

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª)
Sentencia num. 1461/2020 de 5 noviembre

RJ\2020\4156



PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: RÉGIMEN SANCIONADOR: tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa cuando, a pesar de no haber otorgado el interesado su consentimiento, concurre un interés legítimo en el responsable del tratamiento: no consta que se le diese ocasión al interesado de manifestar su oposición al tratamiento de sus datos, como requiere el apartado 4 del artículo 21 del Reglamento UE 2016/679, por lo que el recurrente no acredita haber cumplido las exigencias impuestas por el Reglamento de la Unión para aplicar este supuesto: no puede admitirse la justificación alegada por la recurrente de que al no estar entonces en vigor el Reglamento no se le podría exigir el cumplimiento de sus exigencias: el Reglamento comunitario no estaba en vigor ni para lo favorable ni para lo adverso, pero la consideración de si es o no una norma más favorable que la vigente en el momento de los hechos deriva de su aplicación in toto al caso concreto de que se trate, pues solo así constituye realmente una norma más favorable para dicho supuesto: no procede considerar aplicable retroactivamente el Reglamento comunitario 2016/679 a fin de excluir la tipicidad de la conducta sancionada; **INFRACCIÓN CONTINUADA:** no apreciación: ausencia de vulneración del principio de proporcionalidad: pese a que hay similitudes en el modo de proceder de la empresa infractora, nada indica que aquellas actuaciones formen parte de una única campaña de mercadotecnia o que respondan siquiera a un único designio o a un plan preconcebido: quien alega que estamos en presencia de una infracción continuada es quien debe acreditar que se trata de una pluralidad de acciones que, además de infringir el mismo precepto, han sido realizadas con unidad de propósito y responden a un plan preconcebido; utilización fraudulenta de las actuaciones previas de investigación por parte de los servicios de inspección de la Agencia Española de Protección de Datos: no apreciación: las irregularidades procedimentales denunciadas -haberse prolongado injustificadamente las actuaciones previas y de haberse finalizado éstas súbitamente- no están avaladas, como pone de relieve el Tribunal de instancia, por pruebas que acrediten que los actos de investigación no estuvieran justificados o se realizasen con intención fraudulenta. **VOTO PARTICULAR.**

ECLI:ECLI:ES:TS:2020:3602

Jurisdicción:Contencioso-Administrativa

Recurso de Casación 4037/2019

Ponente:Excmo Sr. Eduardo Calvo Rojas

El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra una Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, dictada en fecha 29-03-2019, desestimatoria del recurso deducido frente a una Resolución de la directora de la Agencia Española de Protección de Datos de 30-09-2016, sobre imposición de sanción por infracción grave.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.461/2020

Fecha de sentencia: 05/11/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4037/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/10/2020

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

R. CASACION núm.: 4037/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1461/2020

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. Fernando Román García

En Madrid, a 5 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 4037/2019 interpuesto por la Procuradora D^a D^a Beatriz Gonzáles Rivero Ruiz en representación de MEYDIS, S.L. contra la [sentencia de la Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2019 \(PROV 2019, 183903\)](#) dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 812/2016. Se ha personado como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

La Sección 1^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 29 de marzo de 2019 (recurso nº 812/2016) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por MEYDIS, S.L. contra la resolución de 30 de septiembre de 2016 de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos (expediente PS/00190/2016) por la que se le impone una sanción de 60.000 euros por una infracción del [artículo 6.1](#) de la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre \(RCL 1999, 3058\)](#), tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la dicha norma; con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

SEGUNDO.-

Según indica el fundamento jurídico primero de la propia sentencia, la sanción se impone

<< (...) por el tratamiento realizado de los datos de carácter personal del denunciante, sin consentimiento del mismo, en relación con una convocatoria para un acto de objeto indeterminado, en el que se procedería al regalo de un juego de sartenes cerámicas de cinco piezas, que se iba a realizar en el Hotel Meliá Pita de A Coruña el 19 de febrero de 2015>>.

Los argumentos de impugnación que aducía la demandante en el proceso de instancia los sintetiza el fundamento jurídico segundo de la sentencia en estos

términos:

<< (...) SEGUNDO.- La sociedad recurrente alega que, es una empresa con más de treinta años de trayectoria y se dedica a la gestión de bases de datos y servicio de correo postal de comunicaciones de diversa naturaleza, para lo que utiliza las bases de datos facilitadas por sus clientes; el 6 de mayo de 2013 firmó un contrato con Plenisan, SL para la realización de trabajos de impresión, manipulado y puesta en correos de cartas publicitarias para sus campañas comerciales, para lo que Plenisan obtendría los datos de los destinatarios a través de terceras empresas; así, contrató con Macro Select Print, SL los servicios de selección y suministro de direcciones postales para sus campañas de marketing y ésta, a su vez, contrató con la demandante los servicios de impresión y personalización de sus cartas publicitarias; así, la relación entre las tres era recíproca: Plenisan remitía por correo electrónico una orden de trabajo a Meydis, que accedía al servidor en el que Macro Select había depositado el fichero segmentado, tras lo cual preparaba una muestra de las cartas y la enviaba a Plenisan y, una vez aprobada, imprimía las cartas y las depositaba en correos.

Los motivos de impugnación en que se basa la demanda, son los siguientes:

- Violación del [artículo 4.6.](#) del [Real Decreto 1.398/1993, de 4 de agosto \(RCL 1993, 2402\)](#) , que aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, ya que al incoar el procedimiento la Agencia Española de Protección de Datos (en lo sucesivo AEPD) tramitaba otros por hechos idénticos respecto de las mismas empresas, por lo que se trataría de una infracción continuada y no debió iniciar nuevos procedimientos al concurrir las circunstancias del artículo citado, ya que ello supone la imposición de multas independientes por cada denuncia y un trato discriminatorio en relación con casos análogos, como el PS/621/2012, y le coloca en una posición jurídica mucho más gravosa, con violación de los principios de igualdad en la actuación de las Administraciones públicas ([art. 103 CE \(RCL 1978, 2836\)](#)), de seguridad jurídica ([art. 9.3 CE](#)) y de confianza legítima.

- Caducidad de las diligencias previas de investigación, al haber transcurrido más de doce meses entre la presentación de la denuncia ante la Agencia, y la notificación del acuerdo de inicio del expediente sancionador. La denuncia tuvo entrada en la AEPD el 14 de abril de 2015, mientras que el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador se notificó por el servicio de correos el 15 de abril de 2016.

- Nulidad de la inspección efectuada a Meydis. La autorización de la inspección a Meydis por la Directora de la AEPD era de 26 de enero de 2016, es decir, dos meses y medio antes de la fecha en la que la inspección se produjo, el 7 de abril de 2016. Ello vicia de nulidad la actuación, habida cuenta que las circunstancias que justificaban la inspección se habían visto sustancialmente alteradas por el hecho que la entidad inspeccionada estaba encartada en varios procedimientos.

- Utilización fraudulenta de las actuaciones previas en todos los procedimientos sancionadores incoados contra la parte recurrente, que se prolongaron de forma injustificada y fueron terminadas abruptamente para evitar la caducidad, de modo que se utilizaron tales diligencias para evitar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 122.4 del Reglamento, con lo que se da el supuesto previsto en el [artículo 6.4 del Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) en perjuicio de la sancionada pues, de haber sido incoados antes los expedientes sancionadores, se hubiera evitado que se siguieran realizando tratamientos de datos del fichero de Macro Select y los expedientes sancionadores incoados por esa causa.

- Indefensión, con infracción del [artículo 24.2 CE](#). Primero por la falta de incorporación al expediente de documentos aportados o solicitados por la parte recurrente. Y segundo, por denegación indebida de prueba solicitada, por parte de la AEPD, de manera injustificada o sin pronunciarse sobre ellas, siendo relevantes y pertinentes al contradecir los argumentos de cargo utilizados por la AEPD.

- Errónea consideración de la parte demandante como responsable del tratamiento de los datos. La sociedad recurrente intervino en la campaña de marketing, pero no adoptó ninguna decisión sobre el tratamiento de los datos personales del denunciante, por lo que intervino como encargada del tratamiento, no siendo responsable de obtener el consentimiento de las personas a las que la campaña se dirigió.

- Prevalencia de la presunción de inocencia. Errónea aplicación de la prueba indiciaria. No se ha probado que la sociedad actora tratase los datos del denunciante adoptando cualquier decisión sobre ellos. No se ha enervado la presunción de inocencia, más allá de meras sospechas, hipótesis o conjeturas.

- Aplicación de la teoría del levantamiento del velo, pues la afirmación que se hace en la resolución sobre la absoluta dependencia de Macro Select respecto de Meydis, se basa en meras sospechas y para aplicar esa teoría es indispensable una prueba real del fraude.

- Aplicación del Reglamento General de Protección de Datos, por disposición del [artículo 9.3 CE](#) y 128 de la [Ley 30/1992, de 26 de noviembre \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#) ; conforme al artículo 6 f) y considerandos 47 y 70 del Reglamento, el tratamiento de datos con fines de mercadotecnia sería lícito, de modo que la conducta sancionada no sería típica>>.

Tras reseñar el F.J. 3º de la sentencia las normas que se consideran de aplicación al caso que se examina, los diversos motivos de impugnación que esgrimía la demandante son examinados -y desestimados- en los fundamentos jurídicos cuarto a décimo de la sentencia. Prescindiendo ahora de aquellos apartados en los que se abordan cuestiones sobre las que no se ha suscitado debate en casación, de la fundamentación de la sentencia recurrida extraemos aquí, por ser de interés para la resolución del presente recurso de casación, los siguientes fragmentos:

<< (...) CUARTO.- El buen orden procesal exige examinar, en primer lugar, las alegaciones de caducidad que en la demanda se achacan a las actuaciones de investigación previas al expediente sancionador, por haber excedido la AEPD el plazo previsto reglamentariamente.

El art. 122.4 del ReglLOPD, establece en relación con las actuaciones previas: "Estas actuaciones previas tendrán una duración máxima de doce meses a contar desde la fecha en la que la denuncia o petición razonada a las que se refiere el apartado 2 hubieran tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos o, en caso de no existir aquéllas, desde que el Director de la Agencia acordase la realización de dichas actuaciones.

El vencimiento del plazo sin que haya sido dictado y notificado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador producirá la caducidad de las actuaciones previas" .

A tenor de lo expuesto, el plazo de doce meses se computa desde que la denuncia tiene entrada en la AEPD y solo cuando la misma no se ha interpuesto, esto es, cuando tal denuncia no existe, desde que el Director de la Agencia acuerda la realización de dichas actuaciones previas de investigación. En el caso que nos ocupa, con fecha 14 de abril de 2015 tuvo entrada en la Agencia la denuncia, y se acordó el inicio del expediente sancionador por parte de la Directora de la Agencia el 12 de abril de 2016.

Según la parte actora, se notificó la resolución de inicio del expediente sancionador por el Servicio de Correos, el día 15 de abril de 2016. En cuanto a la notificación de 3 de abril de 2016, aduce la parte actora que la citada notificación no acredita nada, porque no aparece en él el nombre de la persona que habría recibido la presunta notificación.

Por el contrario, según el Abogado del Estado la reseñada resolución fue notificada el 13 de abril de 2016 en la sede de la parte recurrente, constando el sello de la parte demandante, el número del DNI del receptor y la firma y fecha anotada a mano.

Pues bien, como señala el representante legal de la Administración la notificación del procedimiento sancionador llevada a cabo por la entidad Envialia, que consta la página 883 del expediente, se notificó a las 9,30 horas del día 13 de abril de 2016, y en la que aparece el sello de la entidad aquí recurrente, como una firma y el número del D.N.I.

Por tanto, hay elementos suficientes para dar por buena dicha notificación del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador a la parte actora el día 13 de abril de 2016, por lo que no ha transcurrido el plazo de doce meses previsto para llevarse a cabo actuaciones previas, debiéndose desestimar este motivo de impugnación.

QUINTO.- Se alega en la demanda la violación del [artículo 4.6](#) del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que dispone: "No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones

en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo.

Asimismo, 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".

Tenemos que reseñar que este Reglamento ha sido derogado por la [Ley 39/2015, de 1 de octubre \(RCL 2015, 1477\)](#) (Disposición Derogatoria Única), que incorpora el contenido de su primer párrafo en el artículo 63.3, resultaría de aplicación al procedimiento administrativo *ratione temporis* en aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 39/2015, que aún no había entrado en vigor en la fecha de la resolución aquí impugnada.

A juicio de la parte demandante, al incoarse el procedimiento ya tramitaba la Agencia expedientes sancionadores aún sin resolver, por infracción de los mismos [artículos 6 y 44.3 b\)](#) de la [LOPD \(RCL 2018, 1629\)](#), por hechos idénticos, consistentes en el envío de documentación comercial de Plenisan con datos de ficheros de Macro Select Print para la convocatoria de un acto de promoción de productos de aquélla; tal infracción la coloca en una posición jurídica mucho más gravosa al suponer la imposición de una multa por cada denuncia y vulnera el principio de igualdad, al actuar de forma distinta a como lo ha hecho en casos análogos, de los que cita, como ejemplo, el PS/621/2012, en que se acumularon cinco denuncias en un solo procedimiento, y considera infringido, también, el principio de seguridad jurídica y el de confianza legítima.

Pues bien, como hemos dicho en la [Sentencia de 12 de febrero de 2019 \(PROV 2019, 124050\)](#) - recurso nº. 810/2016-, en un supuesto semejante al que nos ocupa, en que la infracción y la parte recurrente eran las mismas: "La alegación no puede ser estimada; en primer lugar, como ha declarado el [Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de junio de 2013 \(RJ 2013, 6020\)](#) R. 1947/2010, que cita otra anterior de 30 de noviembre de 2004 (R. 6573/2001), "[...] para apreciar la infracción continuada en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el [artículo 74 del Código Penal \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#), se exige que concurren con carácter general los siguientes requisitos:

a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el *modus operandi* por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares.

b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a

la precedente.

Y c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza [--.]".

La concurrencia de estos requisitos ha de ser debidamente acreditada por quien pretende la aplicación de la norma por serle más beneficiosa, lo que no ha sucedido en este caso en que únicamente cabría admitir el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados a) y c); hay que tener en cuenta, además, la particular naturaleza del bien jurídico protegido por las normas, que son los datos personales de las personas físicas, que, como ha declarado el [Tribunal Constitucional en su sentencia 292/2000, de 30 de noviembre \(RTC 2000, 292\)](#) , es un derecho fundamental, consagrado en el [artículo 18.4](#) de la Constitución Española que, a diferencia del derecho a la intimidad del [art. 18.1](#) CE , con el que comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derechos del afectado.

En este sentido, la utilización sin consentimiento de los datos personales constituye una infracción individualizada, con independencia de que esa utilización o tratamiento de datos se lleve a cabo en el marco de una campaña publicitaria contratada entre diversas empresas, como las sancionadas en este procedimiento, y en otros muchos de los que ha conocido esta Sala, con múltiples destinatarios seleccionados en función de las características del producto y de las personales de los destinatarios; todo lo más, cabría apreciar la existencia de infracción continuada si, en el marco de tal campaña, los datos personales de un mismo titular fueran objeto de tratamiento in consentido en diferentes ocasiones próximas en el tiempo, no, como ahora se trata, de diferentes destinatarios dentro de la misma o diferentes campañas, a los que no resulta de aplicación la figura de la infracción continuada.

De tal forma lo ha entendido esta Sala en asuntos similares, siguiendo el criterio del Tribunal Supremo; así, en las sentencias de 4-07-2017, R. 1770/2015 y de 10-07-2018, R. 550/2016 , dictadas en recursos frente a resoluciones sancionadoras por publicidad comercial encubierta en las que se rechazó la pretensión de considerar las diferentes infracciones como una sola continuada, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2013 , citando la SAN objeto del recurso de casación, que señala:

[...]>>

SEXTO.- Íntimamente relacionada con el motivo de impugnación anterior, está la alegación que califica de fraudulenta la incoación de actuaciones previas por parte de la AEPD, que no eran necesarias, y cuyo propósito único era burlar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 122.4 del ReglLOPD, es decir, la caducidad de las actuaciones inspectoras, cuyo resultado ha sido empeorar considerablemente la situación jurídica de la demandante.

Como dijimos al respecto en la Sentencia de 12 de febrero de 2019: "La alegación carece de fundamento pues, aunque se admitiera que las actuaciones se concluyeran con cierta precipitación -el agotamiento del plazo máximo de doce meses es un hecho, como se ha visto al tratar de la caducidad-, ello no quiere decir que no estuvieran justificadas, como dice la demandante.

A este respecto conviene señalar que la práctica de estas actuaciones es de la exclusiva competencia de la Agencia para determinar si concurren circunstancias que justifican la apertura del procedimiento sancionador (artículo 122.1 y 2. ReglLOPD).

Como ha declarado el [Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de noviembre de 2013 \(RJ 2013, 7529\)](#) (R. 251/2011) ante una alegación similar, "[...] Interesa destacar en primer lugar que su incoación es potestativa, esto es, que la administración no está obligada a abrir actuaciones previas; puede, si así lo considera, acordar la incoación directa del procedimiento sancionador. Orientadas, conforme expresa el artículo 122 del Reglamento de Desarrollo de la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre \(RCL 1999, 3058\)](#) , de Protección de Datos de Carácter Personal, aprobado por [Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre \(RCL 2008, 150\)](#) , a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos que pudieran justificar la incoación del procedimiento, identificar la persona u órgano que pudiera resultar responsable y fijar las circunstancias relevantes que pudieran concurrir en el caso, tiene una naturaleza informativa de la que sin duda puede prescindir la Administración. El propio artículo 122, al expresar que "Con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionar se podrán realizar actuaciones previas", corrobora el carácter potestativo de su incoación.

[...]

Por otra parte, no se ha aportado ningún elemento de prueba que permita apoyar la afirmación de que el objetivo de la Agencia no era determinar si había existido una actuación contraria a la norma, sino que se limitó a mantenerlas abiertas durante casi doce meses y, justo antes de que transcurriese el año, acordó iniciar el procedimiento sancionador; la simple lectura de los antecedentes de hecho primero y segundo de la resolución permiten comprobar las actuaciones realizadas en esa fase, su variada naturaleza y, en particular, su pertinencia para justificar la iniciación del procedimiento..."

Debemos añadir, que el hecho de que la inspección a Meydis se autorizara con más de dos meses de antelación cuando efectivamente se llevó a cabo, cuando ya existían varios procedimientos sancionadores contra la entidad aquí recurrente, vicio de nulidad la misma, como pretende dicha parte, máxime teniendo en cuenta que se intentó en un primer momento realizar la inspección el día 8 de febrero de 2016, y no se pudo realizar por causas no imputables a la AEPD.

Por lo que procede desestimar estos motivos de impugnación.

[...]

NOVENO.- Rechazadas las alegaciones de la sociedad demandante -sobre la aplicación del Reglamento General de la Unión Europea se tratará más adelante-, de los hechos probados de la Resolución se deduce que, en el presente caso, la sociedad demandante ha realizado un tratamiento de los datos personales del denunciante en las campañas publicitarias, sin acreditar debidamente la existencia de un consentimiento válido prestado por la titular de los datos y que las campañas se realizasen observando las normas sobre protección de datos y, en particular, lo dispuesto en el artículo 46 del ReglLOPD.

En cuanto al elemento subjetivo de la infracción, la culpa de la parte recurrente deriva de los numerosos indicios antes aludidos, de los que resulta su condición de responsable del tratamiento de los datos en la campaña publicitaria, y no como simple encargada de los mismos, como trataba de presentarse, lo que en sí revela una conducta cuando menos culposa en su actuar.

DÉCIMO.- Finalmente, alega la parte demandante que la entrada en vigor del [Reglamento \(UE\) 2016/679 \(LCEur 2016, 605\)](#), del Parlamento Europeo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la [Directiva 95/46/CE \(LCEur 1995, 2977\)](#) (en adelante RGPD), habría privado de tipicidad a la conducta sancionada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución y 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que consagran la retroactividad de las disposiciones que favorezcan al sancionado; ello es así porque, a su juicio, el artículo 6.f) del citado Reglamento considera lícito el tratamiento de datos como el supuestamente realizado por la recurrente y sancionado por la Agencia.

Conviene precisar, en primer lugar, que, aunque el RGPD entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, no es de aplicación sino a partir del 25 de mayo de 2018 ([art. 99](#) del RGPD), lo que no sería óbice para su aplicación retroactiva si, ciertamente, considerase como lícito un tratamiento de datos como el realizado por la demandante, lo que no es así, como se expone a continuación.

El [artículo 6.1](#) del RGPD establece que " el tratamiento sólo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño" .

Ahora bien, esta norma ni establece una presunción de legitimidad del tratamiento ni puede contemplarse de forma aislada, por una parte, de las obligaciones que establece el propio Reglamento respecto de quien realiza el tratamiento y, por otra, de los derechos del titular de los datos.

En cuanto a lo primero porque, como dice el Considerando 47, Exposición de Motivos: "El interés legítimo de un responsable de tratamiento [...] puede constituir una base jurídica para el tratamiento, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable. [...] En cualquier caso, la existencia de un interés legítimo requeriría una evaluación meticulosa [...] En particular, los intereses y los derechos fundamentales del interesado podrían prevalecer sobre los intereses del responsable del tratamiento cuando se proceda al tratamiento de los datos personales en circunstancias en las que el interesado no espere razonablemente que se realice un tratamiento ulterior. [...] El tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia puede considerarse realizado por interés legítimo" .

En cuanto a lo segundo, en el Considerando 70 se dice que: "Si los datos personales son tratados con fines de mercadotecnia directa, el interesado debe tener derecho a oponerse a dicho tratamiento [...] y ello en cualquier momento y sin coste alguno. Dicho derecho debe comunicarse explícitamente al interesado y presentarse claramente y al margen de cualquier otra información" .

Como dijimos en la repetida Sentencia de 12 de febrero de 2019: <<Por ello, el [artículo 21. 1](#) RGPD dispone que el interesado tendrá derecho a oponerse cuando el tratamiento tenga por objeto la mercadotecnia directa, derecho que tiene su reflejo en la correlativa obligación del responsable del tratamiento de facilitar al titular de los datos, en el momento en que éstos se obtengan, toda la información que establece el artículo 13, en relación con el artículo 6.1 f), cuáles sean los intereses legítimos de tal responsable o de un tercero y, además, debe facilitar la información establecida en el párrafo 2 de dicho artículo 13, que se refiere, entre otros extremos, al plazo durante el cual se conservarán los datos personales y a la existencia de los derechos de acceso, rectificación cancelación limitación del tratamiento y oposición, así como el derecho a la portabilidad de los datos. Por último, el artículo 14 regula similar obligación cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado.

Pues bien, la pretensión de la recurrente no se justifica con la prueba del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la aplicación del Reglamento, que podría dar lugar a su aplicación retroactiva que, como se ha expuesto, no autoriza sin más las operaciones de mercadotecnia, como la que es objeto de la resolución sancionadora, y cuyo objeto principal, enunciado en su artículo 1, es la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales>> .

Por todo ello la Sala de la Audiencia Nacional termina desestimando el recurso contencioso administrativo.

TERCERO.-

Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación de Meydis, S.L., siendo admitido a trámite el recurso por auto de la Sección Primera de esta Sala de 13 de diciembre de 2019 en el que asimismo se

acuerda la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera, con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

En la parte dispositiva del auto de admisión del recurso se acuerda, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

<< (...) 2º/ Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si, conforme al [artículo 6.1.f](#) del [Reglamento \(UE\) 2016/679 \(LCEur 2016, 605\)](#) , interpretado a la luz de los considerandos 47 in fine y 70 del mismo Reglamento, puede considerarse lícito el tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa cuando, a pesar de no haber otorgado el interesado su consentimiento, concurriere un interés legítimo en el responsable del tratamiento.

3º/ Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: los [artículos 6.1.f](#) del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril , interpretado a luz de los considerandos 47 in fine y 70 del mismo, en relación con el [artículo 72.1.b](#)) de la [Ley Orgánica 3/2018 \(RCL 2018, 1629\)](#) , de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales; y los artículos 6.1 , 44.3.b) y 45 de la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre \(RCL 1999, 3058\)](#) , de Protección de Datos de Carácter Personal (...)>>.

CUARTO.-

La representación de Meydis, S.L. formalizó la interposición de su recurso de casación mediante escrito presentado el 6 de febrero de 2020 en el que la parte recurrente aduce, en síntesis, los siguientes motivos de impugnación:

I. Infracción de los [artículos 6.1](#) del [Reglamento UE 2016/679 \(LCEur 2016, 605\)](#) del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016 y 72.1. b) de la [Ley Orgánica 3/2018 \(RCL 2018, 1629\)](#) , de 5 de diciembre. Falta de aplicación retroactiva de dichas normas.

II. Infracción del [artículo 4.6](#) del [Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto \(RCL 1993, 2402\)](#) , por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, por no haberse apreciado la existencia de una infracción continuada.

III. Vulneración del principio de proporcionalidad como consecuencia de la infracción del [artículo 4.6](#) del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

IV. Infracción del [artículo 12](#) del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, y del [artículo 122](#) del [Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre \(RCL 2008, 150\)](#) , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre \(RCL 1999, 3058\)](#) , de protección de datos de carácter personal. Así como de la jurisprudencia relativa a las actuaciones previas de investigación, desde la perspectiva del [artículo 6.4](#) del [Código Civil \(LEG 1889,](#)

[27](#)) (fraude de ley).

Termina el escrito de la recurrente solicitando que se << (...) acuerde la anulación de la sentencia impugnada, casándola y dejando sin efecto la sanción impuesta a mi mandante por la Agencia Española de Protección de Datos, con expresa condena en las costas de la instancia a la Administración demandada>>.

QUINTO.-

Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, se dictó providencia con fecha 7 de febrero de 2020 en la que se tuvo por interpuesto el recurso y se acordó dar traslado a la parte recurrida para que pudiese formular su oposición.

SEXTO.-

La representación procesal de la Administración del Estado formalizó su oposición mediante escrito presentado el 9 de marzo de 2020 en el que, tras formular sus alegaciones en contra de lo aducido por la recurrente, termina solicitando la desestimación del recurso de casación y la fijación de la doctrina que resulta de dicha desestimación, declarando que la simple finalidad de mercadotecnia no justifica el tratamiento de los datos personales sin el consentimiento del titular de los mismos.

SÉPTIMO.-

Mediante providencia de 22 de mayo de 2020 se acordó no haber lugar a la celebración de vista y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo; fijándose finalmente al efecto el día 13 de octubre de 2020, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

El presente recurso de casación nº 4037/2019 lo interpone la representación de Meydis, S.L. contra la [sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2019 \(PROV 2019, 183903\)](#) (recurso contencioso-administrativo nº 812/2016) en la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada entidad contra la resolución de 30 de septiembre de 2016 de la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos (expediente PS/00190/2016) por la que se impone a Meydis, S.L. una sanción de 60.000 euros por una infracción del [artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre \(RCL 1999, 3058\)](#), tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la dicha norma; con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

En el antecedente segundo hemos dejado reseñados los hechos que motivaron la imposición de la sanción, así como las cuestiones debatidas en el proceso de instancia y las razones que se exponen en la sentencia recurrida -en lo que interesa al presente recurso de casación- para fundamentar la desestimación del recurso

contencioso-administrativo.

Procede entonces que entremos a examinar las cuestiones suscitadas en casación, en particular la señalada en el auto de la Sección Primera de esta Sala de 13 de diciembre de 2020.

Como hemos visto en el antecedente tercero, en el auto de admisión se declara que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en determinar si, conforme al [artículo 6.1.f\)](#) del [Reglamento \(UE\) 2016/679 \(LCEur 2016, 605\)](#), interpretado a la luz de los considerandos 47 in fine y 70 del mismo Reglamento, puede considerarse lícito el tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa cuando, a pesar de no haber otorgado el interesado su consentimiento, concurrir un interés legítimo en el responsable del tratamiento.

Por lo demás, el propio auto de admisión identifica las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: los [artículos 6.1.f\)](#) del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, interpretado a luz de los considerandos 47 in fine y 70 del mismo, en relación con el [artículo 72.1.b\)](#) de la [Ley Orgánica 3/2018 \(RCL 2018, 1629\)](#), de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales; y los [artículos 6.1](#), [44.3.b\)](#) y [45](#) de la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre \(RCL 1999, 3058\)](#), de Protección de Datos de Carácter Personal.

SEGUNDO.-

Sobre la posible aplicación retroactiva del [Reglamento comunitario 2016/679 \(LCEur 2016, 605\)](#) y de la Ley Orgánica de Protección de Datos de 2018.

La primera de las alegaciones de la recurrente, que ha dado pie a la admisión del asunto por su interés casacional, se refiere a la posible aplicación retroactiva del de los [artículos 6.1](#) del Reglamento UE 2016/679 del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016 y 72.1. b) de la [Ley Orgánica 3/2018 \(RCL 2018, 1629\)](#), de 5 de diciembre, de Protección de Datos, que viene a trasponer aquel Reglamento UE al derecho nacional.

La tesis de la recurrente es que ha existido un cambio fundamental al dejar de constituir el consentimiento la única causa que legitimaba el tratamiento de datos personales, salvo que concurriera alguno de los supuestos eximentes contemplados en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de 1999. La nueva regulación, por el contrario, establece un listado de supuestos legitimadores del tratamiento de datos, en el que el consentimiento es uno más sin prioridad alguna y que incluye entre ellos la existencia de interés legítimo de quien efectúa el tratamiento (apartado 1.f del artículo 6 del Reglamento).

Sostiene también la recurrente que la interpretación del supuesto legitimador del interés legítimo ha sido hecha ya por el legislador comunitario en el párrafo 47 de los considerandos del preámbulo del Reglamento, de acuerdo con el cual en los supuestos de prevención del fraude y del tratamiento con fines de mercadotecnia ha

hecho ya la ponderación de intereses en favor de quien trata los datos sobre los intereses del afectado, siempre que los datos se traten para los fines indicados. En consecuencia, el responsable del tratamiento "no necesita efectuar una ponderación de los intereses que concurren para valorar cuál de ellos debe prevalecer conforme a la regla del artículo 6.1.f), sino que siempre que los datos se utilicen para alguna de las finalidades indicadas, el tratamiento puede basarse en el interés legítimo. Y, entre esas finalidades, se incluye el "envío de comunicaciones comerciales".

La protección de los datos por parte del interesado vendría, afirma la recurrente, por la inscripción en listas de exclusión de comunicaciones comerciales, de obligada consulta por quien desee enviar publicidad ([artículos 3 y 4](#) de la Ley Orgánica 3/2018) y por el derecho de oposición a recibir comunicaciones comerciales previsto en el artículo 21 y en el considerando 71 del Reglamento comunitario.

En definitiva, la parte considera, a partir de la entrada en vigor del Reglamento comunitario "...su artículo 6.1.f), interpretado conforme al considerando 47 in fine , permite el tratamiento de datos para fines de mercadotecnia directa basándose en la existencia de un interés legítimo y, por tanto, sin que sea necesario el previo consentimiento del afectado, sin perjuicio de su derecho a utilizar los mecanismos legales para impedir que se le envíe publicidad".

Por otra parte la recurrente rechaza el argumento de la Sala de instancia en el que se niega la aplicación del Reglamento comunitario por no haber cumplido los requisitos contemplados en el citado Reglamento, porque la norma no estaba en vigor y, por tanto, difícilmente puede exigírsele su cumplimiento.

La argumentación que se ha expuesto supone que la conducta sancionada, el tratamiento de datos personales para fines de mercadotecnia sin haber recabado el previo consentimiento del afectado, ha dejado de ser una conducta típica en la nueva regulación comunitaria y nacional, por lo que ésta habría de ser aplicada retroactivamente como norma más favorable y la sanción debería ser anulada.

El planteamiento de la recurrente no puede ser acogido.

No cabe duda de que el Reglamento comunitario y la Ley Orgánica 3/2018 han cambiado de manera sustancial la regulación de protección de datos. Es cierto, como señala la recurrente, que conforme al Reglamento de la Unión Europea es posible el tratamiento de datos personales sin contar con el consentimiento expreso y previo del afectado, estableciendo otros supuestos habilitantes para el tratamiento de datos, entre ellos, cuando sea " necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero" (artículo 6.1.f). Y también es cierto que el tratamiento de datos para la mercadotecnia directa tiene la consideración de un interés legítimo, según dispone el considerando 47 in fine y en el artículo 21 dedicado al derecho de oposición al tratamiento por parte del sujeto interesado.

Ahora bien, para cumplir ese fin legítimo el uso de los datos personales exige,

según el Reglamento de la Unión, que el interesado haya tenido la oportunidad de oponerse a dicho tratamiento, y que este derecho se le haya comunicado explícitamente (vid. considerando 70 y artículo 21 antes citados del Reglamento UE).

Para poder aplicar de forma retroactiva el Reglamento de la Unión, al considerar que la conducta por la que fue sancionada habría dejado de ser típica, es preciso verificar si la consideración global del reglamento comunitario permite llegar a la conclusión de que en la aplicación al caso concreto es, en realidad, una norma más favorable desde la perspectiva sancionadora en que nos encontramos. Existe una jurisprudencia reiterada en la que hemos sostenido que la apreciación de que una norma sancionadora es más favorable ha de provenir de una consideración global y sistemática de la misma en su aplicación al caso concreto, no de una interpretación parcial de alguno de sus preceptos o de una consideración abstracta de las normas. Como señala la [sentencia de esta Sala, Sección 5ª, de 30 de octubre de 2009 \(RJ 2010, 1240\)](#) (recurso contencioso-administrativo 334/2006, F.J. 6º) << (...) la aplicación retroactiva de la norma más beneficiosa ha de hacerse determinando qué disposición es más favorable, mediante el contraste entre ambas, anterior y posterior, consideradas de modo global, no tomando lo que resulte más beneficioso de una y otra para crear, en realidad, una nueva disposición >>. Y en el mismo sentido se expresa la [sentencia, también de la Sección 5ª, de 9 de marzo de 2010 \(RJ 2010, 4220\)](#) (recurso contencioso-administrativo 553/2007, F.J. 6º).

Pues bien, tal y como señala la sentencia de instancia, en el caso que nos ocupa no consta que se le diese ocasión al interesado de manifestar su oposición al tratamiento de sus datos, como requiere el apartado 4 del propio artículo 21 del Reglamento ("a más tardar en el momento de la primera comunicación con el interesado, el derecho indicado en los apartados 1 y 2 será mencionado explícitamente al interesado y será presentado claramente y al margen de cualquier otra información"), por lo que el recurrente no acredita haber cumplido las exigencias impuestas por el Reglamento de la Unión para aplicar este supuesto.

Frente a ello, no puede admitirse la justificación alegada por la recurrente de que al no estar entonces en vigor el Reglamento no se le podría exigir el cumplimiento de sus exigencias. De acuerdo con lo antes dicho, el Reglamento comunitario no estaba en vigor ni para lo favorable ni para lo adverso, pero la consideración de si es o no una norma más favorable que la vigente en el momento de los hechos deriva de su aplicación in toto al caso concreto de que se trate, pues solo así constituye realmente una norma más favorable para dicho supuesto.

Por tanto, ni se pidió al interesado el consentimiento expreso y previo, como requería la Ley nacional de protección de datos de 1999, ni se le comunicó debidamente la utilización de sus datos en una campaña de mercadotecnia al objeto de que pudiera manifestar su oposición, tal como prevé el Reglamento comunitario en el citado artículo 21.4 y recoge también la Ley española de 2018 en su artículo 18.

Por todo ello, frente a lo que pretende la recurrente, no procede considerar aplicable retroactivamente el Reglamento comunitario 2016/679 a fin de excluir la tipicidad de la conducta sancionada.

TERCERO.-

La alegación sobre existencia de infracción continuada.

Como hemos visto en el antecedente cuarto, en el escrito de interposición del recurso de casación la recurrente alega que la sentencia recurrida incurre en infracción del [artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto \(RCL 1993, 2402\)](#) , por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, por no haber apreciado la existencia de una infracción continuada; y que como consecuencia de ello se ha vulnerado el principio de proporcionalidad.

Recordemos que el artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto, dispone lo siguiente:

"No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo.

Asimismo, 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".

La cuestión ya fue suscitada en el proceso de instancia, donde la parte actora aducía -como hace también en casación- que al incoarse el procedimiento la Agencia Española de Protección de Datos ya tramitaba otros expedientes sancionadores que estaban aún sin resolver, todos ellos por infracción de los mismos artículos 6 y 44.3.b/ de la [LOPD \(RCL 2018, 1629\)](#) y por hechos idénticos.

Ahora en casación la recurrente insiste en su alegato de que en la fecha de incoación del expediente (12 de abril de 2016) ya se encontraban en tramitación seis procedimientos sancionadores con ese mismo objeto (PS 47/2016, PS 53/2016, PS 107/2016 y PS 121/2016, PS 127/2016 y PS 128/2016) sin que hubiese recaído en ellos resolución, por lo que la iniciación del expediente que aquí nos ocupa (PS 190/2016) infringió lo dispuesto en el [artículo 4.6](#) del Real Decreto 1398/93, entonces aplicable. Según la recurrente, no se debió incoar nuevo procedimiento sancionador hasta que se hubiera dictado resolución sancionadora en el primero de los iniciados.

Sostiene la recurrente que, al no haberlo apreciado así la Sala de instancia, ha resultado vulnerado el principio de proporcionalidad pues el modo en que procedió

la Agencia Española de Protección de Datos supone una multiplicación desproporcionada de las sanciones impuestas que, en lugar de ser una sola, incluso en cuantía más elevada, determinó la imposición de una multa por infracción grave en cada uno de los procedimientos sancionadores. Así, Agencia incoó un total de quince procedimientos sancionadores contra la recurrente por idénticos hechos, dando lugar a un montante total de sanciones de 830.000 euros, cuando, apreciando la existencia de una única infracción continuada, el importe de la sanción habría debido oscilar entre los 40.001 y los 300.000 euros, conforme preveía la derogada LOPD para las infracciones graves.

Pues bien, el planteamiento de la recurrente no puede ser acogido; y ello por las razones que pasamos a exponer.

CUARTO.-

No hay infracción continuada ni, por tanto, vulneración del principio de proporcionalidad.

Como hemos visto en el antecedente segundo, la Sala de la Audiencia Nacional desestima el argumento de la recurrente invocando la [sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2013 \(RJ 2013, 6020\)](#) (casación 1947/2010), en la que se indica que "[...] para apreciar la infracción continuada en el ámbito del derecho administrativo sancionador, que constituye una transposición de los contornos jurídicos de esta institución referidos en el [artículo 74 del Código Penal \(RCL 1995, 3170y RCL 1996, 777\)](#) , se exige que concurren con carácter general los siguientes requisitos: a/ La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares. b/ La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente. Y c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza [.]".

Partiendo de esa jurisprudencia, la Sala de la Audiencia Nacional señala que la concurrencia de los tres requisitos ha de ser acreditada por quien pretende la aplicación de la norma por serle más beneficiosa, lo que no ha sucedido en este caso pues únicamente cabría admitir el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados a/ y c/. Además, señala la sentencia recurrida, hay que tener en cuenta la particular naturaleza del bien jurídico protegido por las normas, que son los datos personales de las personas físicas, que, como ha declarado el [Tribunal Constitucional en su sentencia 292/2000, de 30 de noviembre \(RTC 2000, 292\)](#) , es un derecho fundamental, consagrado en el [artículo 18.4 de la Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) que, persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derechos del afectado. Así, dice la sentencia

recurrida, << (...) la utilización sin consentimiento de los datos personales constituye una infracción individualizada, con independencia de que esa utilización o tratamiento de datos se lleve a cabo en el marco de una campaña publicitaria contratada entre diversas empresas, como las sancionadas en este procedimiento, y en otros muchos de los que ha conocido esta Sala, con múltiples destinatarios seleccionados en función de las características del producto y de las personales de los destinatarios; todo lo más, cabría apreciar la existencia de infracción continuada si, en el marco de tal campaña, los datos personales de un mismo titular fueran objeto de tratamiento in consentido en diferentes ocasiones próximas en el tiempo, no, como ahora se trata, de diferentes destinatarios dentro de la misma o diferentes campañas, a los que no resulta de aplicación la figura de la infracción continuada>> (F.J. 5º, vid. que antes hemos transcrito).

Esa fundamentación de la sentencia de instancia requiere alguna puntualización.

Comenzando por este último punto al que acabamos de referirnos, no queda debidamente explicada en la sentencia recurrida la afirmación un tanto apodíctica que en ella se hace de que "...la utilización sin consentimiento de los datos personales constituye una infracción individualizada, con independencia de que esa utilización o tratamiento de datos se lleve a cabo en el marco de una campaña publicitaria contratada entre diversas empresas" (F.J. 5º). El alcance de esa formulación debe ser matizado, o si se prefiere, corregido, pues no cabe entender que en el ámbito de la protección de datos de carácter personal quede excluida, ni particularmente restringida, la posible apreciación de infracciones continuadas. Baste señalar que tanto el artículo 45.4.a/ de la anterior [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre \(RCL 1999, 3058\)](#) -que es la norma aplicable al caso- como el artículo 76.2.a/ de la ahora vigente [Ley Orgánica 3/2018 \(RCL 2018, 1629\)](#), de 5 de diciembre, se refieren a " el carácter continuado de la infracción " como el primero de los criterios a tomar en consideración para la graduación de las sanciones.

Pero, una vez hecha esa puntualización, lo cierto es que en el caso que examinamos no cabe apreciar la existencia de una infracción continuada.

Según hemos visto, la sentencia de la Audiencia Nacional admite que concurren en este caso dos de los elementos que, según la jurisprudencia que cita, deben darse para que pueda apreciarse una infracción continuada (ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi ; y unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza); y, en cambio, considera la Sala de instancia que no ha quedado acreditada la concurrencia del tercer requisito exigible, esto es, que la actuación del responsable se haya llevado a cabo con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido, que se refleja en todas las acciones que se ejecutan, o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados.

La sentencia recurrida no abunda en explicaciones sobre la razón de ser de tales

apreciaciones; pero, en efecto, admitiendo que en este caso tuvo lugar la ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, lo cierto es que no cabe considerar acreditada la existencia de un dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido o de un dolo continuado.

Los distintos procedimientos sancionadores a que alude la recurrente tienen en común que se refieren a conductas llevadas a cabo por la entidad Meydis, S.L. con ocasión de campañas de mercadotecnia directa en las que se infringe el [artículo 6.1](#) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, por no haberse recabado el consentimiento de las personas afectadas. Pero, una vez constatados esos elementos de coincidencia, los datos que figuran en el apartado de hechos probados de las resoluciones sancionadoras dictadas por la Agencia Española de Protección de Datos en esos procedimientos ponen de manifiesto que se trata de campañas distintas, en las que los destinatarios de las misivas son convocados para que asistan a actos determinados, distintos en cada caso, y en lugares y fechas diferentes. Así:

- El expediente sancionador nº PS/00190/2016 -al que se refiere el presente recurso de casación- tiene su origen en una carta con los datos personales del denunciante (nombre, apellidos y dirección postal completa) en la que se le convocaba para un acto de objeto indeterminado, en el que se procedería al regalo de "un juego de sartenes cerámicas de cinco piezas", que tendría lugar el día 19 de febrero de 2015 en el Hotel Meliá María Pita de A Coruña.

- El expediente nº PS/00127/2016 (del que trae causa el [recurso de casación nº 4454/2019 \(PROV 2020, 323530\)](#)) la denuncia se refiere a una misiva personalizada recibida en el domicilio del allí denunciante en la que se le convocaba a un evento (demostración comercial) que se realizaría el 16 de marzo de 2015 en el restaurante el Racó d'en Binu, en La Roca del Vallés (Barcelona).

- El expediente nº PS/00033/2017 (que se examina en el recurso de casación 4738/2019) tiene su origen en la denuncia presentada por una persona distinta a las anteriores que recibió en su domicilio una carta personalizada en la que se le convocaba a una demostración comercial (sin especificar) que tendría lugar el día 21 de abril de 2015 en el Hotel Leika de Alicante.

- El expediente PS/00417/2016 ([recurso de casación 4039/2019 \(PROV 2019, 342709\)](#)) se refiere a una convocatoria para un acto promocional en el Eurostars Hotel de la Reconquista, de Oviedo, el 26 de mayo de 2015.

- En el expediente sancionador PS/00107/2019 (recurso de casación 4377/2019) se denuncia la recepción de una carta personalizada en la que se convoca para un acto promocional en el restaurante Casa de los Navarros, en Barcelona, el 4 de marzo de 2015.

- El expediente PS/00128/2016 (recurso de casación 4697/2019) se refiere a una convocatoria en el Hotel Meliá Palas Atenea, en Palma de Mallorca, el 4 de marzo

de 2015.

- El expediente nº PS/00381/2016 (recurso de casación nº 4756/2019) tiene su origen en la carta personalizada en la que se le convocaba al allí denunciante a un evento promocional ("productos de hogar y descanso") que se realizaría el 20 de julio de 2015 en el Hotel Bienestar, en Moaña (Pontevedra).

- El expediente PS/00121/2016 ([recurso de casación 4713/2019 \(PROV 2020, 24819\)](#)) se refiere a una convocatoria en el Hotel Exe Puerta de Castilla, en Madrid, el 4 de marzo de 2015.

- El expediente nº PS/00013/2017 (que se examina en el [recurso de casación 5082/2019 \(PROV 2020, 323510\)](#)) tiene su origen en la denuncia presentada por una persona distinta a las anteriores que recibió en su domicilio sendas cartas en las que se le convocaba actos acto que tendrían lugar los días 10 de junio y 11 de noviembre de 2015 en el restaurante Montemayor de Moguer.

- El expediente sancionador PS/00464/2016 (recurso de casación 5479/2019) se refiere a la convocatoria para un acto de "promoción para parejas y personas viudas" en el Hotel Ágora Juan de Austria, en Madrid, el 15 de octubre de 2015.

- El expediente sancionador PS/00047/2016 ([recurso de casación 5285/2019 \(PROV 2020, 22921\)](#)) se refiere a una convocatoria en el Hotel Sercotel Gran Bilbao, en Bilbao, el 15 de enero de 2015.

Es cierto que el modus operandi de la empresa Meydys, S.L., que resultó sancionada en los citados expedientes de la Agencia Española de Protección de Datos, es similar en todos los casos; y, por ello mismo, las diligencias de investigación y trámites realizados en los diferentes procedimientos sancionadores son en parte coincidentes. Pero los datos que hemos consignado indican que los hechos a los que se refieren aquellos expedientes se incardinan en campañas de mercadotecnia distintas, en las que mediante cartas personalizadas se convoca a los destinatarios a actos distintos y en lugares y fechas diferentes.

Pese a que hay similitudes en el modo de proceder de la empresa infractora, nada indica que aquellas actuaciones formen parte de una única campaña de mercadotecnia o que respondan siquiera a un único designio o a un plan preconcebido. Y, como oportunamente recuerda la Sala de la Audiencia Nacional, quien alega que estamos en presencia de una infracción continuada es quien debe acreditar que se trata de una pluralidad de acciones que, además de infringir el mismo precepto, han sido realizadas con unidad de propósito y responden a un plan preconcebido, acreditación ésta que, como señala la sentencia recurrida, no se ha producido.

Por todo ello debemos concluir que no cabe apreciar en este caso la existencia de una infracción continuada; y, como consecuencia, no ha existido la vulneración que se alega del principio de proporcionalidad.

QUINTO.-

Sobre la infracción que se alega del [artículo 12](#) del [Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto \(RCL 1993, 2402\)](#) , por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, y del [artículo 122](#) del [Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre \(RCL 2008, 150\)](#) , por el que se aprueba Reglamento de desarrollo de la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre \(RCL 1999, 3058\)](#) , de protección de datos de carácter personal, así como de la jurisprudencia relativa a las actuaciones previas de investigación, desde la perspectiva del [artículo 6.4](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) (fraude de ley).

La recurrente sostiene que la sentencia recurrida vulnera dichos preceptos al no haber apreciado el uso fraudulento de las potestades de investigación previa que se reconocen a la Administración, por haberse prolongado de forma injustificada, incurriendo en el supuesto contemplado en el [artículo 6.4](#) del Código Civil.

Esta Sala comparte el criterio del Tribunal de instancia, que, con base en la jurisprudencia representada por nuestra [sentencia de 4 de noviembre de 2013 \(RJ 2013, 7529\)](#) (casación 251/2011), considera que la práctica de las actuaciones previas por los Servicios de Inspección de la Agencia Española de Protección de Datos está plenamente justificada, pues los actos de investigación preliminares acordados resultaban pertinentes para recabar información sobre los hechos denunciados, referidos a una cesión de los datos personales del denunciante a una empresa, que determinó que recibiera en su dirección postal una convocatoria para participar en un acto promocional que tendría lugar el día 19 de febrero de 2015 en el Hotel Meliá María Pita de A Coruña.

Entendemos que carece de fundamento la alegación de la recurrente sobre la utilización fraudulenta de las actuaciones previas de investigación por parte de los servicios de inspección de la Agencia Española de Protección de Datos, pues las irregularidades procedimentales denunciadas -haberse prolongado injustificadamente las actuaciones previas y de haberse finalizado éstas súbitamente- no están avaladas, como pone de relieve el Tribunal de instancia, por pruebas que acrediten que los actos de investigación no estuvieran justificados o se realizasen con intención fraudulenta.

Es oportuno citar aquí nuestra [sentencia de 4 de noviembre de 2013 \(RJ 2013, 7529\)](#) (casación 251/2011), en la que, acerca de las actuaciones previas, recordábamos que su incoación es potestativa, esto es, que la Administración no está obligada a abrir actuaciones previas pues puede, si así lo considera, acordar la incoación directa del procedimiento sancionador. También señalábamos en aquella sentencia que el artículo 122 del Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, contempla la realización de actuaciones previas destinadas a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos que pudieran justificar la incoación del procedimiento, identificar la persona u órgano que pudiera resultar responsable y fijar las circunstancias relevantes que

podieran concurrir en el caso, lo que indica que tales actuaciones tienen una naturaleza informativa de la que, sin duda, puede prescindir la Administración. En fin, el propio artículo 122, al expresar que " Con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionar se podrán realizar actuaciones previas " , corrobora el carácter potestativo de su incoación.

Tales consideraciones resultan plenamente aplicables al caso que ahora nos ocupa, pues en las actuaciones previas que fueron acordadas (petición de información y documentación a Correos, requerimientos de información al hotel Meliá María Pita y a las entidades Macro Select Print, S.L., Meydis, S.L. y Plenisan, S.L.), así como en los términos temporales en que fueron practicadas, no se descubre ninguna irregularidad procedimental subsumible en las causas de nulidad de los actos administrativos, lo que determina que descartemos este motivo impugatorio formulado contra la sentencia recurrida.

SEXTO

Conclusión. La cuestión jurídica en la que el auto de admisión del presente recurso apreció la concurrencia de interés casacional queda respondida con las consideraciones que hemos expuesto en el fundamento jurídico segundo.

Por tales razones, y por lo que hemos expuesto en los fundamentos jurídicos tercero a quinto de esta sentencia con relación a las demás cuestiones suscitadas por la parte recurrente, procede que declaremos no haber lugar al presente recurso de casación.

SÉPTIMO.-

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4, 139.1 y 139.4 de la [Ley reguladora de esta Jurisdicción \(RCL 1998, 1741\)](#) , entendemos que no procede la imposición de las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y en cuanto a las costas del proceso de instancia, debe mantenerse el pronunciamiento que hizo al respecto la Sala de la Audiencia Nacional.

Vistos los preceptos citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción,

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1.- No ha lugar al recurso de casación nº 4037/2019 interpuesto en representación de MEYDIS, S.L. contra la [sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2019 \(PROV 2019, 183903\)](#) (recurso contencioso-administrativo nº 812/2016).

2.- No se imponen las costas derivadas del recurso de casación a ninguna de las partes, manteniendo, en cuanto a las costas del proceso de instancia, el

pronunciamiento de la sentencia recurrida.

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

M^a Isabel Perelló Domenech José María del Riego Valledor

Diego Córdoba Castroverde Fernando Román García

VOTO PARTICULAR

CONCURRENTE QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL [RCA \(RCL 2002, 2070\)](#) 4037/2019.

Desde el máximo respeto hacia la decisión mayoritaria expresada en la sentencia y, aun compartiendo el resultado desestimatorio del recurso de casación, debo manifestar mi discrepancia con la fundamentación incluida en aquella respecto de los siguientes extremos:

PRIMERO.- No comparto la decisión mayoritaria de afrontar en esta sentencia el examen y resolución de las cuestiones que fueron expresamente rechazadas por la Sección de Admisión de esta Sala Tercera.

(i) El auto dictado por la Sección de Admisión en fecha [5 de diciembre de 2019 \(RJ 2020, 2070\)](#) en el RCA 3753/2019 (el primero de los doce recursos a que ahora nos referiremos) rechazó expresamente dos de las cuestiones de interés casacional propuestas por la parte recurrente (las relativas al carácter continuado de la infracción y al uso indebido o fraudulento de las actuaciones previas) y admitió exclusivamente la cuestión referida a si puede considerarse lícito el tratamiento de datos personales con fines de mercadotecnia directa cuando, a pesar de no haber otorgado el interesado su consentimiento, concurriera un interés legítimo en el responsable del tratamiento.

Posteriormente, los autos de admisión dictados en los [recursos números 4037/2019 \(PROV 2020, 323405\)](#) , [4039/2019 \(PROV 2019, 342709\)](#) , 4377/2019, 4697/2019, 4756/2019, 5082/2019 (todos ellos de fecha 13/12/19), 4713/2019 y 5285/2019 (ambos de fecha 17/1/2020), [4454/2019 \(PROV 2020, 323530\)](#) y [4738/2019 \(PROV 2020, 323341\)](#) (los dos de fecha 31/1/2020) y [5479/2019 \(PROV 2020, 169921\)](#) (de fecha 13/3/2020) se pronunciaron en idéntico sentido, aunque la redacción empleada no fuera exactamente la misma en todos ellos, llegando incluso en los RCA 4037/2019, 4697/2019, 4454/2019, 4713/2019, 5285/2019 y 5479/2019 a efectuarse una referencia a la identidad de las cuestiones planteadas en ellos con "las suscitadas en el [RCA 3753/2019 \(PROV 2020, 323547\)](#) , que hemos inadmitido en ATS de fecha 5 de diciembre de 2019", lo que justificaba que en esas ocasiones se llegara a la misma conclusión (si bien conviene señalar, para mayor

precisión, que en los [RRCA 5285/2019 \(PROV 2020, 22921\)](#) y [5479/2019 \(PROV 2020, 169921\)](#) solo una de las cuestiones en ellos planteadas y rechazadas era coincidente con las suscitadas en el RCA 3753/2019).

(ii) No es éste el momento para dilucidar si la Sección de Admisión puede o no rechazar o inadmitir cuestiones que la parte recurrente proponga por estimar que tienen interés casacional o si, en realidad, lo que debería ser admitido o inadmitido por la Sección de Admisión es exclusivamente el recurso de casación y no las indicadas cuestiones. Lo relevante es que en este caso -al margen de la mayor o menor precisión jurídica de la fórmula utilizada- la Sección de Admisión rechazó expresamente las dos cuestiones al principio mencionadas en virtud de auto firme en todos y cada uno de los recursos citados.

Por tanto, siendo esto así, considero que la decisión mayoritaria de examinar y resolver en esta sentencia esas dos cuestiones rechazadas o inadmitidas expresamente por la Sección de Admisión significa incurrir, cuando menos, en una grave contradicción de criterio con otra Sección de la misma Sala, circunstancia que en nada se compadece con la necesaria seguridad jurídica que los órganos jurisdiccionales y, con mayor motivo, el Tribunal Supremo, estamos obligados a proporcionar a los ciudadanos en general y a los profesionales del derecho en particular.

De aquí la necesidad de unificar criterios al respecto en el seno de la Sala Tercera porque, incluso aunque se aceptara la argumentación de que, por vía de interpretación de la normativa reguladora del actual recurso de casación, fuera admisible la posibilidad de examinar en sentencia cuestiones expresamente inadmitidas o rechazadas por la Sección de Admisión, considero que ello no debería nunca hacerse de manera unilateral por una de las Secciones de la Sala Tercera, al margen de las restantes Secciones de la Sala.

Por el contrario, entiendo que, incluso en tal hipótesis, sería siempre preferible, para lograr la mayor efectividad posible del principio de seguridad jurídica, someter esta cuestión polémica a la consideración del Pleno -por cualquiera de las vías previstas legalmente al efecto-, propiciando de este modo que todas las Secciones de la Sala pudieran adoptar una solución uniforme a este respecto y garantizando así la igualdad en la aplicación de la ley, fuera cual fuese la solución que se adoptara mayoritariamente en el Pleno.

A mi entender, no representa un obstáculo definitivo para ello el hecho de que el asunto ya hubiera comenzado a deliberarse. La deliberación termina cuando se firma la sentencia por todos los magistrados y no son pocas las veces en que, tras una primera aproximación a la solución del caso enjuiciado, son necesarias varias sesiones para precisar o matizar definitivamente la solución provisionalmente adoptada, o para ajustar los términos en que deba quedar redactada la sentencia.

Pero, incluso aunque se entendiese que una vez comenzada la deliberación ya no es posible elevar un asunto al Pleno jurisdiccional ([artículo 92 LJCA \(RCL 1998,](#)

[1741](#)), no aprecio obstáculo procesal ni orgánico para interrumpir o suspender provisionalmente la deliberación comenzada y someter en abstracto la cuestión controvertida -esto es, si cabe o no examinar y resolver en sentencia cuestiones previamente inadmitidas o rechazadas en la fase de admisión- a un Pleno no jurisdiccional, cuya decisión podría ser tenida en consideración por esta Sección, a la que después correspondería retomar y continuar hasta su conclusión la deliberación interrumpida aunque, eso sí, ajustándose en el extremo controvertido al criterio mayoritario que hubiera adoptado el Pleno de la Sala.

Esta posibilidad aun cobra mayor sentido cuando, como en este caso, nos encontramos ante una serie de doce recursos sustancialmente idénticos en cuanto a las cuestiones que en ellos se suscitan, que han sido señalados para su deliberación y fallo en diferentes días, de manera que, respecto de aquéllos cuya deliberación todavía no hubiera comenzado por no haber llegado el día señalado al efecto, aun sería menos dificultoso someter la cuestión controvertida a un Pleno, fuera éste jurisdiccional o no jurisdiccional.

(iii) Conviene resaltar, por otra parte, que no estamos ante un supuesto en el que la Sección de Admisión haya admitido expresamente sólo una de las cuestiones planteadas en la instancia y en el escrito de preparación de la casación, habiendo guardado silencio sobre el resto de las referidas cuestiones. En ese supuesto, a mi entender, no habría obstáculo definitivo para que la Sección de Enjuiciamiento examinase y resolviese las otras cuestiones planteadas, sobre todo cuando tales cuestiones estuviesen tan íntimamente relacionadas con la que fue expresamente admitida que fuera necesario efectuar un pronunciamiento sobre aquéllas para poder decidir sobre ésta.

Pero ese no es el caso ahora, porque, en realidad, no necesitábamos resolver las dos cuestiones expresamente rechazadas por la Sección de Admisión para poder dictar el pronunciamiento correspondiente a la cuestión que sí fue admitida en este recurso.

(iv) Por otra parte, parece evidente que si se aceptara el planteamiento que se propugna mayoritariamente en la sentencia -poder entrar a enjuiciar en sentencia cuestiones expresamente inadmitidas o rechazadas por la Sección de Admisión-, la aplicación de dicho planteamiento debería hacerse de manera uniforme y generalizada, no pudiendo dejarse su aplicación o no aplicación en cada supuesto a la decisión discrecional de esta Sección (o de las otras Secciones de enjuiciamiento) sin que previamente se hubieran acordado y dado a conocer públicamente los criterios utilizados al efecto para ello porque, en caso contrario, padecería gravemente el principio de seguridad jurídica.

En este sentido -y, aunque sólo lo expongo ahora a modo de reflexión, dado que en el supuesto examinado hemos desestimado el recurso de casación por decisión unánime- no es desdeñable el riesgo que conlleva en la práctica la aplicación de ese planteamiento del que discrepo. Tal aplicación podría dar lugar a que se estimase un recurso de casación tras examinarse y resolverse en sentencia una cuestión

expresamente inadmitida o rechazada por la Sección de Admisión en virtud de un auto firme. Y ello podría significar que la Sección de enjuiciamiento incurriera en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incumplimiento del [artículo 118 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) , que perjudicaría a la parte recurrida, al adoptarse una decisión no previsible y que, materialmente, habría dejado sin efecto la decisión de inadmisión de la cuestión previamente adoptada en el auto firme dictado por la Sección de Admisión.

En definitiva, tras valorar conjuntamente las razones expuestas, considero que la Sección no debería haber entrado a resolver en sentencia las cuestiones que fueron en su día rechazadas por la Sección de Admisión, ni -menos aún- debería haber procedido al enjuiciamiento de aquéllas sin intentar someter previamente esa posibilidad a la consideración del Pleno de la Sala.

SEGUNDO.- Sin perjuicio de lo anterior y, aunque comparto la decisión mayoritaria de no apreciar en este caso la existencia de infracción continuada, discrepo con parte de la fundamentación de la sentencia referida a ese extremo, en concreto con la contenida en los siguientes párrafos:

"(...) Es cierto que el modus operandi de la empresa Meydis, S.L., que resultó sancionada en los citados expedientes de la Agencia Española de Protección de Datos, es similar en todos los casos; y, por ello mismo, las diligencias de investigación y trámites realizados en los diferentes procedimientos sancionadores son en parte coincidentes. Pero los datos que hemos consignado indican que los hechos a los que se refieren aquellos expedientes se incardinan en campañas de mercadotecnia distintas, en las que mediante cartas personalizadas se convoca a los destinatarios a actos distintos y en lugares y fechas diferentes.

Pese a que hay similitudes en el modo de proceder de la empresa infractora, nada indica que aquellas actuaciones formen parte de una única campaña de mercadotecnia o que respondan siquiera a un único designio o a un plan preconcebido. Y como oportunamente recuerda la Sala de la Audiencia Nacional, quien alega que estamos en presencia de una infracción continuada es quien debe acreditar que se trata de una pluralidad de acciones que, además de infringir el mismo precepto, han sido realizadas con unidad de propósito y responden a un plan preconcebido, acreditación ésta que, como señala la sentencia recurrida, no se ha producido".

Mi discrepancia se basa en las siguientes consideraciones, que estimo relevantes a este respecto:

(i) En primer lugar, considero que la infracción continuada puede existir, aunque la actuación infractora (el tratamiento in consentido de datos) se proyecte sobre varias campañas de mercadotecnia y no sobre una sola, y aunque los destinatarios de las misivas de esas campañas diversas sean convocados para asistir a actos determinados, distintos en cada caso y en lugares y fechas diferentes.

La ley no exige que estemos ante una única campaña para poder apreciar la existencia de una infracción continuada, ni limita la posibilidad de su apreciación a los supuestos en que los destinatarios de las misivas sean convocados para asistir a un solo acto promocional, en un mismo lugar y en idéntica fecha.

A mi juicio, para poder apreciar si en el caso examinado ha existido o no un designio único, un plan preconcebido, o el aprovechamiento de idéntica ocasión, hay que tener en cuenta cuándo se realiza la conducta típica. Dado que ésta consiste en el tratamiento de datos sin autorización, la infracción se habría materializado y consumado cuando, sin la autorización de los destinatarios, se consignaron los datos personales de los que éstos eran titulares en los respectivos sobres, se introdujo en ellos la publicidad o la convocatoria correspondiente y se formalizaron los envíos.

Si se hubiera acreditado que, bien en un momento anterior o, al menos, en el momento en que se produjo la consumación de la infracción concurría esa unidad de propósito en el sujeto infractor, y que éste proyectaba ese único designio infractor sobre las distintas campañas a realizar (aunque en cada una de éstas hubiere múltiples destinatarios, convocados para asistir a diversos actos promocionales, en fechas y lugares diferentes), no existiría obstáculo alguno, a mi juicio, para poder apreciar la existencia de una infracción continuada.

Lo que ocurre, sin embargo, es que en este caso no ha quedado acreditado que existiera ese designio infractor único con anterioridad ni, tampoco, en el momento de comisión de la infracción y en ello coincido con el parecer mayoritario.

Es más, en realidad, ni siquiera se ha demostrado la fecha o fechas concretas en que se materializó cada una de las utilizaciones inconsentidas de los datos de los destinatarios de las diferentes campañas, ni se ha probado que tales utilizaciones inconsentidas de los datos relativos a las diferentes campañas se produjeran en el mismo momento, en unidad de acto.

(ii) En segundo lugar, considero que no es asumible el razonamiento empleado en la sentencia para rechazar la alegación de la parte recurrente referida a la procedencia de imponer en este caso la sanción correspondiente a la infracción continuada, concretamente en cuanto establece que "(...) quien alega que estamos en presencia de una infracción continuada es quien debe acreditar que se trata de una pluralidad de acciones que, además de infringir el mismo precepto, han sido realizadas con unidad de propósito y responden a un plan preconcebido (...)".

En el supuesto enjuiciado nos movemos en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, al que son aplicables, con matices, los principios del Derecho penal. Así lo recuerda nuestra reciente [sentencia nº 1.382/2020, de 22 de octubre \(PROV 2020, 315335\)](#), con cita de las [SSTC nº 9/2018 \(RTC 2018, 9\)](#), [1/2020 \(RTC 2020, 1\)](#) y [47/2020 \(RTC 2020, 47\)](#). Éstas, a su vez, invocan la doctrina sentada en otras sentencias precedentes en relación con la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del artículo 24 de la

Constitución, incluyendo entre ellas, sin ánimo de exhaustividad, el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, así como el derecho a no declarar contra sí mismo.

Con base en esta doctrina, es claro que la Administración que pretenda sancionar una conducta que estima constitutiva de infracción es quien debe desarrollar su actividad investigadora con el alcance y en la forma previstos en la ley y, también, que a esa Administración cabe exigirle, en definitiva, la prueba de la infracción, siendo ella, por tanto, la que debe aportar los datos que demuestren la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo de la infracción.

En esa tarea la Administración debe actuar con objetividad e imparcialidad, tomando en consideración y aportando al expediente sancionador tanto lo que sea favorable como lo que sea desfavorable al sujeto presuntamente infractor. Así se infiere del artículo 103 de la Constitución cuando establece en su apartado 1 que "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho", añadiendo en su apartado 3 que "La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos...y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones".

Por tanto, desde una perspectiva conceptual, no cabe desplazar hacia el sujeto sancionado la carga de demostrar -a modo de condición para poder apreciar la existencia de una infracción continuada- que en la realización de los diversos actos típicos actuó con unidad de propósito infractor, pues dicha exigencia comporta ineludiblemente la contravención de los principios que informan el derecho administrativo sancionador a los que antes nos referimos.

Cosa distinta es que en el presente caso la solicitud de aplicación del carácter continuado de la infracción efectuada por el sujeto sancionado no pueda atenderse porque, pese a que esa solicitud comporte implícitamente el reconocimiento de la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo de la infracción de carácter continuado (incluido, por tanto, el propósito infractor único), no conste la existencia de otros datos concordantes que pudieran avalar, objetivamente, la concurrencia de ese designio infractor unitario en el momento de la comisión de la infracción o en un momento anterior.

Y la falta de constancia de esos datos nos permite deducir que, en realidad, ese reconocimiento tácito del sujeto sancionado estaba exclusivamente guiado por el ánimo interesado de conseguir la imposición de una sanción más favorable para él que la que resulta de sumar las diversas sanciones que le han sido impuestas en los diferentes procedimientos sancionadores seguidos contra él.

Por ello, en consecuencia, coincido con el parecer mayoritario en que no cabe apreciar en este caso la comisión de una infracción continuada, aunque esta conclusión esté basada en razonamientos distintos de los expresadas en la

sentencia.

En Madrid, en la misma fecha de la sentencia.

D. Fernando Román García

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico