

Roj: SAN 5829/2011
Id Cendoj: 28079230012011100577
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 597/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintitres de diciembre de dos mil once.

Visto por la Sección Primera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **597/2010** interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU** representada por la Procuradora Sra. Llorens Pardo contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 21 de junio 2010 dictada en el procedimiento sancionador PS/00638/2009; 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 anule la resolución impugnada y subsidiariamente se revoque la resolución modificando la cuantía de la sanción en el sentido de reducirla en un 50%.

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, confirmando el acto impugnado.

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba, admitida la documental consistente en el expediente administrativo, se señaló para votación y fallo el día 21 de diciembre de dos mil once.

La cuantía del recurso se ha fijado en 60.101,21 #.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. **LOURDES SANZ CALVO** .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 21 de junio 2010 dictada en el procedimiento sancionador PS/00638/2009, que impone a la entidad Telefónica de España SAU por una infracción del artículo 11.1 LOPD tipificada como infracción muy grave en el artículo 44.4.b) de dicha norma una sanción de multa de 60.101,21 Euros, por aplicación del artículo 45.5 LOPD .

Considera la AEPD que Telefónica de España SAU (TDE) ha cometido una infracción muy grave de cesión inconsentida de datos por cuanto cedió a Yell Publicidad los datos personales de la denunciante asociados al número de teléfono 973 390 994, sin contar con su consentimiento, calificándola como empresa de servicios, procediendo Yell (la compañía que explota las Páginas Amarillas) a su inclusión en los repertorios de Páginas Amarillas ediciones 2006-2007 y 2007-2008 de cuya edición es responsable, al amparo del contrato suscrito entre ambas empresas en virtud del cual TDE podía ceder los datos de sus clientes no particulares a Yell como inserción gratuita.

SEGUNDO.- De lo actuado se han constatado los siguientes hechos:

Telefónica de España S.A.U. dio de alta a nombre de la denunciante la línea telefónica 973 390 994 y contrató con ella los siguientes servicios: línea individual, Dúo ADSL, Servicio de identificación de llamadas, Servicio llamada en espera y Servicio contestador.

El nombre completo dirección y teléfono de la denunciante aparecieron publicados en el apartado "empresa de multiservicios", de la guía de Páginas Amarillas de la provincia de Lleida, correspondientes a 2006-2007 y 2007-2008. Asimismo consta acreditado que en la página web de la guía QDQ de la guía 11811 a fecha de 13 de abril de 2009 figuraban publicados los datos de la denunciante, que en la denuncia presentada ante la AEPD el 20 de abril de 2009 manifestó que había contratado la línea telefónica como "particular" y no como empresa de servicios.

Los datos de la denunciante fueron entregados por TDE a Yell Publicidad S.A.U., la empresa que edita el repertorio de Páginas Amarillas, como abonado no particular con la actividad de empresa de servicios, siendo incluidos en ese concepto como inserción gratuita en Páginas Amarillas.

TDE y Yell Publicidad S.A.U. (antes Telefónica Publicidad e Información S.A.U.) suscribieron un contrato relativo a los datos de abonados "no particulares" para la inclusión en el directorio de actividades comerciales, que tenía por objeto la cesión por parte de Telefónica de España a Telefónica Publicidad e Información SA de determinados datos exclusivamente para los fines de edición, distribución y comercialización del directorio "Páginas Amarillas".

TDE no ha aportado contrato en soporte papel suscrito por la denunciante relativo a la citada línea telefónica, ni ningún otro documento que acredite que la contratación de la citada línea telefónica se hizo por la denunciante como "no particular" y que la Sra. Chueca había dado su consentimiento para ceder sus datos al objeto de su inclusión en el repertorio de Páginas Amarillas editado por Yell Publicidad.

Yell Publicidad recibió de TDE el 4 de enero de 2009 la baja del registro de la recurrente por exclusión en guías, procediendo a dar de baja dicho registro el 9 de enero de 2009 en Páginas Amarillas on line.

TERCERO.- La demanda se sustenta en que la denunciante Sra. Chueca dio de alta de la línea 973 390 994 en febrero de 2005 en concepto de "no particular", es decir la contrató como destinada a un uso profesional, no a título particular, lo que implica una reducción en el abono de cuota de conexión y la posibilidad de figurar gratuitamente en el directorio de Páginas Amarillas. Señala la actora que la recurrente no se opuso a figurar en las Páginas Amarillas, pues la línea estaba marcada con el signo (=) que identifica a los clientes que no se oponen a figurar en las guías

Indica que por una parte la denunciante exige los beneficios contractuales de un profesional y por otra parte ante la AEPD se proclama como cliente particular y alega la ausencia de actividad probatoria por parte de la AEPD que tampoco valora las gestiones documentadas de las que se deduce que la denunciante exigió reiteradamente bonificaciones económicas que exclusivamente corresponden al empresario profesional, beneficiándose de bonificaciones que ella pide y que corresponden a profesionales.

Esgrime también ausencia de culpabilidad y que la AEPD aplica incorrectamente los artículos 45.4 y 45.5 LOPD pues pese a que dice aplicar el citado artículo 45.5 sin embargo se mantiene la escala de las penas graves en lugar de aplicar la correspondiente a las sanciones leves.

Frente a dicha pretensión opone la Abogacía del Estado que tratándose de una contratación telefónica hay que estar en cuanto a la carga de la prueba a lo dispuesto en el Real Decreto 1906/1999, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, por lo que las afirmaciones efectuadas por TDE en su descargo, al no haber aportado copia del contrato, carecen del mas mínimo soporte probatorio. En cuanto a la ausencia de culpabilidad señala que el artículo 139.1 LRJPAC permite la imposición de la sanción también a supuestos culposos bastando para ello la inobservancia del deber de cuidado. Además la resolución impugnada ya ha aplicado el artículo 45.5 LOPD, rebaja en grado la sanción y la impone en el grado mínimo, conforme a los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

CUARTO.- Es un hecho acreditado y no cuestionado que Telefónica de España S.A.U. entregó los datos de la denunciante consistente en nombre completo dirección y teléfono a la empresa Yell Publicidad S.A.U., que edita el repertorio de Páginas Amarillas, en concepto de abonado "no particular" con la actividad de empresa de servicios, siendo incluidos en dicho concepto como inserción gratuita en las citadas Páginas Amarillas.

La actora fundamenta esa entrega de los datos de la denunciante y su publicación en el citado repertorio en que la Sra. Chueca contrató dicha línea a título "no particular", para un uso profesional y en que otorgó su consentimiento para la publicación de sus datos en las Páginas Amarillas.

Sin embargo, se trata de un alegato que no ha quedado acreditado por lo siguiente. La denunciante niega dicho extremo, manifestando que contrató la línea como "particular", y que no prestó su consentimiento para la publicación de sus datos en el repertorio de Páginas Amarillas. Es más, durante la tramitación del procedimiento presentó documentación de las declaraciones del IRPF 2004, 2005 de las que resulta que no tuvo obtuvo rendimiento de actividades empresariales, obrando también en el expediente -folio 371- una certificación de la AEAT según la cual "no consta dada de alta en ningún epígrafe del impuesto de actividades económicas (IAE) durante los años 2004 y 2005".

La entidad recurrente no ha aportado copia del contrato de la citada línea, a pesar de haber sido requerida en varias ocasiones por la AEPD, amparándose en que la contratación se efectuó telefónicamente. Sin embargo ello no le exime de remitir al consumidor justificación escrita de la contratación telefónica efectuada, debiendo hacer constar los términos de la misma como exige el artículo 5.4 del RD 1906/1999, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica, que desarrolla el artículo 5.3 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). La ausencia de justificación documental de la operación, acarrea como consecuencia a tenor de la normativa expuesta, que la carga de la prueba sobre los términos de la contratación corresponde a la entidad recurrente.

Pero es que además la propia actora aportó en vía administrativa -folio 228- como documento nº 2, las relaciones de las seis últimas órdenes de servicio asociadas a dicho número, documento en el que figura como fecha de alta la de 9/12/2004 y "particular", aunque luego al folio 232 en otro documento figura como no particular, actividad: empresa/servicios. Además si bien Telefónica dice que en sus archivos figura la línea de la denunciante como alta el 15/2/2005, no obstante tanto en el citado documento obrante al folio 228 en el documento consulta al fichero de servicios contratados figura como fecha de alta el 9/12/2004.

Por otra parte, tampoco se desprende de lo actuado que la denunciante exigiera beneficios contractuales y bonificaciones de un profesional y en el contrato celebrado entre TDE y Yell Publicidad se refiere a la inserción gratuita en las Páginas Amarillas de los abonados no particulares de TED.

Es decir, la prueba practicada no permite acreditar que la denunciante contratara la citada línea a título no particular y que prestara su consentimiento para la publicación de sus datos de carácter personal en el repertorio de Páginas Amarillas, por lo que habiéndose constatado que TDE cedió a Yell los datos personales de la denunciante asociados al número 973 390 994, sin contar con su consentimiento calificándola como empresa de servicios en los repertorios de Páginas Amarillas a que se refiere la resolución recurrida, ha vulnerado el artículo 11.1 LOPD, infracción calificada como muy grave en el artículo 44.4.b) LOPD aplicado por la resolución recurrida.

Infracción que es imputable a título de culpa a la entidad recurrente, al no haber observado el deber de cuidado que le es exigible, sin que se aprecie vulneración del principio de culpabilidad previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 y que como señala la **STC 246/1991, de 19 de diciembre**, constituye un principio estructural básico del Derecho administrativo sancionador.

Tampoco se aprecia vulneración por parte de la resolución impugnada de la sanción impuesta pro aplicación del artículo 45.5 LOPD al tratarse de una infracción muy grave, que por aplicación del citado precepto se sanciona como grave y además en su grado mínimo, por lo que no era posible la imposición de una sanción inferior.

QUINTO.- Ahora bien, con posterioridad a dictarse la resolución impugnada, se ha publicado la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE de 5 de marzo 2011), cuya Disposición final quincuagésima sexta viene a modificar diversos artículos de la LOPD, modificación que ha entrado en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley en el BOE (Disposición final sexagésima).

Entre dichas modificaciones y por lo que aquí nos interesa se da nueva redacción al artículo 44.3 LOPD conceptuando como infracción grave " k) *La comunicación o cesión de los datos de carácter personal sin contar con legitimación para ello en los términos previstos en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias de desarrollo, salvo que la misma sea constitutiva de infracción muy grave*".

Precepto que hay que conecta con el artículo 44.4 que califica como infracción muy grave " b) *Tratar o ceder los datos de carácter personal a los que se refieren los apartados 2, 3 y 5 del artículo 7 de esta*

Ley salvo en los supuestos en que la misma lo autoriza o violentar la prohibición contenida en el apartado 4 del artículo 7".

Por tanto, de acuerdo con la citada reforma y del juego de los citados preceptos, la infracción de comunicación o cesión in consentida de datos apreciada por la resolución recurrida resulta ahora calificada como grave.

Viene considerando la Sala, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128.1 de la LRJPAC y reiterada jurisprudencia del TS en materia administrativa sancionadora procede la aplicación retroactiva de la norma más favorable para el presunto infractor, pues como señala la **STS, 17 de abril de 2008 (Rec. 4209/2002) constituye una garantía implícitamente consagrada en el art. 9.3 CE , el cual limita la prohibición de la retroactividad de las normas sancionadoras a las "no favorables" y, con ello, admite que la seguridad jurídica, en relación con el principio de legalidad penal y en materia sancionadora (art. 25 de la Constitución), suponga la retroactividad de la norma sancionadora más favorable",**

La Sala viene reiterando que puede este órgano judicial realizar directamente la aplicación retroactiva de tal ley más beneficiosa, pues como indica la STS, de 18 -3- 2003 (Rec. 572/1998) : Tampoco la firmeza y ejecución de la resolución administrativa impide que se aplique la ley más favorable (...) siendo una de las opciones posibles que en estos casos la jurisprudencia se hubiera pronunciado a favor de devolver las actuaciones administrativas para que los hechos fueran calificados de nuevo por la Administración, sin embargo ha preferido seguir la de entrar directamente en el tema, teniendo siempre en cuenta el previo debate entre las partes, basándose implícitamente en una razón de economía procesal (SSTS de 13-3-92 y 12-5-1989).

Ello, en definitiva, porque las limitaciones en la fiscalización de los actos administrativos inherentes al principio de jurisdicción revisora, tienen carácter instrumental y no pueden prevalecer frente a una garantía de orden sustantivo del ejercicio de la potestad sancionadora.

Y viene entendiendo igualmente la Sala que con tal modo de proceder si se está llevando a cabo una aplicación íntegra o en bloque de la ley más beneficiosa, es decir, incluidas aquellas de sus normas que pueden resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final suponga un beneficio para el reo, ya que en otro caso la nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica la aplicación retroactiva (SSTC 75/2002, de 8 de abril y 21/1993, de 18 de enero).

Sin perjuicio de lo que pueda plantearse en algún supuesto concreto, respecto de alguno de los apartados de la repetida Ley 2/2011, que tal vez pueda resultar menos beneficioso en relación con la redacción de la LOPD antes de la reforma, lo cierto es que la modificación de la misma llevada a cabo por la mencionada Ley de Economía Sostenible, considerada íntegramente o en bloque, si resulta más beneficiosa para el sancionado, lo que justifica su aplicación retroactiva.

Procede, por tanto por mor de la repetida reforma de la LOPD operada por la Ley de Economía Sostenible, calificar la infracción apreciada de cesión in consentida de datos como grave y por aplicación del artículo 45.5 LOPD ya aplicado por la resolución recurrida, la imposición de una multa correspondiente a las infracciones leves en cuantía de 5.000 euros que es la que se estima proporcionada a la gravedad de los hechos y las circunstancias de la recurrente.

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

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU** representada por la Procuradora Sra. Llorens Pardo contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 21 de junio 2010 dictada en el procedimiento sancionador PS/00638/2009; resolución que se anula parcialmente en el sentido de calificar la infracción como grave y rebajar la sanción de multa impuesta a 5.000 #; 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