



Roj: **ATS 7374/2019 - ECLI:ES:TS:2019:7374A**

Id Cendoj: **28079130012019201043**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/07/2019**

Nº de Recurso: **1745/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **FERNANDO ROMAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **SAN 5048/2018,**
ATS 7374/2019,
STS 2043/2020,
AATS 5587/2020

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 05/07/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1745/2019

Materia: AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCION DE DATOS

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M. Concepción Riaño Valentín

Secretaría de Sala Destino: 003

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 1745/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M. Concepción Riaño Valentín

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres. y Excma. Sra.



D. Rafael Fernandez Valverde

D^a. Maria del Pilar Teso Gamella

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Francisco Jose Navarro Sanchis

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 5 de julio de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad Miraclia Telecomunicaciones, S.L., interpuso recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional contra la resolución de la directora de la Agencia de Protección de Datos de Carácter Personal, de 10 de mayo de 2017, por la que se le impuso una multa de 1.500 € por una infracción del artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), con arreglo a lo dispuesto en los artículos 44.3.b) del mismo texto legal.

SEGUNDO.- La Sala de la Audiencia Nacional (Sección Primera) dictó sentencia desestimatoria del recurso (recurso n.º 422/2017) en fecha 21 de diciembre de 2018.

Por lo que concierne a la aplicación del artículo 2.2 LOPD -que excluye del ámbito de protección de la LOPD los ficheros mantenidos en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas- pretendida por la actora al entender que gastar una broma es una actividad personal, la Sala de instancia transcribe parte de lo razonado en su previa sentencia de 29 de noviembre de 2018 -recurso n.º 554/2017-, en la que señala, con invocación de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) -en particular, la STJUE de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-212/2013)- que la excepción invocada no resulta de aplicación. Puntualiza, al respecto, que la recurrente "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". Esos datos personales, añade, se incorporan a un fichero titularidad de la demandante cuya finalidad es la de gestionar los servicios y aplicaciones que se ofrecen a los usuarios.

Descartado lo anterior, y con remisión también a su previa sentencia de 29 de noviembre de 2018, partiendo del concepto de datos personales contenido en la Directiva 95/46 y en el artículo 3.a) LOPD, la Sala considera que, si bien el número de teléfono por sí sólo no podría ser considerado como un dato personal, la entidad recurrente procede también a registrar la voz a través de una grabación y la voz de una persona, añade, "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". A lo anterior abunda el hecho de que la propia actora informe al final de la locución de la broma del procedimiento para ejercer los derechos de protección de datos personales.

Por último, y en lo atinente a la necesidad del consentimiento inequívoco que exige el artículo 6.1 LOPD, considera la Sala que 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.f) de la Directiva 95/46, pues en este caso debe prevalecer el derecho fundamental a la protección de datos sobre el interés legítimo del responsable del tratamiento.

TERCERO.- Notificada la sentencia, la representación procesal de la entidad Miraclia Telecomunicaciones, S.L., ha preparado recurso de casación en el que, en primer lugar, alega la infracción del artículo 2.2 LOPD, y de la interpretación que del mismo ha realizado la Audiencia Nacional y la concordante del TJUE.

Desde la perspectiva apuntada mantiene la recurrente que su actividad puede calificarse como exclusivamente personal o doméstica y así lo ha considerado la Audiencia Nacional en asuntos similares referidos, por ejemplo, a una actividad consistente en la organización de un evento de antiguos alumnos por una agencia de viajes, lo que sería equivalente en este caso a los usuarios de la aplicación (bromistas) que facilitan el número de teléfono de quien va a ser objeto de la broma. La STJUE que trae a colación la sentencia recurrida, alega, no resulta de aplicación pues se refiere a la captación de imágenes en la vía pública.



En segundo lugar, denuncia la infracción del artículo 3 LOPD en relación con el artículo 5 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, de desarrollo de la LOPD, sobre lo que debe considerarse como un dato de carácter personal. De los citados preceptos, alega la recurrente, se desprende que una persona física no se considerará identificable si para dicha identificación se requieren plazos o actividades desproporcionadas. En este caso, partiendo de la premisa de que el número de teléfono no es, por sí solo, dato de carácter personal, la grabación de la voz durante un minuto y medio o dos minutos no permite reconocer a quién pertenece -la identificación sólo es posible para el usuario de la aplicación que es quien facilita el dato para gastar la broma-, resultando la identificación prácticamente imposible si no se realizan actividades desproporcionadas.

Denuncia, en tercer lugar, la infracción del artículo 7.f) de la Directiva 65/46/CE según el cual el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse si es necesario para la satisfacción de un interés legítimo del 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. Y desde esta perspectiva apunta que es necesaria una ponderación de los intereses contrapuestos en la cual han de tenerse en cuenta numerosos aspectos, como el impacto sobre los interesados y el interés legítimo del responsable de los datos, sin que la sentencia recurrida realice la más mínima ponderación al respecto.

En cuarto lugar, alega la recurrente la infracción del artículo 24 de la Constitución Española (CE) por falta de motivación de la resolución recurrida que no analiza suficientemente por qué se supera el ámbito doméstico, por qué no estamos ante datos personales y por qué no existe interés legítimo. Y todo ello, en relación con el derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 CE, pues la actividad de la recurrente es una actividad lícita que pone a disposición de los usuarios la posibilidad de gastar bromas, actividad ésta que se desarrolla en el ámbito doméstico.

Por último, invoca la infracción del artículo 38 CE, al verse comprometida la actividad de su representada al no poder realizar una actividad que es legítima.

Identificadas así las infracciones y realizado el juicio de relevancia, la actora sostiene en su escrito la concurrencia de la presunción de interés casacional prevista en el apartado d) del art. 88.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA); así como la concurrencia de la prevista en el 88.3.a) LJCA, al no existir jurisprudencia sobre la interpretación de los artículos 2 y 3 LOPD, por lo que atañe a la voz y al número de teléfono, ni sobre la aplicación del artículo 7.f) de la Directiva 95/46/CE.

Invoca, asimismo, la concurrencia de la circunstancia de interés casacional objetivo prevista en el artículo 88.2.c) LJCA, por afectar a un gran número de situaciones y trascender del caso objeto de litigio ya que existen otras entidades que desarrollan actividades similares.

CUARTO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 4 de marzo de 2019, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Ha comparecido ante esta Sala en tiempo y forma la procuradora D.^a María del Carmen Ortiz Cornago, en nombre de Miraclía Telecomunicaciones S.L., en calidad de recurrente. Se ha personado, asimismo, en calidad de parte recurrida el Abogado del Estado, quien se opuso a la admisión del recurso de casación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Roman Garcia, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el recurso de casación preparado, al hilo de la confirmación de la sanción impuesta por la AEPD que lleva a cabo la sentencia recurrida, es, en definitiva, la determinación de si la actividad que desarrolla la recurrente -a través de una aplicación de móvil que permite al usuario gastar bromas a terceros, así como grabar y difundir dicha broma- queda excluida del ámbito de aplicación de la LOPD. Como se ha resumido en los antecedentes de este auto, la Sala de instancia considera, en resumen, que se trata de una actividad que no puede calificarse como exclusivamente personal o doméstica y que por tanto queda incluida en el ámbito de aplicación de la LOPD; que la voz ha de considerarse como un dato personal a estos efectos y que frente a la finalidad legítima del responsable de tratamiento de los datos prevalece el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Por su parte, la entidad recurrente mantiene, por un lado, que la actividad que realiza se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la LOPD porque se trata de una actividad de ámbito doméstico o personal, perteneciendo al ámbito privado del bromista, actuando únicamente Miraclía como intermediador o facilitador. Por otro lado, alega que la voz -junto al número de teléfono- no puede considerarse como un dato personal puesto que la identificación de la persona que habla resulta prácticamente imposible (sólo factible



para el usuario que la ha designado como receptora de la broma) si es que no se realizan actividades desproporcionadas (lo que, en virtud del artículo 5 RLOPD supondría la pérdida de ese carácter de identificable). Considera, finalmente, que en todo caso debería haberse realizado una ponderación entre intereses pues la decisión de la Sala supone un cambio de negocio para la empresa -en el sentido de desvirtuarlo-, ponderación que está ausente en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Esta Sección de admisión de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo ha considerado, en AATS de 31 de mayo y de 14 de junio de 2019 (RCA/1074/2019 y 2134/2019), que las cuestiones planteadas en este recurso de casación presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, al concurrir las circunstancias previstas en el artículo 88.3.d) y 88.2.c) LJCA .

Por ello, y en atención a los razonamientos que ofrecimos en el citado auto, al que nos remitimos, procede admitir a trámite el presente recurso de casación y, en debido cumplimiento de lo previsto en el artículo 90.4 LJCA , declaramos que la cuestión planteada por la parte recurrente 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 de los datos y la protección de datos de carácter personal del interesado.

TERCERO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA , remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

La Sección de Admisión acuerda:

1.º) Admitir el recurso de casación n.º 1745/2019 preparado por la representación procesal de Miraclia Telecomunicaciones, S.L contra la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2018, dictada en el recurso n.º 422/2017 .

2.º) Declarar que las cuestiones planteadas en el recurso que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia 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 de los datos y la protección de datos de carácter personal del interesado.

3.º) Ordenar la publicación de este auto en la página web del Tribunal Supremo.

4.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.

D. Rafael Fernandez Valverde D^a. Maria del Pilar Teso Gamella D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Francisco Jose Navarro Sanchis D. Fernando Roman Garcia