

Roj: SAN 4240/2017 - **ECLI:**ES:AN:2017:4240
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1788/2015
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 30/10/2017
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: FELISA ATIENZA RODRIGUEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

MULTAS Y SANCIONES

Encabezamiento

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0001788 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06197/2015

Demandante: GAS NATURAL SERVICIOS SDG

Procurador: JUAN CARLOS GALVEZ HERMOSO DE MENDOZA

Demandado: AGENCIA PROTECCIÓN DE DATOS

Abogado Del Estado

Ponente IIma. Sra.: D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

S E N T E N C I A N^o:

IIma. Sra. Presidente:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. LOURDES SANZ CALVO

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a treinta de octubre de dos mil diecisiete.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo PO 1788/2015 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador D. Juan Carlos Gálvez Hermoso de Mendoza, en nombre y representación de GAS NATURAL SERVICIOS SDG frente a la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra la Resolución de 24 de julio de 2015 (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dña FELISA ATIENZA RODRIGUEZ.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado el 16 de octubre de 2015, acordándose 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 la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 21 de julio de 2016, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia estimatoria de su pretensión y se anule la resolución recurrida.

TERCERO.- La Abogacía del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 29 de diciembre de 2016 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando se dictara sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, confirmándose el acto administrativo impugnado.

CUARTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 10 de octubre de 2017, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma Sra Magistrada D^a FELISA ATIENZA RODRIGUEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo, por la representación procesal de la entidad GAS NATURAL SERVICIOS SDG (GNS), la resolución de 24 de julio de 2015, dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, en el Procedimiento sancionador PS/00100/2015, por la que se impone a la entidad GAS NATURAL SERVICIOS SDG SAU, una multa de 20.000 euros, por la comisión de una infracción tipificada en el artículo 44.3 b) en relación con el artículo 6.1, de conformidad con lo establecido en el art. 45.2, 5 y 4, todos ellos de la LOPD.

Se fundamenta dicha resolución en que la recurrente trató los datos personales del denunciante incorporándolos a su base de datos sin consentimiento del mismo, entendiéndose que la entidad recurrente ha incurrido en la infracción anteriormente descrita ya que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales es un principio básico del derecho fundamental a la protección de datos, recogido en el art. 6.1 de la LOPD.

La recurrente, discrepa de la resolución impugnada y como alegaciones en defensa de su pretensión aduce lo siguiente:

1.- El alta del denunciante se produjo como consecuencia de un mero error administrativo.

2.- Inexistencia de dolo en su actuación.

SEGUNDO. - Resultan acreditados por el expediente administrativo los siguientes hechos probados:

1.- Gas Natural Servicios SDG SAU (GNS) es la compañía comercializadora que facturaba a la persona denunciante (Moises) por los suministros de gas (CUPS NUM000) y de electricidad (CUPS NUM001) para la vivienda de su domicilio en CALLE000 NUM002de Madrid.

2.- GNS emite el 10/02/14 factura por el consumo de electricidad suministrada a la vivienda (CUPS NUM001) haciendo constar que la dirección del punto de suministro es CALLE001 NUM003, NUM004, 08043 - Madrid y enviada a la dirección postal de CALLE000 NUM005de Madrid.

3.- Por escritos de 28/02/14 y de fechas posteriores, la persona denunciante presenta reclamaciones ante la OMIC del Ayuntamiento de Madrid, las DDGG de Industria y de Consumo de la Comunidad de Madrid, y solicita a GNS que deje de facturar suministros por CALLE001 NUM003, NUM004de Madrid (vivienda que vendió hace más de seis años) y le facture por sus consumos de luz y gas de su domicilio en CALLE000 NUM005de Madrid.

4.- GNS, a través de su Oficina de Garantía de Servicio al Cliente, remite un escrito fechado el 20/03/14, dirigió a Doña Almudena, CALLE001 NUM003, NUM004, 08043 - Madrid, para comunicarle:

<<En relación con su Hoja de Reclamación remitida a nuestras oficinas y en nombre de Gas Natural Servicios SDG, S.A., le informamos de las actuaciones llevadas a cabo.

Debido a una incidencia administrativa, su contrato de suministro eléctrico correspondiente a la CALLE001, NUM003, NUM004de Madrid se asoció a otro cliente. Al detectar el error, el titular del contrato solicitó la baja del contrato, que se hizo efectiva en fecha 10 de marzo de 2014.

En fecha 16 de marzo de 2014 se activó el contrato de suministro de electricidad a su nombre, por lo que actualmente consta en vigor.

No debería haberse generado la solicitud de corte de fecha 3 de marzo de 2014, referente al suministro eléctrico de su domicilio, motivo por el cual se ha emitido un abono total de 420,05 €; en concepto de bonificación por calidad del servicio e indemnización por las pérdidas y perjuicios ocasionados, que será remitido a su cuenta bancaria>>.

5.- De igual forma GNS remitió escrito de 29/04/15 a la DG de Consumo de la Comunidad de Madrid para comunicar:

<<En fecha 22 de abril de 2014 se activó el contrato de suministro de electricidad del Sr. Moises, situado en la CALLE000, NUM005de Madrid. Asimismo, informarles que el suministro de gas de la dirección indicada consta de alta con nuestra Compañía desde el 1 de agosto de 2013.

En referencia al punto de suministro de CALLE001 NUM003, NUM004de Madrid, se ha comprobado que el alta de contrato realizada en fecha 8 de agosto de 2013 a nombre del Sr. Moisesno debería haberse tramitado, por lo que se ha anulado toda la facturación emitida desde la Compañía.

Esta acción ha generado un abono de 185,08 €; que han sido remitidos mediante transferencia a la cuenta bancaria del cliente>>.

6.- El 21/05/14 GNS por escrito a la Omic del Ayuntamiento de Madrid que:

<<En contestación a su escrito de fecha 21 de abril de 2014 y en nombre de Gas Natural Servicios SDG, S.A., les informamos sobre la cuestión planteada en referencia al punto de suministro situado en CALLE000, NUM005de Madrid, con CUPS NUM006.

Debido a una incidencia administrativa, el CUPS que constaba asociado al contrato del Sr. Moisesno se correspondía con el suministro eléctrico de la CALLE000, NUM005de Madrid, sino con el suministro eléctrico de la CALLE001, NUM003, NUM004de Madrid. Se ha procedido a solventar la incidencia desvinculándolo de este contrato y anulando las facturas indebidamente emitidas a su nombre y generando un abono total de 64,40 €; que ha sido remitido mediante transferencia a su cuenta bancaria.

Asimismo, indicamos que en fecha 22 de abril de 2014 se activó el contrato de suministro de electricidad de referencia.

En relación al resto de puntos de la reclamación interpuesta por el Sr. Moises, les informamos de que el cliente deberá dirigirse a su anterior comercializadora.

Por otro lado, y en referencia al punto de suministro situado en CALLE001, NUM003, NUM004de Madrid, les comunicamos que se están realizando las gestiones oportunas, por lo que en breve recibirá respuesta por parte de la Compañía.

En relación con la propuesta de arbitraje, les informamos de que Gas Natural Servicios SDG, S.A. no se encuentra adherida al Sistema Arbitral de Consumo y, por tanto, no admitirá solicitudes de arbitraje.

La Compañía ha contactado telefónicamente con el reclamante para transmitirle esta información>>.

TERCERO.- La resolución impugnada sanciona a la entidad demandante, por la comisión de una infracción administrativa, consistente en el tratamiento de datos de carácter personal del denunciante sin su consentimiento, ya que GNS trató los datos personales del denunciante al emitir facturas a su nombre y remitirlas a su domicilio como titular del contrato de suministro eléctrico correspondiente a la vivienda de una tercera persona cliente de la compañía, contratación que no había sido solicitada por dicho denunciante, ni autorizado ni dado su consentimiento para el

tratamiento de sus datos personales, lo que originó la petición por el denunciante de baja en el servicio con el consiguiente perjuicio para la persona usuaria de la vivienda a la que correspondía el contrato.

El artículo 44.3.b) de la LOPD establece como infracción grave "Tratar los datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo".

Asimismo, el artículo 6 LOPD establece en su apartado primero que "El tratamiento de datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa". A continuación, dicho precepto en su apartado segundo establece aquellos supuestos en los que no será preciso dicho consentimiento, entre los que se encuentra el supuesto en que los datos se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial.

El artículo 3 h) LOPD define el "consentimiento del interesado" como "Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen"

Por otro lado, conviene recordar que, tal y como dispone el artículo 3 a) LOPD, por dato de carácter personal hemos de entender "cualquier información concerniente a personas físicas identificada o identificables".

El principio del consentimiento expresado conlleva, por tanto, la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, permitiéndose así a aquel ejercer efectivo control sobre dichos datos y garantizando su poder de disposición sobre los mismos. Dicho consentimiento podrá prestarse de forma expresa, oral o escrita, o de manera tácita, mediante actos reiterados y concluyentes que revelen su existencia.

Ahora bien, tal y como ha expresado esta Sala reiteradamente, el consentimiento ha de ser necesariamente "inequívoco". De modo que ha de aparecer como evidente, o, lo que es lo mismo, que no admite duda o equivocación, pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar el consentimiento.

Por otro lado, la carga de acreditar la existencia del "consentimiento inequívoco", a que hace referencia el artículo 6.1 LOPD, recae sobre la entidad responsable del fichero o encargada del tratamiento de los datos personales, cuando su existencia sea negada por el titular de tales datos.

De los hechos expuestos, resulta evidente el tratamiento por parte de la recurrente de datos de carácter personal del denunciante sin su consentimiento, incurriendo, por ello, en la infracción tipificada en el artículo 44.3.b) LOPD, pues fueron incorporados a los sistemas de información de dicha compañía y emitidas facturas sin que contara con el consentimiento de aquella de forma inequívoca.

La existencia de un error reconocido por la actora y su rápida subsanación, no puede constituir un elemento exculpativo, como reiteradamente ha sido señalado por esta Sala. Citamos, por todas, sentencia de 12 de noviembre de 2010 (recurso 761/2009), en la que indicábamos lo siguiente:

<< Es cierto que la utilización incorrecta de estos datos probablemente fue

culposa, a la vista de las circunstancias concurrentes. Y también se aprecia que la compañía rectificó el error cometido, en cuanto tuvo conocimiento de ello, sin que el recibo llegara a cobrarse. Pero, como reiteradamente hemos venido afirmando en esta materia, las sanciones no requieren intencionalidad o dolo sino que basta el mero descuido o falta de diligencia; en palabras de este Tribunal "basta la simple negligencia o incumplimiento de los deberes que la Ley impone a las personas responsables de ficheros o del tratamiento de datos de extremar la diligencia...", y ello aunque no obtuviese provecho económico alguno. Así lo dispone también el art. 130 de la Ley 30/92 , al afirmar "Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia" lo cierto es que la expresión "simple inobservancia" del art. 130.1 de la Ley 30/1992 , permite la imposición de la sanción, sin duda en supuestos dolosos, y asimismo en supuestos culposos, bastando para la imposición de la sanción, la inobservancia del deber de cuidado.

Ello no obstante, si se aprecian circunstancias que pueden justificar una cualificada disminución de la culpabilidad que, en aras al principio de proporcionalidad y utilizando los criterios contenidos en el art. 45.5 de la LOPD , deberían justificar una reducción del importe de la sanción impuesta. A tal efecto, se aprecia que se trató de un mero error informático que motivó la inclusión de la menor como asegurada, error que fue inmediatamente rectificado por la compañía sin que el recibo llegara a emitirse ni pasarse al cobro. Estas circunstancias ponen de manifiesto el incumplimiento de un deber de diligencia y cuidado, pero al mismo tiempo permiten considerar que se trató de un error puntual y aislado, carente de intencionalidad, y del que no obtuvo provecho propio ni se causó perjuicio a tercero. Por todo ello este Tribunal, aplicando el principio de proporcionalidad, considera procedente reducir el importe de la sanción de multa a 6000 €.

Por consiguiente, han de ser rechazadas las alegaciones de la demandante, al quedar constatada la concurrencia de tipicidad y culpabilidad en su conducta infractora.

Por otro lado, la resolución combatida ha aplicado el art. 45.5 b) de la LOPD, haber regularizado la situación irregular de modo diligente, imponiendo una sanción de 20.000 Euros que la Sala considera adecuada y proporcionada con la gravedad de los hechos

El citado artículo 45.5 LOPD, en la redacción que le dio la reforma operada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dispone que 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 en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en una serie de supuestos que cita.

Por lo que respecta a las circunstancias del artículo 45.4 LOPD, sobre la graduación de la cuantía de las sanciones, debe señalarse que, en cuanto a la circunstancia a), no cabe duda del carácter continuado de la infracción, habida cuenta de que los datos fueron tratados desde agosto de 2013.

Así mismo, resulta evidente el perjuicio causado por la actuación sancionada al denunciante.

Es preciso resaltar la concurrencia de las circunstancias que tomó en consideración la resolución sancionadora para modular la sanción impuesta,

concretamente, la vinculación de la actividad de la entidad infractora con el tratamiento de datos de carácter personal, el volumen de negocio de la misma, los perjuicios causados al denunciante y la intencionalidad en la conducta de la demandante, cuya presencia ha de apreciarse.

En consecuencia, estima la Sala que la sanción impuesta resulta ponderada y proporcionada a la gravedad de la infracción cometida y la entidad de los hechos.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.

CUARTO. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, procede imponer las costas causadas en este procedimiento a la demandante.

En atención a lo expuesto, y en nombre de Su Majestad El Rey, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

FA LLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Juan Carlos Gálvez Hermoso de Mendoza, en nombre y representación de la mercantil GAS NATURAL SERVICIOS SDG, contra la resolución de fecha 24 de julio de 2015, dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente sancionador NUM007, que le imponía sanción de 20.000 eur por infracción del art. 6.1 de la LOPD, resolución que se confirma por ser ajustada a Derecho.

Con condena al pago de las costas causadas a la parte demandante.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

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 LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA