

EDJ 2011/31030

Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 1-4-2011, rec. 784/2009

Pte: Sanz Calvo, Lourdes

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	5

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

INFRACCIONES Y SANCIONES; DERECHO SANCIONADOR

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Principios

Proporcionalidad

Culpabilidad

TRIBUTARIAS

Protección de datos

Culpabilidad

Caducidad

PROTECCIÓN EN EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS

PRINCIPIOS Y DERECHOS

Consentimiento del afectado

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita RD 1720/2007 de 21 diciembre 2007. Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos

Cita Ley 62/2003 de 30 diciembre 2003. Medidas fiscales, administrativas y del orden social

Cita Ley 32/2003 de 3 noviembre 2003. Ley General de Telecomunicaciones

Cita art.43.2 de RD 1434/2002 de 27 diciembre 2002. Regulación de las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural

Cita LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal

Cita RD 1332/1994 de 20 junio 1994. Desarrolla LO 5/1992, Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal

Cita art.12 de RD 1398/1993 de 4 agosto 1993. Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora

Cita Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, postuló una sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto, confirmando la resolución impugnada por ser conforme a derecho.

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba, practicada la admitida y evacuado el trámite de alegaciones, se señaló para votación y fallo el día 30 de marzo de 2011, en que tuvo lugar.

La cuantía del recurso se ha fijado en 60.101,21 Euros.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dª LOURDES SANZ CALVO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 21 de septiembre de 2009 dictada en el PS/00164/2009 que impone a Endesa Energía SAU una sanción de multa de 60.101,21 Euros por la comisión de una infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal EDL 1999/63731, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución también sanciona a la entidad Combray Solutions S.L. por la infracción del artículo 6.1 LOPD con una multa de 60.101,21 Euros pero el presente recurso se contrae a la impugnación de la citada resolución efectuada por Endesa Energía.

SEGUNDO.- Los hechos en que se basa la resolución sancionadora impugnada, por lo que aquí nos interesa, son los siguientes:

1 Doña Paulina, con DNI NUM000, tiene contratado desde tiempo atrás el suministro de gas natural para su vivienda en CALLE000 NUM001 - NUM002 - NUM003 de 28027-Madrid con Gas Natural Distribución SDG SA.

2 La Sra. Paulina, en su domicilio, recibe de su compañía de gas escrito de fecha 04/12/07 en el que se le comunica: "Hacemos referencia a la comunicación recibida de la empresa comercializadora ENDESA ENERGÍA S.A., sobre su interés en darse de baja como cliente de nuestra compañía y de alta en la referida comercializadora" y que su contrato será resuelto inmediatamente después de que se realice la última lectura de consumos.

3.La Sra. Paulina contacta con atención al cliente de Gas Natural para decirles que no ha solicitado cambio de compañía de suministro de gas, que no ha tenido contacto alguno con Endesa y manifiesta su deseo de continuar con su contrato de suministro con Gas Natural.

4.La Sra. Paulina también contacta con Endesa para repetir esa manifestación y le comunican que tienen un contrato con datos personales y de domicilio no coincidentes totalmente con los suyos.

5.Endesa Energía SAU admite que los datos personales de vivienda y de suministro que incorporó a su fichero de cliente y utilizó para tramitar el cambio de empresa suministradora de gas de la denunciante, le fueron proporcionados por Combray Solutions S.L. Esta empresa contratada para ese fin le proporcionó todos los datos que se contienen en los formularios de "solicitud de suministro de gas natural" y "condiciones particulares del servicio de mantenimiento y reparación de gas plus".

6.Endesa Energía SAU, ha aportado una copia de la Solicitud de Suministro de Gas Natural, fechada el 3 de octubre de 2007, en la que figuran los datos identificativos (Paulina, domicilio, DNI, CNAE, número de teléfono móvil (NUM004), datos del punto de suministro, del contrato y datos para la domiciliación bancaria del pago. El producto contratado se denomina "Plan Ahorro Gas".

En el pie del documento consta la siguiente cláusula: "El abajo firmante solicita contratar con Endesa Energía, S.A. Unipersonal, el suministro de gas natural, de acuerdo con las condiciones generales que se encuentran al dorso del presente documento y de la información específica del producto que se acompaña como anexo, por lo que da su conformidad expresa al cambio de suministrador. A tal efecto autoriza expresamente a esta empresa a gestionar, ante su actual Compañía Distribuidora, la contratación del Acceso de Terceros a la Red (ATR) y a tramitar tanto el cambio de suministrador como la resolución actual del contrato. Asimismo, autoriza a Endesa Energía SAU, con el fin de poder llevar a cabo las mencionadas gestiones, a acceder a los datos relativos al consumidor contenidos en el "Sistema de Intercambio de Información" regulado en el artículo 43.2.b) del RD 1434/2002 de 27 de diciembre EDL 2002/54625".

En el apartado correspondiente a la firma del cliente aparece una rúbrica que no coincide con la que figura en la denuncia y en la fotocopia del DNI de la afectada.

Se ha aportado así mismo una copia del documento Condiciones Particulares del Contrato de Servicio de Mantenimiento y Reparación Gas Plus, suscrito en la misma fecha.

7Endesa Energía SAU recibe el 31/10/07 los formularios de solicitud de contrato cumplimentados, remitidos por Combray Solutions S.L. y sin haber comprobado la identidad y la voluntad de la cliente a la que se refieren, solicita el cambio a Gas Natural. Esta compañía distribuidora realiza los trámites correspondientes y hace efectivo el alta en la comercializadora el 16/01/08.

8 Gas Natural Distribución SDG S.A., después de la carta descrita en el hecho 2, con fecha de 17/01/08 emite la factura por el consumo de gas por el periodo 19/11/07 a 16/01/08 por importe de 30,50 Eur. y la remite al domicilio de la Sra. Paulina.

9 En los ficheros de Gas Natural Distribución SDG S.A., consta una anotación según la cual el 07/04/08 la Sra. Paulina en el teléfono de atención al cliente comunicó "que no se ha dado de alta con Endesa y quiere volver con nosotros". La baja en Endesa y la vuelta a Gas Natural se produce con efectos de 06/04/08".

TERCERO.- La AEPD fundamenta la vulneración del principio del consentimiento por Endesa Energía en que dicha entidad carece del consentimiento de la denunciante para el tratamiento de sus datos personales: tramitar la baja del contrato en su antigua suministradora de gas e incorporarlos a sus ficheros como cliente a suministrar gas natural.

Endesa Energía esgrime en apoyo de su pretensión impugnatoria los siguientes motivos: a) caducidad del expediente administrativo; b) vulneración de los principios de antijuridicidad, culpabilidad y presunción de inocencia y c) aplicación del artículo 45.5 LOPD.

Siguiendo el orden expuesto se va a analizar en primer lugar la invocada caducidad del expediente administrativo. Se fundamenta la existencia de caducidad en argumentos variados: el transcurso de un año desde que se interpuso la denuncia hasta que se notifica el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador cuando la Administración según el artículo 42 LRJPAC EDL 1992/17271 está obligada a notificar la resolución que dicte en el plazo máximo de 6 meses; y el transcurso de nueve meses desde que se dicta el informe de actuaciones (12 de agosto 2008) hasta la notificación del acuerdo de inicio a la recurrente (5 mayo 2009) sin que durante ese interregno se realizare actuación alguna, invocando la sentencia de esta Sección de 17 de octubre 2007 (Rec. 180/2006).

La actora confunde y mezcla a efectos de la caducidad, las actuaciones previas con el procedimiento sancionador estrictu sensu. En este caso el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador ha ido precedido de actuaciones previas. Actuaciones contempladas en el artículo 12 del RD 1398/1993 EDL 1993/17573 , por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aquí aplicable por razones temporales, que son una fase preliminar anterior a la iniciación en sentido estricto del procedimiento, que en muchas ocasiones resulta indicada para determinar previamente quienes son las personas imputadas y sobre qué hechos concretos se incoa el procedimiento, dado que el art. 18 del Reglamento aprobado por el RD 1332/1994, de 20 de junio EDL 1994/16447 (vigente en ese momento), requiere que el acuerdo de incoación contenga la indicación de persona de persona presuntamente responsable, la concreción de los hechos imputados y la expresión de la infracción presuntamente cometida y de la sanción o sanciones que pudieran imponerse.

Actuaciones previas que con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre EDL 2007/241465 , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 EDL 1999/63731 , no tenían señalado plazo de caducidad.

En el caso de autos la denuncia que da lugar a las actuaciones previas se recibe en la AEPD en fecha 14 de abril de 2008, iniciándose las citadas actuaciones con anterioridad a de la entrada en vigor del RD 1720/2007, de 21 de diciembre EDL 2007/241465 , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD que introduce ex novo en el artículo 122.4 un plazo de caducidad de un año. Plazo de caducidad que no es aplicable al supuesto de autos al amparo de la Disposición Transitoria quinta del citado Reglamento, que excluye de su aplicación a las actuaciones previas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor del citado RD, siendo sin duda esa la razón por la que la parte no invoca el citado Reglamento.

En cuanto a la demora en incoar el procedimiento sancionador una vez emitido el informe de inspección, esa Sala efectivamente en la sentencia de 17 de octubre de 2007 (Rec. 180/2006) citada en la demanda, acordó la nulidad del procedimiento sancionador en cuestión, por entender que transcurrió un largo periodo de tiempo en que no se investigaba la pertinencia o no de la incoación del procedimiento, que no existía justificación alguna para tal demora y se incurría en una utilización espuria y fraudulenta de las actuaciones previas.

Sin embargo, con posterioridad, el Abogado del Estado ha ido aportado en otros procedimientos en los que se ha planteado una cuestión análoga a la presente (Rec. 14/2008 en el que recayó sentencia de fecha 28 de enero de 2009; Rec. 44/2008, en que se dictó sentencia de fecha 15 de abril de 2009, Rec. 237/2009 en el que recayó sentencia de 26 de noviembre 2009 etc), documentación relativa al importantísimo incremento de asuntos tramitados ante la AEPD, que no ha ido acompañado de un incremento proporcional de recursos y medios personales, al objeto de justificar el retraso producido en la tramitación de las actuaciones previas.

Esta Sala en la SAN, Sec. 1ª, de 19 de noviembre de 2008 (Rec. 90/2008) ha valorado ya dicha documentación, en el sentido de que el importantísimo aumento del volumen de trabajo en la AEPD, necesariamente hace quebrar, en el caso, el presupuesto o elemento básico para entender existente tal Fraude de Ley, puesto que ha quedado acreditado que concurre un motivo que si bien no justifica tal paralización de la fase previa, si al menos excluye que pueda conceptuarse la misma como fraudulenta.

Sobre la caducidad del procedimiento sancionador, el artículo 42.2 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , en la reforma operada por la Ley 4/1999, invocado por la actora, dispone que el plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora de cada procedimiento, plazo que no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor (...)

Por su parte, el apartado 3 del artículo 48 de la LOPD, introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales EDL 2003/163154 , administrativas y de orden social, dispone que " Los procedimientos sancionadores tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos, en ejercicio de las potestades que a la misma atribuyan esta u otras Leyes, salvo los referidos a infracciones de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre EDL 2003/108868 , General de Telecomunicaciones, tendrán una duración máxima de seis meses". Es decir, se establece en la normativa específica una duración máxima de los procedimientos sancionadores de seis meses.

Plazo que se computara, conforme a lo dispuesto en el artículo 42.3.a) de la citada Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , al encontrarnos en un procedimiento iniciado de oficio, desde la " fecha del acuerdo de iniciación".

Por lo que habiéndose dictado efectivamente el acuerdo de inicio en fecha 5 mayo 2009 y siendo notificada la resolución sancionadora a la recurrente en fecha 28 de septiembre de 2009, dentro del citado plazo de seis meses no cabe apreciar la caducidad del procedimiento sancionador.

CUARTO.- En cuanto al fondo la recurrente invoca la vulneración de los principios de antijuridicidad, culpabilidad y presunción de inocencia.

Niega Endesa Energía que haya tratado los datos de la denunciante sin su consentimiento, puesto que dicho consentimiento está recogido en las solicitudes de suministro de gas natural y mantenimiento que contienen una serie de datos (CUPS, código de contrato de MR) que sólo es posible conocerlos si son aportados por la denunciante, quien con sus actos posteriores ha confirmado ese consentimiento a la contratación.

Además señala que aunque, a efectos dialécticos, Compray pudiera haber cometido alguna infracción al recabar los datos personales de la denunciante, ello no implica que Endesa haya cometido por ese mismo hecho otra infracción administrativa y que adoptó procedimientos internos para el control de la calidad de dichas contrataciones.

Alegaciones de la actora que no pueden ser aceptadas por cuanto la denunciante ha negado haber suscrito dichas solicitudes de suministro de gas y mantenimiento, constatándose de su examen que las firmas que obran en las mismas difieren de la que figura en el DNI de la denunciante y en su escrito de denuncia.

Por otra parte, la conducta de la Sra. Paulina ha sido coherente con los hechos denunciados. Así, ha manifestado que tenía contratado el servicio en cuestión con Gas Natural desde tiempo atrás y que no quería cambiar de compañía suministradora y así se lo hizo saber a Gas Natural en respuesta a la carta que esta entidad le remitió para comunicarle que le iban a dar de baja por haber sido reclamada como

cliente por Endesa Eenergía. También se lo comunicó con posterioridad a la hoy recurrente y finalmente volvió a Gas Natural, lo que evidencia esa expresada voluntad de permanencia en la entidad. Hay que reseñar que a diferencia de los supuestos que en la demanda se invocan como término de comparación, en este caso ni siquiera llegó a facturarse por la prestación del suministro, por lo que no cabe hablar de consentimiento tácito, ni de dudas sobre la prestación del consentimiento, sino de falta de consentimiento.

El hecho de la documentación en que se basa Endesa para tratar los datos de la denunciante, se la proporcionara Combray Solutions S.L. resulta irrelevante. Efectivamente, la responsabilidad en que hipotéticamente hubiera podido incurrir Combray Solutions S.L., (que no nos corresponde aquí enjuiciar), no exime a la hoy demandante del cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos de carácter personal, pues es ella con quien se contrata, quien incorpora los datos a sus ficheros y la que en correlación, debe asegurarse que aquél a quien solicita los datos para contratar y ser tratados por ella, lo presta con consentimiento inequívoco y que esa persona que esta dando el consentimiento, efectivamente es la titular de los datos personales en cuestión.

Se trata en definitiva de que Endesa Energía verifique la identidad del solicitante de los servicios mediante la adopción de las medidas pertinentes, a fin de contratar y facilitar el servicio a la persona que efectivamente lo reclama. Es decir, a efectos del ámbito de la protección de datos, deben adoptarse por dicha entidad como responsable del fichero o tratamiento, las medidas de prevención adecuadas para verificar la identidad de una persona cuyos datos personales van a ser objeto de tratamiento.

En cuanto a las llamadas que Endesa dice haber realizado al teléfono supuestamente proporcionado por la afectada, resaltar en línea con la resolución recurrida, que pese a no poder contactar se sigue adelante con la contratación.

No puede en consecuencia, hablarse de vulneración del principio de presunción de inocencia, principio que frente a lo alegado por la recurrente ha sido respetado durante la tramitación del expediente administrativo.

QUINTO.- El principio de culpabilidad previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 dispone que solo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia.

Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, que está proscrita, después de la STC 76/1990, que señaló que los principios del ámbito del derecho penal son aplicables, con ciertos matices, en el ámbito administrativo sancionador, requiriéndose la existencia de dolo o culpa. En esta línea la STC 246/1991, de 19 de diciembre, señaló que la culpabilidad constituye un principio estructural básico del Derecho administrativo sancionador.

Por eso, como señala la reciente STS de 18 marzo 2005, recurso 7707/2000, es evidente," que no podría estimarse cometida una infracción administrativa, si no concurriera el elemento subjetivo de la culpabilidad o lo que es igual, si la conducta típicamente constitutiva de infracción administrativa, no fuera imputable a dolo o a culpa".

La infracción apreciada consiste en tratar los datos de carácter personal con vulneración del principio del consentimiento consagrado en el artículo 6 de la LOPD, que dispone "1.-El tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa".

Dicha infracción se puede cometer tanto a título de dolo como de culpa, es decir de forma intencional o negligente, apreciándose en el supuesto de autos una falta de diligencia en la actuación de Endesa Energía al no haber realizado las verificaciones oportunas para constatar si la denunciante había prestado realmente su consentimiento para darle de alta en el servicio y tratar en definitiva sus datos personales.

Consentimiento que en el caso de autos, como sostiene la resolución impugnada no consta que hubieran prestado la denunciante, que ha mantenido que tenía contratado negado haber suscrito las citadas solicitudes al negar haberse dado de alta en dichos servicios y no haberse acreditado por la actora que suscribiera contrato alguno que facultara para el tratamiento de sus datos.

SEXTO.- Se postula finalmente y al hilo de la vulneración del principio de proporcionalidad, la aplicación del artículo 45.5 LOPD, que se fundamenta en que los datos fueron recabados de tercero, la no causación de perjuicio económico, la aplicación de los procedimientos de control de la calidad implementados...

Para valorar la aplicación de dicho precepto debe tomarse en consideración que no llegó a emitirse siquiera factura por el suministro de gas y que Endesa Energía regularizó la situación de forma diligente tan pronto tuvo conocimiento de la misma, dando de baja a la denunciante en sus ficheros y volviendo a Gas Natural en fecha 06/04/08, con anterioridad a la interposición de la denuncia ante la AEPD, en fecha 14 de abril 2008.

El artículo 45 de la LOPD, entre otros preceptos de la citada Ley, ha sufrido una importante modificación por la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía sostenible, Disposición Final quincuagésima sexta (BOE del 5 de marzo de 2011) que ha entrado en vigor al día siguiente de su publicación (Disposición final sexagésima).

La citada reforma, por lo que aquí nos interesa, afecta a las sanciones de las infracciones graves, que "serán sancionadas con multas de 40.001 a 300.000 euros" (artículo 45.2) y a los criterios de graduación de las sanciones, apartados 4 y 5.

En concreto dispone la nueva redacción del artículo 45.5 LOPD que se establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en una serie de supuestos, entre los que destaca por lo que aquí nos interesa: "b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente".

En consecuencia, y por aplicación en el ámbito sancionador del principio de retroactividad de la norma más favorable, procede aplicar el criterio de graduación establecido en el citado apartado 5 del artículo 45 LOPD y reducir la sanción impuesta a multa de 10.000 Eur. que es la que se considera proporcionada a la gravedad de los hechos enjuiciados.

SEPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no se aprecian motivos para una imposición de costas.

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ENDESA ENERGÍA S.A. UNIPERSONAL (ENDESA ENERGIA) representada por el Procurador Sr. Muñoz Durán contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 21 de septiembre de 2009 dictada en el PS/00164/2009, resolución que se anula parcialmente en el sentido de reducir la multa impuesta, por aplicación del artículo 45.5 LOPD a 10.000 Euros sin imposición de costas.

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

Notifíquese esta sentencia a las partes con indicación de que no cabe contra ella recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

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

EL SECRETARIO JUDICIAL

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079230012011100142