

Resumen

La Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional estima parcialmente, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Effico Iberia contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, que considera que la recurrente incurrió en infracción al pedir la inclusión en el fichero ASNEF de una deuda sin que obedeciera a una situación real y sin haber efectuado el previo requerimiento de pago. La entidad recurrente vulnera el principio de calidad de datos, al haber instado en 2009 el alta en el fichero Asnef de los datos del denunciante asociados a una deuda inexistente, no acreditada por sentencia judicial y que fueron dados de baja un año antes del citado fichero. La Sala entiende también en relación con la cuantía de la multa que se ha de llevar a cabo una aplicación íntegra ó en bloque de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, siempre que el resultado final suponga un beneficio para el reo.

NORMATIVA ESTUDIADA

RD 1720/2007 de 21 diciembre 2007. Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos art.38.c

LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal art.29.4 , art.44.3.d , art.45.2

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

Retroactividad de norma más favorable

INFRACCIONES Y SANCIONES; DERECHO SANCIONADOR

TRIBUTARIAS

Protección de datos

infracciones del sector privado

Culpabilidad

PROTECCIÓN EN EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS

PRINCIPIOS Y DERECHOS

Calidad del dato

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Agencia de protección de datos,Infractor; Desfavorable a: Agencia de protección de datos,Infractor

Procedimiento:Recurso contencioso-administrativo

Legislación

Aplica art.38.c de RD 1720/2007 de 21 diciembre 2007. Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos

Aplica art.29.4, art.44.3.d, art.45.2 de LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal

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

Cita art.4.3 de LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal

Cita art.20 de RD 1398/1993 de 4 agosto 1993. Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora

Cita art.80, art.128.1 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita art.9.3, art.25 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Bibliografía

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 anule la resolución impugnada y subsidiariamente que se aplique el artículo 45.5 LOPD, sancionándose con una multa correspondiente a las infracciones leves graduada en su cuantía mínima.

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.- El recurso no se recibió a prueba, señalándose para votación y fallo el día 20 de julio 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. D^a 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 2 de julio de 2010 dictada en el PS/00032/2010 que impone a Effico Iberia S.A. una sanción de multa de 60.101,21Euros por la comisión de una infracción del artículo 4.3 en relación con el 29.4 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.

Considera la AEPD que Effico Iberia S.A. incurrió en la citada infracción por cuanto con posterioridad a haberse dado de baja los datos del denunciante del fichero Asnef en fecha 17 de abril de 2008 a raíz de dictarse una sentencia en la que no se consideraba acreditada la deuda anotada, la entidad Effico S.A. instó nuevamente en mayo de 2009 su alta el citado fichero por la misma deuda, sin que obedeciera a la situación real y sin haber efectuado el previo requerimiento de pago.

SEGUNDO.- Los hechos probados en que se basa la resolución sancionadora impugnada, son los siguientes:

PRIMERO.- Que, según la documentación remitida a esta Agencia por EQUIFAX IBÉRICA S.L., como entidad gestora del fichero de solvencia patrimonial y crédito ASNEF, en escrito de fecha 29 de agosto de 2009D, los datos de carácter personal relativos a D. Luis Pedro, nombre, apellidos y NIF, constaban a esa fecha en el citado fichero ASNEF informados por "EFFICO IBERIA", con fecha de alta 21 de mayo de 2009 por importe de 688,09 Eur., por concepto "operación tarjetas de crédito"; y así fue notificado oportunamente por ASNEF EQUIFAX al denunciante.

SEGUNDO.- Que también de acuerdo con la documentación aportada a esta Agencia por EQUIFAX, los datos relativos al denunciante constaron en el fichero ASNEF informados en otra anterior inscripción por "EFFICO IBERIA", con fecha de alta 13 de diciembre de 2005 y baja el 17 de abril de 2008 por un importe de 688,09 Eur., por concepto "Operación: tarjetas de crédito".

TERCERO.- Que, respecto a la inscripción descrita en el punto 2º anterior, EQUIFAX informó a esta Agencia que constaba la solicitud de cancelación de fecha 7 de abril de 2008 que formuló el denunciante y la contestación a la misma de fecha 17 de abril de 2009, en la que se le comunicaba que procederían a esa "Baja cautelar" ya mencionada de sus datos personales en el fichero ASNEF informados por EFFICO IBERIA. También constaba el escrito dirigido por EQUIFAX vía fax, núm.914010037 (fecha y hora de envío: 9 de abril de 2008 y 12:43 horas, respectivamente) a EFFICO IBERIA por el que se solicitaba confirmación de dicho asiento y se le comunicaban que, en caso de no recibir comunicación por su parte, procederían a la baja cautelar con fecha 17 de abril de 2008

CUARTO.- Que con anterioridad, en fecha 15 de noviembre de 2007 el Juzgado de 1ª Instancia núm.20 de Madrid, en el juicio verbal 696/2007, dictó sentencia desestimando la demanda presentada por parte de EFFICO IBERIA S.A. contra D. Luis Pedro por reclamación de cantidad de 688,09 Eur. por una deuda derivada de una financiación otorgada en su día por Banco Cetelem, S.A. En sus fundamentos jurídicos se puede leer en dicha sentencia que "la simple emisión de un listado de cantidades y fechas no constituye prueba de que correspondan realmente a transacciones realizadas por el demandado; tanto este listado como el certificado de deuda que se aportó al proceso monitorio no son la prueba de la deuda, sino la afirmación de la existencia de la deuda (...) Ante tal insuficiencia de prueba, cuya carga incumbe a la parte actora (...) procede desestimar la demanda.

QUINTO.- Que la sentencia descrita en el punto 4º anterior fue notificada a través de procurador en fecha 30 de noviembre de 2007.

SEXTO.- Que EFFICO IBERIA, S.A. manifestó ante esta Agencia en escrito recibido en fecha 8 de septiembre de 2009 en fase de actuaciones previas de investigación lo siguiente: "Que tras la correspondiente tramitación del expediente fue dictada sentencia desestimatoria a los intereses de Effico S.A.U. No habiendo tenido constancia esta parte, de que por parte del titular se hubiera ejercitado derecho alguno, ni se hubiera formulado queja o reclamación alguna. Con fecha 9 de abril se solicita por el titular la baja en ASNEF a la cual Effico no muestra oposición alguna procediéndose a la baja con fecha 17 de abril de 2008 por parte de ASNEF. Sin embargo, por

un error informático involuntario y a pesar de que el expediente estaba a 0 en nuestros sistemas, y la cantidad se había pasado a pérdidas, se reporta el alta en ASNEF nuevamente con fecha 6 de mayo, la cual no se tramita de forma efectiva hasta el día 21 de mayo de 2008".

SÉPTIMO.- Que EFFICO IBERIA S.A. no ha acreditado en el expediente que realizara requerimiento de pago al denunciante con carácter previo a la inclusión de sus datos de carácter personal en el fichero de solvencia patrimonial y crédito ASNEF, en especial la detallada en el punto 1 anterior, con la advertencia de que, en caso de cumplirse los requisitos previstos en la normativa sobre protección de datos de carácter personal, los datos relativos a la deuda podrían ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias."

TERCERO.- La parte actora alega en primer lugar falta de claridad de la resolución impugnada pues considera que no ha quedado acreditado si la supuesta infracción es bien por la no acreditación del requerimiento previo de pago, o bien por haber mantenido datos del cliente en el fichero de la actora, por lo que invoca la infracción del artículo 20 del Real Decreto 1398/1993 EDL 1993/17573 , por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

Alegato que resulta gratuito por cuanto de la lectura de citada resolución, se desprende con claridad que la infracción por la que se ha sancionado, vulneración del principio de calidad de datos, radica en haber tratado la entidad recurrente en sus ficheros datos inexactos del denunciante, al seguir asociándolos a una deuda con posterioridad a haberse dictado sentencia civil no considerándola acreditada y comunicarlos al fichero Asnef asociados a la citada deuda y además sin haber efectuado el previo requerimiento de pago.

En segundo lugar aduce que se ha vulnerado el artículo 80 de la LRJPAC EDL 1992/17271 pues habiéndose solicitado pruebas no se ha dictado resolución motivada sobre dicho particular, lo que le ha supuesto una merma considerable de su derecho de defensa.

La entidad demandante solicitó en el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución -folio 226- la declaración del denunciante para interrogarle sobre los requerimientos de pago efectuados tanto de forma telefónica como por correo.

Es cierto que la AEPD no se ha pronunciado expresamente sobre dicha prueba, pero ello no constituye ninguna irregularidad con efectos invalidantes. Se trata de una declaración testifical que debió haber propuesto en el trámite conferido a tal fin en el acuerdo de inicio, al amparo del artículo 16.1 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora y no lo hizo. Y, en cualquier caso, resulta una prueba irrelevante a tenor de lo actuado, como lo evidencia el hecho de no haberse propuesto siquiera en vía jurisdiccional.

Por lo demás el hecho de que la resolución sancionadora haya podido ser dictada fuera del plazo de 10 días a que se refiere alude el artículo 20 del tan mentado Reglamento tampoco tiene efectos invalidantes.

CUARTO.- El artículo 44.3.d) de la LOPD tipifica como infracción grave tratar los datos de carácter personal con conculcación de los principios y garantías establecidas en la ley o en las disposiciones reglamentarias de desarrollo, que en el presente caso se concreta en la vulneración del principio de calidad de datos.

Respecto del principio de calidad de datos, la LOPD establece la exigencia de la exactitud y veracidad de los datos en el citado artículo 4.3 " Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado".

El artículo 29 de la citada Ley, que regula de forma específica la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito distingue dentro de ellos dos supuestos. Uno de los cuales es el relativo a los ficheros de solvencia patrimonial en los que se tratan datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés, que se regulan en el apartado 2.

Estos ficheros se caracterizan porque no necesitan del consentimiento del afectado para la obtención y tratamiento de sus datos, lo que supone una excepción a los principios rectores de la LOPD (entre ellos el del consentimiento del afectado en el tratamiento y cesión de sus datos de carácter personal). No obstante, frente a esta excepción, la propia norma articula una serie de contrapesos, como es su limitación a un caso concreto (cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias) y la obligación de notificar a los afectados el hecho de que se han registrado sus datos de carácter personal.

Por su parte, el apartado 4 del citado artículo 29 dispone que " Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados (...) siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos".

En el caso de autos de la prueba practicada se ha constatado que los datos del Sr. Luis Pedro se incluyeron en el fichero Asnef el 13 de diciembre de 2005 a instancia de la entidad Effico Iberia, por un importe de 688,09 Eur. y por el concepto de "operación tarjetas de crédito". Posteriormente, el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Madrid dictó sentencia de fecha 15 de noviembre de 2007 desestimando la demanda interpuesta por dicha entidad contra el citado Sr. Luis Pedro en reclamación de la citada cantidad de 688,09 Eur., por entender no acreditada la deuda. El aquí denunciante solicitó en fecha 7 de abril de 2008 al fichero Asnef la cancelación de la anotación a él referente con base en la citada sentencia, solicitud que Equifax puso en conocimiento de Effico Iberia, procediéndose a la baja el 17 de abril de 2008. Sin embargo, casi un año después, en fecha 21 de mayo de 2009 los datos del denunciante asociados a la citada "deuda" y por la misma cuantía fueron dados de alta nuevamente en el fichero Asnef, a instancia de Effico Iberia, y esto es lo que denuncia el Sr. Luis Pedro cuando en virtud de la notificación recibida de Asnef -ya que no se produjo requerimiento previo de pago- conoce el alta nuevamente de sus datos en el citado fichero de solvencia patrimonial.

Resulta por lo expuesto, con claridad, la vulneración por parte de la entidad recurrente del principio de calidad de datos, al haber instado en 2009 el alta en el fichero Asnef de los datos del denunciante asociados a una deuda inexistente, que por sentencia judicial se había considerado no acreditada y que por esa razón ya fueron dados de baja un año antes del citado fichero. Lo anterior evidencia que Effico Iberia no había actualizado en sus ficheros los datos del denunciante y continuaba tratándolos asociándolos a dicha deuda pese a la existencia de la sentencia judicial, no respondiendo con veracidad a su situación actual. Lo expuesto es suficiente para entender

acreditada la infracción apreciada, a lo que cabe añadir, a mayor abundamiento, que el alta en el fichero se llevó a cabo sin el preceptivo requerimiento de pago de la "deuda" a que se refiere el artículo 38.c) del Reglamento de Desarrollo de la LOPD aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre EDL 2007/241465 .

Aduce la recurrente que la sentencia civil no se notificó al Procurador y que habiendo confiado la tramitación del procedimiento civil a un letrado externo desconoce los hechos del mismo hasta el mes de diciembre de 2009, esgrimando la ausencia de culpabilidad.

Al respecto reseñar que el procedimiento civil fue interpuesto por Effico y en él consta la notificación de la sentencia a la parte actora tal y como se ha reseñado en el "factum" de la resolución impugnada. Pero es que además, en abril de 2008 al solicitar el denunciante la cancelación de sus datos en el fichero Asnef, a raíz de la citada sentencia, la entidad que gestiona dicho fichero - Equifax- puso en conocimiento de Effico dicha solicitud de cancelación, por lo que no puede alegar desconocimiento de la citada sentencia al instar el alta en el fichero en mayo de 2009.

Todo lo cual no viene sino a poner de relieve una patente falta de diligencia en la actuación de la entidad recurrente siéndole imputable la infracción recurrente a título de culpa.

QUINTO.- Postula la recurrente la aplicación del artículo 45.5 LOPD que fundamenta en la inexistencia de culpabilidad por los motivos ya expuestos y analizados anteriormente.

También alude a los medios que ha implantado para evitar errores como el producido, invocando en este sentido que la propia AEPD ha aplicado el citado precepto por las medias instauradas en el ámbito de telecomunicaciones.

La Sala ya se ha pronunciado sobre este particular como reseña la resolución recurrida. Así, en la SAN, Sec. 1ª, de 29 de octubre de 2008 (Rec. 84/2007) se señalaba: " la adopción de medidas para la perfecta identificación de los clientes no puede constituir un elemento de atenuación de la responsabilidad sino que supone el cumplimiento de una obligación ordinaria exigible a las empresas que trabajan con grandes volúmenes de datos de carácter personal, sin que pueda considerarse la adopción de dichas medidas como base para apreciar disminución cualificada de la culpabilidad o de la antijuridicidad.

La aplicación del criterio expuesto, efectuado de forma generalizada, tendría el efecto no deseado por la norma, de beneficiar al infractor reincidente, y el artículo 45.4 LOPD ya ha tomado en consideración la reincidencia a efectos de graduar la cuantía de la sanción a imponer.

La aplicación de citado artículo 45.5 LOPD debe ser por el contrario, individualizada, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, en el que habrá que analizarse si concurren los presupuestos para su aplicación (...)

En el caso de autos, a la vista de las circunstancias concurrentes expuestas, no se aprecia la concurrencia de circunstancias que justifiquen la aplicación del citado precepto.

SEXTO.- Ahora bien, con posterioridad a dictarse la resolución impugnada, se ha publicado la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible(BOE de 5 de marzo 2011), cuya Disposición final quincuagésima sexta viene a modificar diversos artículos de la LOPD, entre otros y por lo que aquí nos interesa el artículo 45.2 que dispone "Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 Eur."

Es decir, se reducen los límites mínimo y máximo de la sanción de multa asignada a las infracciones graves, modificación que ha entrado en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley en el BOE (Disposición final sexagésima).

Modificación que se puso de manifiesto a las partes confiriéndoles trámite de alegaciones.

Viene considerando la Sala, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128.1 de la LRJPAC EDL 1992/17271 y reiterada jurisprudencia del TS en materia administrativa sancionadora procede la aplicación retroactiva de la norma más favorable para el presunto infractor, pues como señala la STS, 17 de abril de 2008 (Rec. 4209/2002) constituye una garantía implícitamente consagrada en el art. 9.3 CE EDL 1978/3879 , el cual limita la prohibición de la retroactividad de las normas sancionadoras a las "no favorables" y, con ello, admite que la seguridad jurídica, en relación con el principio de legalidad penal y en materia sancionadora (art. 25 de la Constitución EDL 1978/3879), suponga la retroactividad de la norma sancionadora más favorable",

Esta Sala viene considerando, ya en la SAN, Sec. 1ª de 13 de mayo 2011 (Rec. 329/2010) que puede este órgano judicial realizar directamente la aplicación retroactiva de tal ley más beneficiosa, pues como indica la STS, de 18 -3- 2003 (Rec. 572/1998) : Tampoco la firmeza y ejecución de la resolución administrativa impide que se aplique la ley más favorable (...) siendo una de las opciones posibles que en estos casos la jurisprudencia se hubiera pronunciado a favor de devolver las actuaciones administrativas para que los hechos fueran calificados de nuevo por la Administración, sin embargo ha preferido seguir la de entrar directamente en el tema, teniendo siempre en cuenta el previo debate entre las partes, basándose implícitamente en una razón de economía procesal (SSTS de 13-3-92 y 12-5-1989).

Ello, en definitiva, porque las limitaciones en la fiscalización de los actos administrativos inherentes al principio de jurisdicción revisora, tienen carácter instrumental y no pueden prevalecer frente a una garantía de orden sustantivo del ejercicio de la potestad sancionadora.

Y entiende igualmente la Sala, que con tal modo de proceder si se está llevando a cabo una aplicación íntegra o en bloque de la ley más beneficiosa, es decir, incluidas aquellas de sus normas que pueden resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final suponga un beneficio para el reo, ya que en otro caso la nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica la aplicación retroactiva (SSTC 75/2002, de 8 de abril y 21/1993, de 18 de enero).

Sin perjuicio de lo que pueda plantearse en algún supuesto concreto, respecto de alguno de los apartados de la repetida Ley 2/2011, que tal vez pueda resultar menos beneficioso en relación con la redacción de la LOPD antes de la reforma, lo cierto es que la modificación

de la misma llevada a cabo por la mencionada Ley de Economía Sostenible, considerada íntegramente o en bloque, si resulta más beneficiosa para el sancionado, lo que justifica la invocada aplicación retroactiva.

Procede, por tanto por mor de la repetida aplicación, al supuesto, de dicha modificación de la LOPD operada por la Ley de Economía Sostenible, la imposición de una multa de 40.001 euros.

SÉPTIMO.- 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 EFFICO IBERIA S.A. representada por el Procurador Sr. Martínez de Lejarza Ureña contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 2 de julio de 2010 dictada en el PS/00032/2010; resolución que se anula parcialmente en el sentido de rebajar la sanción de multa impuesta a 40.001 Eur.; sin imposición de costas.

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

Notifíquese a las partes con indicación de que no cabe contra ella recurso de casación.

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

LA SECRETARIA JUDICIAL

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079230012011100391