

Id Cendoj: 28079230012009100526
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 636/2008
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: ELISA VEIGA NICOLE
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a doce de noviembre de dos mil nueve.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso

administrativo número 636/2008 interpuesto por la entidad ASLENGA, S.L COBRO DE IMPAGOS representada por el

Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de

fecha 5 de septiembre de 2008, dictada en el procedimiento sancionador **PS/00188/2008**, que desestima el recurso de

reposición interpuesto contra la resolución de la citada Agencia de fecha 2 de julio de 2008 que impone a dicha entidad una

sanción de multa de 12.000 #, habiendo sido parte la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del

Estado. La cuantía del recurso se ha fijado en 12.000 #.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la recurrente expresada se formuló recurso contencioso administrativo contra la resolución anteriormente mencionada, mediante escrito presentado el 24 de octubre de 2008, habiéndose admitido a trámite por providencia de fecha 16 de noviembre del mismo año, con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- La parte actora formuló demanda mediante escrito presentado el 17 de marzo de 2009 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos jurídicos que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia estimando el recurso, declarando la nulidad de la resolución impugnada, dejando sin efecto la sanción impuesta y condenando expresamente a la Administración demandada al pago de las costas causadas.

TERCERO.- El Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda de fecha 4 de mayo de 2009, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, postuló una sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto en todos sus extremos, confirmando la resolución impugnada por ser conforme a derecho.

CUARTO.- Por auto de fecha 5 de mayo de 2009 se acordó el recibimiento del pleito a prueba, habiéndose practicado la propuesta por la parte actora, consistente en que se tuviese por reproducido los documentos obrantes en el expediente administrativo y los aportados con la demanda.

QUINTO.- Las partes presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, señalándose para votación y fallo el día 11 de noviembre de 2009, en el que se deliberó y fallo, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

Ha sido PONENTE la Magistrada ELISA VEIGA NICOLE, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Director de la Agencia Española de la Protección de Datos de fecha 5 de septiembre de 2008, dictada en el procedimiento sancionador **PS/00188/2008**, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la citada Agencia de fecha 2 de julio de 2008 que impone a la entidad ASLENGA, S.L. COBRO DE IMPAGADOS una sanción de multa de 12.000 €, por una infracción del *artículo 10 en relación con el 12.4* de la LOPD, tipificada como grave en el *artículo 44.3.g)* de dicha norma, de conformidad con lo establecido en el *artículo 45.2 y 5 de la citada Ley Orgánica*.

SEGUNDO.- Se basa la resolución impugnada para apreciar dicha infracción, en los siguientes

HECHOS PROBADOS

It;<PRIMERO: Con fecha 25 de mayo de 2006 tienen entrada en esta Agencia escritos, de Dña. Serafina y de D. Jose Francisco en los que denuncian que con fecha 26 de abril de 2006, la empresa ASLENGA, S.L. denominada "EL TORERO DEL MOROSO" remitió Faxes al número 981.913.744 correspondiente a la empresa Igleva Sistemas de Consultoría, S.L., sita en la calle Severo Ochoa 29 de A Coruña, dichos Faxes fueron retirados por un empleado de la empresa, ese mismo día se recibe en los locales de la delegación de esta empresa ubicados en Santa Eugenia de Ribeira (A Coruña) con número de teléfono 981.873.641 otros faxes dirigido también a la atención de los denunciantes, en ambos Faxes se comunica la existencia de una deuda por parte de la Sra. Serafina y el Sr. Jose Francisco dado que iban dirigidos a ambos (folios 6, 7 14 y 15).

SEGUNDO: La entidad ASLENGA, S.L. comunica que actúa bajo la marca comercial El Torero Del Moroso (folio 26).

Con fecha 29 de septiembre de 2004 la empresa POSTMOBEL, S.L. y ASLENGA, S.L., celebraron contrato de prestación de servicios, en virtud del cual se le encomienda a la segunda las gestiones encaminadas para el cobro de diversas deudas, entre ellas, la de BASE 10, S.L., según figura en el contrato anexo remitido, de la cual son administradores la Sra. Serafina y el Sr. Jose Francisco (folios 28 y 29).

Todas las informaciones utilizadas en el desarrollo de dicho trámite fueron suministradas por el cliente, POSTMOBEL, S.L., domicilio: C/Santas Mariñas, 26 de Santiago de Compostela, CIF de la empresa BASE 10, S. L. y números de teléfono de la Sra. Serafina y el Sr. Jose Francisco, así como el importe total de la deuda, toda la información aparece en la copia de la factura emitida por el cliente y entregada a ASLENGA, S.L. (folios 32 a 37).

El origen de los números de teléfono a los cuales se remitieron los Faxes fueron suministrador, al gestor encargado de la negociación, por las empresas a las que se dirigieron los citados faxes. La dirección de dichas empresas fue manifestada por la madre de la Sra. Serafina que reside en la CALLE000, NUM000 en Santiago de Compostela domicilio facilitado por el cliente como domicilio social de BASE 10, S.L. No obstante, del examen de las citadas facturas se desprende que en las mismas no existen datos personales relativos a los afectados, tan solo en una de ellas aparece escrito a mano el nombre de ambos junto con una serie de teléfonos de contacto (folio 32).

TERCERO: Con fechas 18 de octubre y 15 de noviembre de 2006, se recibe en esta Agencia escrito de POSTMOBEL, S.L. mediante el cual manifiesta que, los únicos datos facilitados a ASLENGA, S.L. para proceder al cobro de la deuda fueron: Razón Social, Domicilio Social, Teléfonos de contacto, e importe total de la deuda. Con relación a Dª Serafina y D. Jose Francisco en ningún caso se les facilitó ningún dato de carácter personal (folios 44 y 53).

CUARTO: Con fecha 6 de noviembre de 2006, se recibe en esta Agencia escrito de D. Jose Francisco y Dña. Serafina, en el que manifiestan que los números de teléfono a los que fueron enviados los faxes corresponden a las empresas Delex & Phil, S.L. e Igleva Sistemas de Consultoría S.L., adjuntando una declaración jurada de los dos empleados que retiraron los faxes de la máquina y que hicieron entrega a los

afectados, respectivamente (54 a 56).

QUINTO: Con fecha 16 de noviembre de 2006 se accede a través de Internet a los repertorios telefónicos de abonados al servicio telefónico de Telefónica de España comprobándose que los números de teléfono utilizados por parte de ASLENGA, S.L. para el envío de los faxes están asociados a los siguientes titulares:

981.913.641 corresponde a la empresa DELEX PHIL, S.L., sita en C/severo Ochoa, 29,15008-La Grela (A Coruña).

981.913.744 corresponde a la empresa IGLEVA SISTEMAS DE CONSULTORIA, S.L., sita en severo Ochoa, 29,15008-La Grela (A Coruña).

Comprobándose que ambos número figuran en el repertorio telefónico en el mismo domicilio (folios 58 a 60). >>

En la citada resolución se indica que los datos de los denunciados (nombres y apellidos) asociados a las comunicaciones de El Torero del Moroso, remitida por fax "ruego se ponga en contacto con nosotros para negociación de la deuda, de la cual ya le informamos telefónicamente" recibidas en los centros de trabajo de los denunciados, permiten establecer la calificación de los interesados como moroso en las obligaciones dinerarias surgidas a consecuencia de alguna operación crediticia o mercantil. Esto es, permite establecer una evaluación de la personalidad de los individuos.

Teniendo en cuenta que dicho medio de comunicación (fax) no garantiza la confidencialidad de los datos expuestos en los documentos, dado que no puede garantizarse que quien recibe el fax es el propio interesado, debe considerarse que ASLENGA, S.L. ha vulnerado el deber de secreto que exige la LOPD y que la citada infracción cometida por ASLENGA, S.L. debe considerarse como grave, si bien procede aplicar el *artículo 45. apartados 2, 4 y 5 de la Ley Orgánica 15/1999* para apreciar una disminución de la culpabilidad del imputado, por cuanto ha quedado acreditado que ha tomado las medidas necesarias para que dicha actuación infractora no vuelva a producirse.

TERCERO.- En la demanda, tras señalar que los hechos recogidos en la resolución impugnada no se ajustan a la realidad, se invoca como fundamento de la pretensión actora los siguientes motivos:

- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia pues, aún no negando los hechos que constan en el expediente administrativo, los números de fax fueron obtenidos en los lugares a los que se dirigieron los mismos, por lo tanto fueron terceras personas las que facilitaron a la empresa ASLENGA dichos datos, no pudiendo sancionarse a esta última por el uso indebido de los datos obtenidos en la legítima realización en su labor de su gestión de recobros.

- Vulneración de los principios de tipicidad y legalidad, habiéndose producido una aplicación analógica y extensiva de las infracciones previstas en la ley. El contenido de los faxes remitidos era totalmente inocuo ya que del mismo no puede deducirse una evaluación de la personalidad de los individuos y calificarlos de morosos más bien parece que la Agencia considera ofensivo el propio nombre comercial de la entidad sancionada.

- Vulneración del principio de proporcionalidad ya que ningún daño, perjuicio se ha causado a las personas destinatarios de los faxes, ambas administradoras de la empresa "BASE 10, S.L. que mantiene una deuda con POSTMOBEL, S.L., deuda que continúa vigente y sin cobrar.

- El procedimiento sancionador ha caducado, conforme al *artículo 48.3 de la LOPD* pues con fecha 25 de mayo de 2006 se inicia el expediente E/00563/2006, del que deriva el **PS/00188/2008** pero no es hasta el 8 de septiembre de 2008 cuando se dicta la resolución desestimatorio del recurso de reposición, notificada el siguiente día 12 de septiembre.

- Si no se declarase la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada, se invoca, con carácter subsidiario, el *artículo 63 de la Ley 30/92* para solicitar la anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico que cause indefensión.

El Abogado del Estado aduce en la contestación a la demanda que la recurrente ha vulnerado el *artículo 10*, en relación con el *artículo 12.4 de la LOPD*, remitiéndose en su integridad y dando por reproducidos los argumentos recogidos en la resolución impugnada.

CUARTO.- En primer lugar procede despejar si se ha producido la caducidad del procedimiento sancionador como alega la parte actora.

El *art. 48.3 de la LOPD* establece que los procedimientos sancionadores tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos, en ejercicio de las potestades que a la misma atribuyan esta u otras Leyes, salvo los referidos a infracciones de la *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, tendrán una duración máxima de seis meses.

Este plazo de caducidad de los expedientes sancionadores de la Agencia Española de Protección de Datos coincide con el que señala el *artículo 42 de la Ley 30/92* para la conclusión de los procedimientos administrativos en los que no se haya fijado plazo específico.

El inicio del cómputo de dicho plazo, sin embargo, lo constituye la fecha del acuerdo de incoación o de inicio del expediente, y no las "actuaciones previas" a las que se refiere el *artículo 12 del R.D. 1398/93*, que son una fase preliminar anterior a la incoación en sentido estricto, indicada e incluso inevitable por la complejidad técnica de los hechos investigados y dado que el *Art. 13.1 de dicho Reglamento* requiere que tal acuerdo de incoación contenga la indicación de persona frente al que se dirige, hechos, posible calificación jurídica e indicación de sanciones.

De ahí que, en el presente caso, la fase de actuaciones previas E/563/2006 no se corresponden con el inicio del expediente sancionador y respecto a las mismas no se ha argumentado por la recurrente que se haya producido una utilización espuria y fraudulenta de lo previsto en el *artículo 12 del Real Decreto 1398/1993*, no siendo, por otra parte, de aplicación el plazo máximo de 12 meses de duración establecido para dichas actuaciones preliminares en el *artículo 122 del Real Decreto 1720/2007* pues tal norma reglamentaria sólo es de aplicación a actuaciones iniciadas con posterioridad a su entrada en vigor, es decir al 19 abril 2008.

Así, el cómputo del plazo de caducidad comienza partir de la fecha del acuerdo de iniciación del expediente, como se prevé en el *artículo 42.3 a) de la Ley 30/92*, a cuyo tenor el plazo máximo de duración de los procedimientos se contara, en los procedimientos iniciados de oficio "desde la fecha del acuerdo de iniciación" y los expedientes sancionadores de la Agencia Protección de Datos son expedientes iniciados de oficio de conformidad con lo previsto en el *artículo 18.1 del Real Decreto 1322/1994*, como ha resuelto esta Sala en múltiples sentencias, entre otras las de fecha 2 marzo y 10 mayo 2006. Por otra parte, el día final en el cómputo del plazo de caducidad de seis meses, a que se refiere el citado *artículo 42.3*, no es aquel en que se dicta la resolución sancionadora sino el de la notificación de la misma o intento de notificación (*artículo 58 de la Ley 30/92*), sin que se incluya en dicho plazo de seis meses el de la notificación de la resolución del potestativo recurso de reposición que, en su caso, puede formalizar la sancionada una vez notificada, precisamente, la resolución sancionadora que pone fin a tal expediente sancionador.

En definitiva para que se produzca la caducidad del procedimiento sancionador según la LOPD es necesario que hayan transcurrido los indicados seis meses entre el acuerdo de inicio y notificación de la resolución sancionadora. En el presente caso el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador es de fecha 14 de abril de 2008 (folio 64 a 67 del expediente administrativo) y la notificación de la resolución sancionadora se produce el día 9 de julio de 2008 (folio 120 del expediente administrativo), procediendo desestimar este motivo de impugnación toda vez que entre la incoación del procedimiento sancionador y la notificación de la resolución final no han transcurrido los seis meses a que hemos hecho referencia.

En cuanto a la solicitud de anulabilidad de la resolución impugnada en base al *artículo 63 de la Ley 30/92*, la parte recurrente hace una referencia genérica a "cualquier infracción del ordenamiento jurídico que cause indefensión", sin hacer concreción alguna sobre que infracción se ha cometido en la tramitación del expediente que le haya generado indefensión, extremo que tampoco se deduce del citado expediente, no pudiendo prosperar, por ello, tal motivo de impugnación.

QUINTO.- Entrando en el examen del fondo del recurso, hay que señalar que la infracción grave apreciada en la resolución impugnada y descrita en el *artículo 44.3 g) de la LOPD*, tipifica "La vulneración del deber de guardar secreto sobre los datos de carácter personal incorporados a ficheros que contengan datos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales, hacienda pública, servicios financieros, prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito, así como aquellos otros ficheros que contengan un conjunto de datos de carácter personal suficientes para obtener una evaluación de la personalidad del individuo." Precepto que para integrar la conducta típica hay que poner en relación con el *artículo 10 de la LOPD* que regula el deber de secreto.

El citado *artículo 10* pauta de forma individualizada el deber de secreto de quienes tratan datos personales, dentro del título dedicado a los principios de protección de datos, recogiendo "El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase de tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero, o, en su caso, con el responsable del mismo". Este deber de secreto pretende que los datos personales no puedan conocerse por terceros, salvo en los supuestos recogidos en otros preceptos de la LOPD, como el *Art. 11* (comunicación de datos) o el *artículo 12* (acceso a los datos por cuenta de terceros).

En definitiva, el deber de secreto trata de salvaguardar o tutelar el derecho de las personas a mantener la privacidad de sus datos de carácter personal y el poder de control o disposición sobre los mismos. Este deber de secreto está lógicamente relacionado con el secreto profesional que, según el auto del Tribunal Constitucional de 11 de diciembre de 1989 "... se entiende como la sustracción al conocimiento ajeno, justificada por razón de una actividad, de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas". El deber de secreto en el tratamiento de datos personales, tiene la misma fundamentación jurídica, pero se refiere al ámbito estricto del tratamiento de los datos personales, para que el responsable del fichero y, cualquier persona que intervenga en el tratamiento, esté obligado al mantener la confidencialidad de tales datos personales.

En el caso de autos, consta en el expediente administrativo, y reconocen las partes, la remisión por ASLENGA de dos faxes remitidos a doña Serafina y don Jose Francisco a dos números telefónicos correspondientes a la empresa donde prestaba sus servicios la denunciante, números que no fueron suministrados por la empresa POSTMOBEL, S.L., cliente de ASLENGA, S.L., y en los destacaban en grandes letras "EL TORERO DEL MOROSO", y en su contenido se recogía "ruego se ponga en contacto con nosotros para la negociación de la deuda, de la cual ya le informamos telefónicamente" (folios 6, 7, 14 y 15 del expediente administrativo). Los citados faxes fueron entregados a los destinatarios por dos empleados de las empresas DELEX PHIL, S.L., sita en C/severo Ochoa, 29,15008-La Grela (A Coruña) y IGLEVA SISTEMAS DE CONSULTORIA, S.L., con igual domicilio, empleados que tuvieron conocimiento de la existencia de una deuda que pretendía cobrar " El Torero del Moroso" (folios 55 y 56 del expediente administrativo).

Los faxes recibidos en los centros de trabajo de los denunciados, permiten establecer la calificación de los interesados como moroso en el cumplimiento de sus obligaciones dinerarias. Como recoge la resolución impugnada, la información recogida en los faxes permite establecer una evaluación de la personalidad de los individuos pues al contenido de los mismos se une el nombre comercial de la entidad que pretende el cobro de la deuda, nombre comercial "El Torero del Moroso" que resulta explicitar de forma clara que su actividad consiste en el cobro de deudas impagadas. Tal apreciación, contrariamente a lo alegado por la parte recurrente, no supone un desmérito del citado nombre comercial sino una interpretación de la actividad que realiza que necesariamente resulta del mismo.

Toda vez que dicho medio de comunicación (fax) no garantiza la confidencialidad de los datos expuestos en los documentos, pues no puede garantizarse que quien recepciona el fax es el propio interesado, debe considerarse que ASLENGA, SL. ofrece información relevante en el centro de trabajo de los denunciados. Así, no ofrece duda la vulneración del deber de secreto por parte de ASLENGA, SL al haber revelado tales datos a terceros sin el consentimiento de los denunciados y sin que concurren ninguno de los supuestos previstos en los *artículos 11 y 12 de la LOPD* .

La parte actora considera que se ha producido una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. La presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el *art. 24.2* de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o inculpativos de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia.

En el presente caso existe prueba de cargo adecuada para imputar a la recurrente la infracción del deber de secreto como resulta de las comunicaciones remitidas por la recurrente al centro de trabajo de los denunciados sin que la recurrente haya desvirtuado mínimamente tal prueba de cargo. Y, contrariamente a lo alegado por la demandante, no se ha producido aplicación analógica ni extensiva de las infracciones previstas en la ley sino que los hechos declarados probados son constitutivos del tipo infractor que se le imputa, infracción que también cumple con el principio de legalidad toda vez que está prevista como tal en la

LOPD.

Por último, ASLENGA, S.L. aduce que se ha producido una vulneración del principio de proporcionalidad, sin embargo la Agencia ha apreciado una disminución sustancial de la culpabilidad y ha aplicado el *artículo 45.5 de la LOPD*, imponiéndole una sanción de 12.000 €, muy inferior a la que correspondería a la infracción grave cometida de forma que ninguna vulneración se ha producido del principio de proporcionalidad.

Consecuentemente con lo anteriormente razonado procede la desestimación del presente recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ASLENGA, S.L. COBRO DE IMPAGOS representada por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, por ser la misma conforme a derecho; sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevara testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

LA SECRETARIA

D^a María Elena Cornejo Pérez