



Roj: SAN 2020/2012
Id Cendoj: 28079230012012100191
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 890/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA NIEVES BUISAN GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veinte de abril de dos mil doce.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso-administrativo núm. **890/2010** interpuesto por **TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.** representada por la Procuradora D^a. Ana María Llorens Pardo frente a la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 8 de octubre de 2010, que acuerda imponer a dicha entidad recurrente, por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD , tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma , dos multas de 60.101,21 euros cada una, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica. Ha sido parte demandada en las presentes actuaciones la Administración General del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 1 de diciembre de 2010, acordándose por providencia de 1 de abril de 2011 su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998, y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno Telefónica de España SAU formalizó la demanda mediante escrito presentado el 2 de junio de 2011, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia en la que, estimando el recurso contencioso-administrativo, se acordara:

Dictar sentencia en la que se anule y deje sin efecto la resolución de la Agencia de Protección de Datos de 8 de octubre de 2010; subsidiariamente, se sancione a mi representada por infracción de los Arts. 6.1 y 4.3 LOPD con dos sanciones de carácter leve de 900 euros cada una; finalmente, se reduzcan a 40.001 euros cada una de las dos sanciones contenidas en la resolución impugnada.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 2 de diciembre de 2011 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso, confirmando el acto administrativo impugnado.

CUARTO .- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, y no considerándose necesaria la celebración de vista pública, y tampoco el trámite de conclusiones a las partes, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo.

QUINTO .- Se señaló para dicha votación y fallo de este recurso el día 18 de abril de 2012, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada doña NIEVES BUISAN GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo, por Telefónica de España SAU, la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 8 de octubre de 2010, que acuerda imponer a dicha recurrente, por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD , tipificada como grave en el artículo

44.3.d) de dicha norma, una multa de 60 . 101,21 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica.

Y por una infracción del artículo 4.3 de la LOPD , tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma, una segunda multa de 60.101,21 euros, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica.

Tal resolución declara como principales hechos probados, los que se exponen a continuación:

1º. Con fecha 01/07/2009 la AEPD recibió escrito de denuncia de D. Miguel Ángel (con domicilio en C/ DIRECCION000 NUM000 (antiguo NUM001) portal NUM000 NUM002 NUM003) frente a Telefónica de España, por tratamiento de sus datos personales sin su consentimiento y la inclusión de sus datos personales en el fichero de solvencia patrimonial y crédito "Asnef", sin haber sido previamente requerido de pago.

2º. En noviembre de 2007 Telefónica de España cargó en la cuenta bancaria de D. Miguel Ángel una factura, que éste devolvió, informando al operador del error.

3º D. Miguel Ángel figura en Telefónica de España como titular de la línea (...), con fecha de alta 25/11/2007 y fecha de baja 29/01/2008, con los productos contratados Línea básica individual, ADSL 3Mb, Tarifa Plana Nacional y Canguro Net. Como domicilio y dirección de contacto figura C/ DIRECCION000 NUM000 NUM002 NUM003 .

4º. Telefónica no ha aportado copia de contrato suscrito por D. Miguel Ángel , ni de grabación telefónica de tal contratación.

5º. Se emitieron por TE, a nombre de D. Miguel Ángel , las facturas que figuran en los folios 54,123-136 y 167-180 del expediente.

(...) 7º. En el fichero de solvencia patrimonial y crédito "Asnef" figura, a nombre del denunciante y a instancia de TE, la incidencia dada de alta el 09/04/2008 y de baja el 24/06/2009, con una deuda de 175,72 euros y 119,96 euros en esas fechas.

8º. Equifax Ibérica, S.L. ha informado que la notificación de inclusión remitida al Sr. Miguel Ángel , a la dirección C/ DIRECCION000 NUM000 NUM002 NUM003 , fue devuelta por el servicio de Correos, por dirección insuficiente, y que la misma fue confirmada por Telefónica de España, con fecha 06/08/2008 "como dirección contractual".

SEGUNDO. Corresponde analizar, en primer término, la prescripción de la infracción invocada por la entidad actora en la demanda, dado su carácter obstativo al enjuiciamiento del fondo de la controversia.

Establece el artículo 47.1 de la LOPD que:

" 1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año.

2. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.

3. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviere paralizado durante más de seis meses por causas no imputables al presunto infractor".

Y ha sostenido esta Sala con reiteración (SAN 9-4-2008 Rec. 328.2006, por todas) que el cómputo de tal plazo de prescripción no puede considerarse interrumpido con la presentación de la denuncia, ni tampoco con la práctica de cualesquiera "diligencias previas" por parte de la AEPD, sino sólo a partir del Acuerdo de inicio del expediente sancionador, y exactamente desde que se notifica al interesado dicho Acuerdo de inicio.

En el presente supuesto, no obstante, en el que se sanciona por vulneración de los principios de consentimiento y de calidad del dato de los artículos 6.1 y 4.3 LOPD , nos hallamos ante dos infracciones continuadas o permanentes, en las que el inicio del cómputo de tal prescripción se retrasa hasta el momento en que la infracción deja de cometerse.

Y ello puesto que resulta claro que Telefónica ha venido tratando los datos personales del denunciante mientras los mismos han permanecido inscritos en sus ficheros (véase el concepto amplio que, de tratamiento, deriva del artículo 3 c) LOPD), lo que tuvo lugar, al menos, hasta el 25 de abril de 2008 y 16 de junio de 2009, fechas de emisión, respectivamente, de la factura de abril de 2008 y rectificativa de la misma, a nombre del denunciante.

Por lo que desde este último día y hasta la notificación del acuerdo de inicio del expediente sancionador (el 23 de abril de 2010) no transcurrió el plazo de prescripción de dos años que, para las infracciones graves, deriva del mencionado artículo 47.1 LOPD .

TERCERO. Los hechos probados que dan lugar a la imposición de dos sanciones de 60.101,21 euros cada una, derivan de la comisión de sendas faltas graves del Art. 44.3.d) LOPD , que sanciona como tal: "*Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituyan infracción muy grave*".

La primera de las infracciones imputadas a Telefónica de España ha de relacionarse con el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre , que requiere el consentimiento inequívoco del afectado para tratar sus datos de carácter personal. Habiendo declarado esta Sala, en numerosísimas ocasiones (SSAN 25-10-2002 Rec. 185/2001 y 31/05/2006, Rec. 539/2004 , por todas) que es al responsable del tratamiento a quien corresponde asegurarse de que aquél a quien se solicita consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es realmente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la Ley.

Infracción que se fundamenta por la resolución impugnada, en las siguientes consideraciones:

Telefónica ha alegado que de la reclamación presentada por el denunciante ante la empresa, con fecha 04/06/2009, se deduce que tanto el denunciante como su esposa solicitaron de forma indistinta el alta en el servicio, que el denunciante olvidó solicitar la paralización de una de dichas solicitudes y que Telefónica realizó la instalación de la línea tanto en la DIRECCION000 NUM001 como en la DIRECCION000 NUM000 .

Sin embargo, Telefónica no ha aportado solicitud o contrato suscrito por el denunciante, ni grabación de voz en el caso de que la contratación se hubiera efectuado telefónicamente. Tampoco ha aportado boletines de instalación de las líneas y servicios activadas en el domicilio del denunciante y de la cliente, que a pesar de los motivos alegados por Telefónica (zona de nueva edificación y modificación de la numeración de la vivienda) no ha cuestionado que sea una vivienda y no dos.

Telefónica tampoco ha aportado impresión de las anotaciones que figuran en sus ficheros referentes a los contactos mantenidos con el denunciante, sino que se ha limitado a aportar una relación en formato Word que no tiene consistencia a efectos probatorios.

Consideraciones, las anteriores, que no han sido desvirtuadas por la entidad actora en el presente supuesto, en el que el Sr. Miguel Ángel niega, en todo momento, haber prestado el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales en la contratación de la línea telefónica, y dicha ausencia de consentimiento no ha sido enervada mediante prueba alguna en contrario de Telefónica. Esta última, por otra parte, tampoco ha aportado la contratación telefónica supuestamente llevada a cabo entre la misma y dicho denunciante, ni boletín de instalación de la línea y/o servicios efectuadas en su domicilio, por lo que ha de considerarse suficientemente probado que tal entidad actora no adoptó las medidas suficientes para acreditar el consentimiento inequívoco del titular de los datos personales tratados, y dicha infracción del artículo 6.1 LOPD ha de ser confirmada por la Sala.

CUARTO. Por lo que se refiere a la vulneración del principio de calidad del dato del artículo 4.3 de la LOPD , tal precepto dispone con claridad que: *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 en el presente caso ha de relacionarse con el artículo 29.4 de la LOPD , y con el 38 del Reglamento aprobado por RD 1720/2007.

Infracción que igualmente ha de ser confirmada por la Sala, y por las consideraciones expuestas en la resolución impugnada. Sin necesidad de entrar a analizar la existencia o no de previo y preceptivo requerimiento de pago, cuya exigencia también integra el principio de calidad de datos, lo cierto es que figura acreditado en las actuaciones que dicha indebida alta telefónica de don Miguel Ángel dio lugar a varias facturas impagadas, que son las que figuran en los folios 123 a 136 y 167 a 180 del expediente, y que además, y como consecuencia de ello, Telefónica instó la incorporación al fichero "Asnef" de los datos de tal afectado por una deuda que, evidentemente, no respondía con veracidad a la situación actual del mismo. Fichero de moroso en el que permanecieron tales datos personales inexactos, a nombre del denunciante y a instancia de TE, durante más de un año, desde el 9 de abril de 2008 y hasta el 24 de junio de 2009.

QUINTO. No obstante lo razonado hasta aquí, se solicita subsidiariamente en la demanda la aplicación del principio de proporcionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 45.5 LOPD tras su modificación por la nueva Ley de Economía Sostenible de 4 de marzo de 2011.

Partiendo de que la aplicación retroactiva de dicha reforma legislativa, a través de la disposición final quincuagésima sexta de tal Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que ha entrado en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (5-3-2011), constituye doctrina reiterada y consolidada de esta Sala, el artículo 45.5 LOPD, en su nueva redacción, contiene un nuevo apartado c) cuyo tenor literal es el siguiente:

El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

Tomando en consideración que tal circunstancia atenuante de la sanción ha de circunscribirse a la conducta del *afectado*, y no de tercero o terceros, es decir, a la conducta de aquél que sufre la lesión de su derecho a la protección de datos, esta Sala considera, al igual que argumenta la demanda, que en el presente supuesto tal conducta del afectado-denunciante ha incidido, al menos parcialmente, en la comisión de las infracciones de los principios del consentimiento y de calidad de datos por parte de Telefónica. Así resulta con claridad del escrito redactado y presentado por el Sr. Miguel Ángel ante dicha empresa de telefonía, que obra en los folios 121 y 122 del expediente, en el que se explica que él y su esposa *cuando nos mudamos de vivienda en noviembre de 2006, solicitamos un alta telefónica que ustedes nunca realizaron, siempre contestando (ante reclamaciones nuestras) que no sabemos cuando dispondrán de teléfono y no podemos darles fecha. Un año después, cuando por medio de nuestros vecinos nos enteramos de que ya era posible disponer de línea de teléfono en nuestra vivienda, volvimos a solicitar el alta, la cual se realizó estando yo en el domicilio y con el teléfono (...) que es el que actualmente tenemos y pueden constatar.*

Es decir, si bien el afectado y su esposa querían darse de alta en una línea telefónica (y no dos, como finalmente se produjo), realizando las pertinentes gestiones sí que hubo cierta confusión en la solicitud, o solicitudes, tal y como resulta de dicho escrito. Si a ello se une el hecho, también acreditado en autos, de que precisamente en dicho periodo se produjo un cambio de numeración del portal de la vivienda del denunciante y su esposa (de DIRECCION000 NUM001 a DIRECCION000 NUM000) necesariamente hemos de concluir que la conducta de tal afectado-denunciante contribuyó a la infracción de los principios consagrados en los artículos 6.1 y 4.3 LOPD por los que Telefónica de España ha sido sancionada.

Procede, por todo ello, a juicio de esta Sala, la imposición de la multa de 4000 euros para cada una de las dos infracciones graves cometidas por tal entidad recurrente.

SEXTO. Sin que concurren las causas expresadas en el Art. 139 de la LJCA para la imposición de las costas a ninguna de las partes.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Telefónica de España SAU frente a la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 8 de octubre de 2010 que impone a dicha entidad actora dos sanciones de 60.101,21 euros cada una, revocamos parcialmente dicha resolución en cuanto la cuantía de cada una de dichas sanciones ha de ser reducida a la de 4000 euros, por las consideraciones expuestas en el fundamento de derecho quinto, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

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