



Roj: SAN 4748/2014 - ECLI:ES:AN:2014:4748
Id Cendoj: 28079230012014100407
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 45/2014
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: FERNANDO DE MATEO MENENDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintiuno de noviembre de dos mil catorce.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso- administrativo número 45/14, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Ana María Llorens Pardo, en nombre y representación de **TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.**, contra la resolución de 5 de diciembre de 2013 del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se le impone una sanción de 50.000 euros por una infracción del art. 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, tipificada como grave en el art. 44.3.b) de dicha norma, y otra sanción de 50.000 euros por la infracción del art. 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, tipificada como grave en el art. 44.3.c) de dicha Ley. Ha sido parte **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso quedó fijada en 100.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Admitido el recurso y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el día 30 de abril de 2014 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso anulando el acto impugnado en el presente recurso.

SEGUNDO .- Formalizada la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que realizó mediante el pertinente escrito, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando la desestimación del recurso, y que se declarara la plena adecuación a derecho del acto administrativo impugnado.

TERCERO .- Contestada la demanda se concedió diez días a las partes para la formulación de conclusiones, y, una vez presentados los correspondientes escritos, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 18 de noviembre del presente año, fecha en que tuvo lugar.

SIENDO PONENTE el Magistrado Ilmo. Sr. Don FERNANDO DE MATEO MENENDEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La parte demandante impugna la resolución de 5 de diciembre de 2013 del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se le impone una sanción de 50.000 euros por una infracción del art. 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (en adelante LOPD), tipificada como grave en el art. 44.3.b) de dicha norma, y otra sanción de 50.000 euros por la infracción del art. 4.3 de la LOPD, tipificada como grave en el art. 44.3.c) de dicha Ley.

Los Hechos Probados en que se funda la resolución recurrida son los siguientes: << **1º** *Consta escrito de denuncia presentado por D. Damaso, en el que manifiesta que ha tenido conocimiento de la inclusión de sus datos personales en el fichero ASNEF por parte de TME, no habiendo formalizado contrato alguno con dicha compañía. Solicitó la cancelación de sus datos siendo ésta denegada por confirmación de la deuda por parte de la entidad informante.*

Aporta entre otra documentación copia de la contestación emitida por EQUIFAX IBERICA SL a su ejercicio de derecho de cancelación, en la que figuran cuatro incidencias a su nombre en el fichero ASNEF informadas por TME.

2º Consta la siguiente información remitida por Equifax Ibérica, a solicitud de esta Agencia, dentro del trámite de actuaciones previas de investigación.

* Constan en sus ficheros cuatro incidencias informadas por TME con los siguientes datos:

A)- fecha de alta 11/10/2011, fecha de última actualización 25/01/2013, por vencimientos impagados primero y último de fechas JUL/2011-SEP/2011 y por un importe de 496,81 euros.

B)- fecha de alta 08/11/2011, fecha de última actualización 25/01/2013, por vencimientos impagados primero y último de fechas AGO/2011-SEP/2011 y por un importe de 400,86 euros.

C)- fecha de alta 08/11/2011, fecha de última actualización 25/01/2013, por vencimientos impagados primero y último de fechas AGO/2011-SEP/2011 y por un importe de 376,42 euros.

D)- fecha de alta 08/10/2011, fecha de última actualización 25/01/2013, por vencimientos impagados primero y último de fechas AGO/2011-SEP/2011 y por un importe de 376,42 euros.

* Constan notificaciones emitidas a nombre del afectado, para las cuatro incidencias del apartado anterior, con fechas de emisión 15/10/2011 para la primera y 12/11/2011 para el resto. Constan devueltas todas ellas por el servicio de correos y confirmada la dirección como dirección contractual.

3º Por parte de Equifax Ibérica se ha informado que la fecha de baja de las incidencias informadas por TME ha sido el día 12/02/13

4º En los ficheros de TME consta el alta de cuatro líneas telefónicas a nombre del denunciante todas ellas con fecha de alta 24/06/2011 y fecha de baja por fraude 28/07/2011.

5º Se manifiesta que se procedió a la suspensión por fraude de las cuatro líneas el 26/06/2011, a las 48 horas de la contratación, por patrón sospechoso.

6º Que La venta se formalizó presencialmente a través de dos distribuidores. Aportan copia de los contratos suscritos con los distribuidores.

7º Se ha aportado copia de los contratos suscritos El contrato está firmado por el contratante. No aportan copia de DNI junto al contrato

8º Que no constan contactos con el cliente registrados en el sistema de información de la entidad.

9º Se manifiesta por TME que la deuda contraída se encuentra condonada cancelada no existiendo facturas pendientes de pago.

10º Que por parte de TME se solicitó la exclusión de los datos del afectado del fichero ASNEF con ocasión del requerimiento de información de esta Agencia>>.

SEGUNDO .- Alega, en síntesis, la parte actora, los siguientes motivos de impugnación: a) No hay vulneración infracción del art. 6.1 de la LOPD , pues existieron dos contratos suscritos ante las distribuidoras, Thader Telecomunicaciones y Urbano , que cumplieron todos los requisitos exigidos para la contratación. Por tanto, el tratamiento de datos se encuentra amparado por el art. 6.2 de la LOPD al existir una relación contractual, habiendo sido víctima de un delito tanto el denunciante como la parte actora: b) no hay infracción del art. 4.3 de la LOPD ya que no se justifica el elemento de culpabilidad, por lo que adolece la resolución recurrida de falta de motivación en este sentido; y d) aplicación subsidiaria a las sanciones del principio de proporcionalidad, concurriendo varios criterios del art. 45.4 de la LOPD , como la ausencia de beneficios, la no intencionalidad, al tratarse de un error, el volumen de negocios, y el haber regularizado la situación de forma diligente, ya que el asunto quedó solucionado en el plazo de tres meses antes de la entrada en la entidad actora del expediente informativo y 7 meses antes de la entrada del procedimiento sancionador.

TERCERO .- Se sanciona a la parte actora por la comisión de dos infracciones. La primera de ellas la del art. 44.3.b) de la LOPD que establece como infracción grave: "Tratar los datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo" .

Asimismo, el art. 6 de la LOPD establece en su apartado primero que "el tratamiento de datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa"

. A continuación, dicho precepto en su apartado segundo establece aquellos supuestos en los que no será preciso dicho consentimiento, entre los que se encuentra el supuesto en que los datos se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial.

El art.3 h) de la LOPD define el "consentimiento del interesado" como *"toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen"* .

El principio del consentimiento expresado conllevará, por tanto, la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, permitiéndose así a aquel ejercer efectivo control sobre dichos datos y garantizando su poder de disposición sobre los mismos. Dicho consentimiento podrá prestarse de forma expresa, oral o escrita, o de manera tácita, mediante actos reiterados y concluyentes que revelen su existencia.

Ahora bien, tal y como ha expresado esta Sala reiteradamente, entre otras, en Sentencia de 28 febrero 2007 -recurso nº.236/2005 -, el consentimiento ha de ser necesariamente "inequívoco". De modo que ha de aparecer como evidente, o, lo que es lo mismo, que no admite duda o equivocación, pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar el consentimiento.

Por otro lado, la carga de acreditar la existencia del "consentimiento inequívoco", a que hace referencia el art. 6.1 de la LOPD , recae sobre la entidad responsable del fichero o encargada del tratamiento de los datos personales, cuando su existencia sea negada por el titular de tales datos (Sentencia de esta Sección de 8 noviembre 2012 -recurso nº. 789/2010 -).

Así las cosas, no consta que el tratamiento de los datos de carácter personal del denunciante se realizaran con su consentimiento, incurriendo, por ello, en la infracción tipificada en el art. 44.3.b) de la LOPD . En este caso, en los ficheros de la entidad denunciada figuran cuatro líneas contratadas a nombre del denunciante, asociadas a su identificador NUM000 que este no reconoce como suyo al manifestar que no ha mantenido ninguna relación contractual con la parte actora. En las copias de los contratos aportadas aparece el nombre y apellidos del denunciante, su identificador, un domicilio en Murcia que no coincide con el denunciante radicado en Barcelona, y una cuenta corriente de cargo. Dichos contratos se gestionaron a través de dos distribuidores: Thader Telecomunicaciones Orihuela y Urbano . Sin embargo no existe concordancia entre la rúbrica del firma de dicho contrato con la propia de la persona denunciada. Por consiguiente, las copias de dichos contratos no pueden considerarse un elemento probatorio que acredite la celebración de los mismos con el denunciante.

Por otro lado, en los contratos que la parte recurrente suscribió con los distribuidores, que aportó en vía administrativa, en los que, entre otras cláusulas, figura la 5.1.1.2 relativa a los procedimientos operativos para proceder a la solicitud de alta a dicho servicio, en la que se indica que se realizará entre otras comprobaciones, para las personas físicas: fotocopia del D.N.I., del pasaporte o tarjeta de residencia etc. Sin embargo, pese a las cautelas plasmadas en los citados contratos de distribución para garantizar la autenticidad de los datos contenidos en el contrato y que la persona que facilita dichos datos es quien realmente dice ser, no consta que la parte demandante efectuara las comprobaciones oportunas, pues no ha aportado la documentación que según el citado contrato debe recabarse a los clientes y ha de ser remitida a la parte actora acuerdo con la cláusula 5.1.2 de los indicados contratos de distribución. Por tanto, no ha resultado acreditado que la parte actora contase con el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos.

En cuanto al hecho de que nos encontramos ante el fraude de un tercero, como dijimos en la Sentencia de 3 de octubre de 2013 -recurso nº. 54/2012 -: *"Precisamente por eso, es necesario asegurarse que la persona que contrata es quien realmente dice ser y deben adoptarse las medidas de prevención adecuadas para verificar la identidad de una persona cuyos datos personales van a ser objeto de tratamiento, y a ello obedece la exigencia de documentación identificativa que la propia operadora plasma en el contrato suscrito con la distribuidora"* . Sin que sea aplicable la invocada Sentencia de esta Sección de 17 de febrero de 2011 -recurso nº. 732/2009 - ya que los hechos son diferentes a los que nos ocupan, tratándose en dicho supuesto de una contratación telefónica, y se ponía en duda que el denunciante se hubiese conducido con lealtad frente a la empresa suministradora del servicio telefónico.

A tenor de lo expuesto, cabe apreciar falta de diligencia en la actuación de la citada operadora, sin que quepa hablar de vulneración del principio de culpabilidad, pues como se ha dicho, no consta que requiriese documentación al contratante para comprobar su identidad. Cosa distinta es que el contratante hubiese aportado una documentación que no fuera auténtica y correspondiese a otra persona, pero no es este el caso y de ahí la falta de diligencia que cabe apreciar en la actuación de la entidad recurrente.

Por tanto, cabe apreciar la existencia de la infracción que estamos analizando.

CUARTO .- La segunda infracción se funda en la conculcación del art. 44.3.c) de la LOPD que tipifica como infracción grave: *"Tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave"* .

Por otro lado, el art. 4.3 de la LOPD establece, dentro del principio de calidad de datos, la exigencia de la exactitud y veracidad de los datos: *"Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado"* .

Precepto que hay que conectar en el caso de autos, con el art. 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 otra parte, el art. 38 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos (RLOPD), fija los "requisitos para la inclusión de los datos" en esos ficheros, precepto que ha sido impugnado en algunos de sus apartados ante el Tribunal Supremo, habiéndose dictado la STS de 15 de julio 2010 (Rec. 23/2008) que anula entre otros apartados, por disconformes a derecho, el último inciso del artículo 38.1.a) y el apartado 2 del citado art. 38 del RDLOPD.

La redacción del art. 38 del RDLOPD, tras la aplicación de la citada STS de 15 de julio de 2010 , es la siguiente: *"1. Sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

a) Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible que haya resultado impagada.

b) Que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación.

c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.

2. El acreedor o quien actué por su cuenta o interés estará obligado a conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección de Datos documentación suficiente que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo y del requerimiento previo a que se refiere el artículo siguiente" .

Y el art. 39 del citado RLOPD, a su vez, dispone: *"El acreedor deberá informar al deudor, en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento al que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo anterior, que en caso de no producirse el pago en el término prevenido para ello y cumplirse los requisitos previstos en el citado artículo, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias"* .

Es decir, para la inclusión de los datos en ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito, se requiere que la deuda sea cierta (al inicio del apartado 1.a) del art. 38, y que haya sido previamente requerida de pago, requerimiento previo que no concurre en el supuesto de autos en relación con la inclusión de los datos del denunciante en los ficheros de morosidad.

En el caso que nos ocupa, la parte actora incorporó a sus sistemas informáticos datos personales del denunciante (nombre, apellidos, NIF,) asociados a unas líneas de telefonía móvil de las que no era titular; pues la operadora, no ha probado que el afectado hubiera prestado el consentimiento inequívoco que la Ley exige para el tratamiento de sus datos. Posteriormente, dicha parte informó los datos personales del denunciante a los ficheros de solvencia patrimonial Asnef y Badexcug en relación con unas deudas que no eran ciertas,

vencidas y exigibles, ya que el denunciante no contrató servicio alguno, por lo que cabe apreciar la existencia igualmente de dicha infracción.

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 (art. 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Y procede ahora recordar que, como señala el Tribunal Supremo en la Sentencia 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 la parte actora no puede considerarse excluida ni atenuada por el hecho de que haya mediado la posible actuación delictiva de un tercero, pues la responsabilidad de la parte actora no deriva de la actuación de éste, sino de la suya propia, y las infracciones analizadas traen causa, a su vez, de la celebración de unos contratos sin las debidas cautelas y garantías, es independiente de la conducta presuntamente delictiva de un tercero.

Por lo que existe el elemento de culpabilidad en la infracción que estamos analizando, encontrándose suficientemente motivada la conducta infractora en la resolución recurrida.

QUINTO .- Finalmente, la parte actora invoca con carácter subsidiario la vulneración del principio de proporcionalidad y motivación en relación con la cuantía de las sanciones, concurriendo varios criterios del art. 45.4 de la LOPD , como la ausencia de beneficios, la no intencionalidad, la tratarse de un error, el volumen de negocios, y el haber regularizado la situación de forma diligente, ya que el asunto quedó solucionado en el plazo de tres meses antes de la entrada en la entidad actora del expediente informativo y 7 meses antes de la entrada del procedimiento sancionador.

En la resolución recurrida en relación con el art. 45 de la LOPD se dice lo siguiente: *<<De la dinámica de los hechos concurrentes en este caso, no se acredita la adopción por parte de TME de ninguna medida, que de haberse adoptado, habrían evitado los hechos como el denunciado; En concreto consta que a pesar que las 4 líneas que figuran en los ficheros de la entidad a nombre de D. Damaso - y que se dieron de alta con fecha 24/06/11 - fueron todas ellas dadas de baja por fraude con fecha 28/07/11; dicha circunstancia no impidió emitir una factura por cada una de ellas que al resultar impagadas motivó cuatro incorporaciones de los datos de carácter personal del denunciante en un fichero de morosidad, por unas deudas que no era cierta ni exigible, y en el que figuraron de alta hasta 12/2/13*

Por tanto, no se considera que concurren las circunstancias necesarias para que pueda aplicarse, en el presente supuesto, lo dispuesto en el artículo 45.5 de la LOPD . Por todo ello, procede imponer una multa cuyo importe se encuentre entre 40.001 # y 300.000 #, en aplicación de lo previsto en el apartado 2 del citado artículo 45, al tener la infracción imputada la consideración de grave. En el presente caso, deben tenerse en consideración los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 45.4, como el carácter continuado de la infracción y en particular la vinculación de la actividad de la entidad infractora con la realización de tratamientos de datos de carácter personal y el volumen de negocio de la misma se impone una multa de 50.000 # por cada una de las infracciones cometidas>> .

La Sala comparte, los razonamientos efectuados en relación con el art. 45 de la LOPD por la Agencia de Protección de Datos, considerando respetuosa con el principio de proporcionalidad, por lo que se justifica sobradamente la imposición de las sanciones en la cuantía impuesta, próximas al mínimo. En cuanto a la ausencia de intencionalidad, señalar que las infracciones apreciadas se pueden cometer de forma culposa y que en este caso la falta de diligencia de la parte recurrente ha sido clara, como ya se ha expuesto. Por otra parte, en cuanto al volumen de tratamientos, la parte recurrente es una entidad que por su actividad está en permanente contacto y trata gran volumen de datos de carácter personal. Finalmente, señalar que resulta difícil hablar de inexistencia de perjuicios al denunciante, desde el momento en que se le facturan unos servicios por unas líneas que no había contratado, y que sus datos personales estuvieron durante un tiempo prolongado en ficheros de solvencia patrimonial.

En consecuencia, procede desestimar el presente recurso contencioso-administrativo.



SEXTO .- A tenor del art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción cabe imponer las costas procesales a la parte actora.

VISTOS los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Ana María Llorens Pardo, en nombre y representación de **TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U.** , contra la resolución de 5 de diciembre de 2013 del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se le impone una sanción de 50.000 euros por una infracción del art. 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999 , de 13 de diciembre, tipificada como grave en el art. 44.3.b) de dicha norma, y otra sanción de 50.000 euros por la infracción del art. 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, tipificada como grave en el art. 44.3.c) de dicha Ley , declaramos la citada resolución conforme a derecho; con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

Hágase saber a las partes que contra esta resolución no cabe interponer ningún recurso ordinario alguno.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a
LA SECRETARIA JUDICIAL

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ