

Resumen

Se estima en parte el rec. contencioso administrativo interpuesto contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre imposición de sanción, resolución que se anula para reducir la sanción impuesta ya que, de los hechos declarados probados en la resolución impugnada, resulta claro que la recurrida ha tratado datos personales sin acreditar el consentimiento de la denunciante, y a ella incumbía recabar el mismo y poder acreditar que contaba con él, con independencia de las responsabilidades en que haya podido incurrir como responsable del fichero.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal
art.6 , art.44 , art.45

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

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.139

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	4

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

JUZGADOS Y TRIBUNALES

Juzgados de lo Contencioso-administrativo

INFRACCIONES Y SANCIONES; DERECHO SANCIONADOR

TRIBUTARIAS

Protección de datos

Responsable

PROTECCIÓN EN EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS

EN GENERAL

PRINCIPIOS Y DERECHOS

Seguridad de datos

FICHEROS DE TITULARIDAD PÚBLICA

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Empresa; Desfavorable a: Administración estatal (funciones ejecutivas), Empresa

Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo

Legislación

Aplica art.6, art.44, art.45 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

Aplica art.139 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

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

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

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre STC Pleno de 30 noviembre 2000 (J2000/40918)

Cita en el mismo sentido sobre PROTECCIÓN EN EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS - PRINCIPIOS Y DERECHOS - Seguridad de datos STS Sala 3ª de 21 septiembre 1998 (J1998/22224)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 18 de enero de 2010, acordándose por providencia del siguiente día 12 de febrero 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 la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 30 de marzo de 2010 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia estimando el recurso y anulando o declarando la anulabilidad de la Resolución de 17 de diciembre de 2009 por no ser conforme a Derecho.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 10 de mayo de 2010 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia desestimatoria de la demanda, confirmando íntegramente la resolución impugnada, por ser ajustada a Derecho, con expresa imposición de costas a la parte demandante.

CUARTO.- Por auto de fecha 5 de julio de 2010 se acordó el recibimiento del pleito a prueba, habiéndose propuesto por la parte actora la documental consistente en que se tuviese por reproducido el expediente administrativo y la documentación aportada con la demanda, la Sala declaró la pertinencia la prueba propuesta.

QUINTO.- Las partes presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, señalándose para votación y fallo de este recurso el día 30 de marzo de 2011, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación.

Ha sido PONENTE la Magistrada ELISA VEIGA NICOLE, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 17 de diciembre de 2009 que estiman parcialmente el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la citada Agencia de 21 de septiembre de 2009, dictada el procedimiento sancionador PS/00210/2009 que impone a Avanza Externalización de Servicios, S.A. una sanción de multa de 30.000 Eur., por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma, de conformidad con el artículo 45.1, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO.- Se basa la resolución impugnada para apreciar dicha infracción, en los siguientes:

HECHOS PROBADOS

1;1 Doña Carmen tenía suscrita desde el año 2000 póliza de abono para el suministro de gas para su vivienda de la AVENIDA000 NUM000 - NUM001, 28915-Leganés con Gas Natural SDG SA.

2 Gas Natural Servicios SDG SA emitió -con fecha 07/09/07- la factura NUM002 por el suministro de gas y otros servicios a esa vivienda y a nombre de la denunciante por importe de 81,44 Eur. a pagar en la ccc NUM003.

3 Endesa Energía SAU envía al domicilio de la Sra. Carmen. escrito a ella dirigido de fecha 14/09/07 -referencia de contrato- NUM004 - comunicándole que ya esta activada su nueva tarifa con Endesa para el suministro de gas a su vivienda desde 24/08/07.

3.1 Los datos personales y de vivienda que han hecho posible dicha comunicación proceden del fichero de clientes de dicha compañía. A ese fichero han sido incorporados procedentes del formulario de "solicitud de suministro de gas natural" y de "condiciones particulares del contrato del servicio de mantenimiento y reparación gas plus", proporcionados por Avanza Externalización de Servicios SA, empresa contratada por Endesa para la captación de clientes. La gestión de dichos contratos fue facturada a Endesa e incluidos -entre otros- en la factura de 20/07/07 (resumen liquidativo NUM005) por importe total de 65204,03 Eur..

3.2 En esa copia de "SOLICITUD DE SUMINISTRO DE GAS NATURAL", num. de contrato NUM006 y anotado NUM004, figura como agente PDS "Avanza", el nombre apellidos y DNI de la denunciante, su domicilio postal con número de calle, piso y puerta, teléfono primario NUM007 (distinto al que consta en la denuncia), CUPS NUM008, distribuidora Gas Natural, producto solicitado "gas ahorro 10 % dcto" y. número de cuenta para el cargo de los recibos: NUM009. Figura con fecha 14 de junio de 2007 y en el apartado "Firma Cliente" una rubrica muy distinta a la que figura en la denuncia y otros escritos de la denunciante.

3.3 En base a dicho documento tramitó el cambio de la compañía suministradora Gas Natural a la comercializadora Endesa con efectos de 24/08/07.

4 Endesa Energía SAU con fecha 05/11/07 emite la primera factura por el consumo de gas suministrado en el periodo 24/08/07 a 25/10/07 por importe de 45,95 Eur. para cargarla en la ccc NUM009 que figura en el formulario recibido de Avanza. Dicha factura, al igual que las siguientes, es enviada al domicilio de la Sra. Carmen.

Los 45,95 Eur. del importe de esa primera factura fue hecho efectivo el 14/11/07 por el Banco de Santander SA en la "súper libreta 20 sch" con ccc NUM010 de la que es titular -único- el hijo menor de la denunciante. El Banco justifica el haber hecho efectivo el cargo en esa cuenta por el hecho de que la proporcionada por Endesa no existe a nombre de la Sra. Carmen y la más próxima numéricamente era esa. Sin embargo en el Banco existe abierta otra cuenta en la que la denunciante si es titular (NUM011).

En la misma súper libreta de titularidad del menor, el Banco Santander SA hizo efectivo los cargos de Endesa Energía SAU por las facturas de 07/01/08 por importe de 121,54 Eur. (cargada el 16/01/08), de 29/02/08 por importe de 80,65 Eur. (cargada el 10/03/08) y la de 19/03/08 por importe de 47,19 Eur. (cargada el 28/03/08).

Para los dos últimos cargos la ccc indicada por Endesa es NUM011.

5 En el día 01/01/08, consta en el sistema informático de Endesa, se recibió una llamada de la denunciante relativo a la lectura del contador. Igualmente consta que el día 10/03/08 la Sra. Carmen llamó a ese mismo teléfono para manifestar que no había contratado y solicitar copia del contrato. Ese mismo día, por ese mismo medio, solicita la baja.

6 Endesa Energía SAU, fechado el 10/03/08, envía escrito a la Sra. Carmen remitiéndole dos copias del contrato de suministro de gas para que una copia la devuelva debidamente firmada en el sobre con franqueo pagado que le adjuntan. Para la domiciliación bancaria el ccc que figura en esa copias es NUM011 (el numero exacto de la cuenta de la Sra. Carmen).

7 El día 13/03/08 la Sra. Carmen formula reclamación ante la OMIC del Ayuntamiento de Leganés acompañando el escrito y las tres facturas recibidas.

6. Gas Natural Distribución SDG SA emitió -con fecha 17/04/08- la factura NUM012 por el suministro de gas a la vivienda de la Sra. Carmen y a su nombre, del periodo 17/03/08 a 16/04/08 por importe de 25,06 Eur. a pagar en la ccc NUM003. Las siguientes facturas, emitidas con los mismos datos salvo los de consumo, fueron cargadas en la misma cuenta bancaria.

7. El día 25/04/08, en esa "súper libreta 20 sch" con ccc NUM010 de la que es titular el hijo menor de la denunciante, se efectuó un ingreso en efectivo de 219,50 Eur., y al validar dicho ingreso y actualizarse la libreta, quedaron reflejados los movimientos de cargo de Endesa anteriormente descritos, y enterada la Sra. Carmen de la forma de cargo de las facturas de gas. Y por ello el 28/04/08 amplía la denuncia en la OMIC.

8. El 02/06/08 la Sra. Carmen acude a la oficina comercial de Endesa en Madrid para solicitar la copia de la solicitud del contrato de gas, manifestar que la ccc asociada a ese contrato es titularidad de su hijo menor sin su consentimiento y entregarles una copia de la denuncia y ampliación de la misma ante la Omic, dejando sus teléfonos de contacto.

9. Fechado el 23/06/08, Endesa, remite a la afectada escrito comunicándole que han ordenado el ingreso de 295,33 Eur. en la cuenta indicada NUM013.

10. El día 12/02/09 tiene entrada en esta agencia escrito de alegaciones de Avanza Externalización de Servicios SA adjuntando copias del formulario de "solicitud de suministro de gas natural" y de "condiciones particulares del contrato del servicio de mantenimiento y reparación gas plus" que en su momento había entregado a Endesa.

La citada resolución recoge que Avanza Externalización de Servicios SA, a través de sus empleados o agentes, cumplimenta unos contratos para Endesa, sin controlar como son obtenidos los datos ni realizar un mínimo trabajo de supervisión que permita detectar si esos contratos contienen los datos de la persona, proporcionados libremente después de ser identificada como tal y como titular de suministro a que se refiere el contrato si ha manifestado su voluntad de contratar. En el caso enjuiciado Avanza Externalización de Servicios carecía del consentimiento inequívoco de la afectada para el tratamiento, y entre la documentación proporcionada por la distribuidora Avanza Externalización de Servicios SA no consta una copia del DNI, pasaporte u otro documento de identidad ni tampoco conste su consentimiento.

TERCERO.- En la demanda se invoca como fundamento de la pretensión actora las siguientes razones:

1º) Inexistencia del tratamiento del dato por parte de Avanza pues la relación contractual que existían entre la recurrente y Endesa no le permitía tratar los datos una vez recopilados ni establecer un sistema de control o de verificación de la realidad de tales datos una vez recopilados. Avanza entregaba directamente los datos a Endesa quien hacía una labor de supervisión y validación de los mismos.

2º) La Sra. Carmen otorgó su consentimiento a Avanza al cumplimentar la solicitud pues no se ha acreditado lo contrario, es decir que la Sra. Carmen no prestase su consentimiento.

3º) Ausencia de culpabilidad respecto de Avanza ya que no se puede exigir a la misma una conducta distinta a la que observó pues cumplió con todas las exigencias contractuales establecidas por Endesa.

El Abogado del Estado se opone a la demanda por los siguientes motivos:

-La entidad recurrente tiene cuando menos la condición de encargado del tratamiento, por cuanto realiza operaciones de captación de datos por cuenta del responsable del fichero, en este caso Endesa.

-La recurrente no justificó la concurrencia del consentimiento inequívoco de la denunciante para el tratamiento de sus datos.

-Por último, concurren los requisitos necesarios para apreciar el elemento de culpabilidad, cuando menos, referido al título de mera inobservancia que exige el legislador.

CUARTO.- Pues bien, el art. 6.1 de la LOPD establece que el "tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá del consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa."

En interpretación de tal precepto este Tribunal ha venido manteniendo de forma reiterada, entre otras en su sentencia de 24-6-2010 (Rec. 619/2009), que los requisitos del consentimiento se agotan en la necesidad de que este sea "inequívoco", es decir, que no exista duda alguna sobre la prestación del mismo. El citado artículo 6.1 de la LOPD no exige que el consentimiento revista una forma determinada pero sí que no admita duda o equivocación, pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar tal consentimiento de inequívoco.

Por ello, corresponde a quien realiza el tratamiento estar en condiciones de acreditar que ha obtenido el consentimiento del afectado pues, salvo las excepciones establecidas en la ley, sólo el consentimiento legítima el tratamiento y a tal fin deberá arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que efectivamente tal consentimiento ha sido prestado. Es decir, cuando consta la expresa oposición del titular de los datos personales, se traslada a la persona o entidad que ha tratado los mismos la carga de probar la existencia del consentimiento de su titular, sin que ello suponga una vulneración a la presunción de inocencia. La parte actora, sin embargo, no aportado prueba de que la denunciante hubiese otorgado el consentimiento inequívoco para el tratamiento de sus datos.

De otra parte, y contrariamente a lo manifestado en la demanda, la entidad recurrente ha tratado los datos de la denunciante al recabar los mismos y mantenerlos en un fichero con las copias de los formularios toda vez que según el artículo 3.c) de la LOPD también es tratamiento de datos las operaciones y procedimientos técnicos de carácter automático o no, que permitan la recogida y grabación de datos.

La demandante mantiene que la relación contractual que existía con Endesa no le permitía tratar los datos una vez recopilados ni establecer un sistema de control o de verificación de la realidad de tales datos una vez recopilados. Ahora bien, la recurrente como encargada del tratamiento -por encargo de Endesa responsable del fichero- vienen obligada a cumplir los principios y garantías establecidos en la LOPD, y en la operación de la recogida y mantenimiento de datos responde de las infracciones en que hubiera podido incurrir individualmente, con independencia de que el contrato no contenga las garantías exigidas en la LOPD o de que se haya extralimitado en su cumplimiento. En todo caso, la Agencia ha valorado tal circunstancia como causa de disminución cualificada de la culpabilidad de la recurrente.

La entidad actora, que por su actividad trata datos de terceros, viene obligada como encargada del tratamiento a prestar la máxima diligencia en el tratamiento de tales datos, respetando este derecho fundamental de las personas que consiste en un poder de disposición y control sobre los datos personales y que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero (STC 292/2000 EDJ 2000/40918). Y tal falta de diligencia presupone la concurrencia de culpabilidad en la actuación de la actora, contrariamente a lo manifestado por la misma.

Así las cosas, de los hechos declarados probados en la resolución impugnada, resulta claro que Avanza ha tratado datos personales sin acreditar el consentimiento de la denunciante, y a ella incumbía recabar el mismo y poder acreditar que contaba con él, con independencia de las responsabilidades en que haya podido incurrir Endesa como responsable del fichero. La conducta de la actora está tipificada en el artículo 44.3d) de la citada Ley 15/99, como recoge la resolución impugnada, si bien la sanción impuesta por la Agencia corresponde a la infracción precedente en gravedad, es decir a una infracción leve, y la cuantía de la multa se fijó en 30.000 Eur..

QUINTO.-.- Ahora bien, después de señalado para votación y fallo el presente recurso, mediante la Disposición Final Quincuagésima Sexta de la Ley 2/2011 se ha modificado, entre otros, el apartado 2 del artículo 45 de la Ley Orgánica 15/99 EDL 1999/63731 . Modificación que resulta aplicable pues es necesario atender al principio de la eficacia retroactiva de las normas sancionadoras más favorables que deriva del artículo 128.2 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271 : Las disposiciones sancionadoras producirán efectos retroactivos en cuanto favorezcan al presunto infractor.

El Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 21 de septiembre de 1998 EDJ 1998/22224 señalan: "entiende la Sala que si bien ciertamente no pueden aplicarse de forma mimética al derecho administrativo sancionador los principios del derecho penal, y por otra parte en la fecha de autos el principio vigente era el de la irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales consagrado por el artículo 9,3 de la Constitución EDL 1978/3879 y no el inverso de aplicación retroactiva de las normas favorables, este último principio venía afirmándose por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo hasta que fue expresamente positivado por el artículo 128,2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 ". Siendo así, deberá aplicarse la nueva regulación que ha modificado el importe de las multas, estableciéndose que las infracciones graves serán sancionadas con una multa de 40.001 a 300.000 Eur..

La Agencia señala en su resolución que toda vez que Avanza, esencialmente, ha actuado por cuenta de Endesa siguiendo y cumpliendo-según ésta- las instrucciones dadas, aplica el artículo 45.5 de la LOPD e impone la sanción en la escala media. Así, aplicando el mismo criterio de graduación y el nuevo baremo establecido en la Ley 2/2011, procede imponer la sanción prevista para las infracciones leves en su grado medio, es decir 20.000 Eur., anulando en este punto la resolución objeto de recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FALLO

ESTIMAR en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad AVANZA EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS, S.A., representada por la Procuradora D^a Silvia Scott Glendonwyn Álvarez, contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 17 diciembre 2009 estima en parte el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la citada Agencia de fecha 21 de septiembre de 2009, dictada en el PS/00210/2009, reduciendo la sanción impuesta a 20.000 Eur.; sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Contra esta sentencia no cabe recurso de casación.

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: 28079230012011100154