artículo 3 de la LOPD.

El concepto de «datos personales» engloba, en virtud de la definición recogida en el artículo 2, letra a), de la Directiva 95/46, que traspone la LOPD en su artículo 3.a) «*toda información sobre una persona física*



identificada o identificable».(véanse en este sentido, en particular, las sentencias del TJUE, de 20 de mayo de 2003, Österreichischer Rundfunk y otros, C-465/00 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> , C-138/01 y C-139/01 , Rec. p. I-4989, apartado 64; de 16 de diciembre de 2008, Huber, C- 524/06 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> , Rec. p. I-9705, apartado 43, y de 7 de mayo de 2009, Rijkeboer, C- 553/07 <https://www3.poderjudicial.es/search/juez/index.jsp> , Rec. p. I-3889, apartado 42).

Pues bien, en el caso que nos ocupa, aparte del número de teléfono de los denunciantes afectados, que si bien por sí sólo podría no ser considerado dato personal conforme la Sentencia de esta Sala de 17 de septiembre de 2008 (Rec. 353/2007), DIRECCION001 procede a registrar también la voz de los denunciantes a través de la oportuna grabación de la broma, susceptible de ser difundida. Y en relación con la voz, hemos dicho en la SAN de 19 de marzo de 2014 (Rec. 176/2012) que " *la voz de una persona constituye dato de carácter personal, tal y como se deduce de la definición que del mismo ofrece el artículo 3.a) de la LOPD, como "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables", cuestión ésta que no resulta controvertida*".

Es decir, el supuesto que nos ocupa, difiere del contemplado en la SAN de 16 de noviembre de 2015 sobre llamadas automáticas aleatorias, invocado como término de comparación en la demanda.

Por otra parte, como ya se ha dicho en el Fundamento de Derecho precedente, la propia entidad informa al final de la locución de la broma: " *conforme a la normativa de protección de datos*", del procedimiento para ejercer los derechos de protección de datos de carácter personal y de la procedencia de su número de teléfono a los afectados, lo que evidencia que se está ante un registro de datos personales, de los que se facilita el acceso por DIRECCION001 ., como responsable del fichero, como así se ha hecho al atender el derecho de acceso ejercitado por D. María Antonieta .

El artículo 6.1 LOPD, que regula el principio del consentimiento dispone " *El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa*".

Dicho principio conlleva la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, el consentimiento permite así al afectado ejercer el control sobre sus datos de carácter personal (la autodeterminación informativa), ya que es el propio interesado quien tiene que otorgar su consentimiento para que se pueda realizar el tratamiento de los citados datos.

Se trata de una garantía fundamental que solo encuentra como excepciones a ese consentimiento del afectado, las establecidas en una ley, recogándose en el apartado 2 del citado artículo 6 LOPD una serie de excepciones a la prestación del citado consentimiento.

Sin embargo, en el caso de autos DIRECCION001 ha tratado los datos personales de los denunciantes sin su consentimiento, como así lo han manifestado ante la AEPD, siendo ellos los facultados para otorgar el consentimiento para el tratamiento de sus datos, no los usuarios de la App.

[...]» (fundamento de derecho cuarto)

La tesis de la actora es que en el caso de autos las grabaciones almacenadas no pueden considerarse datos personales, pues no permiten la identificación de la persona, no al menos sin plazos o esfuerzos desproporcionados. Así, según la mercantil recurrente, la voz grabada por DIRECCION001 no puede considerarse identificable por dicha empresa, la cual únicamente facilita una herramienta para que un usuario realice actos privados, como lo es gastar una broma.

Afirma la empresa que la aplicación JUASAPP genera miles de descargas que generan bromas a diario, por lo que el sistema realiza miles de llamadas originadas por el usuario de la aplicación, que es quien dispone del teléfono del destinatario a quien se le gasta la broma, y se generan otras tantas grabaciones que queda a disposición del usuario en su propio dispositivo, siempre que éste haya decidido generar la grabación. DIRECCION001 cursa las llamadas - afirma la recurrente- sin almacenar el número del destinatario, «*simplemente las transmite como si fuera una cabina, de tal forma que en ningún caso puede identificar al destinatario por el número de teléfono*». Cuando el usuario de la aplicación JUASAPP que gasta la broma decide generar la grabación de la misma, recibe un enlace con la grabación que es único y privado para él y que sólo él conoce. Si bien el fichero de audio está guardado en la nube de DIRECCION001 , ésta nunca podría identificar al destinatario. Sólo podría hacerlo el usuario que gasta la broma y si la difunde en su entorno, también sus conocidos, aunque incluso entonces «*dicha identificación podría no ser sencilla*».

Tampoco este alegato puede prosperar. Al igual que sucede con el primer motivo, la actora no interpreta correctamente el alcance de la previsión legal. Los preceptos que invoca efectivamente consideran datos personales sólo a aquellos datos que estén identificados o sean identificables. Así, el artículo 3.a) de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (15/1999) establecía que había de entenderse por datos de carácter personal «*cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*».



Por su parte, el artículo 5 del Reglamento (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre), que contiene las definiciones de los términos a los efectos de su aplicación define en su apartado 1.f) los datos de carácter personal como «cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables». Por último, el apartado o) del propio artículo 5 del citado Reglamento definía persona identificable a

«[...] toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados.»

Esta normativa aplicable al caso de autos está recogida en parecidos términos en la ahora vigente. El Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento 2016/679, del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016), cuya traslación al ordenamiento nacional ha sido efectuado por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, establece en su parágrafo 26 lo siguiente:

«(26) Los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable. Para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos. Por lo tanto los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. En consecuencia, el presente Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación.»

Quiere esto decir que los datos sólo son datos personales sujetos a la normativa de protección aquéllos que se refieren a personas físicas identificables, como reclama la empresa demandante. Pues bien la argumentación de la parte consiste en afirmar que la propia empresa no almacena el teléfono de la persona embromada y que por tanto DIRECCION001 no puede identificar a todas las que han sido objeto de bromas por medio de su aplicación JUASAPP. Sin embargo, tal argumentación ha de ser rechazada por varias razones, tanto de carácter fáctico y como de naturaleza jurídica.

En primer lugar y como destaca la Sala de instancia, la defensa adoptada en el presente procedimiento resulta frontalmente contradictoria con la conducta de la actora, que tras finalizar la grabación comunica al embromado que su teléfono les ha sido proporcionado por un amigo o conocido y que salvo oposición por su parte «sus datos personales formarán parte de un fichero titularidad de DIRECCION001 » y le proporciona las direcciones para el ejercicio de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Es difícil admitir que DIRECCION001 procediese de esa manera si no estuviese almacenando datos personales en el estricto concepto legal de los mismos en opinión de sus propios servicios jurídicos y que, por tanto, el tratamiento de datos con la grabación de la voz del embromado o bien incluía su teléfono o bien permitía la identificación del sujeto grabado a través del resto de datos almacenados.

En segundo lugar, la sentencia de instancia admite como dato fáctico, que no resulta revisable en casación, que DIRECCION001 conserva el número telefónico de los particulares objeto de la broma. Así, en el fundamento de derecho cuarto (ya reproducido), la Sala afirma que «en el caso que nos ocupa, aparte del número de teléfono de los denunciantes afectados, que si bien por sí solo podría no ser considerado dato personal conforme a la Sentencia de esta Sala de 17 de septiembre de 2008 (Rec. 353/2007), DIRECCION001 procede a registrar también la voz de los denunciantes a través de la oportuna grabación de la broma, susceptible de ser difundida». Hemos de concluir por tanto que DIRECCION001 almacena y trata datos personales de los embromados que incluyen teléfono y voz, datos que conjuntamente sin duda hacen que la persona afectada sea perfectamente identificable. Por lo demás, tal afirmación de la Sala de instancia sobre el registro tanto de la voz como del número de teléfono de los afectados de la Sala de instancia se apoya en los hechos recogidos en la resolución sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos en los que se da por acreditado el almacenamiento de ambos datos.

Pero es que además, el tratamiento de datos personales identificables no se proyecta únicamente frente al titular de la base de datos, sino también frente a terceros. Esto es, sería una interpretación *ad absurdum* sostener que se respeta la normativa de protección de datos con un tratamiento de datos que no serían



identificables por el responsable del fichero pero que serían accesibles para terceros que sí podrían identificar a los sujetos a quienes pertenecen los datos, como sucede precisamente en el caso de autos. En efecto, aun admitiendo a efectos meramente argumentales que DIRECCION001 no almacenase más que la voz grabada de los embromados y que no pudiera identificar los sujetos a quienes pertenecen las grabaciones, resulta que dichas grabaciones son accesibles e incluso descargables por terceros (los usuarios de la aplicación de DIRECCION001 que gastan las bromas) que conocen la identidad de los embromados (de hecho, son quienes han proporcionado a DIRECCION001 su teléfono) de forma totalmente incontestada por los afectados. De hecho, DIRECCION001 comunica al que ha gastado la broma y pretende descargar la grabación que para ello debe haber obtenido el consentimiento del afectado. Sin embargo, se trata de una pregunta telefónica que el usuario puede contestar afirmativamente sin acreditar en forma alguna que dicho consentimiento haya sido obtenido. DIRECCION001 pone así a disposición de terceros datos personales de personas identificables por ellos (el teléfono que han proporcionado más la voz grabada) y almacenados por la propia DIRECCION001 sin que le conste en forma alguna el consentimiento de los afectados. Una broma grabada que puede haber sido bien recibida o, como en alguno de los casos denunciados, haber provocado inquietud, alarma o reacciones - que pueden haber quedado grabadas- y que el sujeto afectado puede preferir que no sean conocidas.

A este respecto no es ocioso recordar que el objeto de la protección frente al almacenamiento y tratamiento de datos personales tiene por objetivo último la protección de la privacidad de las personas, bien constitucionalmente protegido que las bromas telefónicas en cuestión ponen indudablemente en riesgo al grabarlas (sin consentimiento previo) y permitir descargar la grabación y, por tanto, difundir la misma por terceros (sin que conste el consentimiento del afectado).

Por último, resulta también preciso hacer algunas consideraciones en relación con el consentimiento. Como hemos visto, la grabación de la voz del sujeto pasivo de la broma se produce por parte de una empresa a la que han proporcionado su teléfono sin que medie un consentimiento previo, y es sólo al finalizar la grabación de la broma (con el texto pregrabado de la broma y las eventuales respuestas o intentos de interlocución por el embromado) cuando se interroga al receptor de la llamada si autoriza el almacenamiento en un fichero de datos titularidad de DIRECCION001. Pues bien, la solicitud de autorización tras escuchar una grabación que, sólo al final, el sujeto comprende que ha sido una broma y que le ha podido hacer gracia, pero también le ha podido originar dudas, sorpresa o alarma, difícilmente puede considerarse un consentimiento que cumpla con los requisitos estipulados en la Ley de Protección de Datos. Así, la letra a) del artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999 vigente en el momento de los hechos define el consentimiento como «toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen». El citado Reglamento General comunitario define el consentimiento del afectado en términos análogos, como «toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen» (artículo 4.11).

Pues bien, no parece que puedan predicarse tales rasgos de un "consentimiento" pasivo otorgado de forma negativa, esto es, como no oposición a una pregunta solicitada telefónicamente al cabo de una grabación sorpresiva como lo es una broma en las circunstancias que concurren en el caso.

En conclusión, hemos de rechazar la segunda alegación puesto que, en contra de lo que sostiene la demandante, hay tratamiento de datos personales, respecto al que resulta sumamente dudoso que pueda admitirse que hubo consentimiento.

QUINTO.- Sobre la ponderación de intereses.

En su tercer motivo la actora alega que la sentencia recurrida ha infringido el artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE (hoy derogada por el citado Reglamento General de 27 de abril de 2016), al efectuar la ponderación entre el interés legítimo del responsable del tratamiento de los datos y la protección de los datos de carácter personal del interesado. Sostiene que se trata en la hipótesis -que la parte niega- de que se esté ante un tratamiento de datos, dicho tratamiento deriva de una aplicación que facilita un medio de ocio en el ámbito personal o doméstico de las personas, lo que constituye un interés legítimo por parte de DIRECCION001. Afirma asimismo que dicho tratamiento «nunca podría basarse en el consentimiento (como afirmaba la resolución de la AEPD de la que trae causa este procedimiento) por cuanto se desvirtuaría el mismo hecho de gastar la broma».

La sentencia impugnada trataba esta alegación en la instancia en los siguientes términos:

«[...] Por otro lado, no concurre ninguno de los supuestos que según el apartado 2 del citado precepto exime de la prestación del consentimiento, ni puede justificarse dicho tratamiento en el artículo 7 letra f) de la Directiva 95/46, con lo que enlazamos con el último motivo de impugnación.



El citado artículo 7 establece que los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si: " f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva".

La STJUE de 24 de noviembre de 2011 invocada por la actora estableció efectivamente, que el citado precepto tiene efecto directo en nuestro ordenamiento jurídico, y precisamente al amparo del citado precepto, considera la Sala que debe prevalecer el derecho fundamental a la protección de datos, a que se refiere el artículo 1 apartado 1 de la citada Directiva frente al interés del responsable del tratamiento, lo que se refuerza por las consideraciones de la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 transcritas en el Fundamento de Derecho precedente.

En definitiva, se ha producido una vulneración del principio del consentimiento por la entidad actora responsable del fichero, que integra la infracción tipificada en el artículo 44.3.b) de la LOPD apreciada por la resolución recurrida, lo que conlleva la desestimación del recurso interpuesto.» (fundamento de derecho cuarto *in fine*)

La alegación debe ser rechazada. En ningún caso podría prevalecer la realización de una actividad de ocio frente a la protección de datos personales en relación con un tratamiento informático de los mismos. No se trata de comparar la mayor o menor relevancia de una actividad de ocio frente a la protección de los datos personales, sino que una actividad de ocio -como cualquier otra- debe atenerse a la protección de datos en caso de que dicha actividad implique el tratamiento informatizado de tales datos personales. Y si dicho tratamiento y el consentimiento requerido hace difícil (o inviable), una determinada actividad, ello no es causa para suspender la efectividad de los datos personales de los individuos potencialmente afectados.

Pero es que además, la parte recurrente equivoca el planteamiento de la cuestión. El carácter privado sólo se puede predicar de la relación entre el bromista y el embromado, pero no de la actividad de la empresa que facilita la aplicación y efectúa el tratamiento de los datos. El interés de ésta no es única ni principalmente el proporcionar un medio de ocio, sino el beneficio comercial que obtiene con ello. Dicho interés comercial es sin duda alguna legítimo, pero desde luego no puede prevalecer sobre la protección de los datos de las personas afectadas, la cual requiere su pleno y libre consentimiento informado para que tales datos sean sometidos a tratamiento informático. No ha habido, por tanto, vulneración de los preceptos invocados, sino que la ponderación de intereses efectuada por la Sala de instancia es conforme a derecho.

SEXTO.- Sobre la doctrina de interés casacional.

A tenor de lo resuelto en el proceso y de acuerdo con las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho hemos de responder a las cuestiones de interés casacional planteadas en el auto de admisión del recurso en la forma siguiente:

- el tratamiento de datos efectuado por una empresa en el marco de su actividad mercantil no puede considerarse comprendido en el supuesto de exclusión de la protección de datos por tratarse de actividades exclusivamente personales o domésticas, aunque el servicio prestado por la empresa consista en facilitar una relación entre personas físicas;
- la grabación de la voz asociada a otros datos como el número de teléfono o su puesta a disposición de otras personas que pueden identificar a quien pertenece ha de considerarse un dato de carácter personal sujeto a la normativa de protección del tratamiento automatizado de los mismos;
- los intereses comerciales de una empresa responsable de un fichero de datos han de ceder ante el interés legítimo del titular de los datos en la protección de los mismos.

SÉPTIMO.- Conclusión y costas.

De acuerdo con las, procede desestimar el recurso de casación entablado por DIRECCION001 . contra la sentencia de 29 de noviembre de 2018 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) de la Audiencia Nacional.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, cada parte abonará las costas de casación causadas a su instancia 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, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico sexto:



1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por DIRECCION001 . contra la sentencia de 29 de noviembre de 2018 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso- administrativo 554/2017.
2. Confirmar la sentencia objeto del recurso.
3. No imponer las costas causadas en el 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.-Ángel Ramón Arozamena Laso.- Firmado.-

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

FONDO DOCUMENTAL CEMOJ