

Id Cendoj: 28079130062007100467
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 170/2003
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: ENRIQUE LECUMBERRI MARTI
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO x
- x TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES x
- x CESIÓN (DATOS PERSONALES) x
- x SANCIÓN ADMINISTRATIVA x
- x CENSO **ELECTORAL** x

Resumen:

Protección de datos personales: tratamiento y cesión de datos procedentes del censo **electoral**. Sanción administrativa.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Noviembre de dos mil siete.

Visto por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Sexta, el recurso de casación número 170/2003, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador D. Isidro Orquín Cedenilla, en nombre y representación de la entidad PDM Marketing y Publicidad Directa S.A., contra la sentencia que dictó la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 13 de septiembre de 2002 -recaída en los autos 273/2000-, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido contra la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de 10 de febrero de 2000.

Ha comparecido en calidad de parte recurrida en este recurso de casación el Abogado del Estado, en la representación legal que le es propia

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 13 de septiembre de 2002 , cuyo fallo dice: «Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal PDM Marketing y Publicidad Directa, S.A., contra la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de 10 de febrero de 2000, que impuso sendas multas de 10.000.001 y 50.000.001 pesetas; debemos declarar la expresada resolución conforme con el ordenamiento jurídico. No se hace imposición de costas».

SEGUNDO.- Por la representación procesal de la entidad mercantil PDM Marketing y Publicidad Directa S.A. se interpone recurso de casación, mediante escrito de 14 de enero de 2003, que fundamenta en seis motivos de casación, invocados al amparo del *artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional* , que sintetiza como sigue:

1º) Infracción del *artículo 59.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y del Procedimiento Administrativo Común.

2º) Infracción de los *artículos 39.3 de la Ley de Comercio Minorista, en relación con el 19.3, 6.1 y 2, 11.2.a) y b), y 29 de la LORTAD*, así como el principio de legalidad consagrado en el *artículo 25.1 de la*

Constitución.

3º) Infracción del *artículo 11 de la LORTAD* .

4º) Infracción de los *artículos 25 de la Constitución, 133 de la LRJ-PAC y 4.4º del Real Decreto 1398/1993* .

5º) Infracción de los *artículos 9.3 y 25 de la Constitución* -principios de culpabilidad y de seguridad jurídica- y de criterios jurisprudenciales en desarrollo de aquéllos.

6º) Infracción del *artículo 131 LRJ-PAC* -principio de proporcionalidad-.

Y termina suplicando a la Sala que dicte sentencia por la que se declare haber lugar al recurso, case y anule la sentencia recurrida, y en su lugar se resuelva: «A) Declarar la nulidad de las sanciones impuestas a PDM, con expresa imposición de las costas causadas a la Administración demandada en aplicación de lo previsto en el *art. 139 de la Ley Jurisdiccional* . B) Subsidiariamente al petitum principal y sólo en el supuesto que la Sala no estimase la anulación de la sanción interesada, reducir la cuantía de la sanción, aplicando, al amparo del *artículo 45.4º de la vigente LOPD* , la escala inmediatamente anterior a cada una de ellas en su cuantía mínima».

TERCERO.- En virtud de providencia de fecha 8 de septiembre de 2004, se puso de manifiesto a las partes la posible causa de inadmisión del recurso siguiente: «Estar exceptuada del recurso de casación la resolución judicial impugnada por haber recaído en asunto cuya cuantía no excede de 25 millones de pesetas, pues aunque la misma quedó fijada en la instancia en 60.000.002 ptas., esta no es sino el resultado de la suma de dos sanciones de multa por importe de 10.000.001 ptas y 50.000.001 ptas autónomas e independientes, de las cuales solo una supera el límite legal para acceder a la casación [*arts. 41.1 y 3 y 86.2 .b) de la LRJCA*]».

CUARTO.- De fecha 27 de enero de 2005 la Sección Primera de esta Sala dictó auto por el que resolviendo la posible causa de inadmisión planteada, resolvió declarar la admisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de PDM Marketing y Publicidad Directa S.A., ordenándose asimismo remitir las actuaciones a esta Sección Sexta, para su sustanciación, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección y conferido traslado para formular la oposición al recurso de casación, en fecha 17 de junio de 2005 el Abogado del Estado evacua dicho trámite, en el que aduce cuanto estima procedente y suplica finalmente a la Sala que dicte sentencia por la que se desestimen íntegramente las pretensiones de la entidad recurrente, con imposición de las costas a la misma.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, se fijó para votación y fallo de este recurso el día 16 de mayo de 2007, señalamiento que se dejó sin efecto por necesidades del servicio, fijándose como nueva fecha de deliberación el día 16 de octubre de 2007, en que tuvo lugar, habiéndose observado en su tramitación las reglas establecidas por la ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de casación que enjuiciamos en donde se impugna por la representación procesal de la entidad mercantil "P.D.M. Marketing y Publicidad Directa S.A." la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional -Sección Primera- de fecha trece de septiembre de dos mil dos que desestimó el recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de diez de febrero de dos mil que impuso a la recurrente dos sanciones pecuniarias: una, de 50.000.001 pesetas por infracción del *artículo 11 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre* , por cesión de datos, incluidos en el fichero "personas", a otra entidad, tipificada como muy grave en el *artículo 43.4 .b) de conformidad con lo establecido en el artículo 44.3 y otra de 10.000.001 por infracción del artículo 6.1 de la citada Ley Orgánica 5/1992* , tipificada como grave en el *artículo 43.3 .d) conforme dispone el artículo 44.2* , sostiene la Abogacía del Estado que el recurso debe ser inadmitido respecto de la sanción impuesta por infracción del *artículo 6.1 de la Ley Orgánica 5/1992* , dado que su cuantía no alcanza la cifra mínima determinante exigida por el *artículo 86 de la Ley Jurisdiccional* .

Alegación de inadmisibilidad que debe ser rechazada, pues la Sección Primera de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en auto de fecha veintisiete de enero de dos mil cinco , examinó en el trámite previsto

en el artículo 93.3 de la Ley Jurisdiccional esta cuestión, lo que impide alegar la misma causa de inadmisibilidad en el escrito de oposición, como señala el artículo 94.1, párrafo segundo, de la citada Ley .

SEGUNDO.- En el primer motivo de casación y con la invocación del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , sostiene la parte recurrente que la sentencia infringe el artículo 59.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues considera que la Sala de instancia desestimó sus alegaciones respecto de los efectos del intento de notificación de la resolución sancionatoria y su rechazo cuando se realizó el intento de notificación en un lugar distinto al que se designó por la empresa y a una persona distinta de la designada a tal efecto, sin que la persona que la rechazara tuviera poderes para recibir o rechazar la notificación.

Este motivo debe ser desestimado, pues el artículo 59.3 de la Ley 30/1992 , que transcribe literalmente el recurrente, ni fue conculcado por la Sala de instancia ni era aplicable al supuesto que analizamos, pues, como señala la Sala de instancia, «la resolución recurrida se intentó notificar en el domicilio social de la recurrente el 13 de enero de 2000 y figura "rehusado" en esa fecha (folio 392 y siguientes del expediente), es decir, antes de expirar el plazo de caducidad. Esta notificación se intenta realizar en dicho domicilio social y no en la sede del despacho profesional encargado de su defensa, como se había designado, debido a la negativa del mismo a recibir notificaciones -como había sucedido en otros procedimientos-, según acredita la diligencia de la Secretaria de la Agencia de Protección de Datos de 12 de enero de 2000 (folio 379 del expediente) y acredita el intento de la notificación posterior de 17 de enero de 2000 (folios 396 y siguientes del expediente)».

TERCERO.- En el segundo motivo de casación, fundamentado también en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , se denuncia la infracción de la Ley de Comercio Minorista en relación con los artículos 19.3, 6.1 y 2, 11.2 .a) y 29 de la Ley Orgánica 5/1985, así como el principio de legalidad consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución.

En síntesis, sostiene el recurrente que la sentencia impugnada al desestimar las pretensiones de anulación de la resolución recurrida, por tratar y ceder, sin el consentimiento del denunciante, los datos de nombre, apellido y domicilio obtenidos del censo **electoral**, está dejando de aplicar la autorización para la realización de la conducta que sanciona que se establece en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y la Sala de instancia se basa en que los datos de nombre, apellidos y domicilio no pueden considerarse como procedentes de una fuente de acceso público.

En el fundamento jurídico sexto de la sentencia se dice: «Acorde con este encuadramiento general que revela la incidencia de la cuestión sobre los derechos fundamentales de las personas, la Ley Orgánica 5/1992 no desconoce los ficheros en los que se incluyen los datos electorales, que se regirán por sus disposiciones específicas, ex artículo 2.3.a) de la citada Ley Orgánica . En esta legislación específica, el artículo 41.2 de la LO 5/1985 de 19 de junio , de Régimen **Electoral** General, establece que "queda prohibida cualquier información particularizada sobre los datos personales contenidos en el censo **electoral**, a excepción de los que se soliciten por conducto judicial". Téngase en cuenta, además, que la finalidad y destino del censo **electoral** no es otro que el registro de los electores, siendo su inscripción obligatoria, y la exposición pública de las listas durante ocho días no tiene otro objeto que permitir las rectificaciones oportunas. Por otro lado, efectivamente el artículo 39.3 de la Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista , que invoca la recurrente, dispone que "en todo caso deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre respeto a la intimidad y sobre protección de los menores, considerándose solamente el nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo **electoral** como datos accesibles al público en los términos establecidos por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre , de regulación del Tratamiento Automatizado de los datos de Carácter Personal y dando la oportunidad a las personas de oponerse a recibir comunicaciones comerciales". Ahora bien, la interpretación de este precepto no puede ser aislada, sino sistemática poniendo en relación su contenido con el objeto de dicha regulación y con las normas sobre el régimen **electoral**, a que antes se ha hecho mención. Debe tenerse en cuenta que esa Ley que tiene por objeto, a tenor de lo dispuesto en su artículo primero , "establecer el régimen jurídico general del comercio minorista, así como regular determinadas ventas especiales y actividades de promoción comercial, sin perjuicio de las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias en la materia. A los efectos de la presente Ley, se entiende por comercio minorista aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento". Partiendo de los presupuestos anteriores, esta Sala considera que estando vedado el acceso a los datos del Censo **Electoral**, a cualquier información particularizada, no ha debido ofrecer duda alguna a la parte recurrente, atendida su actividad, que no procedían de una fuente accesible al público. El expresado artículo 41.2 de la LO 5/1985 de 19 de junio , de Régimen **Electoral** General, y el Acuerdo adoptado por la Junta **Electoral** Central el 22 de enero de 1996, avalan esta tesis, como viene declarando esta Sala, en sus

Sentencias de fecha 13 de julio y 5 de octubre de 2001 , entre otras».

Este motivo de casación debe ser desestimado, pues como declaramos en nuestra sentencia de siete de marzo de dos mil seis -recurso de casación nº 1728/2002 , interpuesto por la misma entidad mercantil recurrente-, «la parte pretende hacer valer una interpretación de los indicados preceptos contraria a la que se sostiene en la sentencia de instancia en relación con la de esta Sala de 18 de octubre de 2000 , pero es lo cierto que dicha doctrina se ha consolidado y se reproduce en las sentencias de 23 de septiembre de 2002 y 15 de diciembre de 2004 , concretamente esta última señala que: "Esta Sala en Sentencia de 18 de octubre de 2.000, reiterada luego en la de 23 de septiembre de 2.002 ha enjuiciado ya el alcance de lo dispuesto en el *artículo 39.3 de la Ley 7/1.996 del Comercio Minorista* en relación con la *Ley Orgánica 5/92 de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal* estableciendo que <<La parte recurrente, partiendo de la premisa de que el *artículo 39.3 de la Ley de Comercio Minorista* contiene una declaración general de accesibilidad al público respecto del nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo **electoral**, considera que las empresas dedicadas a publicidad y a la venta directa tienen derecho a obtener determinados datos del censo **electoral** a fin de desarrollar sus legítimas actividades, ya que los datos de carácter personal provenientes del censo **electoral** se utilizaron en el momento de la elaboración de aquél, en que los datos de los electores son expuestos al público y, consiguientemente, son susceptibles de ser conocidos por cualquier persona, pues durante este periodo los datos electorales son accesibles al público, puesto que se encuentran, según el *artículo 1.3 del Real Decreto 1332/1994* , "a disposición del público en general" y, por consiguiente, eran aplicables las normas de la *Ley Orgánica 5/1992* , que autorizan el uso de tales datos sin necesidad de obtener el consentimiento previo de los afectados. Esta tesis supone una interpretación fragmentaria de dicha disposición, que, en contra del parecer de la representación procesal de la sociedad recurrente, no se limita a formular una declaración de accesibilidad al público del nombre, apellidos y domicilio de electores, sino que, dada su exclusiva finalidad de ordenar el comercio minorista y concretamente las ventas a distancia, se remite expresamente el régimen establecido al efecto por la *Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal* , que, a su vez, contiene en su *artículo 2.3 .a)* una remisión a la legislación de régimen **electoral** en cuanto al censo **electoral** y, además, excluye del régimen general de su *artículo 11.2 .b)* -cesión sin consentimiento del afectado de datos recogidos de fuentes accesibles al público- los ficheros de titularidad pública -*artículo 19.3* -, para cuya cesión o transferencia de datos a ficheros de titularidad privada se requiere el consentimiento del interesado. Por otra parte, esta interpretación, según declaramos en nuestra sentencia de dieciocho de octubre de dos mil , es acorde con lo establecido por el *artículo 7 de la Directiva 95/46 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995* , relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que requiere el consentimiento del interesado de forma inequívoca para el tratamiento de datos personales con las salvedades establecidas en los apartados b) y f) del indicado artículo, entre las que no se incluye el interés de las empresas dedicadas a la publicidad o a la venta a distancia, por más que éste sea legítimo, a lo que alude el apartado f) del mencionado *artículo 7 de la expresada Directiva* , pues, como este precepto establece, ha de prevalecer el interés o los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas que requieran protección con arreglo al *apartado 1 del artículo 1 de la propia Directiva* , en el que se impone a los Estados miembros el deber de garantizar la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de aquéllas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, y hemos de convenir que el nombre, apellidos y domicilio de los electores están dentro de esa categoría de derechos que la mentada Directiva exige preservar.>>

Y añade la sentencia que recogemos, en su fundamento de derecho cuarto, que <<La exégesis que acabamos de hacer se corrobora por el método contemplado en la vigente *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* , para la confección del denominado "censo promocional" (*artículo 31*) con el nombre, apellidos y domicilio que consten en el censo **electoral**, pues se prevé que en el documento de empadronamiento el interesado pueda solicitar no aparecer en el indicado censo promocional, de manera que, si al cumplimentar dicho documento de empadronamiento, que constituye la base para la formación del censo **electoral**, el ciudadano manifiesta su oposición a aparecer en el censo promocional, su nombre, apellidos y domicilio, aunque figuren en el censo **electoral**, no podrán incluirse en el "censo promocional", único del que pueden servirse para sus lícitas actividades las empresas dedicadas a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial u otras análogas, con la particularidad añadida de que el plazo de vigencia del censo promocional es de un año, transcurrido el cual la lista pierde su carácter de fuente de acceso público, debiéndose editar, además, trimestralmente una lista actualizada del censo promocional con exclusión de los nombres y domicilio de quienes así lo soliciten>>".

Tal jurisprudencia, adecuadamente recogida en la sentencia de instancia, desvirtúa la interpretación que de los indicados preceptos efectúa la parte recurrente en esta casación, y concretamente la

consideración de que el pronunciamiento de la sentencia de 18 de octubre de 2000 relativo al no sometimiento de los datos en cuestión al régimen de acceso al público que se regula en la LORTAD tiene el carácter de obiter dicta y omite la remisión del *art. 19.3 de la LORTAD* a los supuestos en que "una Ley prevea otra cosa", pues, contrariamente a tales alegaciones, las sentencias citadas asumen dicha interpretación como razón para decidir el alcance del indicado *art. 39.3* y tienen en cuenta su existencia en una interpretación sistemática de las normas, incluida la referida remisión del *art. 19.3 de la LORTAD*, razón por la cual se produce la exégesis de dicho *art. 39.3* y se llega a la conclusión expuesta sobre su alcance, que no supone la excepción absoluta y abstracta que defiende la recurrente, precisamente por la necesaria interpretación sistemática del precepto que se recoge en dichas sentencias.

Tampoco tienen virtualidad las alegaciones en contra de la sentencia de 18 de octubre de 2000 relativas a la interpretación conforme a la *Directiva 95/46 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995*, por no ser la LORTAD desarrollo de dicha *Directiva*, que es posterior en el tiempo, sino meramente desarrollo del *art. 18.4* de la Constitución, pues, frente a tales alegaciones, no se desconoce en dicha sentencia que norma comunitaria es posterior a la LORTAD, lo que no impide valorarla a la hora de interpretar y determinar el alcance de un precepto anterior en el tiempo, pero aplicado a una situación posterior en la que aquella *Directiva* puede tener incidencia, justificándose, por lo demás, la razón de considerar el nombre, apellidos y domicilio dentro de esa categoría de derechos que exige preservar.

Cabe añadir al respecto, que el propio Tribunal Constitucional ha significado que el derecho a la protección de los datos impone que se conceda a su titular el pleno control sobre sus datos personales, de tal manera que tiene derecho a que se requiera su consentimiento para la recogida, uso o cesión (Sentencias 254/1993 y 292/2000). En el mismo sentido, la sentencia de esta Sala de 13 de septiembre de 2002 recoge la doctrina de la referida sentencia 292/2000 del Tribunal Constitucional e, igualmente, la sentencia de 12 de febrero de 2005 señala que el derecho fundamental a la protección de datos personales "garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales. Pues confiere a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de los datos personales, integrado por los derechos que corresponden al afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos. Y para hacer efectivo ese contenido, el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos"».

La argumentación contenida en esta sentencia transcrita resulta plenamente aplicable al caso de autos.

CUARTO.- En el tercer motivo de casación la recurrente insiste en las anteriores alegaciones acerca de que la cesión imputada no constituye ninguna de las infracciones previstas en la LORTAD, pues ésta no establecía un concepto de comunicación o cesión de datos, de tal modo, considera que aun existiendo una prohibición y una infracción tipificada en la Ley, en el texto de la misma no existía ninguna definición relativa a qué consistía la conducta.

Este motivo debe ser desestimado, pues según se plantea en el mismo subyace una previa cuestión de hecho, en orden a las relaciones comerciales entre la recurrente y las sociedades Dayra y Citibank, a cuyo respecto, declara la Sala de instancia como hecho probado: «Tres de las empresas que cita el denunciante son "Citibank", "Nissan Motor España", y "Money Maxx". 3.-) "Citibank" contrató con la recurrente "PDM" la utilización de ficheros con fuente de origen de acceso al público para la utilización de una campaña de marketing 4.-) "Money Maxx" utilizó los datos del fichero "personas" de la entidad recurrente, según constató la visita inspectora realizada por la Agencia de Protección de Datos, el 11 de mayo de 1999. 5.-) "Nissan Motor España", por su parte, contrató una campaña publicitaria con "Dayax, S.A.", y los datos empleados por esta entidad se obtuvieron de la recurrente "PDM". 6.-) Los datos del fichero "personas" provienen del censo **electoral**, según manifestó la entidad recurrente en el procedimiento administrativo (folios 131 y siguientes del expediente administrativo)».

QUINTO.- En el cuarto motivo de casación se alega la infracción de los *artículos 25 de la Constitución, 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 4.4 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto*, pues considera que la sentencia impugnada conculca el principio non bis in idem».

La Sala de instancia contempla esta cuestión en el fundamento jurídico tercero de su sentencia, diferenciando nítidamente las dos conductas sancionadas: «El principio de non bis in idem, como el derecho a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos, que aduce la parte recurrente, tampoco puede ser esgrimido con éxito, a juicio de esta Sala. El derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora (*artículo 25.1 CE*), en su vertiente de derecho a no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos

(ne bis in idem), se recoge también en el *artículo 133 de la Ley 30/1992*, y en los *artículos 5 y 7 del Reglamento* para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por *Real Decreto 1398/1993, 4 de agosto*. Pues bien, a tenor de la expresada formulación de este principio, no concurren, en este caso, la identidad de personas, objeto y acción, que requiere la aplicación del citado principio. La resolución recurrida efectivamente impone dos sanciones por la comisión de dos infracciones una grave -prevista en el *artículo 43.3.d) de la Ley Orgánica 5/1992* -, y otra muy grave -prevista en el *artículo 43.4.b) de la misma Ley*-. *Ambas infracciones describen conductas distintas, la primera* tratar automatizadamente datos de carácter personal con conculcación del principio de previo consentimiento del afectado; y, la segunda, se refiere a ceder datos de carácter personal. Por tanto, las dos sanciones impuestas castigan conductas distintas, sin que una pueda entenderse subsumida en la otra, como aduce la recurrente, ya que no existe la identidad fáctica que se requiere para apreciar la concurrencia del citado principio. Así es, existe una dualidad fáctica, pues la recurrente ha realizado las dos conductas previstas en los *artículos 43.3.d) y 43.4.b) de la Ley Orgánica* de tanta cita, es decir, ha tratado datos automatizadamente y posteriormente los ha cedido, realizando dos acciones distintas que tiene un reproche diferenciado en la *Ley*. *En este sentido, se pueden tratar datos sin realizar una posterior cesión a un tercero*, sin consentimiento del afectado; y también se pueden ceder datos sin haber realizado con anterioridad el tratamiento automatizado, como de forma reiterada y constante viene declarando esta Sala, por todas, Sentencia de 12 de abril de 2002. En consecuencia, la resolución recurrida no ha incurrido en dicha duplicidad prohibida constitucional y legalmente, al no haber castigado doblemente unos mismo hechos».

Tal respuesta judicial es suficiente para desvirtuar las alegaciones formuladas por la recurrente en este motivo casacional, pues a pesar de existir identidad del sujeto infractor los hechos fueron distintos: «Tratar datos de carácter personal con conculcación del principio de previo consentimiento del afectado» y «ceder datos de carácter personal»; de ahí que al ser distintos los hechos no hubo una duplicación de la sanción impuesta, derivada una de una infracción "muy grave" y otra "grave".

En este sentido, la sentencia de 7 de marzo de 2006 declaró:

«En el segundo motivo de casación se alega la infracción de los *artículos 25 de la Constitución, 133 de la Ley 30/92 y 4.6º del Real Decreto 1398/1993*, principio non bis in idem, al entender que los mismos hechos, empleo por PDM del fichero de personas integrado por datos extraídos de la exhibición pública del censo **electoral**, dieron lugar a la incoación de diversos expedientes sancionadores, que pese a las continuas solicitudes de acumulación en vía administrativa y judicial, fueron desestimadas, lo que permitió la imposición de seis sanciones sucesivas por importe de ciento cincuenta millones de pesetas, argumentando sobre la anudación de la infracción a un tratamiento de datos, lo que impide tomar en consideración los datos en relación con cada sujeto, existiendo un único fichero, y manteniendo respecto de la realización de varias campañas que constituye un comportamiento mantenido en el tiempo por PDM, en la creencia de que actuaba conforme a Derecho, al menos hasta que se produjo la primera sentencia de 15 de septiembre de 1999 confirmando una de las sanciones impuestas, lo que entiende constitutivo de una infracción continuada o en su caso permanente, de acuerdo con el *art. 4.6º del Real Decreto 1398/93*.

La sentencia de instancia contempla esta cuestión y rechaza las alegaciones de la parte, por referencia a la resolución adoptada en los distintos expedientes administrativos en el sentido de que los hechos se refieren al tratamiento de los datos de distintos afectados para la confección de las distintas campañas publicitarias, elementos de hecho que, en contra de lo que pretende la parte, conforman distintas infracciones, pues la conducta sancionada en el *art. 43.3.d) de la L.O. 5/92* incluye tanto el tratamiento de los datos de carácter personal como su utilización posterior con conculcación de los principios y garantías establecidos en la ley, sin que pueda derivarse el tipo de la infracción únicamente hacia el tratamiento de datos, de forma que la utilización de los datos de diversas personas en diferentes campañas publicitarias, hechos que se reconocen por la propia parte recurrente, constituyen hechos autónomos, distintos y conductas diferenciadas cuyo alcance ha de examinarse en cada caso para apreciar la gravedad de la infracción, prueba de ello es la distinta sanción impuesta en los diversos expedientes (60,10,30 y 25 millones de pesetas), según señala la propia parte, por lo que no se aprecia la infracción de principio non bis in idem al tratarse de distintos hechos que constituyen diversas infracciones.

Por lo que se refiere a la alegación de existencia de una infracción continuada o permanente, formulada con invocación del *art. 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto*, lo primero que debe significarse es que esta concreta cuestión, que afecta propiamente a la calificación a efectos de sanción y sólo indirectamente incide en el principio non bis in idem, no fue planteada en estos términos en la instancia, por lo que no existe una específica respuesta en la sentencia recurrida, constituyendo una cuestión nueva inviable en casación, lo que justificaría por sí solo su desestimación. En todo caso, la propia descripción de las conductas sancionadas, consistentes en la utilización de datos personales en diversas campañas publicitarias, excluye la calificación como infracción permanente, si se atiende a la consideración como tales

de aquellas conductas antijurídicas que persisten en el tiempo y no se agotan con un sólo acto, determinando el mantenimiento de la situación antijurídica a voluntad del autor, caso del desarrollo en el tiempo de actividades sin las preceptivas autorizaciones y otros supuestos semejantes.

En cuanto a las infracciones continuadas, que se contemplan en el citado *art. 4.6 del Real Decreto 1398/93*, cuando señala que "será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión", constituye una construcción jurídica que proviene del Derecho penal, cuya concurrencia exige: la realización de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión; la realización de una pluralidad de acciones con unidad psicológica y material; y la infracción del mismo o semejante preceptos administrativos. No basta, por lo tanto, para apreciar la existencia de infracción continuada con la simple reiteración de conductas semejantes, como es el caso de la realización por la recurrente de diversas campañas publicitarias en razón de la actividad a que se dedica, es preciso que esa reiteración de conductas, además de infringir el mismo precepto u otro semejante, responda a un mismo proceso psicológico y material, que no es el caso de las distintas actuaciones profesionales desarrolladas en el tiempo en razón de las oportunidades comerciales que se plantean y en la medida que, atendiendo a las circunstancias concurrentes que se valoran en cada caso, se van aceptando y contratando de manera independiente y en las condiciones que en cada caso se negocien.

Por todo ello este segundo motivo de casación debe ser desestimado».

SEXTO.- En el quinto motivo de casación se denuncia la infracción de los principios de culpabilidad y seguridad -*artículos 25 y 9.3 de la Constitución*, así como diversos criterios jurisprudenciales dictados en aplicación y desarrollo de aquéllos y en particular la doctrina sobre la buena fe y confianza legítima, recogida en el *artículo 3.1 de la Ley 30/1992*, en virtud de la reforma de la *Ley 4/1999, de 13 de enero*, y por otro lado, la doctrina sobre el «error invencible de prohibición» y la «discrepancia razonable» en cuanto excluyentes de la culpabilidad, pues, en síntesis, considera la entidad recurrente que tras la entrada en vigor de la LORTAD y la creación de la Agencia de Protección de Datos, fueron diversos los elementos que llevaron a las empresas del sector a no recelar ni cuestionarse siquiera la utilización de los datos de nombre, apellidos y domicilio del censo **electoral** con finalidades de marketing y publicidad y si bien la Junta **Electoral** Central en acuerdo de 22 de enero de 1996 se pronunció sobre el alcance e interpretación del *artículo 41.2 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General*, no tenía competencia para pronunciarse sobre esta materia, que no fue hasta que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional pronunciara su primera sentencia sobre esta materia en fecha veintiséis de enero de mil novecientos noventa y ocho, que enjuició la utilización por PDM del fichero "Personas" -recurso contencioso-administrativo 1421/1995- que consideró que la *Ley 39 de ordenación del Comercio Minorista* no permitía considerar como accesibles al público todos los datos del censo del actual, sino únicamente el nombre, apellidos y domicilio, resultando lícito el empleo de estos últimos a partir de su entrada en vigor.

Tal alegación en cuanto no fue aducida en la instancia, es una cuestión nueva y por tanto debe ser desestimado este motivo casacional; pero además los argumentos utilizados por el recurrente en orden a la infracción del principio de culpabilidad le son perjudiciales, pues el procedimiento sancionador fue iniciado por la Agencia de Protección de Datos en virtud de la denuncia formulada el 22 de febrero de 1999 por don Ricardo, el día 14 de julio de 1999, es decir, de fecha posterior a la sentencia que cita.

SÉPTIMO.- En el sexto y último motivo de casación ad cautelam se alega la infracción del *artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, por considerar que la sentencia recurrida infringió el principio de la proporcionalidad de la sanción.

La Sala de instancia, en su fundamento jurídico octavo, señala: «Por último, respecto de la graduación del importe de las multas impuestas -10.000.001 y 50.000.001 pesetas-, que invoca la parte recurrente, por considerar que su cuantía es excesiva para sancionar las infracciones cometidas, con cita del *artículo 45.5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal*, cuya aplicación retroactiva procede por tratarse de una norma sancionadora mas beneficiosa. Pues bien, el principio de proporcionalidad, en el que se enmarca esta pretensión, comporta que cualquier actuación de los poderes públicos limitativa o restrictiva de derechos responda a los criterios de necesidad y adecuación al fin perseguido, dicho en términos legales, debe de existir una "debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada" (*artículo 131.3 de la Ley 30/1992*). En este caso, esta Sala considera que las multas impuestas por la infracción de los *artículos 6 y 11 de la Ley Orgánica 5/1992, de diez millones una peseta y cincuenta millones una pesetas*, no vulnera el principio de proporcionalidad, pues además de haberse aplicado en su cuantía mínima, y no resultar mas beneficiosa en este punto la *Ley Orgánica 15/1999*, la actividad comercial a la que se dedica la recurrente impiden la aplicación de la previsión contenida en el *artículo 45.5 de la expresada Ley Orgánica 15/1999*, por no

concurrir el supuesto previsto en dicho precepto. Así, el expresado *artículo 45.5* faculta la imposición de la sanción relativa a la infracción que preceda en gravedad a la aplicada al supuesto sancionado, atendidas las circunstancias del caso, si se "apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho", lo que no se aprecia en este caso, en el que la recurrente ha sido sancionada con anterioridad por similares conductas, según Sentencias de esta Sala de 5 de octubre de 2000 (recurso nº 408/2000), 13 de julio de 2000 (recurso 349/2000) y 21 de diciembre de 2000 (recurso nº 840/2000). Por todo cuanto antecede, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos que impuso a la entidad recurrente sendas sanciones de 10.000.001, por tratar datos sin consentimiento del afectado y sin que procedan de fuentes accesibles al público, y de 50.000.001 pesetas por cesión de datos a la entidad "Dayax, S.A."».

Como declaramos en nuestra sentencia de siete de marzo de dos mil seis : «El motivo contiene dos aspectos de distinto alcance, la aplicación de la reincidencia en la graduación de la sanción y la falta de apreciación de circunstancias atenuantes conforme al *art. 45.4 y 5* de la nueva LOPD, que llevaría a la aplicación la escala de las infracciones leves, multa de 100.000 a 10.000.000 pesetas. Comenzando por este último aspecto, el *apartado 5 del art. 45 de la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre*, establece que "si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate". Sin embargo, como se ha expuesto al examinar el primer motivo de casación, la Sala de instancia no apreció esa disminución de la culpabilidad o antijuridicidad de los hechos y tal conclusión se ha considerado conforme a Derecho según se ha expuesto al resolver sobre dicho motivo y rechazar las alegaciones que sobre la ausencia de culpabilidad por la apariencia de legalidad se formulan por la parte, sin que la configuración en la nueva Ley de la figura del censo promocional suponga aceptar la conducta sancionada, en contra de lo que se sostiene por la recurrente, siendo claras al respecto las sentencias citadas al resolver el tercer motivo, sobre la disponibilidad por el interesado de sus datos personales al objeto de formar parte de dicho censo, y concluyente la sentencia de instancia cuando, tras analizar esta cuestión, señala que el acceso a los datos del Censo **Electoral** estaba prohibido y continúa estándolo».

En el supuesto que analizamos las dos sanciones impuestas por las dos infracciones grave y muy grave -*artículos 6 y 11 de la Ley Orgánica 5/1992* - fueron establecidas según el *artículo 44, números 2 y 3, de la citada Ley orgánica*, en su grado mínimo; sanciones que no se vieron alteradas por la posterior *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre*, que sanciona tales infracciones con una multa pecuniaria de 10.000.000 a 50.000.000 de pesetas y de 50.000.000 a 100.000.000 de pesetas. De ahí no podemos afirmar que la Sala de instancia vulnerara el principio de la proporcionalidad de la sanción consagrado en el *artículo 131 de la Ley 30/1992*, al no apreciar en la conducta del recurrente la circunstancia agravante de la reincidencia a que se refiere el *artículo 45.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre*, para graduar la sanción entre los límites mínimos y máximos establecidos en los *números 2 y 3 del citado artículo 45.4, dado que el apartado quinto* de este precepto sólo prevé en razón a las circunstancias concurrentes aplicar la escala inferior cuando se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho; condiciones que no concurren en el supuesto que analizamos.

En consecuencia este motivo tampoco puede ser estimado.

OCTAVO.- La desestimación del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en el *artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional*, conlleva la imposición de las costas a la entidad recurrente, que fijamos en el límite de 1.500 euros en concepto de honorarios de letrado de la Administración recurrida.

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 170/2003 interpuesto por el procurador D. Isidro Orquín Cedenilla, en nombre y representación de la entidad PDM Marketing y Publicidad Directa S.A., contra la sentencia que dictó la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 13 de septiembre de 2002 -recaída en los autos 273/2000-; con imposición de las costas a la recurrente, hasta el límite de 1.500 euros en concepto de honorarios de letrado de la parte recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, firme, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos . PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Martí, en audiencia pública celebrada en el día de la fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.