

Roj: SAN 5492/2012
Id Cendoj: 28079230012012100552
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 587/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veinte de diciembre de dos mil doce.

Visto por la Sección Primera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **587/2011** interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU** representada por la Procuradora Sra. Ortiz Cornago contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 29 de julio de 2011 dictada en el PS/00784/2010; ha sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

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 dicte sentencia por la que se declare nula la resolución impugnada con imposición de costas a la demandante.

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 por ser la resolución impugnada conforme a derecho.

TERCERO .- Recibido el recurso a prueba, practicada la admitida y evacuado el trámite de conclusiones se señaló para votación y fallo el día 19 de diciembre de dos mil doce.

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 29 de julio de 2011 dictada en el PS/00784/2010, que impone a la entidad Telefónica de España SAU una sanción de multa de 50.000 Euros, por una infracción del artículo 4.3 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.c).

Considera la AEPD que TDE ha incurrido en la citada infracción porque comunicó sendas incidencias a los ficheros de solvencia patrimonial relativas a una deuda inexistente (por importe de 88,46 #) y a una segunda deuda de 73 # respecto de la que no pueda afirmarse con certeza si era cierta o no, poniendo el acento la resolución impugnada especialmente en la inclusión de la primera deuda. Datos del denunciante asociados a esa deuda de 88,46 # que se comunicaron al fichero Asnef, en una primera ocasión con fecha de alta 22 de septiembre y baja 30 de septiembre 2009 y en una segunda ocasión con fecha de alta 4 de noviembre 2009 y baja 10 febrero 2010 (el mismo día que se presentó denuncia ante la AEPD) y al fichero Badex donde se dieron de alta con fecha 23 de septiembre de 2009 y de baja el día 30 de septiembre 2009.

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

1 . La denunciante D^a Juliana en su denuncia presentada ante la AEPD manifiesta que no tiene relación contractual con TDE desde octubre de 2008 y que desde hace un año aproximadamente no ha dejado de recibir comunicaciones por correo en las que le exigen el pago de deudas inexistentes y que pese a que ejerció ante TDE el derecho de "oposición" en fecha 20 de noviembre 2009, al tiempo de presentar esta denuncia no había obtenido ninguna respuesta de la citada entidad.

2 . La denunciante presentó reclamación con fecha 10 de septiembre 2008 contra TDE ante la Junta Arbitral de Consumo de Navarra que dictó laudo el 10 de febrero 2009. El citado laudo estima parcialmente la reclamación interpuesta y acuerda que TDE deberá restaurar el servicio de la citada línea telefónica (**NUM000**) y ADSL en el plazo de 15 días siguientes a la notificación y también declara anular las facturas emitidas en los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2008, facturas impagadas por la denunciante y ante lo cual TDE optó por dejar de prestar el servicio a partir de noviembre de 2008.

3 . TDE manifiesta que la denunciante ha sido titular de las siguientes líneas telefónicas:

Número NUM000 con fechas de alta y baja respectivamente, 22 de junio 2008 y 18 de diciembre 2008.

Número NUM001 que se habilitó para cumplir con la obligación de restaurar el servicio pues alega, por motivos regulatorios no podía restaurar la línea anterior, a que obligaba el laudo arbitral, con fechas de alta y baja respectivamente, 26 de marzo 2009 y 30 de agosto de 2009. Alega que por razones regulatorias no se podía conservar el número anterior.

4. TDE informó al fichero Asnef las siguientes incidencias asociadas a los datos personales de la denunciante (NIF, nombre y apellidos):

Por un saldo impagado de **88,46 #** , la primera con fechas de alta y baja respectivamente, 22 de septiembre de 2009 y 30 de septiembre 2009 y la segunda con fechas de alta y baja, respectivamente, 4 de noviembre 2009 y 10 de febrero 2010.

Por un saldo impagado de **73 #** que en septiembre ascendía a 51,47 # y se elevó a 73 # en octubre de 2008, alta de 22 de septiembre 2009 y baja de 19 de octubre 2009.

5. TDE comunicó al fichero Badexcug dos incidencias asociadas a los datos personales de la afectada. La 1^a con fechas de alta y baja 23 de septiembre 2009 y baja el 19 de octubre 2009 por un saldo impagado de 88,46 #. La 2^a con fechas de alta y baja, 23 de septiembre 2009 y 30 de septiembre 2009 por un saldo impagado de 73 #.

6 . En relación con las citadas cantidades TDE ha manifestado que la cantidad de **88,46 #** , correspondiente a la factura de junio 2009 corresponde a la baja anticipada del servicio de ADSL del teléfono **NUM000** factura que se generó automáticamente ligada a la antigua línea por incumplimiento del contrato de compromiso y la de **73 #** aplicable a la línea **NUM001** corresponde a conceptos no incluidos en la promoción, entre los que destacan la cuota de línea (14,47 #) y otros conceptos (llamadas a números de tarificación adicional y a servicios de información).

7 . La denunciante se dirigió por escrito a Equifax Ibérica ejerciendo el derecho de oposición de sus datos en dos ocasiones:

Mediante escrito de fecha 9 de octubre 2009 en el que se expone que el 6 de octubre 2009 ha recibido una carta de esa entidad informándole del incumplimiento del pago de dos deudas por importe de 88,46 y 73 #, informadas por TDE. En fecha 13 de octubre 2009 Equifax solicitó a TDE confirmación de los datos incorporados al fichero, confirmando el dato la entidad informante que añadió en el apartado objeciones " *En marzo se han realizado las bonificaciones pertenecientes a la reclamación de que habla. La deuda reclamada pertenece a otras facturas*". Asnef acordó la baja cautelar del dato.

Mediante escrito de fecha 20 de noviembre de 2009, en el que expone que el 20 de noviembre de 2009 recibió carta de Equifax informándole del incumplimiento por su parte de un importe de 88,46 # informada por TDE. En fecha 23 de noviembre de 2009 Equifax solicitó a Telefónica confirmación de los datos incorporados al fichero, TDE respondió que el dato era correcto y añadió en el apartado de observaciones "La factura reclamada no pertenece al 2008 sino al 2009".

TERCERO. - La parte actora fundamenta su pretensión impugnatoria en los siguientes motivos: a) caducidad del procedimiento sancionador; b) inexistencia de culpabilidad en la actuación de TDE y c) vulneración del principio de proporcionalidad, aplicación del artículo 45.4 y 5 LOPD .

Siguiendo el orden de la demanda, se va a analizar en primer lugar la invocada caducidad del procedimiento sancionador, fundamentada por la actora en el transcurso del plazo de 6 meses desde la fecha del acuerdo de inicio, 2 de febrero 2011, hasta el 10 de agosto de 2011, que es la fecha en que alega le fue notificada la resolución sancionadora.

Sin embargo, como el Abogado del Estado se ha encargado de poner de relieve en el escrito de contestación a la demanda, del examen del expediente se constata que según consta al folio 331, la notificación se produjo vía la empresa MRW con fecha 1 de agosto de 2011 figurando el sello de la empresa demandante y la fecha en la citada notificación, así como el nombre y apellido de la persona a la que se entregó.

Por tanto, desde la fecha del acuerdo de inicio **2 de febrero 2011** hasta la notificación de la resolución sancionadora a la recurrente **1 de agosto 2011**, no ha transcurrido el plazo de caducidad de 6 meses fijado en el artículo 48.3 LOPD, computado en la forma prevista en el artículo 128 RLPD.

CUARTO .- En cuanto al fondo del asunto la demanda se centra en la inclusión en los ficheros de morosidad de la deuda por importe de 73 #, obviando la otra deuda por importe de 88,46 #, que es en la que se va a centrar en primer lugar nuestro análisis.

Dicha deuda trae origen en la baja del servicio de ADSL de la línea NUM000. Esa línea fue contratada el 22 julio 2008 por la denunciante, que con posterioridad dejó de pagar las facturas de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2008 por las razones que expuso en la reclamación que presentó ante la Junta Arbitral de Consumo de Navarra contra TDE, y como consecuencia de ese impago TDE le dio de baja por falta de pago el 18 de diciembre 2008.

La citada reclamación finalizó con laudo de fecha 10 de febrero de 2009, estimándola parcialmente y obligando a dicha entidad a anular las facturas giradas a la denunciante durante los citados meses de agosto a diciembre de 2008 y a restaurar la línea. TDE anuló las citadas facturas y en cuanto a la restauración de la línea, alega que no era posible restaurarla manteniendo el mismo número por motivos regulatorios, por lo que se tuvo que generar una nueva línea NUM001. Al generarse esta línea para dar cumplimiento a lo ordenado en el laudo arbitral, es cuando se generó la factura de junio de 2009 por importe de 88,46 # en concepto de penalización por baja anticipada de la anterior línea. Resulta obvio que al generarse dicha línea para dar cumplimiento al laudo arbitral, no procedía facturar cantidad alguna por baja anticipada, máxime a la vista de las circunstancias expuestas, reconociendo la propia TDE que dicha factura se generó por error.

Se trata en definitiva de una deuda inexistente, pese a lo cual y sin concurrir el requisito de "*Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible que haya resultado impagada*", exigido por el artículo 38.1 a) RLOPD para su inclusión en los ficheros de solvencia patrimonial, se comunicó a los ficheros de dicha clase Asnef y Badexcug asociada a los datos de la denunciante.

Pero es que además, como con detalle explica la resolución impugnada, la denunciante al recibir la comunicación de la inclusión de sus datos en el fichero Asnef, ejerció ante Equifax como responsable de dicho fichero, en las dos ocasiones en que fue dada de alta en dicho fichero por TDE en relación con la citada deuda, su derecho de oposición confirmando TDE, el dato manifestando que se habían realizado las bonificaciones correspondientes y que dicha deuda pertenecía a otras facturas.

Por tanto, y al margen de la otra deuda de 73 # en cuyo análisis no se considera necesario entrar, resulta acreditada la infracción del artículo 44.3.c) de la LOPD, tras la reforma de la LOPD efectuada por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, 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".

Y el artículo 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 se ha conectado con el artículo 29 de la citada Ley, que regula de forma específica la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito y con el artículo 38 del RLOPD.

Infracción que es imputable a título de culpa a la entidad recurrente, sin que a la vista de las concretas circunstancias concurrentes como es el ejercicio en dos ocasiones del derecho de oposición por la denunciante, pueda hablarse de vulneración del principio de culpabilidad, que como ha señalado la STC 246/1991, constituye un principio estructural básico del Derecho administrativo sancionador.



QUINTO .- Finalmente, en cuanto a la proporcionalidad de la sanción impuesta y la aplicación postulada del artículo 45.5 LOPD , señalar que los argumentos que efectúa la recurrente en apoyo de dicho motivo se centran una vez más en la deuda por importe de 73 #, pasando por alto todo lo acontecido en relación con esa inexistente deuda por importe de 88,48 # que es la más relevante y que patentiza una clara negligencia y evidente falta de cuidado en cuanto a la inclusión y por dos ocasiones de los datos de la denunciante en los citados ficheros asociados a una deuda inexistente y pese al ejercicio por la denunciante y en dos ocasiones del derecho de oposición a dicha inclusión.

Además, la sanción se ha impuesto en el mínimo posible, sin que proceda apreciar ninguna de las circunstancias del artículo 45.5 LOPD invocadas de forma genérica por la recurrente.

Procede, en definitiva, la desestimación del recurso interpuesto.

SEXTO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , no se aprecian motivos para una imposición de costas.

FALLAMOS

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU** representada por la Procuradora Sra. Ortiz Cornago contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 29 de julio de 2011 dictada en el PS/00784/2010; 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