



Roj: **SAN 5864/2021 - ECLI:ES:AN:2021:5864**

Id Cendoj: **28079230012021100573**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/10/2021**

Nº de Recurso: **1410/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **EDUARDO MENENDEZ REXACH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0001410 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 09792/2019

Demandante: LIGA NACIONAL DE FUTBOL PROFESIONAL

Procurador: D^a CONSUELO RODRÍGUEZ CHACÓN

Letrado: D. AGUSTÍN PUENTE ESCOBAR

Demandado: AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D^a. LOURDES SANZ CALVO

Madrid, a once de octubre de dos mil veintiuno.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la **Liga Nacional de Fútbol Profesional, representada por la Procuradora D^a Consuelo Rodríguez Chacón**, contra la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, sobre sanción en materia de protección de datos personales. Ha sido Ponente el Presidente de esta Sección Ilmo. Sr. D. Eduardo Menéndez Rexach.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede de la Agencia Española de protección de Datos y es la Resolución de 10 de junio de 2019.



SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmara el acto impugnado por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y admitida a instancia del actor, con el resultado que obra en autos; finalizada la tramitación, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 5 de octubre de 2021, en el que, efectivamente, se votó y falló.

II . FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso tiene por objeto la Resolución de 10 de junio de 2019, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se impone a LaLiga Nacional de Fútbol Profesional (LaLiga) una multa de 250.000 euros, motivada por la infracción del artículo 5.1.a) del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (RGPD).

SEGUNDO.- La recurrente solicita que se declare la nulidad de la Resolución por contravenir el ordenamiento jurídico o, subsidiariamente acuerde la conversión de la sanción en la imposición de una advertencia o apercibimiento, en méritos a las circunstancias atenuantes de la responsabilidad de LaLiga especificadas en la demanda.

En defensa de su pretensión alega que, en fecha 8 de junio de 2018, se publicó, en el Play Store de Google, una actualización de la aplicación oficial LaLiga que permite informar a los usuarios que la descarguen e instalen en sus dispositivos móviles, de diferentes cuestiones relativas a las competiciones de fútbol organizadas por LaLiga y, además, permitía detectar explotaciones fraudulentas de los contenidos audiovisuales comercializados en establecimientos públicos del canal HORECA que usaban una señal ilícita de los partidos de LaLiga, para lo que era necesario utilizar las funcionalidades del micrófono y geolocalización de los dispositivos móviles de los usuarios de la App, que únicamente se activaban durante las franjas horarias de partidos en los que competían equipos de LaLiga; el día siguiente, 9 de junio, la demandante suspendió las funcionalidades expresadas debido a noticias publicadas sobre dicha App, que la cuestionaban, a raíz de las cuales la Agencia de Protección de Datos inició actuaciones de investigación sobre la posible vulneración de la normativa de protección de datos por parte de dicha App; por otra parte, FACUA presentó una denuncia, el 19 de junio, que se incorporó a las actuaciones previas de inspección en marcha; el 12 de diciembre, se acordó iniciar el procedimiento sancionador por presunta infracción del artículo 5.1.a) y del artículo 7.3 del RGPD, notificado a la recurrente el 28 de diciembre; tras la presentación de alegaciones y la práctica de prueba solicitada por el instructor, no notificada a LaLiga, se formuló propuesta de resolución en la que se acordaba el archivo de lo relativo a la infracción del artículo 7.3 y la imposición de una multa de 500.000 euros por la infracción del artículo 5.1.a); finalmente, en Resolución de 10 de junio de 2019, se impuso a la demandante una multa de 250.000 euros por la infracción de este artículo y acordó el archivo por la infracción del artículo 7.3. En fecha 9 de julio de 2019, LaLiga notificó a la AEPD el cese de las funcionalidades de la aplicación, coincidiendo con el fin de la temporada 2018-2019.

Fundamenta su pretensión en que los hechos probados de la Resolución impugnada de ningún modo describen plenamente lo realmente acontecido y precisa que se sanciona la infracción del principio de transparencia, circunscrito únicamente al hecho de que no se muestra, de forma simultánea al acceso por la App de LaLiga a la funcionalidad del micrófono de los dispositivos móviles de los usuarios que hubieran consentido expresamente ese acceso, un icono identificativo de que el acceso está teniendo lugar, pero no se niega la legitimidad de la demandante para el tratamiento de datos; considera que cuenta con el consentimiento del interesado tal y como exige el artículo 4.11 RGPD y que se ha facilitado a los usuarios toda la información requerida por el artículo 13 RGPD y 11 de la LO 3/2018, de Protección de Datos de Carácter Personal y Garantía de los Derechos Digitales.

La Agencia fija un nuevo criterio interpretativo en relación con el principio de transparencia consagrado en el artículo 5.1.a) RGPD, por lo que se trata ahora de dilucidar si esta norma establece unos requisitos uniformes para el adecuado cumplimiento de este principio o si las autoridades de control pueden, según estimen conveniente, imponer requisitos adicionales más allá de lo establecido en la propia normativa aplicable.



Considera que son de aplicación las normas anteriores a la entrada en vigor del RD-Ley 5/2018, de 27 de julio, conforme a lo establecido en su Disposición Transitoria Primera, salvo que las posteriores fueran más favorables, de cuya aplicación resulta que en el procedimiento administrativo se han conculcado los derechos de audiencia, separación de las fases de instrucción y enjuiciamiento y aportación de los medios de prueba necesarios para hacer valer su derecho, así como de la elevación *in peius* del importe de la sanción indebidamente incorporada al acuerdo de inicio que implican necesariamente la declaración de la nulidad de pleno derecho del procedimiento, conforme al artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre; alega también indefensión por la práctica de una diligencia probatoria acordada por el instructor sin su conocimiento y la negativa a aceptar la validez de la prueba de la demandante que la refuta, pues demuestra la existencia de una política de privacidad específica para la App instalada en dispositivos Android, que difería de la incluida en la página web de LaLiga y detallaba de forma clara y comprensible la lógica del tratamiento llevado a cabo, el momento en que se producía la activación de la funcionalidad del micrófono, la información recogida y la finalidad del tratamiento.

Con base en el informe pericial que aporta, afirma que el mecanismo de prevención del fraude de LaLiga no recoge, en el sentido del artículo 4.2 del RGPD, sonidos; no los almacena ni en el dispositivo móvil ni en ningún otro lugar y no podría llegar a hacerlo porque se han adoptado las medidas tendentes a evitarlo, como reconoce expresamente la Resolución recurrida. En definitiva, no se lleva a cabo un tratamiento de datos personales, ni de los usuarios de la App, ni de las personas cuyos sonidos pudieran ser captados por el micrófono, no siendo aplicable la legislación de protección de datos personales; a lo sumo, existiría un tratamiento de datos seudonimizado lo que mitigaría la alarma social mencionada por la Resolución.

Añade que el tratamiento de datos llevado a cabo por LaLiga, en caso de que las informaciones recabadas pudieran ser consideradas datos personales, podría ampararse suficientemente en el cumplimiento de una misión de interés público o, cuando menos, en la consecución de un interés legítimo de la propia entidad y de los clubes de fútbol que la integran, dado que ha sido el propio legislador el que le ha atribuido la gestión de los derechos audiovisuales de los que son titulares sus integrantes como establece el Real Decreto-ley 5/2015; en el ejercicio de esta competencia, LaLiga consideró, en su momento, que existía una importante fisura en dicha gestión y explotación como consecuencia, esencialmente, de la piratería y de la utilización ilegal de las formas de explotación, que suponen un fraude al sistema de comercialización que calcula en 400 millones anuales que, prácticamente, suponen un tercio del producto de la comercialización de los derechos audiovisuales.

En cuanto al principio de transparencia, éste exige que el interesado conozca, desde el momento en que se lleve a cabo una acción que pudiera implicar el tratamiento de los datos, no sólo que dicho tratamiento puede tener lugar, sino las circunstancias en que el mismo se producirá y cualquier información adicional al respecto, como lo es la especificación de cómo se lleva efectivamente a la práctica ese tratamiento, pero ni del RGPD ni de las Directrices del Grupo de trabajo del artículo 29 se deduce, como pretende la Resolución, la obligación de informar al interesado cada vez que se recojan los datos.

Finalmente, en cuanto a las circunstancias agravantes aplicadas en la Resolución, opone que no sólo no concurren en la actuación de LaLiga tales agravantes, sino que concurriría, en el negado supuesto de considerarse que esa actuación no es plenamente conforme al ordenamiento jurídico, una serie de atenuantes de tal entidad que deberían determinar, a lo sumo, la imposición de una mera sanción de advertencia o apercibimiento, pero en ningún caso una sanción de carácter económico.

TERCERO.- La representación de la Administración demandada, por su parte, opone que la esencia del litigio consiste en la discrepancia entre el recurrente y la recurrida acerca del reforzamiento del principio de transparencia mediante el conocimiento, por parte del usuario, de que en un determinado momento la aplicación que se ha descargado tiene activada una determinada funcionalidad, puesto que, en el momento en que se descarga el usuario la aplicación, normalmente dicha funcionalidad no está activada a buen funcionamiento; añade que lo que dice la demanda sobre los hechos probados de la Resolución no tiene en cuenta la realidad de tales hechos, sino que responde a una interpretación sesgada; señala que de las manifestaciones de LaLiga y del expediente administrativo, en particular de la Política de Privacidad de LaLiga, se deduce la existencia de tratamiento de datos personales y la propia demanda reconoce que cuando se utiliza la aplicación de LaLiga para geolocalizar y utilizar el micrófono del terminal no existe un icono que recuerde que en el momento de estar grabando se está utilizando el micrófono, de modo que no sólo la propia Liga reconoce que se recogen datos personales, sino que incluso pueden no ser de quien utiliza la aplicación, sino de terceros; no existe, por tanto, desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales, una diferencia entre la captación del sonido o recoger el sonido; ambas son manifestaciones de la misma expresión, esto es, ambas son operaciones incluidas dentro de la definición de tratamiento de datos personales que recoge el art. 4.2 RGPD y, por tanto, se les aplica el régimen normativo del RGPD.



Por otra parte, el RGPD (Arts. 57 a 59) no ha limitado las funciones o competencias de las autoridades de control independientes a ser un mero órgano sancionador, sino que les ha atribuido, directamente, la facultad de determinar cuáles son los criterios de aplicación de la normativa de protección de datos, de manera que, si bien el responsable del tratamiento está sujeto a una responsabilidad proactiva, corresponde a las autoridades de control e independientes, en este caso a la AEPD, la determinación de cuál ha de ser la correcta forma de llevar a cabo un determinado tratamiento de datos personales; dentro de dichos poderes hay que distinguir el de determinar cómo ha de llevarse a cabo un determinado tratamiento, incluyendo como ha de ajustarse este al principio de transparencia (art. 5.1.a) RGPD), lo que no tiene naturaleza sancionadora, de la posibilidad de imponer una multa administrativa, mencionada en el art. 58.2.i) RGPD, que sí la tiene, respetando, en todo caso, el principio de proporcionalidad.

Señala que el contenido fundamental del derecho a la protección de datos personales consiste en la facultad del titular de dichos datos de consentir su uso, aunque el responsable del tratamiento no tenga luego conocimiento de ese contenido, es decir, la posibilidad de evitar su recogida o uso, lo que desmonta la argumentación de la demanda en el sentido de que los sonidos recogidos por el micrófono del teléfono móvil, en realidad no se almacenan, sino que se convierten en una huella de sonido ("fingerprint") que no permiten el acceso o conocimiento del dato personal y no existe, desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales, una diferencia entre la captación del sonido o recoger el sonido; ambas son operaciones incluidas dentro de la definición de tratamiento de datos personales que recoge el art. 4.2 RGPD y que LaLiga realiza captando el sonido ambiente en el lugar y momento en que la funcionalidad se active, esto es, cuando el micrófono se ponga a funcionar con independencia de la voluntad del interesado, que puede incluso haberse olvidado de la existencia de dicha funcionalidad habida cuenta del tiempo que puede haber pasado desde el momento en que se prestó el consentimiento para dicho tratamiento de datos personales, y esa huella de sonido permite identificar unívocamente a su titular, siendo la finalidad del tratamiento la identificación del sonido de una emisión de una retransmisión de un partido por televisión para poder determinar si en dicho lugar se está llevando a cabo una retransmisión sin pagar los derechos correspondientes a LaLiga.

En cuanto a la obligación de transparencia en el tratamiento de los datos personales, el Reglamento establece las normas a las que habrán de ajustarse los tratamientos de datos personales, pero el legislador comunitario ha determinado que la última palabra acerca de si un determinado tratamiento cumple con los principios a que debe atenerse dicho tratamiento corresponde a la autoridad de control, teniendo en cuenta que el legislador del RGPD ha querido enfatizar la necesidad de transparencia en los tratamientos de datos personales estableciendo expresamente, en su artículo 5, tal principio, como necesario en los tratamientos de datos personales que hayan de llevarse a cabo de conformidad con el nuevo Reglamento, y este principio de transparencia exige que se notifique a los usuarios cada vez que se lleve a cabo el tratamiento de datos, lo que también resulta de la aplicación de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (artículo 9.2) así como en el artículo 48 de la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, de lo que resulta la obligación de poner en conocimiento de los usuarios la posibilidad prevista legalmente de que puedan rechazar en cualquier momento la utilización de sus datos de localización y, en particular, respecto a los menores de edad pero mayores de catorce años posibles usuarios de la aplicación, con el consentimiento prestado inicialmente; añade, como muestra de que no se respeta el principio de transparencia, el hecho de que existan dos políticas de privacidad y la circunstancia de que, de los más de cuatro millones de personas que se han descargado la aplicación, sólo para 50.000 se pondrá en marcha la aplicación, aunque se no conoce quiénes sean éstos del total de usuarios pues, una cosa es el tratamiento que predica LaLiga mediante la información que proporciona, que permite conocer a los interesados a qué tratamientos van a ser sometidos sus datos personales en un futuro, y otra distinta es la posibilidad de conocer, mientras se está llevando a cabo dicho tratamiento, que los datos personales están siendo tratados en ese mismo instante y así resulta también de las Directrices del Grupo de Trabajo 29 sobre la transparencia en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 .

Rechaza, igualmente, la existencia de infracción de los principios del procedimiento sancionador que se denuncian en la demanda y considera que la diferencia entre la sanción propuesta en el acuerdo de inicio y la impuesta en la resolución está justificada en la propia Resolución; niega, también, que haya existido indefensión en la práctica de la prueba y, en definitiva, el informe pericial aportado por la demandante fue tenido en cuenta en la Resolución; finalmente, sobre los criterios aplicados por la Agencia para la graduación de la sanción, estima que se ha respetado el principio de proporcionalidad dado el importe máximo posible aplicable, calculado sobre la cifra de negocios de LaLiga, y la cuantía de la sanción efectivamente impuesta; por otra parte, lo que en la demanda se consideran atenuantes no son sino criterios de graduación de la sanción aplicados a las concretas circunstancias del caso, entre otras, el elevado número de afectados en



este supuesto; en cuanto a la inexistencia de infracciones anteriores por parte de LaLiga, no constituye una circunstancia que aminore la responsabilidad, como tampoco lo son el resto de las pretendidas en la demanda.

Por todas las razones anteriores solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la Resolución impugnada.

CUARTO.- La Resolución impugnada contiene una declaración de hechos probados, en virtud de la cual se considera que tales hechos constituyen una infracción del artículo 5.1 a) del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (Reglamento general de protección de datos), prevista en su artículo 83.5 a), que se sanciona con una multa de 250.000 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 83.1, 2 y 5 del propio Reglamento; ordena, además, a LaLiga, que adecue al principio de transparencia el uso de la aplicación en los términos indicados en la resolución, en el plazo de un mes.

Por otra parte, acuerda archivar la imputación de la comisión de una infracción del artículo 7.3 RGPD, que había sido incluida en el acuerdo inicial del procedimiento y en la propuesta de resolución.

Para una correcta comprensión de los hechos del recurso interesa ahora reproducir los hechos probados de la Resolución, omitiendo únicamente la parte del hecho probado SEIS, que reproduce las alegaciones de la demandante, que son del tenor siguiente:

"UNO.- El 8/06/2018 se pusieron en marcha nuevas funcionalidades de la appLALIGA referidas a la captación de audio y geolocalización a través de los dispositivos móviles que tuvieran la citada aplicación instalada.

DOS.- En fecha de 15/06/2018 y 8, 9 y 10 de febrero de 2019, se procede a instalar la appLALIGA en un dispositivo móvil y una vez instalada la aplicación en el apartado CONDICIONES GENERALES DE USO Y POLITICA DE PRIVACIDAD figuran el apartado 3. USO DEL MICROFONO que indica lo siguiente:

(...) sólo en el caso de que aceptes la casilla habilitada al efecto, así como mediante la ventana emergente que aparece en la APP, LaLiga podrá activar el micrófono de tu dispositivo para conocer si estás viendo partidos de futbol. (...)

Y el apartado 4. USO DEL GEOPOSICIONAMIENTO que indica lo siguiente:

(...) *solo en el caso de que aceptes la casilla habilitada al efecto, así como mediante la ventana emergente que aparece en la APP, LaLiga podrá conocer tu ubicación a través del geoposicionamiento de tu dispositivo móvil (...).*

Ambas cláusulas indican que la finalidad es (...) *detectar fraudes en establecimientos públicos no autorizados (...).*

TRES.- As imismo, consta un enlace al que se remite la información que aloja la política de privacidad de la web, respecto del momento en que se activa el micrófono, es la siguiente (...) *en los momentos en que se estén disputando partidos de competiciones de futbol organizados por LaLiga (...)*

En el enlace aloja en <https://www.laliga.es/lfp> se indica que (...) *Es una asociación deportiva integrada por todas las sociedades anónimas deportivas y clubes de futbol de Primera y Segunda División que participan en competiciones oficiales profesionales de ámbito nacional (...)*

CUATRO.- La información referenciada en los hechos probados anteriores, se mantiene en idénticos términos a la fecha de 26/03/2019.

CINCO.- En fecha de 15/06/2018 se realiza una prueba de instalación y se verifica que, en el momento de la instalación de la appLALIGA, se muestran pantallas emergentes del sistema operativo solicitando permiso para grabar audio y acceder a la ubicación del teléfono. Una vez en la aplicación, no se observa (no se encuentra) ningún icono en la aplicación que muestre la activación del micrófono o la localización, ni iconos o marcas que reflejen la habilitación para su posible activación. Tampoco se encuentra información sobre el estado de estas activaciones dentro de las opciones y los menús de la aplicación.

SEIS - Re respecto del funcionamiento de la appLALIGA en relación con la finalidad de detectar fraudes en establecimientos públicos no autorizados la entidad manifestó durante las actuaciones de inspección, entre otras cuestiones, las siguientes:"

[...]

"SIETE.- - En el momento de ejecución de la funcionalidad del micrófono del dispositivo que supone la captación de audio, no se ha hallado ningún icono, marca o señal, que indique que se está utilizando el



micrófono. La entidad investigada a fecha de 24/01/2019, ha manifestado que no incluirá ninguna marca, señal o icono a este respecto.

OCHO.- En el momento de ejecución de la funcionalidad de la geolocalización del dispositivo que supone acceder a la ubicación, se muestra un icono de la geolocalización.

NUEVE.- En la inspección realizada, la entidad manifestó, entre otras cuestiones, lo siguientes (...) *Para la captación de los datos (micrófono y ubicación) no es necesario que la appLALIGA este ejecutándose en primer plano, existiendo procesos informáticos ejecutándose en segundo plano (background) en el dispositivo móvil que permiten la recogida de los datos. (...)*

DIEZ.- Me diante el proceso de detección de fraude realizado a través de la appLALIGA, desde que se produce la captación de la información, pasando por la transformación, y envío a FLUZO y posterior recepción, se somete a tratamiento, al menos la siguiente información: *el audio que se capta a través del micrófono, la dirección IP, un identificador de usuario, el sistema operativo y modelo de dispositivo, fecha y hora y ubicación.*

ONCE.- Co nsta en la documentación obtenida en las actuaciones previas de inspección, un informe externo a la entidad, realizado con carácter previo a la puesta en marcha de las nuevas funcionalidades, donde se recomienda lo siguiente: (...) *el establecimiento de restricciones en la utilización de la funcionalidad, acotando espacios temporales e informándolos previamente al usuario; mostrar avisos o advertencias para recordar de manera frecuente al usuario que los sensores están recogiendo sus datos personales; Incluir en la aplicación un icono específico por el que el usuario pueda conocer en qué momentos LALIGA recoge audio y ubicación.(...)*

DOCE: Co nsta en la documentación obtenida en las actuaciones previas de inspección, información *que refleja las reuniones internas en LALIGA de Privacy by Designa sobre la AppLALIGA, mantenidas en marzo de 2018. (En esta documentación se recomienda anonimizar los datos obtenidos de tal forma que no se pueda asociar a ningún dato personal o identificador. En concreto se recomienda no tratar o recoger identificadores únicos tales como el IMEI, MAC address, device id, ID de publicidad, número de serie del dispositivo o dirección IP).*

TRECE: Du rante la inspección realizada se puso de manifiesto que la aplicación no contaba con un proceso de revocación de los permisos de uso de las funcionalidades referidas al micrófono y ubicación. Frente a los derechos de oposición, o frente a una revocación del consentimiento, la entidad remitía a la configuración del sistema operativo del dispositivo para desactivar permisos.

CATORCE: En fecha de 8,9 y 10 de febrero de 2019, se verificó que la appLALIGA dispone de un procedimiento habilitado para desactivar el uso del micrófono y la ubicación".

El art.5. 1 a) RGPD dispone que los datos serán *"tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»"); el incumplimiento de esta obligación está tipificado como infracción en el artículo 83.5 a) que contempla la imposición de multa de hasta 20.000.000 de euros como máximo "o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4% como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía".*

El razonamiento por el que la Agencia llega a su conclusión se expone en el Fundamento Jurídico 5 de la Resolución, cuyo contenido se examinará más adelante. Previamente, la demanda alega la existencia de vicios en el procedimiento administrativo determinantes de la nulidad de la resolución al haberle causado indefensión.

QUINTO.- Co nforme a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, para que una irregularidad procedimental tenga incidencia en el artículo 24.1 CE ha de estar vinculada a una situación de indefensión material, que impida efectivamente el ejercicio del derecho de defensa; en este caso ninguna de las circunstancias alegadas ha producido este efecto.

Considera la demanda que tales circunstancias consisten en: el aumento de la cuantía de la multa en la propuesta de resolución en relación con la del acuerdo inicial, la práctica de una prueba por el instructor sin intervención de la demandante, la infracción del derecho de audiencia, del de separación de las fases de instrucción y enjuiciamiento y del derecho a aportar los medios de prueba necesarios para su defensa.

En cuanto al primero, el acuerdo de incoación contenía una sanción para la infracción finalmente sancionada de 200.000 euros, frente a los 250.000 euros de la resolución; el artículo 64 de la Ley 39/2015 (*"Acuerdo de inicio en los procedimientos de naturaleza sancionadora"*) señala en su apartado 2.b) que deberá contener, entre otros extremos, los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, *"sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción"*; esta norma guarda relación con lo establecido en el artículo 85 que regula los efectos del reconocimiento de su responsabilidad por el infractor, entre otros y señaladamente, la reducción del importe de la multa, siempre que desista o renuncie a cualquier acción o recurso administrativo; entiende el demandante que la no aceptación inicial de



responsabilidad penaliza a quien decide ejercer sus derechos y continuar la tramitación del procedimiento, pero la Agencia no hizo sino aplicar exactamente la norma mencionada y no estaba vinculada a esa determinación inicial de la cuantía, pues rechazada esa aceptación inicial, se instruyó el procedimiento y, a la vista de su desarrollo, la propuesta de resolución incluyó otra cantidad distinta, superior, como permite el artículo 64.2b) citado, que tras las alegaciones de la demandante, quedó fijada en 250.000 euros, inferior a la de la propuesta (500.000 euros), de modo que se respetó también lo establecido en el artículo 90.2, siempre de la Ley 39/2015, sin producir indefensión.

La prueba en la que no tuvo intervención la demandante consistió en la instalación de la aplicación en un dispositivo móvil y en la captura de pantalla que se incorporó como diligencia al procedimiento, el 26 de marzo de 2019; el detalle de esta diligencia se describe en el Antecedente de Hecho Sexto de la Resolución; el artículo 78 de la Ley 39/2015, considerado como infringido, dispone la comunicación a los interesados, con antelación, de las pruebas que hayan sido admitidas; en este caso no se trataba de una prueba propuesta por LaLiga, sino realizada a instancia de la propia Agencia; la operación consistió en la instalación de la App y comprobación de su contenido y este resultado fue incorporado al expediente y pudo ser discutido por la demandante en sus alegaciones a la propuesta de resolución y contraargumentado mediante las correspondientes pruebas periciales, como de hecho presentó tanto en vía administrativa, aunque allí admitida como documental, no como pericial, como en este recurso, y constituye una parte importante de su defensa; no explica por qué su presencia hubiera podido cambiar el resultado de la instalación de la aplicación y el resultado de las capturas de pantalla, de modo que su discrepancia versa más bien sobre la valoración que de esta prueba se realiza en la Resolución que con la práctica de la misma, por lo que tampoco cabe apreciar la existencia de indefensión material.

Finalmente, se alega también la infracción del principio de separación de las fases de instrucción y decisión, lo que no se observa en este caso, en que se acuerda por la Directora de la Agencia el inicio de las actuaciones previas de investigación, ante cuyo resultado acuerda iniciar el procedimiento sancionador, el 12 de diciembre de 2018, conforme al artículo 126 del Reglamento aprobado por Real Decreto 170/2007, de 21 de diciembre, que fue instruido por el inspector designado, quien formuló la propuesta de resolución correspondiente a la Directora de la Agencia; se distingue perfectamente en el expediente, por tanto, la fase de actuaciones previas, prevista en el Reglamento mencionado (artículos 122 a 126), la incoación de expediente sancionador adoptada por el órgano competente, la instrucción y propuesta de resolución y la decisión definitiva, de modo que no se aprecia irregularidad alguna ni en qué medida la hipotética existencia de alguna de ellas hubiese podido afectar a la defensa de la demandante.

En cuanto a la restricción del derecho a la aportación de pruebas referido, en concreto, al informe pericial presentado con las alegaciones a la propuesta de resolución, éste no fue admitido con ese carácter pero sí como documento cuyo contenido se encuentra incorporado a las alegaciones a la propuesta (páginas 28 a 31 de la propuesta de resolución), en las que recoge sus conclusiones y, como consecuencias derivadas, destaca que el tratamiento realizado por la Agencia en la instalación de la App queda desvirtuado por las conclusiones del informe, de modo que ha podido cuestionar la diligencia probatoria y su resultado, como también en este recurso contencioso, lo que excluye, igualmente, la indefensión material. La misma conclusión es aplicable a la infracción del trámite de audiencia, en tanto en cuanto la demandante ha tenido acceso al expediente, ha sido oída y ha presentado alegaciones tanto al acuerdo de inicio del procedimiento como a la propuesta de resolución.

SEXTO.- En cuanto al fondo, en el escrito de conclusiones de la demandante se centra la cuestión debatida en determinar si cabe considerar suficientemente cumplido y adecuado el principio de transparencia formulado en el artículo 5.1 a) RGPD en la instalación y funcionamiento de la App de LaLiga, o si es necesaria alguna actividad adicional que la resolución identifica en que en el dispositivo móvil en que se ha instalado se muestre un icono cada vez que se activa efectivamente o, con carácter más general, si las autoridades de control pueden, según estimen conveniente, imponer requisitos adicionales más allá de lo establecido en la propia normativa aplicable, extremo éste que excedería del contenido de lo que es propio de una resolución sancionadora que ha de atenerse a los hechos probados en la instrucción y a su encaje y tipificación en los tipos descritos en la norma.

Las alegaciones realizadas sobre la aplicación del principio de transparencia en relación con la regulación de los datos personales contenida en el Reglamento General son respondidas razonadamente en la Resolución (Fundamento Jurídico 6); basta para demostrar su estrecha relación, su formulación conjunta en el propio artículo 5.1.a), antes transcrito, así como su explicación en los Considerandos 39 (*" Todo tratamiento de datos personales debe ser lícito y leal. Para las personas físicas debe quedar totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados. El principio de transparencia exige que toda información y*



comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro. Dicho principio se refiere en particular a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento...") y 60 (Los principios de tratamiento leal y transparente exigen que se informe al interesado de la existencia de la operación de tratamiento y sus fines. El responsable del tratamiento debe facilitar al interesado cuanta información complementaria sea necesaria para garantizar un tratamiento leal y transparente, habida cuenta de las circunstancias y del contexto específico en que se traten los datos personales. Se debe además informar al interesado de la existencia de la elaboración de perfiles y de las consecuencias de dicha elaboración. Si los datos personales se obtienen de los interesados, también se les debe informar de si están obligados a facilitarlos y de las consecuencias en caso de que no lo hicieran. Dicha información puede transmitirse en combinación con unos iconos normalizados que ofrezcan, de forma fácilmente visible, inteligible y claramente legible, una adecuada visión de conjunto del tratamiento previsto. Los iconos que se presentan en formato electrónico deben ser legibles mecánicamente.").

Así, el tratamiento de datos debe ser objeto de una información clara, fácil de acceder e inteligible para el titular de los datos, facilitando que su consentimiento sea correctamente informado y posibilitando el ejercicio de sus derechos. La resolución considera que el tratamiento de datos que se realiza a través de la aplicación de LaLiga en los dispositivos móviles de los usuarios, derivado de la funcionalidad del micrófono, vulnera el principio de transparencia ya que presta inicialmente su consentimiento al instalar la aplicación, pero ignora el momento en que ésta recoge sonidos a través del micrófono en cada ocasión en que se activa, que es cuando se produce el tratamiento y cuando es de utilidad para LaLiga.

Para la Agencia, el principio de transparencia se vería respetado si, cada vez que se activa la aplicación, apareciera un icono en la pantalla indicando que está en funcionamiento.

La demandante considera que no hay tratamiento de datos personales ni del titular del dispositivo que tiene instalada la aplicación ni de las personas cuyos sonidos capta el micrófono al activarse, lo que queda claro en la política de privacidad de la aplicación proporcionada por LaLiga. Basa esta afirmación, fundamentalmente, en el informe pericial presentado con la demanda.

Como se ha expuesto antes, inicialmente la Agencia consideraba la existencia de dos infracciones: una relativa al funcionamiento del micrófono, que es la que se mantiene en la Resolución, y otra sobre la geolocalización incorporada a la App, pero suprime ésta infracción al comprobar que cuando se activa la geolocalización sí aparece un icono en la pantalla que avisa de su funcionamiento; no se alcanza a comprender por qué, en este caso, la aparición del icono no pone en riesgo la finalidad pretendida de combatir la piratería derivada de las retransmisiones deportivas no autorizadas que causan un gran perjuicio económico a LaLiga, como ésta mantiene, y sí lo hace en el caso del micrófono, es decir, la demandante, igual que adaptó el funcionamiento del geolocalizador a las observaciones de la Agencia, podía haber hecho lo mismo con el micrófono, eliminando así la sanción, por lo que esa falta de explicación priva de fundamento a las alegaciones de LaLiga sobre este punto.

Lo mismo sucede con la pretendida ausencia de tratamiento de datos; si tal tratamiento no existe, no tiene sentido informar acerca de él en la política de privacidad ni, menos aún, solicitar el consentimiento del titular de los datos que supuestamente no se van a tratar.

Además, hay que tener en cuenta el peculiar funcionamiento y finalidad de una aplicación diseñada, en principio, para proporcionar a quienes la instalen información sobre las competiciones deportivas a cargo de LaLiga, junto a otras complementarias, como la situación de las instalaciones deportivas, que la hace muy popular, como lo demuestran las cifras indicadas por la propia demandante. A este contenido propio y principal se añade otro -la captación de sonidos por el micrófono- que convierte a los usuarios que instalen la aplicación, habilitada desde el 8 de junio de 2018, y acepten las condiciones, en colaboradores o instrumentos de LaLiga en su lucha contra el fraude que se produce con la emisión de partidos de fútbol por parte de establecimientos públicos que no disponen de los correspondientes permisos; ante esta segunda funcionalidad de la aplicación es exigible, sin duda, extremar la transparencia sobre su funcionamiento, finalidad y activación en el sentido indicado por la Agencia, que parece proporcionado y adecuado y que la propia demandante siguió en una de las formas (la geolocalización) pero no en cuanto a la captación de sonidos; esta interpretación se ajusta al sentido del Considerando 74 RGPD ("*Debe quedar establecida la responsabilidad del responsable del tratamiento por cualquier tratamiento de datos personales realizado por él mismo o por su cuenta. En particular, el responsable debe estar obligado a aplicar medidas oportunas y eficaces y ha de poder demostrar la conformidad de las actividades de tratamiento con el presente Reglamento, incluida la eficacia de las medidas. Dichas medidas*



deben tener en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como el riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas").

Las consideraciones de los Fundamentos de derecho de la resolución proporcionan una explicación razonada y en la que no se aprecia error o arbitrariedad: analizan todas y cada una de las alegaciones de la demandante, similares a las formuladas en este recurso y, con base en las pruebas practicadas en el expediente, concluyen correctamente en la infracción del principio de transparencia en relación con la protección de los datos personales, tipificada y sancionada en el Reglamento General que ahora procede confirmar.

SÉPTIMO.- Restan por examinar las alegaciones sobre la cuantía de la multa impuesta y sobre las circunstancias consideradas para su determinación; en cuanto a estas últimas, el art. 83 RGPD establece que *"Cada autoridad de control garantizara que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 5 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias"*; en el apartado segundo relaciona los criterios aplicables que pueden atenuar o agravar la infracción según las circunstancias del caso; por su parte el Considerando 151 RGPD señala en particular la *"naturaleza, gravedad y duración de la infracción y sus consecuencias y a las medidas tomadas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento e impedir o mitigar las consecuencias de la infracción"*.

En la Resolución de la Agencia se da respuesta a las alegaciones de la recurrente, similares a las del presente recurso, de modo razonado y detallado exponiendo las razones por las que considera la concurrencia o no de las alegadas y se explican los criterios utilizados, con base en los hechos probados, que llevan a su aceptación o a su rechazo, por lo que ahora procede confirmarlos al ser ajustados a las normas mencionadas; también se razona la adopción de la medida impuesta a LaLiga junto con la sanción, que no ha sido cuestionada en este recurso.

Respecto de la cuantía, los límites máximos a que se deben ajustar las multas administrativas previstas para las infracciones, se encuentran en el propio Reglamento y, ciertamente, son elevados; en este caso el importe ha sido determinado por la Agencia, en atención al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta tres elementos (Fundamento de derecho 17.2.7): *"la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes; la afección económica en el patrimonio del sancionado y el porcentaje que supone la sanción propuesta, en la horquilla de importes que determina la norma"*. Así se aprecia, conforme a los Fundamentos anteriores de la Resolución, que no concurren atenuantes y sí agravantes, la cifra de negocios de LaLiga en 2018 (1.754.301.000 euros) y el porcentaje que supone dentro de la horquilla de la cuantía que determina el RGPD (en torno a 1%), de modo que la cuantía impuesta se ajusta a los criterios legales y es proporcionada a la gravedad de la infracción por lo que procede confirmarla.

OCTAVO.- En aplicación del art. 139.1. de la Ley de esta Jurisdicción, no procede hacer imposición de costas a ninguna de las partes, dada la dificultad y novedad de las cuestiones de hecho y de derecho, que se reflejan en las consideraciones anteriores.

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el presente recurso nº 1410/2019, interpuesto por la Procuradora Sra. Rodríguez Chacón, en la representación que ostenta, contra la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos descrita en el primer Fundamento de Derecho, que se confirma por ser conforme a derecho.

SEGUNDO.- No hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

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

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.