

Resumen

El Abogado del Estado interpone recurso de casación frente a sentencia que, acogiendo la demanda, dejó sin efecto la multa impuesta a la demandante, por la Agencia Española de Protección de Datos. La Sala no ha lugar al recurso, pues tiene razón la sentencia impugnada cuando observa que la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos es un tipo distinto y más grave que la simple recogida de datos sin consentimiento del afectado, de donde se sigue necesariamente que, si la Administración quiere sancionar determinada conducta como constitutiva de aquella infracción, deberá necesariamente acreditar en qué aspecto de dicha conducta radicó el fraude o la deslealtad. La tipicidad en materia sancionadora es una garantía elemental de civilización, antes incluso que del Estado de derecho en sentido propio; y, preisamente por ello, no cabe relajar su observancia so pretexto de lograr una mayor efectividad en la protección del bien jurídico tutelado por la norma sancionadora, que en este caso es el derecho a la vida privada. Así, si la prueba del fraude o la deslealtad es muy difícil por el carácter oculto de éstos, como dice el Abogado del Estado, la única conclusión aceptable con arreglo al principio de legalidad en materia sancionadora, consagrado por el art. 25 CE, es que el art. 44,4 LOPD resultará escasamente aplicable en la práctica y que la Administración deberá esmerarse especialmente a la hora de hacer acopio del material probatorio de cargo. Este Tribunal, en reciente sentencia de 5 de octubre de 2010, ya ha tenido ocasión de afirmar que la aplicación del art. 44,4.a) LOPD exige ineludiblemente la prueba del fraude o la deslealtad, no sólo de la irregularidad en la recogida de datos. Y para hacer esta afirmación se apoyó en un razonamiento sustancialmente idéntico al desarrollado por la sentencia impugnada.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal
art.44.4
CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.25

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO 2
FUNDAMENTOS DE DERECHO 2
FALLO 4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

INFRACCIONES Y SANCIONES; DERECHO SANCIONADOR
TRIBUTARIAS
Protección de datos
Responsable
infracciones del sector privado

TELECOMUNICACIONES
OTRAS EMPRESAS DE TELEFONÍA

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Empresa; Desfavorable a: Agencia de protección de datos
Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.44.4 de LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal
Aplica art.25 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita art.88.1, art.139 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 julio 2007 (J2007/108467)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 5 octubre 2010 (J2010/206833)

Versión de texto vigente null

AGUSTIN PUENTE PRIETO
JUAN CARLOS TRILLO ALONSO

LUIS MARÍA DIEZ-PICAZO GIMENEZ
NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN
OCTAVIO JUAN HERRERO PINA
SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de febrero de dos mil once.

Visto por la Sala Tercera, Sección Sexta del Tribunal Supremo constituida por los señores al margen anotados el presente recurso de casación con el número 4790/07 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por EL ABOGADO DEL ESTADO contra sentencia de fecha 18 de julio de 2007 dictada en el recurso 359/2005 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional EDJ 2007/108467 . Siendo parte recurrida AGM CONTACTA, S.L

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida EDJ 2007/108467 contiene parte dispositiva del siguiente tenor: "FALLAMOS.- 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".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, El Abogado del Estado, presentó escrito ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional preparando el recurso de casación contra la misma. Por Providencia la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, la parte recurrente, se personó ante esta Sala e interpuso el anunciado recurso de casación, expresando los motivos en que se funda y suplicando a la Sala: "... acuerde casar la misma resolviendo la conformidad a Derecho de la resolución administrativa recurrida en la instancia".

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: "... dicte sentencia por la que: 1º) Se declare no haber lugar al recurso. 2º) Se ordene la restitución de los costes de la garantía formalizada por mi mandante en el marco de la suspensión del acto recurrido, así como se condene en costas a la recurrente".

QUINTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 15 de febrero de 2011, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Diez-Picazo Gimenez, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación es interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2007 EDJ 2007/108467 .

La sentencia ahora impugnada EDJ 2007/108467 , haciéndose eco de lo recogido en el expediente administrativo, hace la siguiente narración de hechos:

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 "954517221", 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 los siguientes:

"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 Mi Ciudad 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, cierro 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".

Con base en estos hechos, la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 24 de agosto de 2005, confirmada en reposición el 20 de octubre de 2005, impuso a TGT -acrónimo de la entidad mercantil Tecnología y Gestión Telefónica S.A.U.- una multa de 300.506,05 euros, como autora de la infracción muy grave de recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos, tipificada en el art. 44.4.a) LOPD. Disconforme con ello, acudió TGT a la vía jurisdiccional, donde la sentencia impugnada EDJ 2007/108467 acoge su pretensión y anula la resolución sancionadora, por entender que no ha quedado acreditado que la sancionada actuara de manera fraudulenta o desleal. Vale la pena transcribir el siguiente pasaje, donde se encuentra el núcleo de la motivación de la sentencia impugnada:

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 mas 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.

SEGUNDO.- Se basa este recurso de casación en un único motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) LJCA EDL 1998/44323 , por infracción de los arts. 4.7, 5.1, 6.1 y 44.4. a) LOPD, así como por irracional valoración de la prueba. El Abogado del Estado sostiene en sustancia que, habida cuenta de que TGT no justificó nunca la procedencia de los datos personales de la denunciante, una valoración lógica de la prueba conduce necesariamente a la conclusión de que dichos datos fueron obtenidos de un modo inconfesable, es decir, con fraude o engaño; conclusión que, siempre a juicio del Abogado del Estado, se ve reforzada cuando se repara en que "el fraude o engaño es de por sí, dada su naturaleza oculta o maliciosa, de muy difícil prueba. La prueba del mismo ha de basarse, necesariamente, en la concurrencia de indicios o presunciones y en este caso los indicios son más que poderosos". Y más adelante, en esta misma vena, observa que la tutela del derecho a la vida privada "se opone a nuestro juicio a interpretaciones tan restrictivas de los tipos sancionadores como es la que se consagra en la sentencia recurrida EDJ 2007/108467".

Sostiene también el Abogado del Estado que, según consta en el expediente administrativo, Uni2 -la empresa de telefonía a la que TGT facilitó los datos- consideraba en un documento interno que aquéllos habían sido obtenidos de manera fraudulenta; algo que reforzaría la alegación de irracional valoración de la prueba por parte de la sentencia impugnada EDJ 2007/108467 .

TERCERO.- El motivo único de este recurso de casación debe ser, sin ninguna duda, rechazado. La sentencia impugnada EDJ 2007/108467 es, según el sentir de esta Sala, absolutamente irreprochable y modélica no sólo por su interpretación del art. 44.4.a) LOPD, sino más en general por la límpida aplicación que hace de los principios rectores del derecho administrativo sancionador. Tiene razón la sentencia impugnada cuando observa que la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos es un tipo distinto y más grave que la simple recogida de datos sin consentimiento del afectado, de donde se sigue necesariamente que, si la Administración quiere sancionar determinada conducta como constitutiva de aquella infracción, deberá necesariamente acreditar en qué aspecto de dicha conducta radicó el fraude o la deslealtad. La tipicidad en materia sancionadora es una garantía elemental de civilización, antes incluso que del Estado de derecho en sentido propio; y, precisamente por ello, no cabe relajar su observancia so pretexto de lograr una mayor efectividad en la protección del bien jurídico tutelado por la norma sancionadora, que en este caso es el derecho a la vida privada. Así, si la prueba del fraude o la deslealtad es muy difícil por el carácter oculto de éstos, como dice el Abogado del Estado, la única conclusión aceptable con arreglo al principio de legalidad en materia sancionadora, consagrado por el art. 25 CE EDL 1978/3879 , es que el art. 44.4.) LOPD resultará escasamente aplicable en la práctica y que la Administración deberá esmerarse especialmente a la hora de hacer acopio del material probatorio de cargo.

Esta Sala, en su reciente sentencia de 5 de octubre de 2010 EDJ 2010/206833 , ya ha tenido ocasión de afirmar que la aplicación del art. 44.4.a) LOPD exige ineludiblemente la prueba del fraude o la deslealtad, no sólo de la irregularidad en la recogida de datos. Y para hacer esta afirmación se apoyó en un razonamiento sustancialmente idéntico al desarrollado por la sentencia impugnada EDJ 2007/108467 .

Por lo demás, la referencia del Abogado del Estado a un documento de Uni2 en que se dice que TGT obtuvo los datos de la denunciante de manera fraudulenta no sirve para demostrar ninguna irracionalidad en la valoración de la prueba efectuada en la sentencia impugnada EDJ 2007/108467 . Hay que recordar que, según consta en la narración de hechos, en el mismo procedimiento administrativo también estuvo encausada Uni2, por tratamiento no consentido de datos personales. Ello significa que lo que Uni2 dijera sobre la conducta de TGT no deja de ser asimilable a lo que, en terminología procesal-penal, suele denominarse "testimonio del coimputado". Y éste, precisamente por la natural tendencia del ser humano a desplazar la propia responsabilidad sobre los demás, sólo se suele considerar atendible cuando va acompañado de otros datos externos que lo corroboren; algo que no ocurre en el presente caso.

CUARTO.- Con arreglo al art. 139 LJCA EDL 1998/44323 , la desestimación del recurso lleva aparejada la imposición de las costas al recurrente. Ajustándose al criterio usualmente seguido por esta Sección 6ª, quedan las costas fijadas en un máximo de tres mil euros en cuanto a honorarios de abogado.

FALLO

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de la Audiencia Nacional de 18 de julio de 2007 EDJ 2007/108467 , con imposición de las costas al recurrente hasta un máximo de tres mil euros en cuanto a honorarios de abogado.

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

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Luis María Díez-Picazo Gimenez, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079130062011100102