

Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 8 Oct. 2003, Rec. 1365/2001

Ponente: Fernández-Lomana García, Manuel

Ponente: Fernández-Lomana García, Manuel.

LA LEY 157968/2003

FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. Protección de datos de carácter personal. Sanción por tratamiento de datos de carácter personal sin el consentimiento del afectado: procedencia. Inexistencia de prescripción. La situación de infracción permanece mientras que la empresa trate el dato sin consentimiento. Inexistencia de caducidad del procedimiento sancionador. Concurrencia de prueba de cargo suficiente para llegar a la conclusión de que el dato ha sido tratado sin consentimiento. Proporcionalidad de la sanción.

SENTENCIA

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 1365/2001 se tramitan a instancia de HOME ENGLISH SA representada por el Procurador D^a JUDITH ESTANY SECANELL contra la Resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de 24 de junio de 2001, por el concepto de sanción, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Señor Abogado del Estado, siendo la cuantía de 10.000.001 pts (60.101,21 euros).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por los mencionados anteriormente frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Señor Abogado del Estado.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en plazo legal formuló escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda, consta literalmente. Dentro del plazo legal la Administración demandada formuló a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que estimó oportuno.

TERCERO.- Se recibió el juicio a prueba.

CUARTO.- Evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo para lo que se acordó señalar el día 7 de octubre de 2003.

Ha sido Ponente el Ilustrísimo Señor D. MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son hechos esenciales para la solución del litigio los siguientes:

1.- D Juan Ramón recibió en su centro de trabajo Aeropuerto de Chauchina, 340 Chauchina, un envió

publicitario de HOME ENGLISH SA en septiembre de 1999.

2.- Solicitado el acceso a sus datos el 18 de enero y 13 de julio de 2000, HOME ENGLISH le informó el 25 de julio de 2000 que sus datos (nombre, apellidos y domicilio del centro de trabajo del Aeropuerto de Chauchina) se encontraban en alta en sus ficheros desde el 22 de octubre de 1994, procedentes de una campaña de telemarketing.

3.- HOME ENGLISH utilizó los datos de D. Juan Ramón . contenidos en sus ficheros desde el 22 de octubre de 1994 para la remisión del envío publicitario de septiembre de 1999.

4.- Los datos del denunciante utilizados para el envío publicitario no se encuentran publicados en los repertorios de abonados de Telefónica.

5.- D Juan Ramón niega haber facilitado sus datos personales en la campaña de telemarketing efectuada por HOME ENGLISH en octubre de 1994 y, asimismo, niega haber autorizado el tratamiento autorizado de los datos.

6.- D J.C. empezó a prestar servicios en dicho centro de trabajo el 26 de junio de 1995.

7.- Por Resolución de 24 de julio de 2001 la PAD impuso al recurrente sanción de 10.000.001 pts como autora de una infracción del art 6.1 de la LO 5/1992 en relación con los arts 43.3.d) y 44.2 de la misma norma.

SEGUNDO.- El primer argumento que sostiene el recurrente es que la infracción administrativa está prescrita. En concreto razona que la obtención de los datos se produjo en una campaña llevada a cabo por personal de la entidad en octubre de 1994; la infracción cometida sería una falta grave; según el art 46 de la LORTAD las infracción graves prescriben a los dos años; el acuerdo de inicio del expediente sancionador se materializó el 8 de marzo de 2001; por lo tanto la infracción estaba prescrita, pues de octubre de 1994 a marzo de 2001 han transcurrido más de dos años.

Frente a esta argumento el Sr. Abogado del Estado razona que los datos se han mantenido en los ficheros hasta, al menos, febrero de 2000 y por lo tanto, la infracción no está prescrita, pues estamos ante una infracción administrativa continuada.

Ciertamente el art 46 de la LO 5/1992, cuya aplicación no discuten las partes, establece en su art 46.1 que las infracción graves prescriben a "los dos años"; que el plazo de prescripción "comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido" -art 46.2-; y que se interrumpirá por "la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador" art 46.3-.

Ahora bien, interpretando dicho precepto hemos dicho en nuestra SAN (1ª) de 25 de mayo de 2002 (Rec 185/2001) que: "la infracción cometida es tratar el dato personal (no inscribirlo o anotarlo) sin consentimiento del interesado y, por lo tanto, la situación de infracción permanece mientras que la empresa trate el dato sin consentimiento. Existiendo constancia, como sostiene la APD de que el dato fue tratado en diciembre de 1998 cuando se realizó el último envío -no habiendo transcurrido los dos años- y permaneciendo la anotación y tratamiento del dato cuando se giró la visita de inspección. Así lo hemos entendido, entre otras en las SAN (1ª) de 16 de marzo de 2001 (Rec 882/1999) y 21 de septiembre de 2001 (Rec 95/2000). En esta última razonamos que: "en el ámbito administrativo sancionador, existen las denominadas "infracciones permanentes" -STS de 7 de abril de 1989 y 23 de enero de 1990-, las cuales se caracterizan porque la conducta constitutiva de un único ilícito se mantiene durante un espacio prolongado de tiempo; lo que implica que el plazo de prescripción no se inicia "al no haber cesado la situación de infracción perseguida" -STS de 18 de febrero de 1985-".

Doctrina aplicable al caso de autos y que supone la desestimación del argumento del recurrente.

TERCERO.- En segundo lugar se sostiene que el procedimiento está caducado. El razonamiento se basa en las siguientes premisas: Conforme al art 47 de la LO 5/1992 reglamentariamente se establecerá el procedimiento a seguir para la determinación de las infracciones e imposición de

sanciones; dicha norma ha sido desarrollada por el RD 1332/1994; en el RD 1332/1994, no existe referencia alguna al plazo máximo del que dispone la Administración para imponer la sanción; ante el silencio de la Administración debe aplicarse el art 42.2 de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999; en ese caso y no existiendo previsión normativa expresa en el RD 1332/1994, el plazo máximo para imponer la sanción sería de tres meses; dicho plazo ha sido superado pues el acuerdo de inicio es de 28 de febrero de 2001 y la Resolución fue notificada el 6 de agosto de 2001.

Frente a dicho argumento la Administración sostiene que no existe caducidad al no haberse superado el plazo de seis meses.

Ciertamente el art 42.2 de la Ley 30/1992 establece que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución es de seis meses, salvo que se establezca un plazo mayor por Ley o por la normativa comunitaria europea; y que en defecto de previsión expresa el plazo será de tres meses. Norma que debe complementarse con lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 4/1999, conforme a la cual cuando las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de la Ley 30/1992 y antes de la Ley 4/1999, estableciesen un plazo máximo de duración superior a los seis meses se entenderá que el plazo máximo para resolver será de seis meses. Por lo tanto, se mantendrán los plazos establecidos en las normas reglamentarias siempre que no superen los seis meses.

En el caso de autos el problema, ante la ausencia de previsión específica en el RD 1332/1994, consiste en determinar si aplicamos el art 20.6 del RD 1398/1993 que fija un plazo de seis meses o declaramos que no es de aplicación, como pretende el recurrente.

Pues bien, la Sala viene aplicando el plazo de seis establecido en el RD 1398/1994 entre otras en sus SAN (1ª) de 16 de marzo de 2001 (Rec 882/1999), 28 de febrero de 2003 (Rec 1062/2000) y 13 de septiembre de 2002 (Rec 273/2000). Concretamente y resolviendo idéntica alegación la SAN (1ª) de 18 de enero de 2002 (Rec 924/2000) razona: "Por lo que respecta a la caducidad del procedimiento sancionador, cuestión que abordamos en primer lugar porque su estimación haría innecesario el examen de las restantes cuestiones, teniendo en cuenta que la fecha de incoación del expediente tuvo lugar el día 29 de diciembre de 1999, desde el día 14 de abril anterior estaba ya en vigor la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puesto que según su Disposición final única en su apartado segundo establece que la Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", (publicación que tuvo lugar el 14 de enero de 1999), es dicha Ley la que ha de aplicarse al procedimiento administrativo de autos. Por el juego del art. 20.6 del Real Decreto 4 de agosto de 1993 por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora y el art. 43.4 de la Ley 30/92, los procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables para los ciudadanos se entendían caducados debiéndose producir el archivo de las actuaciones por el transcurso de treinta días más seis meses. Tras la reforma operada por la susodicha Ley 4/1999, para estos procedimientos, ha desaparecido el plazo de treinta días que establecía la Ley 30/92, produciéndose la unificación con la norma reglamentaria (el RD anteriormente mencionado), en el supuesto de paralización del procedimiento sancionador por causa no imputable al interesado. De este modo la caducidad del expediente se entiende producida cuando, una vez incoado el procedimiento, haya transcurrido el plazo máximo para resolver y notificar la correspondiente resolución administrativa, que establece el art. 42.2 de la Ley 4/1999, que es el de seis meses. Sin embargo para la actora dicho plazo es de tres meses (art. 42.3) que es el caso en que las normas reguladoras de los procedimientos no fijan el plazo máximo. Para ello, se basa en que el Real Decreto 1332/94 no incluye referencia alguna sobre el plazo máximo del que dispone la APD para dictar su resolución una vez incoado el expediente sancionador. Tesis que no podemos compartir, porque la Disposición Transitoria Primera de la ley 4/99 establece que hasta que no se lleven a efecto las previsiones de la disposición adicional primera de esta Ley (las modificaciones normativas precisas en las

disposiciones reglamentarias dictadas en la adecuación y desarrollo de la Ley 30/92), continuarán en vigor, con su propio rango, las normas reglamentaria existentes... así como las dictadas en desarrollo de la misma, en cuanto no se opongan a la presente Ley. El Real Decreto 4 de agosto de 1993 por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, fue dictado en desarrollo del Título IX de la Ley 39/92, y es aplicable a todos los procedimientos cuya normas reguladoras no contemplen uno específico (art.1). Como, efectivamente, el Real Decreto 1332/1994, de 20 junio dictado en desarrollo de la LORTAD, no prevé ningún plazo para resolver, el plazo máximo no puede ser otro que el de seis meses establecido en el art. 20 del mencionado RD 1398/1993".

Como el plazo de seis meses no ha transcurrido el argumento debe ser rechazado.

CUARTO.- Se sostiene que no concurren los elementos constitutivos de la infracción grave tipificada en el art 43.3.d) de la Ley 5/1992 y que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia.

En lo referente a la presunción de inocencia sostiene la entidad recurrente que no existe prueba de que D Juan Carlos no facilitase los datos a la entidad.

En el fondo el argumento, por lo tanto de la entidad sería que si el sancionado da una justificación hipotética de su actuación y esta no se puede verificar, debe operar el principio de presunción de inocencia, sin que pueda ser sancionado. Ahora bien, tal forma de razonar es errónea. En efecto, lo que garantiza el principio de presunción de inocencia, al que se refiere el art 137 de la Ley 30/1992, es que no puede "imponerse sanción alguna en razón de la culpabilidad del imputado si no existe actividad probatoria de cargo que, en la apreciación de los órganos o autoridades llamadas a resolver, no destruya dicha presunción" -ATC 1041/1986, de 3 de diciembre-; pero en ningún caso significa que existiendo una prueba de cargo suficiente obtenida en base a medios probatorios lícitos, el sancionado esté exento de toda actividad probatoria tendente a justificar su conducta. En este sentido, la STS (2ª) de 26 de julio de 1988, sostiene que: "frente a las pruebas no solo indiciarias, sino también de cargo. . . , el interesado en su momento no llevó a cabo la imprescindible contraprueba, incidiendo en el error tantas veces observado por este Tribunal, de entender que este principio presuntivo supone, sin más, una inversión de la carga de la prueba". En el mismo sentido, la STS (2ª) de 31 de marzo de 1999, sostiene que existiendo prueba lícita y de cargo suficiente, debe entenderse que no existe vulneración del principio de presunción de inocencia, al no ofrecerse la oportuna "contraprueba o explicación racional y convincente del acusado".

Aplicando la precedente doctrina al caso de autos resulta que conforme al art 6.1 de la LO 5/1992, como regla general, el tratamiento de datos requerirá el consentimiento del interesado. No obstante el art 6.2 regula una serie de excepciones. En el caso de autos tenemos una declaración jurada del recurrente que afirma que no ha prestado su consentimiento; acreditación de que sus datos no se encuentran publicados en los repertorios de Abonados de Telefónica; y, por último, el hecho de que dada la fecha en que se dice que se obtuvo el dato no es creíble que el recurrente prestase telefónicamente su consentimiento y diese los datos de un centro de trabajo en el que, por entonces, no trabajaba.

Frente a esta prueba de cargo suficiente para llegar a la conclusión de que el dato ha sido tratado sin consentimiento, la entidad recurrente insiste en que ha obtenido dicho consentimiento pero no aporta prueba alguna al respecto. De hecho admitimos su prueba tendente a verificar que en dichas fechas hizo una llamada al domicilio del recurrente con resultado negativo. Sin que la mera alegación de haber obtenido los datos lícitamente pueda ser admitida como suficiente a efectos de eludir toda responsabilidad, vista la existencia de prueba de cargo suficiente y en aplicación de la doctrina que antes hemos resumido.

Por lo demás es claro que el recurrente ha cometido una infracción del art 43.3.d) en relación con el art 6 de la LO 5/1992 pues ha operado con datos del denunciante sin haber obtenido su

consentimiento y sin haber acreditado que ha obtenido dichos datos de fuentes accesibles al público.

QUINTO.- Por último, se pide la aplicación de lo establecido en el art 45.5 de la Ley: "Si en razón de las circunstancias concurrentes se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad el imputado o de la antijuridicidad del hecho, el órgano sancionador 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". El citado art no es sino manifestación del llamado principio de proporcionalidad -art 131.1 de la Ley 30/1992- incluido en el mas general de prohibición de exceso, y reconocido por la jurisprudencia como Principio General del Derecho -STC 62/1982-; y no es sino consecuencia del valor justicia que informa nuestro Ordenamiento Jurídico -art 1 CE en relación con las STC 50/1995 y 173/1995-. Siendo plasmación de tal principio que, en casos de cualificada disminución de la culpa o de la antijuridicidad, sea posible disminuir en un grado la sanción aplicable. Ahora bien, la presente regla 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, la imposición de la sanción correspondiente al grado. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos (de aquí la expresión "especialmente cualificada") y concretos.

En el caso de autos la Sala no aprecia la concurrencia de tales circunstancias. En efecto razona que se tenía el convencimiento de operar conforme al ordenamiento no excluye la existencia de culpa por falta de la diligencia debida. Y razonar que no se han causado daños por la emisión de publicidad al denunciante, supone olvidar que el mero tratamiento de los datos constituye una lesión de los derechos constitucionales del denunciante. Ciertamente las alegaciones del recurrente pueden ser tenidas en cuenta en orden a la determinación de la sanción a imponer, pero en ningún caso permiten considerar que existe una disminución cualificada de la culpabilidad y antijuridicidad. Ahora bien, como le ha sido impuesta la sanción en grado mínimo, poco más podemos decir.

SEXTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art 139.1 de la LRJCA.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de HOME ENGLISH SA contra la Resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de 24 de junio de 2001, por el concepto de sanción, a que las presentes actuaciones se contraen, que confirmamos por ser conforme a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará constar que contra la misma NO cabe recurso de casación, conforme previene el art 248.4 de la LOPJ.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-

Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Doy fé.

