

Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 31 May. 2006, Rec. 539/2004

Ponente: Buisán García, María Nieves.

LA LEY 61097/2006

FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. PROTECCIÓN DE DATOS. Contratación telefónica. Falta de consentimiento inequívoco del afectado para tratar sus datos de carácter personal. Ausencia de elemento probatorio que acredite la celebración del contrato. Es el responsable del fichero a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien solicita el consentimiento lo da y que es efectivamente el titular de los datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de esta obligación. Inexistencia de elementos que puedan excluir la responsabilidad de la sancionada, sin que pueda verse aquélla atenuada por la posible actuación delictiva de un tercero que no ha podido ser identificado.

La Audiencia Nacional desestima el recurso contra imposición de sanción por tratamiento de datos de carácter personal e inclusión en fichero de morosos sin consentimiento del titular.

En Contra: ADMINISTRADO.

SENTENCIA

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso-administrativo número 539/2004, interpuesto por TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, S.A, representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Noriega, contra la resolución de la Agencia de Protección de Datos de 12 de agosto de 2004 que desestima el recurso de reposición planteado por dicha entidad frente a la anterior resolución de 30 de junio de 2004 que impone la misma actora una multa de 60.101,21 euros. Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 19 de octubre de 2004, acordándose por providencia de 3 de noviembre siguiente su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/98, y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 5 de enero de 2005, en el cual, 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 reconociera:

I) No ser conforme a derecho la resolución recurrida, declarando la nulidad total de los actos impugnados y dejándolos sin efecto.

II) Con carácter subsidiario, la aplicación de la atenuante cualificada a la sanción grave, graduando la cuantía respecto de la escala correspondiente a las infracciones leves, en su cuantía mínima.

III) Con expresa condena en costas a la Administración.

IV) La obligación de la Administración demandada de estar y pasar por las anteriores declaraciones, adoptando todas las resoluciones para un más rápido, real y efectivo cumplimiento.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 9 de febrero de 2005, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso y se confirmara la resolución administrativa impugnada, por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, se acordó el mismo mediante Auto de 16 de febrero de 2005, practicándose la documental propuesta y admitida con el resultado que figura en las actuaciones. No considerándose necesaria la celebración de vista pública, y tampoco el trámite de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

QUINTO.- Se señaló para tal votación y fallo de este recurso el día 30 de mayo de 2006, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña Nieves Buisán García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo la resolución de la Agencia de Protección de Datos de 12 de agosto de 2004 que desestima el recurso de reposición planteado por Telefónica Móviles España SA frente a la anterior resolución de 30 de junio de 2004 que impone a dicha actora una 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, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la misma, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.5 de la citada Ley Orgánica.

Dichas resoluciones derivan del escrito que tuvo entrada en la APD con fecha de 25 de junio de 2002, remitido a través del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, en el que la Sra. Julia comunica que le han denegado una solicitud de alta en Vía Digital, informándole de que sus datos se encuentran en un fichero de impagados y que existe otra persona de nombre D. Gaspar, en la provincia de Málaga, con su mismo número de DNI incluido en el fichero Asnef:

Tales resoluciones declaran como hechos probados los siguientes:

"PRIMERO. Los datos de D. Gaspar, con DNI número NUM000, figuraron incluidos en el fichero CLIENTES de Telefónica Móviles asociado a los números de teléfono NUM001 y NUM002.

SEGUNDO. El producto contratado por D. Gaspar fue el de modalidad de recarga telefónica. Telefónica Móviles no ha aportado copia del contrato.

TERCERO. En el fichero Asnef figuró una anotación a nombre de D. Gaspar con DNI número NUM000, desde el periodo comprendido entre el 07/05/02 al 12/06/02, por una incidencia informada por Telefónica Móviles.

CUARTO. El titular del DNI NUM000 es doña Julia Tornero, según ha certificado la Dirección General de la Policía.

QUINTO. En fecha 15/11/02 Telefónica Móviles interpuso demanda por posible alta fraudulenta relacionada con los números de abonado NUM002 y NUM001 a nombre de D. Gaspar con DNI número NUM000. Dicha demanda dio lugar al inicio de las Diligencias Previa 8374/2002.

SEXTO. Mediante Auto de fecha 22/01/03 el Juzgado de Instrucción nº 3 de Málaga sobreseyó

provisionalmente las Diligencias Previas 8374/2002, decretando la averiguación del paradero del denunciado. A fecha 11/05/04 continuaba el sobreseimiento por no haber sido localizado el denunciado".

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

Fue el Auto de 27 de enero de 2003 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Málaga el que acordó el archivo provisional de las diligencias penales. El siguiente 13 de mayo de 2004 la Agencia de Protección de Datos levanta la suspensión del procedimiento sancionador. Además de que estamos en presencia de un sobreseimiento provisional (y no ante declaración de terminación de sumario) Telefónica Móviles solicitó del Juzgado de Instrucción, por escrito de 27 de mayo de 2004, la continuación de las diligencias y la modificación de la anterior decisión de sobreseimiento provisional, por lo que el procedimiento no puede considerarse concluido ante la jurisdicción penal.

El concepto resolución judicial a que se refiere el Art. 7.3 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, se equipara a decisión judicial que decida la conclusión del sumario regulada en los Art. 662 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o a la existencia de sentencia firme.

El Acuerdo de la AEPD de 13 de mayo de 2004, levantando la suspensión del procedimiento sancionador, interpreta una resolución provisional del Juzgado como firme, por lo que los hechos han sido mal calificados jurídicamente, porque el origen del expediente sancionador se encuentra en un presunto ilícito pendiente de ser resuelto por la jurisdicción penal.

Es apreciable la atenuante cualificada del Art. 45.5 de la LOPD, pues existe ausencia de culpabilidad o dolo por parte de Telefónica Móviles, que obró con error involuntario y sin producir daño alguno al denunciante, que además fue inmediatamente subsanado.

Falta de reglamentación del procedimiento para la rectificación o cancelación de datos. Son aplicables tanto el Real Decreto 1332/94 como la Instrucción 1/1998, de 19 de enero, pero ninguna de dichas normas regula el procedimiento a seguir en el supuesto de que se haya producido una contratación fraudulenta y sea necesario efectuar la correspondiente investigación para determinar la veracidad de los hechos.

Vulneración del derecho a la presunción de inocencia del Art. 137 de la Ley 30/1992, reflejo de lo establecido tanto en el Art. 24 CE como en el Art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Fundamentales de la persona.

TERCERO.- Resulta, por tanto, de la demanda, que la parte actora no cuestiona el relato de hechos recogido en la resolución recurrida, sino que todos sus argumentos de impugnación se refieren a cuestiones jurídicas.

Así primeramente, en cuanto a las de índole procedimental, y dada la insistencia de tal demanda, se ha de resolver si la Agencia de Protección de Datos debería haber suspendido la tramitación del procedimiento sancionador tras presentarse por la parte, ante el Juzgado de instrucción, y escrito de solicitud de la continuación de las diligencias penales y hasta que se hubiese dictado resolución definitiva en el orden penal.

El examen de las actuaciones, sin embargo, pone en evidencia que esto es precisamente lo que hizo la Agencia en el caso que examinamos, según queda reseñado en la resolución recurrida, tanto en los antecedentes de la misma como es su fundamento de derecho IV en el que se expone que " cuando se tuvo conocimiento de que se habían incoado Diligencias previas en el Juzgado de instrucción por los mismos hechos y sujetos que los que motivaron la apertura del procedimiento sancionador, el Director de la AEPD acordó al suspensión del procedimiento administrativo iniciado. Una vez el Juzgado da traslado del Auto declarando el sobreseimiento provisional, se vuelven a retomar las actuaciones administrativas en la fase en que fueron suspendidas. La resolución recaída permite que

el procedimiento administrativo continúe".

Tal proceder, a juicio de la Sala, es conforme con el artículo 7 del Real Decreto 13498/1993 de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y con la demás normativa aplicable al caso, sin que la solicitud presentada por la parte actora en el sentido de que se abrieran nuevas diligencias previas y se modificara la decisión del Juzgado de Instrucción, sobre el sobreseimiento provisional, suponga que dichas actuaciones penales se hayan efectivamente reiniciado, por lo que no procede, en el momento actual, una nueva suspensión del procedimiento

Así las cosas, el reproche procedimental que se formula en la demanda carece de toda consistencia.

CUARTO. La infracción imputada a Telefónica Móviles es la del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que requiere el consentimiento inequívoco del afectado para tratar sus datos de carácter personal, al disponer textualmente que: "1.- El tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa."

Precepto que ha de completarse con el específico régimen jurídico aplicable a esta modalidad de contratación, y así:

El artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación establece que "en los casos de contratación telefónica o electrónica 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".

El desarrollo reglamentario de esta norma lo encontramos además el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica cuyo artículo 5.1 determina: "1. 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".

Y, el artículo 5.2 de esta misma norma reglamentaria que establece: "2. A estos efectos, y sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho, cualquier documento que contenga la citada información, aún 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 es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la Ley.

Pues bien aplicando toda dicha normativa y doctrina al supuesto enjuiciado tenemos que Telefónica Móviles ha declarado que para poder realizar las recargas telefónicas el cliente debe cumplimentar y firmar un contrato en el que se indicarán sus datos personales y los datos del contrato Movistar Plus al que se asocie o los datos de la cuenta bancaria o tarjeta de crédito/debito, y que para asegurar la

identidad del cliente, el distribuidor tiene que solicitar fotocopia del DNI y documentos acreditativos de los datos de cobro.

Sin embargo, tal y como argumenta la resolución admistrativa impugnada y se desprende de las actuaciones, resulta que ante la solicitud de la Agencia de Protección de Datos la remisión del contrato suscrito por D Gaspar Telefónica Móviles manifestó que no obraba en sus archivos copia del contrato.

Resulta, por tanto, que tal la empresa demandante no sólo no ha aportado ningún elemento probatorio que acredite la celebración telefónica del contrato, sino que tampoco ha acreditado el cumplimiento de las garantías y cautelas que determinan las normas transcritas. Más concretamente, no consta justificación documental, ni cinta de grabación, ni cualquier otro soporte que justifique la celebración del contrato, y tampoco hay constancia del ulterior envío y recepción por el destinatario de la documentación correspondiente al mencionado contrato.

Hemos de concluir de todo lo anterior, por tanto, que Telefónica Móviles procedió a tratar los datos del DNI de doña Julia sin su consentimiento, dado que no existía ninguna relación negocial entre ellos.

QUINTO. Una vez constatado que la demandante realizó la conducta infractora que aparece descrita en la resolución recurrida, en el curso de este proceso no se ha puesto de manifiesto la concurrencia de circunstancias que permitan excluir la culpabilidad de la misma, y más teniendo en cuenta que se trata de una entidad a la que, por la habitualidad en utilización de esta modalidad de contratación telefónica, debe suponerse un adecuado conocimiento de los principios y garantías establecidos en nuestro ordenamiento para la celebración de esta clase de contratos.

Es sabido que se puede incurrir en responsabilidad por la infracción que estamos examinando tanto de manera intencionada o dolosa como por descuido, negligencia o aún a título de simple inobservancia (artículo 130.1 de la Ley 30/1992). Y procede ahora recordar que, como señala el Tribunal Supremo en STS de 23 de enero de 1998, "...aunque la culpabilidad de la conducta debe también ser objeto de prueba, debe considerarse en orden a la asunción de la correspondiente carga que ordinariamente los elementos volitivos y cognoscitivos necesarios para apreciar aquélla forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos, o en su vertiente normativa, que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta, en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa".

Ninguna de las circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa permite excluir este elemento subjetivo de la infracción, y menos aún afirmar que la entidad sancionada prestase la debida diligencia. A tal efecto debemos insistir en que la culpabilidad de Telefónica Móviles no puede considerarse excluida ni atenuada por el hecho de que haya mediado la posible actuación delictiva de un tercero que no ha podido ser identificado, pues la responsabilidad de la empresa ahora demandante no deriva de la actuación de éste, sino de la suya propia, y la infracción que estamos examinando, el tratamiento de los datos personales sin que conste el consentimiento del titular, trae causa, a su vez, de la celebración de un contrato telefónico sin las debidas cautelas y garantías, es independiente de la conducta delictiva investigada por la jurisdicción penal.

SEXTO.- Tampoco cabe apreciar en este caso una supuesta vulneración del principio de proporcionalidad pues la sanción impuesta, 60.101€ 21 euros, es la mínima prevista en el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 15/1999 para las infracciones graves.

Además la sanción impuesta es plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad (Art. 45.5 LOPD) pues no ha quedado acreditada la concurrencia de circunstancias que lleven a apreciar una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, y ello tanto porque a la antijuridicidad no obsta la falta de intención de infringir las normas jurídicas como

porque ha quedado perfectamente acreditada la falta de diligencia de la entidad sancionadora que formaliza los contratos sin la diligencia necesaria para asegurarse de que aquella persona que esta prestando el consentimiento efectivamente es quien dice ser.

SÉPTIMO. Razones todas las anteriores que conducen a la íntegra desestimación del recurso, sin que concurran las causas expresadas en el Art. 139 de la Ley de la Jurisdicción para la imposición de las costas procesales a ninguna de las partes.

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad Telefónica Móviles España SAU contra la resolución de la Agencia de Protección de Datos de 12 de agosto de 2004 que desestima el recurso de reposición planteado por Telefónica Móviles España SA frente a la anterior resolución de 30 de junio de 2004 que impone a dicha actora una multa de 60.101,21 euros , resoluciones que declaramos conforme a Derecho, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Así, por ésta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-

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

EL SECRETARIO

D^a María Elena Cornejo Pérez