



Roj: SAN 4650/2015 - ECLI:ES:AN:2015:4650
Id Cendoj: 28079230082015100669
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 8
Nº de Recurso: 211/2014
Nº de Resolución: 20/2016
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000211 /2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02067/2014

Demandante: TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.

Procurador: D^a. CARMEN ORTIZ CORNAGO

Demandado: MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

SENTENCIA Nº:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil quince.

VISTOS por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo nº 211/2014 promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. **Carmen Ortiz Cornago** , en nombre y representación de **Telefónica Móviles España, S.A.U.** , contra resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, de 28 de febrero de 2014, por la que se impone a la actora multa de 73.000 euros por la comisión de una falta grave del artículo 54.ñ) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones .

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, SAU, contra la resolución del Director General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, por delegación del Secretario de Estado de

Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, de fecha 28 de febrero de 2014, por la que se impone a la entidad recurrente una sanción de 73.000 #, por la comisión de una infracción administrativa de carácter grave, tipificada en el artículo 54 ñ) de la Ley 32/2003 .

La cuantía del recurso se ha fijado en 73.000 #.

SEGUNDO.- Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que, estimando el recurso, se anule y deje sin efecto la resolución sancionadora de 28 de febrero de 2014, con imposición de costas a la Administración.

TERCERO.- Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimatoria de las pretensiones de la parte actora, con imposición de costas.

CUARTO.- Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento, se practicó la propuesta y, evacuado trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 16 de diciembre del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso se impugna la precitada resolución de la SETSI de 28 de febrero de 2014, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado contra TELEFÓNICA MÓVILES DE ESPAÑA, SAU, por incumplimiento o tardanza en la cesión y entrega de los datos requeridos a los operadores de comunicaciones electrónicas, establecida en la Ley 25/2007.

En la resolución se considera que <<queda suficientemente acreditado en el expediente que se incumplió de forma manifiesta lo dispuesto en la normativa de referencia ya que, según consta en oficios remitidos por la Unidad Orgánica de Policía Judicial, así como en el posterior informe preceptivo y determinante emitido por el Ministerio del Interior, el operador de comunicaciones electrónicas TELEFONICA MOVILES ESPAÑA, SAU, en diferentes fechas fue requerido, por medio de las correspondientes resoluciones judiciales, para que cediese a los agentes facultados determinados datos a los que se refiere el artículo 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones; cesiones de datos que, en treinta y tres (33) de los cuarenta y uno (41) supuestos denunciados, dicho operador llevó a cabo fuera del plazo otorgado por la resolución judicial o del plazo máximo legal de setenta y dos horas contadas a partir de las 8:00 horas del día laborable siguiente a aquél en que el sujeto obligado reciba la orden, según consta en el referido informe.....

Es decir, en los referidos casos, las contestaciones dadas por la empresa tras los requerimientos efectuados se hicieron transcurridos los plazos legalmente establecidos, por lo que hay que concluir que los datos solicitados fueron facilitados de forma extemporánea, incumpliendo con ello lo preceptuado en el artículo 7 de la citada ley . Por lo que respecta a los otros ocho supuestos denunciados, quedan eximidos de imputación, según ha quedado fundamentado en el punto VI...>>.

La comisión de estos hechos se califica como constitutiva de infracción tipificada en el artículo 54 ñ) LGTel, resultando responsable de la infracción TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, en su condición de operador de comunicaciones electrónicas y se le impone una multa de 73.000 #. Ello se tipifica de esta forma en cuanto se considera infringido el plazo establecido en el artículo 7 de la Ley 25/2007 en relación con la Disposición Adicional Única, apartado 5.b) de la misma.

SEGUNDO.- La parte actora combate la citada resolución invocando, como motivos de impugnación, los siguientes: Falta de tipicidad. La conducta reprochada no tiene encaje en el elemento objetivo del tipo infractor del artículo 54 ñ) de la LGTel. Se afirma que se realiza una interpretación extensiva del tipo, con cita de la sentencia de esta Sala y Sección de 17 de marzo de 2014 ; Falta de tipicidad. Errónea valoración de la concurrencia del elemento subjetivo que integra el tipo infractor. Se prescinde del elemento de la culpabilidad; Nulidad de pleno Derecho de la resolución sancionadora: Vulneración del principio de legalidad. Afirma la actora que las obligaciones de cesión de datos que establece la Ley 25/2007 se refieren únicamente a la investigación de los delitos menos graves, contemplados en el Código Penal o en las leyes especiales, sin embargo, los hechos objeto de sanción se refieren, en la mayoría de los casos a delitos menos graves.

El Abogado del Estado se opone al recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda.

Conforme se refleja en la resolución impugnada y no es objeto de discusión, constan en el expediente cuatro oficios de la Unidad Orgánica de policía Judicial de Tui, oficio de la Guardia Civil del Puesto de Venta de Baños y treinta y cinco oficios de la Unidad Orgánica de Policía Judicial, en los que se refleja la tardanza o incumplimiento de los mandamientos judiciales que se adjuntaban.

Se solicitó informe "preceptivo y determinante" en el que se afirma: <<Se puede afirmar que el grado de cumplimiento de los plazos de entrega por parte de las compañías denunciadas es muy satisfactorio, tratando de facilitar los datos solicitados con la mayor celeridad posible en la mayoría de los casos y respondiendo de forma inmediata a aquellas peticiones consideradas urgentes por la unidad peticionaria.... Por ello se considera que los casos denunciados son debidos y motivados al elevado volumen de peticiones que se gestionan, realizándose estad de forma manual, lo que provoca que en determinados casos se produzcan errores que no pueden ser atribuidos a la operadora.....>>.

En la resolución sancionadora, de 28 de febrero de 2014, se rechazan las alegaciones de la operadora, y se señala que, a falta de establecimiento de plazo en la resolución judicial, éste es de setenta y dos horas (art. 7 Ley 25/2007); que los hechos imputados están suficientemente probados y constituyen infracción grave tipificada en el artículo 54.ñ) LGTel, declarando responsable a TME.

TERCERO.- Cuestión de especial semejanza en lo jurídico hemos abordado, conforme señala la parte recurrente, en nuestra sentencia de fecha 16 de marzo de 2014, recurso 118/2012 , pues examinábamos una infracción del artículo 53.o) de la LGTel, muy grave, por idéntica conducta a la aquí sancionada. En aquél supuesto se trataba del cumplimiento tardío de un requerimiento de cesión de datos, aquí se trata de treinta y tres requerimientos; en aquél supuesto se trataba de la falta muy grave y aquí de la grave. Pero la cuestión debatida es idéntica, pues se trata de delimitar si la tardanza en la cesión de datos constituye infracción de la LGTel en los preceptos indicados. Ya hemos afirmado que no se encuentra tipificada en la infracción muy grave del artículo 53.o) de la Ley y obtenemos igual conclusión respecto de la infracción grave del artículo 54.ñ) de la Ley.

Se tipifica como falta grave "el incumplimiento de las obligaciones de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, salvo que deban considerarse como infracción muy grave, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior". La diferencia de este tipo (54.ñ) con el muy grave (53.o) radica en que el muy grave requiere que el incumplimiento sea "deliberado", lo que no se exige para el grave. El incumplimiento se remite a lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Ley 25/2007 , estableciendo el artículo 4:

«1. Los sujetos obligados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los datos especificados en el artículo 3 de esta Ley se conserven de conformidad con lo dispuesto en ella, en la medida en que sean generados o tratados por aquéllos en el marco de la prestación de los servicios de comunicaciones de que se trate.

En ningún caso, los sujetos obligados podrán aprovechar o utilizar los registros generados, fuera de los supuestos de autorización fijados en el artículo 38 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones .

2. La citada obligación de conservación se extiende a los datos relativos a las llamadas infructuosas, en la medida que los datos son generados o tratados y conservados o registrados por los sujetos obligados. Se entenderá por llamada infructuosa aquella comunicación en el transcurso de la cual se ha realizado con éxito una llamada telefónica pero sin contestación, o en la que ha habido una intervención por parte del operador u operadores involucrados en la llamada.

3. Los datos relativos a las llamadas no conectadas están excluidos de las obligaciones de conservación contenidas en esta Ley. Se entenderá por llamada no conectada aquella comunicación en el transcurso de la cual se ha realizado sin éxito una llamada telefónica, sin que haya habido intervención del operador u operadores involucrados.»

Frente a este precepto, el artículo 6 de la misma ley regula la "cesión de datos", disponiendo:

«1. Los datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley sólo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial.

2. La cesión de la información se efectuará únicamente a los agentes facultados.

A estos efectos, tendrán la consideración de agentes facultados:

a) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando desempeñen funciones de policía judicial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 547 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial .

b) Los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

c) El personal del Centro Nacional de Inteligencia en el curso de las investigaciones de seguridad sobre personas o entidades, de acuerdo con lo previsto en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.»

Este precepto ha de ser puesto en relación con el artículo 1 que, en su apartado 1, señala como objeto de la ley "la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. "

Por su parte, el artículo 7 de la misma ley regula el procedimiento de "cesión de datos" en los siguientes términos:

«1. Los operadores estarán obligados a ceder al agente facultado los datos conservados a los que se refiere el artículo 3 de esta Ley concernientes a comunicaciones que identifiquen a personas, sin perjuicio de la resolución judicial prevista en el apartado siguiente.

2. La resolución judicial determinará, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, los datos conservados que han de ser cedidos a los agentes facultados.

3. El plazo de ejecución de la orden de cesión será el fijado por la resolución judicial, atendiendo a la urgencia de la cesión y a los efectos de la investigación de que se trate, así como a la naturaleza y complejidad técnica de la operación.

Si no se establece otro plazo distinto, la cesión deberá efectuarse dentro de las setenta y dos horas contadas a partir de las 8:00 horas del día laborable siguiente a aquél en que el sujeto obligado reciba la orden. »

Es claro que la Ley 25/2007 regula como obligaciones distintas la de conservar determinados datos (los recogidos en el artículo 3) y la obligación de ceder dichos datos. Se trata de dos obligaciones de distinto contenido y con regulación específica cada una de ellas, por lo que no puede aceptarse el argumento de la Administración de que el término "conservación" al que hace referencia el artículo 54.ñ) de la Ley 32/2003 es extensivo a todas las obligaciones establecidas en la Ley 25/2007, concretamente a la de cesión de datos.

CUARTO.- Y decíamos en la sentencia dictada en el recurso 188/2012 , ya citada:

<<en cuanto a las consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones, el artículo 10 de la misma ley "Régimen aplicable al incumplimiento de obligaciones contempladas en esta Ley" , dispone:

"El incumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley se sancionará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, sin perjuicio de las responsabilidades penales que pudieran derivar del incumplimiento de la obligación de cesión de datos a los agentes facultados."

De la literalidad de este precepto se evidencia que mientras que para el genérico incumplimiento de las obligaciones impuestas en la Ley 25/2007 hay una remisión legal al régimen sancionador de la Ley 32/2003, para el concreto incumplimiento de la obligación de cesión de datos a los agentes facultados se establece una previsión específica, cual es que de dicho incumplimiento pueden derivarse responsabilidades penales.

Previsión que se compadece con la propia configuración legal de dicha obligación y su régimen procedimental. Efectivamente, como ya se ha expuesto, tal obligación deriva de un requerimiento que exige la previa autorización judicial, y ha de estar justificada por fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

Por su parte, la Disposición adicional única hace referencia y regula unas obligaciones distintas de las anteriores, referidas a los servicios de telefonía mediante tarjetas de prepago, y prevé un régimen sancionador específico para el incumplimiento de tales obligaciones, en los siguientes términos:

"...5. Sin perjuicio del régimen sancionador establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, constituyen infracciones a lo previsto en la presente disposición las siguientes:

a) Son infracciones muy graves tanto el incumplimiento de la llevanza del libro-registro referido, como la negativa a la cesión y entrega de los datos a las personas y en los casos previstos en esta disposición.

b) Son infracciones graves la llevanza incompleta de dicho libro-registro, así como la demora injustificada, en más de setenta y dos horas, en la cesión y entrega de los datos a las personas y en los casos previstos en esta disposición.

6. A las infracciones previstas en el apartado anterior les será de aplicación el régimen sancionador establecido en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, correspondiendo la competencia sancionadora al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

El procedimiento para sancionar las citadas infracciones se iniciará por acuerdo del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, pudiendo el Ministerio del Interior instar dicho inicio.

En todo caso, se deberá recabar del Ministerio del Interior informe preceptivo y determinante para la resolución del procedimiento sancionador...."

...De todo lo expuesto cabe inferir que, tal como se razona en el escrito de demanda y reitera en el de conclusiones, los hechos que se imputan a la entidad recurrente no tienen encuadre legal en el tipo del artículo 53.o) LGtel. Pues el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley 25/2007, arriba citados, no es una conducta tipificada en aquel artículo, siendo de carácter penal las responsabilidades que pueden derivarse de tal conducta. Y el eventual incumplimiento de la específica obligación de cesión de datos regulada en la Disposición adicional única, constituiría una conducta tipificada en el apartado 5 de dicha disposición, que establece un régimen sancionador específico, calificando como infracción muy grave la negativa a la cesión de datos, y como infracción grave la demora injustificada, en más de 72 horas, en la cesión de dichos datos.

Para disipar las dudas que pueden surgir sobre la adecuada interpretación del conjunto normativo al que venimos refiriéndonos, conviene acudir al preámbulo de la Ley 25/2007, mediante la que se traspone al ordenamiento interno la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio.

Se dice expresamente que el objeto de esa Directiva es establecer la obligación de los operadores de telecomunicaciones de retener determinados datos generados o tratados por los mismos, con el fin de posibilitar que dispongan de ellos los agentes facultados. Entendiendo por agentes facultados los miembros de los Cuerpos Policiales autorizados para ello en el marco de una investigación criminal por la comisión de un delito, el personal del Centro Nacional de Inteligencia para llevar a cabo una investigación de seguridad amparada en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, así como los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial, de acuerdo con el apartado 1 del art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se trata, pues, de que todos éstos puedan obtener los datos relativos a las comunicaciones que, relacionadas con una investigación, se hayan podido efectuar por medio de la telefonía fija o móvil, así como por Internet. El establecimiento de esas obligaciones, justificado en aras de proteger la seguridad pública, se ha efectuado buscando el imprescindible equilibrio con el respeto de los derechos individuales que puedan verse afectados, como son los relativos a la privacidad y la intimidad de las comunicaciones.

Añadiendo que la Ley es respetuosa con los pronunciamientos que, en relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, ha venido emitiendo el Tribunal Constitucional, respeto que, especialmente, se articula a través de dos garantías: en primer lugar, que los datos sobre los que se establece la obligación de conservación son datos exclusivamente vinculados a la comunicación, ya sea telefónica o efectuada a través de Internet, pero en ningún caso reveladores del contenido de ésta; y, en segundo lugar, que la cesión de tales datos que afecten a una comunicación o comunicaciones concretas, exigirá, siempre, la autorización judicial previa.

En relación con esta última precisión, cabe señalar que la Directiva se refiere, expresamente, a que los datos conservados deberán estar disponibles a los fines de "detección o investigación por delitos graves", definidos éstos de acuerdo con la legislación interna de cada Estado miembro.

Dicho esto, hay que resaltar la siguiente exposición del preámbulo de la ley:

«En el Capítulo II («Conservación y cesión de datos») se establecen los límites para efectuar la cesión de datos, el plazo de conservación de los mismos, que será, con carácter general, de doce meses desde que la comunicación se hubiera establecido (si bien reglamentariamente se podrá reducir a seis meses o ampliar a dos años, como permite la Directiva 2006/24/CE), y los instrumentos para garantizar el uso legítimo de los datos conservados, cuya cesión y entrega exclusivamente se podrá efectuar al agente facultado y para los fines establecidos en la Ley, estando cualquier uso indebido sometido a los mecanismos de control de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su normativa de desarrollo. Además, se establecen previsiones específicas respecto al régimen general regulador de los derechos de acceso, rectificación y cancelación de datos contenido en la referida Ley Orgánica 15/1999.

El Capítulo III, al referirse al régimen sancionador, remite, en cuanto a los incumplimientos de las "obligaciones de conservación y protección y seguridad de los datos de carácter personal", a la regulación contenida en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Por otro lado, "los incumplimientos de la obligación de puesta a disposición de los agentes facultados, en la medida en que las solicitudes estarán siempre amparadas por orden judicial, constituirían la correspondiente infracción penal".»

Procede, en consecuencia con lo expuesto, la estimación del presente recurso pues apreciamos la misma razón de decidir entre ambos recursos y mantenemos igual decisión estimatoria.

QUINTO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA , procede la condena en costas a la Administración demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **estimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora **D^a. Carmen Ortiz Cornago** , en nombre y representación de **Telefónica Móviles España, S.A.U.** , contra resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, de 28 de febrero de 2014, por la que se impone a la actora multa de 73.000 euros, y anulamos y dejamos sin efecto dicha resolución. Con condena en costas a la Administración demandada.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo la indicación de que la misma es firme y contra ella no cabe recurso ordinario alguno, y de la cual será remitido testimonio, con el expediente, a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.