

Roj: SAN 3177/2012
Id Cendoj: 28079230012012100300
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 595/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: FERNANDO DE MATEO MENENDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a trece de julio de dos mil doce.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del recurso contencioso-administrativo número 595/10, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña **Ana Llorens Pardo**, en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA SAU**, contra la resolución de 8 de junio de 2010 del Director de la Agencia de protección de Datos, por la que se le impone una sanción de 60.101,21 euros por una infracción muy grave del art. 44.4.b) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. Ha sido parte **LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO**, representada por el Abogado del Estado.

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 29 de noviembre de 2010 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 11 de julio 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 8 de junio de 2010 del Director de la Agencia de protección de Datos, por la que se le impone una sanción de 60.101,21 euros por una infracción muy grave del art. 44.4.b) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

Los hechos probados en que se basa la resolución recurrida son los siguientes:

<< **PRIMERO** : Consta acreditado que Dña . **Coral** presentó denuncia en la AEPD contra TDE el 1 de abril de 2009, con entrada en el registro de este organismo el 13 de abril, por vulneración de sus derechos en materia de protección de datos habida cuenta de que sus datos personales habían sido publicados en la guía de Páginas Blancas 2008- 2009 de Navarra, asociados al número NUM000 , pese a que -según manifiesta- había puesto como requisito, al tiempo de la contratación, que aquellos no figurasen en guías. (Folios 1 y 2).

Consta acreditado que la denunciante solicitó personarse en el procedimiento sancionador mediante escrito de fecha 15 de enero de 2010. Por diligencia de fecha 21 de enero de 2010, la Instructora del Procedimiento le comunicó que se la tenía por personada en el expediente y, de acuerdo con su petición, le remitió copia del expediente. (Folios 119 a 121).

SEGUNDO : Consta acreditado que los datos personales de la denunciante, (nombre, dos apellidos, nombre y número de la calle en que radica su domicilio y número de teléfono) figuraban publicados en la Guía de Páginas Blancas, correspondiente a la provincia de Navarra, edición 2008-2009 asociados al número de teléfono **NUM000** . (Folios 7 y 133).

TERCERO : Consta acreditado que la denunciante contrató con TDE la línea número **NUM000** , con fechas de alta y baja, respectivamente, **29 de junio de 2007** y 13 de octubre de 2008. (Folio 21).

CUARTO : En relación con la línea telefónica **NUM000** , TDE ha manifestado lo siguiente:

a) Que la denunciante contrató la línea a través del 1004 (Folio 22). En particular, ha manifestado que la petición del servicio se efectuó "a través del CRC de banda ancha de Santander atendido por nuestro encargado de tratamiento UNITONO". (Folio 107).

b) Que, en relación con ese número de teléfono, en sus ficheros "no consta la voluntad de exclusión de guías de la citada Señora" (folio 21). Añade, (folio 107) que cuando solicitó el alta de la línea "la denunciante no solicitó la exclusión de sus datos de la guía, como lo demuestra el hecho de que no se recogiese ninguna orden de servicio en tal sentido. Se adjunta como documento nº 2, pantallazo, en el que figuran los datos grabados en el fichero FIA de mi representada, en el que, como se observa, figura la marca "=", que identifica a los clientes que desean figurar en las guías". (Folio 107).

QUINTO : TDE ha reconocido que facilitó a la CMT, para la confección de guías de abonados 2008-2009, los datos de la denunciante asociados a la línea **NUM000** , puesto que en sus ficheros no constaba la voluntad de la denunciante de que fueran excluidos de guías telefónicas. (Folio 22).

SEXTO : En fase de prueba se requirió a TDE para que precisara si el número **NUM000** , había sido portado por la denunciante desde otra operadora de telefonía o fue asignado por TDE.

La denunciada respondió que "El rango de numeración 9483 fue asignado por la Comisión del Mercado de la Telecomunicaciones a Telefónica de España" (folio 127).

SÉPTIMO : En fase de prueba se requirió a TDE para que aportada grabación sonora de la contratación por la denunciante de la línea número **NUM000** . En respuesta a la prueba solicitada TDE se limitó a aportar una impresión de pantalla (que obra en el folio 131), acompañada de la siguiente explicación:

"Como ya indicamos a esa Agencia en nuestro escrito de fecha 9-7-2009, y concretamente en el documento que se adjuntó al mismo relativo a los contactos realizados por el denunciante, consta que el 29-6-2009 la Sra. **Coral** contrató a través de la línea de atención 1004 una línea de ADSL. En este sentido volvemos a adjuntar, como Documento nº 1, dicho pantallazo...." (folio 130)

OCTAVO : Según consta acreditado en el expediente, (folio 132) la Guía de Páginas Blancas correspondiente a Navarra, edición 2008-2009, "**recoge información actualizada al 16 de junio de 2008**".

La citada guía se editó en junio de 2008 y se distribuyó en agosto de 2008. (Folio 132).

NOVENO : Según consta acreditado en el expediente, TDE, a solicitud de la denunciante, dio de baja la línea **NUM000** el 13 de octubre de 2008 y procedió a dar de alta, con fecha 14 de octubre de 2008, una nueva línea, concretamente la **NUM001** (Folios 21 y 107).

A este respecto TDE manifiesta que la razón por la que "ofreció a la denunciante cambiarle de número, excluyendo al mismo de las guías, fue para atender su deseo, hasta ese momento desconocido, de no figurar en la guía".

DÉCIMO : Según consta acreditado en el expediente, TDE, a través del Departamento de Atención a Organismos de Consumo, respondió a la reclamación que, en nombre de la denunciante, le dirigió la Asociación de Consumidores de Navarra Irache el 15 de enero de 2009. En este escrito TDE manifiesta que "se han dado las órdenes oportunas para deducir-reintegrar el importe de 50,02 # más IVA, correspondiente a las llamadas facturadas y a la cuota de cambio de número" y pide disculpas a la denunciante por las molestias ocasionadas. (Folio 10)>>.

SEGUNDO .- La parte actora alega que el tratamiento de los datos de la denunciante fue correcto, ya que la sociedad actora no tuvo noticia en el momento de contratación de la línea telefónica de la supuesta voluntad manifestada de la denunciante de no querer figurar en la guía telefónica, habiendo contratado la línea a través del servicio telefónico del 1004 a través de un contrato estándar, que incluye, por supuesto, la inclusión en guías. Se añade la falta de culpabilidad en la gestión de la sociedad recurrente, ya que ésta ha actuado de buena fe y en la plena creencia de estar actuando dentro de la más estricta legalidad. Asimismo,

se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, y se ha producido una defectuosa calificación de la conducta descrita, pues, en el supuesto de entender que la sociedad actora desoyó la petición de la denunciante, no se estaría ante un caso de cesión de datos incontentada, ya que los datos no se ceden a nadie, sino ante un supuesto de una falta leve del art. 44.2.e) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (en lo sucesivo LOPD). En virtud de lo expuesto, se solicita que se dicte sentencia revocando la sanción impugnada y, subsidiariamente, que la sanción no supere los 30.000 euros al encontrarnos, en todo caso, ante una falta leve.

La sociedad recurrente ha sido sancionada por una infracción muy grave recogida en el artículo 44.4,b) de la LOPD, en relación con el art. 11.1 de dicha norma, que establece que son infracciones muy graves: " *La comunicación o cesión de los datos de carácter personal, fuera de los casos en que estén permitidas*".

Por su parte, el art. 11.1 de la reseñada Ley dispone que "1. *Los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado*". Precepto, como dijimos en la Sentencia de esta Sala de 1 de abril de 2009 (recurso número 438/2008), ha de ser completado con la Directiva 95/46 /CE, que se refiere a la cesión dentro de la definición de tratamiento y la conceptúa como comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso de los datos, cotejo o interconexión.

Es tal cesión de datos personales, conforme a reiterada doctrina de esta Sala, un concepto jurídico de gran amplitud y así, cualquier revelación o manifestación de datos a un tercero, distinto del interesado, constituye cesión o comunicación de los mismos a efectos de la LOPD. Véanse, en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 21 de junio de 2002 (recurso número 990/2000), 19 de mayo de 2004 (recurso número 259/2003) y 18 de mayo de 2006 (recurso número 429/2004). Suponiendo que determinados datos se encuentren en poder del titular o responsable del fichero, cualquier comunicación de los mismos a una persona distinta del interesado o afectado, constituye cesión en sentido técnico.

Otra de las notas definitorias de la cesión de datos es la trascendencia que el consentimiento del interesado, válidamente otorgado, posee en todo el marco regulador de la figura, lo cual enlaza, directamente, con la previsión que del "consentimiento inequívoco del afectado" contiene el art. 6 de la LOPD, esencial en materia de protección de datos. Habiendo señalado igualmente esta Sala en la Sentencia de 30 de junio de 2004 (recurso número 625/2002) que inequívoco, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es lo que no admite duda o equivocación, y, por contraposición a equívoco, lo que no puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o que no puede dar ocasión a juicios diversos.

TERCERO .- Así las cosas, en relación con los datos que figuren en las guías de servicios de telecomunicaciones disponibles al público, el art. 28.4 de la LOPD establece que se registrarán por su normativa específica. Por tanto, tenemos que acudir a la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre, que en el art. 34 se dispone, bajo la rúbrica " *protección de los datos de carácter personal*", que " *sin perjuicio de lo previsto en el apartado 6 del artículo 4 y en el segundo párrafo del artículo anterior, así como en la restante normativa específica aplicable, los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, deberán garantizar, en el ejercicio de su actividad, la protección de los datos de carácter personal conforme a la legislación vigente*". Mientras que el art. 38.6 de la citada Ley dispone que " *la elaboración y comercialización de guías de abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas y la prestación de servicios de información sobre ellos se realizará en régimen de libre competencia, garantizándose, en todo caso, a los abonados el derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo el de no figurar en dichas guías*".

Así llegamos al Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, que en el apartado 2 del art. 67 se establece lo siguiente: " *Para que los datos correspondientes a un abonado a los que se refiere el artículo 30.4 sean incluidos por primera vez en algún tipo de guía o facilitados a otra entidad para su inclusión en ella o para la prestación de servicios de información o de consulta sobre ella, será preciso el consentimiento expreso de dicho abonado*".

A estos efectos, se entenderá que existe consentimiento expreso de un abonado cuando el operador le solicite su consentimiento para la inclusión de tales datos, con indicación expresa de cuáles serán éstos, el modo en que serán incluidos en la guía y su finalidad, y este le responda dando su aceptación. También se producirá cuando este se dirija por escrito a su operador solicitándole que sus datos figuren en la guía.

Si el abonado no hubiera dado su consentimiento expreso, se entenderá que no acepta que se publique en la guía correspondiente sus datos".

A ello debemos añadir que tanto el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, como la Orden CTE 711/2002 hacen referencia a la obligación que incumbe a los operadores que prestan el servicio telefónico disponible al público de facilitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los datos relativos a sus abonados, y en concreto, el art. 20 del reseñado Real Decreto señala que *"l as condiciones que deben cumplir los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público serán las siguientes:*

(...) b) Facilitar a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para las finalidades previstas en el artículo 68, en soporte informático, como mínimo, los datos a los que se refiere el artículo 30.4 correspondientes a los abonados a los que ofrezcan la posibilidad de recibir llamadas a través de un número telefónico de abonado administrado por dichos operadores, incluyendo de forma separada, los de aquellos que hubieran decidido no figurar en las guías. A estos efectos estarán obligados a solicitar el consentimiento de los abonados conforme se indica en el artículo 67...".

De lo expuesto, como dijimos en la citada Sentencia de 1 de abril de 2009 (recurso número 438/2008), *"se desprende, que esa cesión de determinados datos a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) para que ésta los facilite a las entidades habilitadas para prestar el servicio de consulta telefónica sobre números de abonados, o directamente a los propios proveedores de dichos servicios, tiene como límite la voluntad contraria del abonado y titular de los datos cuando éste exija su exclusión de las guías telefónicas, extensible a cualquier otros servicios de consulta de número de abonado"* .

CUARTO .- Ha resultado acreditado con la documentación obrante en el expediente administrativo, que los datos personales de la denunciante fueron publicados en la guía de Páginas Blancas 2008-2009 de Navarra, asociados al número NUM000 , que fue asignado por la Comisión del Mercado de la Telecomunicaciones a Telefónica de España por la sociedad actora al tiempo de efectuar la contratación. La guía se editó en junio de 2008 y se distribuyó en agosto del mismo año. Por otro lado, la línea NUM000 fue contratada por línea telefónica, no constando el consentimiento expreso de la denunciante para que sus datos personales fuesen incluidos por primera vez en la guía Páginas Blancas de Navarra, tal y como exige el art. 67.2 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril .

En efecto, no es atendible la alegación que realiza la parte recurrente sobre que no tenía noticia de la voluntad de la denunciante de no querer figurar en la guía de Páginas Blancas, ya que, sería lo contrario, pues, conforme a la anteriormente reseñada normativa, es la parte actora la que tiene que probar que la denunciante hubiese dado el consentimiento expreso. La parte demandante se ha limitado a aportar una impresión de pantalla acompañada de la siguiente explicación: *"Como ya indicamos a esa Agencia en nuestro escrito de fecha 9-7-2009, y concretamente en el documento que se adjuntó al mismo relativo a los contactos realizados por el denunciante, consta que el 29-6-2009 la Sra. Coral contrató a través de la línea de atención 1004 una línea de ADSL. En este sentido volvemos a adjuntar, como Documento nº 1, dicho pantallazo....."*. Y ello a pesar de que en vía administrativa se requirió a la sociedad demandante para que aportara la grabación telefónica correspondiente a la contratación de la línea telefónica. Pero además, el hecho de haberse contratado la línea por vía telefónica, no le exime de remitir al consumidor justificación escrita o, a propuesta del adherente al contrato, en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado de la contratación telefónica efectuada, debiendo hacer constar los términos de la misma como exige el art. 5.4 del Real Decreto 1.906/1999, de 17 de diciembre , por el que se regula la contratación telefónica o electrónica, que desarrolla el art. 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación . La ausencia de justificación documental o, en otro soporte, 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.

En consecuencia, se ha constatado que la sociedad recurrente, responsable del fichero en el que figuraban los datos personales de a la denunciante, cedió dichos datos a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para que figuraran en la guía de las Páginas Blancas sin contar con el consentimiento expreso de aquella, por lo que se ha vulnerado el art. 11.1 de la LOPD , infracción calificada como muy grave en el art. 44.4.b) de la LOPD aplicado por la resolución recurrida, no encontrándonos ante una falta leve del art. 44.2.e) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre , tal y como pretende la parte actora.

Por otro lado, el tipo del art. 44.4.b) de la LOPD apreciado por la resolución impugnada, no requiere dolo para su perfección y puede ser cometido de forma culposa, por lo que el hecho de no existir ninguna voluntad de vulnerar el art. 11 de la LOPD , resulta irrelevante. Aunque en materia sancionadora rige el principio de

culpabilidad, la expresión "simple inobservancia" del art. 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, permite la imposición de la sanción, sin duda en supuestos dolosos, y asimismo en supuestos culposos bastando, para ello, la inobservancia del deber de cuidado.

Además, como dijimos en la Sentencia de 1 de abril de 2009 -recurso número 438/2008-, *"ha de tenerse en cuenta que la recurrente es una entidad profesional de la telefonía a la que, para ser tal, se le presumen importantes conocimientos, teniendo en cuenta la habitualidad en la tramitación de solicitudes de clientes que, como aquí acontecen, no quieren que sus datos aparezcan en las guías telefónicas, por lo que se le supone un adecuado conocimiento de los principios y garantías establecidos en nuestro ordenamiento para la celebración de esta clase de contratos"*.

En relación con ello es muy importante hacer notar que ya la resolución combatida aprecia una cualificada disminución de la culpabilidad de la parte recurrente y haciendo uso de la facultad prevista en el art. 45.5 de la LOPD que constituye la expresión, en materia de protección de datos personales del principio de proporcionalidad, se impone la sanción en su cuantía mínima. Ello a tenor de los argumentos aducidos por la sociedad demandante, y en especial al hecho de que procedió a cambiarle a la denunciante el número de teléfono, trámite que declara haber efectuado en un solo día, y que respondiera favorablemente a la reclamación que la denunciante formuló sobre las consecuencias económicas derivadas del cambio del número de teléfono y dio órdenes para reintegrar a la afectada el importe de 50,02 euros correspondiente a las llamadas facturadas y a la cuota de cambio de línea, pidiéndole disculpas por las molestias ocasionadas.

Finalmente, la parte recurrente alega se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la Constitución. Si bien es cierto que las garantías constitucionales inherentes a todo proceso sancionador son homologables a las reconocidas en todo procedimiento de carácter penal, que en el expediente administrativo existen indicios objetivos, debidamente constatados con pruebas documentales de que la parte actora cedió datos personales de la denunciante sin su consentimiento expreso, teniendo dichos hechos entidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de la entidad recurrente.

En virtud de lo expuesto, procedería confirmar la sanción impuesta.

QUINTO .- No obstante lo anterior, y por lo que se refiere a la graduación de la sanción, esta Sala ha declarado en las Sentencias de 6 de junio -recurso número 166/2010-, y 23 de septiembre de 2011 (recurso número 639/2010), que es preciso destacar que mediante la Disposición Final Quincuagésima Sexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, se ha modificado, entre otros, el art. 44.3 y 4 de la LOPD, estableciéndose en el citado art. 44.3.k) que son infracciones graves *"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"*. Asimismo, la citada Disposición modifica el art. 45 de la LOPD respecto a la cuantía de la multa a imponer por la comisión de infracciones graves, que fija entre 40.001 a 300.000 euros.

La Sala entiende que tal modificación resulta aplicable al caso de autos pues es necesario atender al principio de la eficacia retroactiva de las normas sancionadoras más favorables que deriva del art. 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: Las disposiciones sancionadoras producirán efectos retroactivos en cuanto favorezcan al presunto infractor.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 21 de septiembre de 1998 señala que: *"Si bien no pueden aplicarse de forma mimética al derecho administrativo sancionador los principios del derecho penal, y por otra parte en la fecha de autos el principio vigente era el de la irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales consagrado por el artículo 9,3 de la Constitución y no el inverso de aplicación retroactiva de las normas favorables, este último principio venía afirmándose por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo hasta que fue expresamente positivado por el artículo 128,2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común"*.

Así las cosas, en aplicación de la nueva regulación, procede imponer fijar como sanción la cuantía de 40.001 euros, aplicándose la previsión del art. 45.5 de la LOPD, que ya fue tenido en cuenta por la Administración. En consecuencia, procede estimar en parte el presente recurso contencioso-administrativo.

SEXTO .- A tenor del artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción en su redacción originaria, aplicable a la sazón, no cabe apreciar temeridad ni mala fe en las partes a los efectos de una expresa imposición de las costas procesales.

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



FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Llorens Pardo, en nombre y representación de **TELEFONICA DE ESPAÑA SAU**, contra la resolución de 8 de junio de 2010 del Director de la Agencia de Protección de Datos, por la que se le impone una sanción de 60.101,21 euros por una infracción muy grave del art. 44.4.b) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, declaramos la nulidad de la citada resolución solamente en relación con la cuantía de la sanción que queda fijada en 40.001 euros; sin hacer expresa imposición de las costas procesales.

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