

EDJ 2011/31023

Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 17-3-2011, rec. 48/2010

Pte: Buisan García, Nieves

Resumen

La Audiencia Nacional estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil contra la resolución del director de la Agencia de protección de datos que acordó imponer a la recurrente dos multas por infracciones graves, revocándola en el sentido de reducir la cuantía de ambas sanciones por la aplicación retroactiva de la norma más favorable.

La Sala confirma las sanciones aplicables a los hechos descritos conforme al grado mínimo de la escala correspondiente a las infracciones graves, pero la entrada en vigor de la legislación que rebaja la cuantía mínima de la escala, impone la obligación de la aplicación retroactiva de la norma más favorable.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 2/2011 de 4 marzo 2011.

dfi.56

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

art.4 , art.5 , art.6.1 , art.45.2

RD 1906/1999 de 17 diciembre 1999. Contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3

L 7/1998, de 13 abril

art.5.1

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

Común

art.128

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	5

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

APLICACIÓN DE LA NORMA

EN EL TIEMPO

Retroactividad e irretroactividad

Aplicación retroactiva procedente

Retroactividad de norma más favorable

Normas sancionadoras

INFRACCIONES Y SANCIONES; DERECHO SANCIONADOR

TRIBUTARIAS

Protección de datos

Responsable

infracciones del sector privado

PROTECCIÓN EN EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS

PRINCIPIOS Y DERECHOS

Calidad del dato

Consentimiento del afectado

FICHEROS DE TITULARIDAD PRIVADA

Ficheros de solvencia patrimonial

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Agencia de protección de datos, Responsable de fichero de tratamiento de datos; Desfavorable a: Agencia de protección de datos, Responsable de fichero de tratamiento de datos

Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo

[Legislación](#)

Aplica dfi.56 de Ley 2/2011 de 4 marzo 2011

Aplica art.5.1 de RD 1906/1999 de 17 diciembre 1999. Contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3 L 7/1998, de 13 abril

Aplica art.4, art.5, art.6.1, art.45.2 de LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal

Aplica art.128 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita RD 1906/1999 de 17 diciembre 1999. Contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del art. 5.3 L 7/1998, de 13 abril

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

Cita Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita art.5.3 de Ley 7/1998 de 13 abril 1998. Condiciones Generales de la Contratación

Cita art.131.1 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita art.9.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STS Sala 3ª de 9 marzo 2010 (J2010/21783)

Cita en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LA NORMA - EN EL TIEMPO - Retroactividad e irretroactividad - Retroactividad de norma más favorable STS Sala 3ª de 15 julio 2008 (J2008/124107)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 25 de enero de 2010, acordándose por providencia de 2 de febrero 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 Telefónica de España SAU formalizó la demanda mediante escrito presentado el 25 de marzo de 2010 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia en la que, estimándose el recurso contencioso-administrativo, se acordara:

a) La declaración de disconformidad a derecho y consiguiente nulidad de la resolución recurrida y, por tanto, la nulidad del procedimiento sancionador.

b) Subsidiariamente, la apreciación por el tribunal de la aplicación del principio de proporcionalidad a tenor de lo dispuesto en el art. 45.5 LOPD de aplicar la cuantía de las sanciones en 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, es decir, leve.

c) La expresa condena en costas a la Administración.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 14 de mayo de 2010 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 confirmando el acto administrativo impugnado, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

CUARTO.-.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba mediante Auto de 17 de mayo de 2010, se practicó 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 parte actora y después la defensa de la Administración, mediante escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivos pedimentos.

QUINTO.-.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 16 de marzo de 2011, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada Dª NIEVES BUISAN GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo, por Telefónica de España SAU, la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 9 de diciembre de 2009, que acuerda imponer a dicha recurrente, por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma, una multa de 60.101,21 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica. Y asimismo por una infracción del artículo 4.3 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma, una segunda multa de 60.101,21 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica.

Tal resolución declara como principales hechos probados, los que se exponen a continuación:

1º. En los ficheros de TELEFÓNICA constan los datos de la denunciante como titular de la línea telefónica num. NUM000, con fecha de alta 18/06/04 y baja 20/12/04, contratación efectuada telefónicamente a través del 1004.

La dirección de instalación de la línea es C/ DIRECCION000 NUM001 NUM001 - NUM002; Cáceres y el teléfono de contacto es NUM003.

La relación de facturas emitidas es:

F1, de fecha 01/09/2004, por 288,09Eur..

F2, de fecha 01/11/2004, por 195,91Eur..

F3, de fecha 01/01/2005, por 44,25Eur..

F4, de fecha 01/03/2005, por importe negativo de -107,13Eur..

En las dos primeras facturas consta consumo.

La deuda que mantenía la denunciante corresponde a la compensación de las anteriores facturas, haciendo un total de 415,35Eur., que fue cancelada al recibir su reclamación planteada ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones el 07/10/08, momento en el que sus datos se excluyeron de los ficheros de solvencia patrimonial.

2º. La denunciante fue dada de alta en el fichero "Asnef" el 26/06/07 a instancias de TELEFONICA por 240,16Eur., y dada de baja el 21/10/08.

En los sistemas de ASNEF EQUIFAX consta un apunte a la carta emitida el 30/06/07 a la dirección C/ DIRECCION000 NUM001 NUM001 - NUM002; Cáceres, a nombre de la misma.

3º. La denunciante fue dada de alta en el fichero "Badexcug" el 19/03/08 a instancias de Telefónica por 240,16Eur., y dada de baja el 29/10/08 por actualización semanal.

En los sistemas de EXPERIAN consta un apunte a la notificación con clave (...) impresa el 01/04/08 y con dirección C/. DIRECCION000 NUM001 NUM001 - NUM002; Cáceres, a nombre de la denunciante.

4º. Con fecha 03/07/09 TELEFÓNICA denunció ante el Juzgado de Guardia de Cáceres la contratación fraudulenta de la línea NUM000 suplantando la identidad de la denunciante, la existencia de un consumo telefónico que se pretendía imputar a la denunciante y que finalmente ha asumido la operadora.

5º. El Auto de 02/09/09 del Juzgado de Instrucción num. 3 de Cáceres, donde se tramita la denuncia planteada por TELEFÓNICA (Proc. Abreviado 838/2009) expresamente manifiesta que: los hechos que resultan de las anteriores actuaciones presentan las características que hacen presumir la posible existencia de una infracción penal.

6º. El Canal de Isabel II no pudo informar de la titularidad de los recibos de agua, servicio de alcantarillado y recogida de basura del domicilio sito en C/ DIRECCION000 NUM001 NUM001 - NUM002; Cáceres, debido a que se trata de un contrato comunitario y los recibos son abonados por la Comunidad de vecinos.

7º. El Registro de la Propiedad de Cáceres emitió certificación el 22/09/09 donde figura que la finca registral coincidente con C/ DIRECCION000 NUM001 NUM001 - NUM002 de Cáceres no se encuentra inscrita a nombre de la denunciante.

8º. La Comisión Nacional del Mercado de las Telecomunicaciones informó que el número NUM003 (número de contacto que consta en la contratación de la línea NUM000) ha pertenecido a Telefónica Móviles España, S.A.U., desde el 15/04/99 y que nunca ha sido portado.

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

La denunciante fue objeto de suplantación de personalidad, pues un tercero se sirvió de sus datos personales para contratar, fraudulentamente, la línea de teléfono a su nombre. Además la línea fue contratada telefónicamente, indicándose el número de DNI de la Sra. Juana, sin que la normativa de contratación telefónica precise firma convencional del cliente.

El Auto del Juzgado de Instrucción num. 3 de Cáceres avala que es presumible la comisión de un delito de estafa respecto de la entidad actora, y ha identificado como titular del domicilio donde se instaló el teléfono a Dª Angelina y don Gabriel, quienes deberían dar explicaciones al Juzgado sobre el engaño producido.

No hay infracción del art. 6.1 LOPD, por falta de tipicidad, pues hubo consentimiento de la persona que se sirvió de los datos de la denunciante para contratar fraudulentamente, a nombre de aquella, la línea NUM000. El consentimiento inequívoco también se puede producir de forma verbal, o por actos reiterados del afectado que revelen que efectivamente ha dado el mismo, tal y como ha sido admitido por la doctrina de la Audiencia Nacional.

Aunque no haya contrato por escrito ni grabación que acredite la contratación, sí que hay facturas, en las que se acreditan unos consumos que prueban tal consentimiento.

Tampoco se ha producido la infracción del art. 4.3 LOPD, igualmente por ausencia de tipicidad, teniendo en cuenta la actuación diligente de Telefónica, que en cuanto tuvo conocimiento de la situación fraudulenta dio la orden de excluir de los ficheros de solvencia a la Sra. Juana. Siendo el engaño sufrido el que llevó a la misma al pleno convencimiento de que existía una deuda cierta, vencida y exigible a nombre de tal denunciante.

Se razona igualmente en la demanda sobre la ausencia de culpabilidad y sobre la vulneración del principio de proporcionalidad, a tenor de las específicas circunstancias concurrentes.

TERCERO.- Los hechos probados que dan lugar a la imposición de dos sanciones de 60.101,21 euros cada una, derivan de la comisión de sendas faltas graves del art. 44.3.d) LOPD, que sanciona como tal: " Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituyan infracción muy grave".

La primera de las infracciones imputadas a la entidad recurrente ha de relacionarse con el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal EDL 1999/63731 , que requiere el consentimiento inequívoco del afectado para tratar sus datos de carácter personal, y asimismo con el artículo 4 apartado 3 de la misma LOPD, a cuyo tenor: Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado.

Es un hecho declarado probado y admitido por la propia entidad de telefonía actora que la contratación de la línea que ha dado lugar a las infracciones ahora impugnadas se efectuó telefónicamente. En consecuencia, y en contra de lo afirmado en la demanda, la misma se rige por lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación EDL 1998/43305 , a cuyo tenor, "... será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma".

Norma desarrollada reglamentariamente en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre EDL 1999/63997 , por el que se regula la contratación telefónica o electrónica cuyo artículo 5.1 determina: La carga de la prueba sobre la existencia y contenido de la información previa de las cláusulas del contrato; de la entrega de las condiciones generales; de la justificación documental de la contratación una vez efectuada; de la renuncia expresa al derecho de resolución; así como de la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental y al momento de sus respectivos envíos, corresponde al predisponente.

E igualmente en el artículo 5.2 de este mismo Real Decreto, según el cual: A estos efectos, y sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, cualquier documento que contenga la citada información aun cuando no se haya extendido en soporte papel, como las cintas de grabaciones sonoras, los disquetes y, en particular, los documentos electrónicos y telemáticos, siempre que quede garantizada su autenticidad, la identificación fiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión y recepción, será aceptada en su caso, como medio de prueba en los términos resultantes de la legislación aplicable.

Por otra parte, como esta Sala ha declarado en numerosísimas ocasiones, (SSAN 25-10-2002 Rec. 185/2001 y 31/05/2006, Rec. 539/2004, por todas) es al responsable del tratamiento a quien corresponde asegurarse de que aquél a quien se solicita consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que esta dando el consentimiento es realmente el titular de los datos personales objeto de tramitación, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la Ley.

En el presente supuesto la denunciante niega, en todo momento, haber prestado el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales en la contratación de la línea telefónica, y dicha ausencia de consentimiento no ha sido desvirtuada mediante prueba alguna en contrario de Telefónica. Esta última, por otra parte, tampoco ha acreditado el cumplimiento de las específicas y concretas obligaciones derivadas de los preceptos que se acaban de transcribir, dado que la contratación de dicha línea tuvo lugar telefónicamente por lo que en definitiva se considera suficientemente probado que tal entidad actora no adoptó las medidas suficientes para acreditar el consentimiento inequívoco de la titular de los datos personales tratados.

CUARTO.- - Por lo que se refiere a la vulneración del principio de calidad del dato del artículo 4.3 de la LOPD, consta igualmente acreditado en las actuaciones, que dicha contratación inconsentida dio lugar a varias facturas impagadas, al menos dos de ellas con consumos telefónicos, y que como consecuencia de ello Telefónica instó la incorporación a los ficheros "Asnef" y "Baxdecug" de los datos de tal afectada por una deuda que, evidentemente, no respondía con veracidad a la situación actual de la misma. Ficheros de moroso en los que permanecieron tales datos personales inexactos durante mas de un año en el primero de ellos (del 26-6-2007 al 21-10-2008) y durante varios meses en el fichero Badexcug (del 19-3-al 29-10 de 2008).

Principio de calidad del dato, como esta Sala ha reiterado en numerosísimas ocasiones, que no solo se infringe cuando son inexactos y no actuales los datos existentes en los propios ficheros de la entidad acreedora, sino también desde el momento en que se facilitan los datos erróneos a un fichero que presta información a terceros sobre el incumplimiento de obligaciones dinerarias.

QUINTO.- En cuanto a la aplicación del art. 45.5 LOPD, que también se pretende subsidiariamente en la demanda, indicar que tal precepto es la plasmación, en materia de protección de datos personales, del principio de proporcionalidad (art. 131.1 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271), y que permite reducir la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a las infracciones que precedan inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso, si bien para ello es necesaria la apreciación de, o bien una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado, o bien de la antijuridicidad del hecho.

El citado Artículo, según esta Sala ha manifestado en reiteradísimas ocasiones, debe aplicarse con exquisita ponderación y sólo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas atendidas las circunstancias del caso concreto, de forma que repugne a la sensibilidad jurídica, siempre guiada por el valor justicia.

Más en el caso de autos, y una vez analizadas las circunstancias concurrentes, consideramos que dicho precepto no es de aplicación, por las siguientes razones:

1.- Porque a la antijuridicidad no obsta la falta de intención de infringir las normas jurídicas - STS de 4 de junio de 1999 por todas-, y ya hemos razonado que, en contra de lo que se dice en el recurso, si existe lesión de derechos protegidos por la Ley.

2.- Tampoco nos parece que exista disminución cualificada de la culpabilidad. Y ello porque lo descrito en los fundamentos jurídicos anteriores sí supone una falta de diligencia imputable a Telefónica, pues fue la contratación incontestada de una línea telefónica a nombre de la afectada, la inclusión indebida de sus datos personales en los ficheros de Telefónica, y la posterior remisión de los mismos a los ficheros de morosidad, por las deudas derivadas de tal contratación incontestada, lo que debería haberse evitado por tal entidad actora. Entidad actora que, conforme al deber de cuidado que le incumbía, debería haberse asegurado de la certeza y veracidad de los datos de la Sra. Juana al llevar a cabo, primero la contratación de la línea telefónica y después la inclusión de las deudas derivadas del impago de tal contratación en los ficheros de morosidad.

SEXTO.- Corresponde por ello confirmar las sanciones aplicables a los hechos descritos conforme al grado mínimo de la escala correspondiente a las infracciones graves, al calificarse como tal, en el Artículo 44.3. d) LOPD, las del principio del consentimiento y del principio de calidad de datos impuestas a Telefónica.

A tal efecto, no obstante, es importante poner de manifiesto que durante la tramitación del presente recurso jurisdiccional, y previamente a dictarse esta sentencia, ha sido promulgada la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que ha entrado en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (5-3-2011), cuya disposición final quincuagésima sexta modifica la LO 15/1999 EDL 1999/63731, concretamente su apartado tres el artículo 45 de dicha LOPD, en el sentido de que las infracciones graves se sancionan en la actualidad con multa de entre 40.001 y 300.000 euros (hasta ahora la mínima era de 60.101,21 euros).

Es aplicable, por ello, la doctrina del Tribunal Supremo de la sentencia de 9-3-2010, Rec. 553/2007 EDJ 2010/21783 (en el mismo sentido la de 15-7-2008, Rec. 113/2005 EDJ 2008/124107), según la cual el artículo 9.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 consagra entre sus principios la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos, y ello nos obliga -a contrario sensu- y de oficio, a plantearnos la cuestión relativa a la aplicación retroactiva, al supuesto de autos, de la norma sancionadora más beneficiosa.

Aplicación retroactiva de la norma más favorable que constituye uno de los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y que deriva asimismo del artículo 128.2 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 cuando señala que "las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor", como excepción a la regla general del artículo 128.1 a cuyo tenor procede de las "disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa". Y efectivamente estamos ante un "presunto" infractor, cuando la infracción no ha devenido firme.

Procede, por tanto, la aplicación retroactiva de dicha modificación legislativa y la imposición de la multa de 40.001 euros a cada una de las dos infracciones graves cometidas por Telefónica.

SEPTIMO.- - Razones, todas las anteriores, que conducen a la estimación parcial del presente recurso, sin que concurran las causas expresadas en el art. 139 de la LJCA EDL 1998/44323 para la imposición de las costas a ninguna de las partes.

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España SAU, contra la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de 18 de mayo de 2005, revocamos parcialmente dicha resolución en cuanto que la cuantía de cada una de las dos sanciones impuestas en la misma ha de ser reducida a la de 40.001 euros, por las consideraciones expuestas en el fundamento de derecho sexto, sin 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 JUDICIAL

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079230012011100135