

EDJ 2007/108467

Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 18-7-2007, rec. 359/2005

Pte: Buisan García, Nieves

Comentada en "La reciente modificación de la Ley Orgánica de Protección de Datos: una modulación del régimen sancionador a la luz de la experiencia"

Resuelto el recurso interpuesto en su contra por STS Sala 3ª de 22 febrero 2011 (J2011/11815)

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

PROTECCIÓN EN EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS
EN GENERAL

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.4.7, art.6.1 de LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal
Cita Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Jurisprudencia

Resuelto el recurso interpuesto en su contra por STS Sala 3ª de 22 febrero 2011 (J2011/11815)

Bibliografía

Comentada en "La reciente modificación de la Ley Orgánica de Protección de Datos: una modulación del régimen sancionador a la luz de la experiencia"

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 22 de noviembre de 2005, acordándose por providencia de 29 de noviembre siguiente su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998 EDL 1998/44323 , y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno AGM Contacta SL formalizó la demanda mediante escrito presentado el 7 de febrero de 2006, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, solicitó se dictara sentencia en la que "se anule y se deje sin efecto el acto objeto del presente recurso de acuerdo con la anterior parte expositiva y se ordene la restitución de los costes de al garantía formalizada por mi mandante en el marco de la suspensión del acto recurrido".

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 29 de marzo de 2006, en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso y se confirmara la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente.

CUARTO.- Habiéndose solicitado el recibimiento del recurso a prueba, se acordó el mismo mediante Auto de 31 de marzo de 2006 , practicándose la documental propuesta y admitida, con el resultado que figura en las actuaciones.

No considerándose necesaria la celebración de vista pública, se dio trámite de conclusiones a las partes, trámite que evacuaron por su orden, primero la defensa de la entidad recurrente y después el Abogado del estado, mediante escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivas pretensiones.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 17 de julio de 2007, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada Dª Nieves Buisán García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por TGT, Tecnología Y Gestión Telefónica SAU, la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 20 de octubre de 2005, que confirma en reposición la de 24 de agosto anterior que impone a dicha entidad, por una infracción del art. 4.7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal tipificada como muy grave en el artículo 44 EDL 1999/63731 .4 .a) de dicha norma, una multa de 300.506, 05 euros.

La misma Resolución impone también a UNI2 SA una multa de 30.000 euros por una infracción del art. 6.1 de la misma Ley Orgánica 15/1999 EDL 1999/63731 , así como otra multa de 60.101,21 euros por una infracción del art. 4.3 LOP de dicha LOPD.

Tales resoluciones declaran como hechos probados los que se exponen a continuación:

PRIMERO.- La denunciante, en julio de 2003, recibió un escrito de UNI2 en el que le comunicaban que, según conversación telefónica, le adjuntan solicitud de marcación directa ("preasignación por residencial") para que la devuelva firmada. Posteriormente la denunciante recibió al menos dos facturas y diversos requerimientos de pago emitidos por dicha empresa, relativos a cuotas del producto " Tarifa Plana MiCiudad 24 horas". No hay constancia de que la denunciante hubiera firmado documentación contractual de estos servicios de telefonía con UNI2.

SEGUNDO.- En la visita de inspección efectuada en los locales de la compañía UNI2, se ha verificado que los datos de la denunciante, entre otros, nombre, apellidos, DNI, dirección y cuenta bancaria, figuran en el fichero "Clientes" de la entidad, inscrito en el Registro General de Protección de Datos y descrito como "base de datos clientes", asociados al servicio "Indirecto 1052 Res" para la línea " NUM000 ", con fecha de activación del día 08/07/2003 y fecha de suspensión el día 20/11/2003 por "Deuda".

TERCERO.- La supuesta contratación de servicios de telefonía de acceso indirecto fue realizada a través de la sociedad TGT por medio de telemarketing...

En este caso UNI2 suscribió con TGT un contrato de servicios de telemarketing y prestaciones asociadas para el mercado residencial de mayo de 2003, en cuyo anexo III figura un acuerdo de confidencialidad entre las partes.

CUARTO.- A la solicitud de la Agencia Española de Protección de Datos, UNI2 aporta copia del contrato suscrito con TGT para prestación de un servicio de telemarketing en la venta productiva de los productos de UNI2.

En el citado contrato, artículo 5, apartados 3,4 y 5 se recoge lo siguiente:

"5.3 El proveedor procederá a la impresión de los contratos correspondientes a las líneas firmadas con aseguramiento de tráfico que hayan sido activadas. Asimismo, el Proveedor se encargará, utilizando sus medios, de recoger la firma del cliente, remitiendo los contratos a UNI2 en el plazo de 48h desde la fecha en que el cliente final de UNI2 se lo haya entregado firmado al Proveedor. Este último párrafo no será de aplicación en el caso de que la devolución del contrato se haya concertado a través del servicio de Correos.

5.4 El Proveedor se compromete a enviar las solicitudes de nuevos servicios y/o productos con una fotocopia de la última factura de Telefónica del nuevo cliente activado. En el caso de que esto no sea posible, dicha factura deberá ser sustituida por cualquier otro medio que demuestre fehacientemente la titularidad de la (s) línea (s) telefónica (s) contratada (s) con UNI2. Sin ninguna de las dos opciones pudiese realizarse, el Proveedor realizará una comprobación telefónica de los datos y registrará el nombre de la persona de contacto que ha facilitado los datos, día y hora de la comprobación y nombre del empleado del Proveedor que ha hecho la comprobación.

5.5 Junto con cada envío de contratos, el Proveedor enviará un fichero Excel con los datos de los clientes y de las líneas a los que se refieren dichos contratos..."

QUINTO.- UNI2 ha declarado que para las altas telefónicas se genera automáticamente un contrato, que se remite por correo al cliente respectivo. Sin embargo, no ha aportado al procedimiento las solicitudes del servicio de acceso indirecto, ni del abono " Tarifa Plana MiCiudad 24 horas" de la denunciante, ni ningún otro documento suscrito por la misma.

Asimismo, se ha verificado que en los ficheros de la entidad ("Histórico de interacciones") figuran dos anotaciones de fecha 13/2/2004 en las que se indica expresamente " Una vez analizado el caso, procede fraude" y "cliente catalogado como fraude, ha devuelto los facturas, no reclamarle nada al cliente, cierre caso" .

SEXTO.- Tampoco TGT ha aportado ninguna documentación que justifique la recogida de datos personales del denunciante.

SÉPTIMO. De las actuaciones inspectoras practicadas en el fichero de ASNEF, se ha comprobado que no se encuentra información asociada a la denunciante. Sin embargo, los datos personales de la misma estuvieron incluidos en el citado fichero desde el 31/12/2003 hasta el 16/01/2004, por un importe de 24,24 euros, siendo la cantidad informante UNI2. La citada incidencia fue notificada a la denunciante el 3/01/2004".

SEGUNDO.- La parte actora sustenta su pretensión impugnatoria de la demanda, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

El 8 de julio de 2003 un teleoperador de TGT mantuvo una conversación de 10 minutos 44 segundos con la Sra. Maribel (folio 300) en virtud de la cual el teleoperador incluyó el número de cuenta corriente y el DNI de la denunciante, al final del día, en la base de datos transmitida a UNI2, con la indicación de que dicha cliente había contratado dos servicios de telecomunicaciones: el de marcación directa (preasignación) y el de "Tarifa Plana Mi Ciudad 24 horas" .Como para este último servicio, según las instrucciones de UNI2, era suficiente el consentimiento verbal del cliente en el marco de la conversación telefónica, UNI2 facturó a Doña. Maribel por dicho servicio las cantidades correspondientes, y ante el impago de las mismas, incluyó los datos en el Asnef.

Hay un conjunto de pruebas que demuestran que en la conversación de 8 de julio de 2003, la denunciante proporcionó su número de cuenta y su DNI, y que dio su consentimiento, informado, para la activación de los servicios.

Además de que Doña. Maribel no ha negado expresamente que en esa conversación diera su número de cuenta y su número de NIF, una prueba especialmente contundente es la referida a los comentarios de un "familiar" de la denunciante, de fecha 13-2-2004, que obran en el folio 60, que indica que solicitaron datos a la denunciante para enviarle propaganda.

No hay ninguna prueba del supuesto engaño o fraude, de que la operadora de TGT indicase a la denunciante que los datos que estaba solicitando (cuenta corriente y NIF) iban destinados al simple envío de publicidad. La Agencia presupone que TGT ha conseguido los datos de una fuente de información alternativa ¿cual? Y adicionalmente, presupone que la recogida se ha hecho con engaño y fraude.

Radical ausencia de pruebas sobre la existencia de la infracción imputada. Completa falta de pruebas inculpatórias que vulnera el principio de presunción de inocencia constitucionalmente garantizado (SSTC 143/2005 y 76/19990). Y si bien la concurrencia de determinados indicios puede desvirtuar dicha presunción de inocencia, en el procedimiento tampoco hay ningún indicio de actuación fraudulenta.

La carga de la prueba corresponde a la AEPD, que tiene que acreditar, al menos, el "hecho constitutivo", dado que el art. 44.4 .a) no sanciona la recogida de datos, y tampoco su tratamiento sin consentimiento ni información del afectado, sino la recogida de datos "en forma engañosa y fraudulenta", por lo que el simple hecho de no justificar el origen de los datos no puede dar lugar a la sanción. El engaño es el elemento cualificador, agravante de la sanción, que la distingue de la simple recogida sin información ni consentimiento.

UNI2, en cuanto responsable del tratamiento, es la única responsable frente a la AEPD, siendo TGT, únicamente, la encargada de dicho tratamiento (SAN de 16 de octubre de 2003 y STS de 26 de abril de 2005). La AEPD en ningún momento analiza cual es la entidad con capacidad de decisión sobre los extremos que han dado lugar al tratamiento infractor, pues únicamente podrá existir responsabilidad de TGT si ha incumplido alguna obligación fijada por UNI2, o llevado a cabo una actuación no fijada expresamente en el contrato. TGT, en cuanto encargada del tratamiento, sólo puede ser responsable de los hechos en los supuestos previstos en el art. 12.4 LOPD .

El cambio de criterio entre la resolución inicial (que se basa en el incumplimiento del punto 1.2 del contrato), y la que resuelve la reposición (que se basa, de modo inconcreto, en otras cláusulas del contrato de agencia), supone un serio quebranto del derecho a un proceso con todas las garantías y provoca una grave indefensión a la recurrente.

TGT ha cumplido todas las obligaciones del contrato dado que la actuación de telemarketing se basa en el argumentario elaborado por UNI2, que se integra en un soporte informático para que los teleoperadores puedan trabajar con mayor precisión y rapidez, mediante un programa de ordenador que les va guiando y les indica que tienen que contestar en cada momento, y sin que puedan alterar el orden de la conversión. Resulta extremadamente difícil recoger los datos en la base si no es a través del citado programa

TGT se ha comportado diligentemente. Es una de las principales operadores del sector de telemarketing e invierte gran cantidad de recursos en asegurar la calidad de sus servicios, también en cuanto a la cuidadosa selección y formación de su personal.

Insuficiencia practica de pruebas con vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (STS 212/1990). En su escrito de alegaciones TGT solicitó una serie de pruebas para acreditar que los datos de la cliente se incluyeron en la base de datos exactamente en el mismo momento en que se mantuvo la conversación telefónica con ella, y de forma manual, exacta coincidencia en el tiempo entre conversación e ingreso de datos que no ha podido ser probada.

La resolución impugnada ha infringido los derechos fundamentales más básicos aplicables al procedimiento sancionador, por lo que la resolución ha de ser declarada nula de pleno derecho (art. 62.1.a) LRJAP-PAC), interpretando de forma claramente equivocada las normas relativas a responsabilidad y diligencia de los prestadores de servicios por lo que debe ser anulada de acuerdo con el art. 63.1 de dicha Ley .

TERCERO.- La infracción imputada a TGT (AGM Contacta SA, en la actualidad) es la prevista en el artículo 4.7 LOPD , según el cual: "Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos", siendo el artículo 44.4.a) de la misma Ley Orgánica el que considera como infracción muy grave: "La recogida de datos de forma engañosa y fraudulenta".

Preceptos de los que deriva la necesidad de que los datos personales que figuren en cualquier fichero sean recogidos por medios lícitos, y de esta forma sea conocida su utilización por los afectados, siendo los responsables de su obtención quienes responden del cumplimiento de esta obligación. El artículo 5 del Convenio de 28 de enero de 1981 , establecía ya, en su apartado a) que los datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado, "se obtendrán. leal y legítimamente".

En el presente supuesto son elementos fácticos trascendentes para la resolución de la contienda, acreditados en las actuaciones, los siguientes:

Con fecha 8 de julio de 2003 un teleoperador de la empresa de telemarketing recurrente, mantuvo una conversación telefónica con la denunciante: hecho probado de la resolución administrativa impugnada y así se desprende también de la relación temporal de llamadas y números de teléfonos que figura en el CD que se adjunta como folio num. 300 de las actuaciones.

No ha sido posible averiguar el contenido de dicha conversación telefónica, dado que conforme a las condiciones del contrato de servicios de telemarketing suscrito entre la entidad de telefonía y la ahora demandante, no se pactó la grabación de las conversaciones con los potenciales clientes.

O bien el mismo día (según aduce la entidad recurrente, pues la AEPD no practicó prueba al respecto) o bien muy poco tiempo después de dicha conversación telefónica (el 8 de julio, según hecho probado segundo de la resolución), los datos de la afectada constaban en el fichero de clientes de UNI2.

El contrato de marcación directa (preasignación), que supuestamente había suscrito la denunciante, le fue enviado a su dirección postal. Transcurrido el tiempo y tras dos intentos frustrados de localización, cuando se recibió dicho contrato de vuelta y sin firmar, se destruyó dicho contrato y no se facturó nada.

Como para el servicio "Tarifa Plana Mi Ciudad 24 horas", en cambio, era suficiente el consentimiento verbal del cliente en el marco de la conversación telefónica, UNI2 facturó a Doña. Maribel por dicho servicio las cantidades correspondientes, y ante el impago de las mismas, incluyó sus datos personales en el Asnef.

En las resoluciones de la AEPD recurridas se impone a la empresa recurrente la sanción muy grave del art. 44.4.a) LOPD porque: "de los documentos aportados por TGT no se desprende que los datos precisos para la contratación de los servicios los suministrara

la propia denunciante a TGT" y "Tampoco consta que la denunciante suscribiera ningún contrato con UNI2, sin embargo, sus datos personales fueron suministrados por TGT a UNI2".

Se concluye que "TGT no ha probado, a lo largo del procedimiento sancionador cual fue el origen de los datos de la denunciante por lo que procede imputarle la infracción del art. 4.7 de la LOPD ", añadiéndose que corresponde "exclusivamente a TGT justificar la procedencia de los datos personales de la denunciante, y al no haber justificado su origen, ha vulnerado el artículo 44.4 .a)".

CUARTO.- Constituye doctrina reiterada y consolidada de la Sala (por todas, SSAN de 1-2-2006 (Rec. 208/2004 y de 31-5-06 (Rec. 539/2004) que en aquellos supuestos en que resulta necesario el "consentimiento inequívoco" (art. 6.1 LOPD) para el tratamiento de los datos personales, pero la prestación de dicho consentimiento se niega por el titular de dichos datos, se traslada a la responsable del fichero/tratamiento, la carga de acreditar que cuenta con el consentimiento del interesado para dicho tratamiento, en definitiva, para darle de alta en la compañía telefónica. Ello dado que es tal responsable del fichero quien debe asegurarse de que aquél a quien solicita los datos para ser tratados por él (en la medida en que incorpora los datos a sus ficheros, emite facturas y gira los correspondientes recibos bancarios) efectivamente los presta con consentimiento inequívoco, y asimismo que esa persona que está dando el consentimiento, efectivamente es la titular de los datos personales en cuestión.

Más ello es a efectos del artículo 6.1 de la LOPD , cuya vulneración se sanciona como infracción grave del art. 44.3.d) de la misma Ley Orgánica , y en el supuesto ahora enjuiciado, sin embargo la infracción imputada a AGM Contacta, como ya se ha señalado, no es la del artículo 6.1 de la LOPD sino la del artículo 4.7 de la misma, que se tipifica como muy grave en el artículo 44.4.a) de la repetida LOPD , como: " La recogida de datos de forma engañosa y fraudulenta".

Infracción muy grave que debe poderse acreditar en cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes, por lo que no es posible fijar criterios generales sobre la cuestión.

Si bien han sido frecuentes los supuestos en que esta Sala de la Audiencia Nacional ha confirmado infracciones, por mor de dicho apartado 4.a) del artículo 44 , en aquellos casos en que se han dado de alta a determinados clientes en servicios telefónicos sobre la base de contratos que, supuestamente, habían sido firmados por los interesados, pero cuyas firmas no coincidían con las de dichos afectados (así las sentencias dictadas en los recursos 1041/2002, 244/2004, 48/2005 y 255/2005).

En el presente caso, sin embargo y como señala, a modo de resumen, la resolución de la Agencia desestimatoria de la reposición (Pág. 6 de la misma): "las razones exculpatorias planteadas por TGT consisten en que observó y cumplió el contrato de Agencia con UNI2, sin embargo, se reitera, no demuestra la procedencia de los datos de la denunciante, que es la infracción que se le imputa".

Es decir, la Agencia considera cometida la infracción muy grave consistente en la recogida de datos de forma engañosa y fraudulenta, del repetido art. 44.1 .a) respecto de la entidad de telemarketing que no ha justificado la procedencia y obtención de los datos personales de la denunciante que figuraban en los ficheros de UNI2 y en las facturas que tal compañía de teléfonos giró a dicha afectada.

Esta Sala no puede estar de acuerdo con dicha interpretación de la AEPD.

Obsérvese, de un lado, la dicción más estricta del tipo descrito en el artículo 44.4 .a) (La recogida de datos de forma engañosa y fraudulenta) respecto de la conducta infractora que se contiene en el art. 4.7 de la LOPD. Y ha de tenerse en cuenta, sobre todo, que "fraudulento" es sinónimo de engañoso o falaz y que "engañar" es inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no es valiéndose de palabras o de obras aparentes o fingidas.

Compartimos, por ello, la argumentación de la demanda en el sentido de que la acción típica no sanciona la recogida de datos, y tampoco su tratamiento sin consentimiento ni información del afectado, sino la recogida de datos "en forma engañosa y fraudulenta", por lo que el simple hecho de no justificar el origen de los datos no puede dar lugar a la aplicación de la referida sanción.

Es cierto que para apreciar la concurrencia del "engaño" y "fraude" no es necesaria la concurrencia de diligencias penales respecto de los hechos, más el tipo sí requiere un especial elemento agravante o cualificador, cual es la existencia, o al menos apariencia, del repetido engaño o fraude.

Elemento cualificador que es precisamente el que distingue dicha infracción muy grave del artículo 44.1.a) de la LOPD de la infracción grave del artículo 44.3.d) de la misma Ley 15/1999 , en la que se comprende, entre otros supuestos, el simple tratamiento de datos sin consentimiento de su titular.

En el caso ahora enjuiciado no ha sido posible averiguar que ocurrió en la repetida conversación telefónica que con fecha de 3 de julio mantuvo la denunciante con una operadora de la compañía de telemarketing aquí recurrente, más dicha ausencia de información o más exactamente, el hecho de que TGT no haya probado cual fue el origen de los datos personales de dicha afectada (que figuraban en los ficheros de UNI2) no puede dar lugar a presumir la existencia del engaño y fraude que constituyen, precisamente, los elementos definidores del tipo del artículo 44.4.a) LOPD , por el que ha sido sancionada TGT .

Procede, por tanto, la estimación del recurso contencioso administrativo planteado y la revocación de la sanción impuesta a TGT, Tecnología Y Gestión Telefónica SAU (AGM Contacta SL), dada la disconformidad a Derecho de la misma.

QUINTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción.

FALLO

Que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de TGT, Tecnología Y Gestión Telefónica SAU (AGM Contacta SL en la actualidad) contra la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de 20 de

octubre de 2005, que confirma en reposición la de 24 de agosto anterior que impone a dicha entidad una multa de 300.506, 05 euros, revocamos dichas resoluciones, dada su disconformidad a Derecho, sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Publicación.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

EL SECRETARIO

D^a María Elena Cornejo Pérez

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079230012007100489