

Audiencia Nacional. Sentencia de 16-11-2005. Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección primera. Llamadas automáticas aleatorias. Ausencia de consentimiento.

La AN estima el recurso.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil cinco.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso contencioso-administrativo numero 107/04 interpuesto por el Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la entidad "**ENTIDAD A**", contra la resolución del Director de la Agencia de Protección de Dato , de 4 de diciembre de 2003, por la que se le impone a la misma una sanción de 60.101,21 Euros por infracción de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de diciembre, tipificada en el artículo 43.3.d) como infracción grave, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2, de la citada Ley Orgánica. Ha sido parte demandada la **AGENCIA DE PROTECCION DE DATOS** representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado, siendo parte codemandada AMC, representado por la Procuradora de los Tribunales

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Admitido el presente recurso presentado el 10 de febrero de 2004 y previos los oportunos trámites se confirió traslado a la parte actora para que formalizase la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el 29 de abril de 2004 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, termina solicitando, en esencia, que se dicte sentencia por la que se deje sin efecto el acto administrativo que se recurre por las causas que se dicen en el citado escrito, o alternativamente, que por los hechos se imponga al actor una sanción calificada como leve.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado en el que, tras formular las alegaciones que estimó procedentes, solicita el dictado de sentencia desestimando el recurso y confirmando la resolución impugnada por ser ajustada a derecho. En el mismo sentido contestó la parte codemandada

TERCERO.- Seguidamente, se fijó la cuantía del procedimiento en 60.101,21 euros. Al no darse los requisitos previstos en la Ley no se acordó el recibimiento del juicio a prueba.

CUARTO.- Fijándose finalmente como día de la deliberación y votación el 15 de noviembre de 2005, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido **PONENTE** el Ilmo. Magistrado

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO,- El presente recurso contencioso administrativo tiene como objeto la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos, de 4 de diciembre de 2003, por la que se le impone a la entidad mercantil recurrente una sanción de 60.101,21 Euros por infracción de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de

diciembre, tipificada en el artículo 43.3.d) como infracción grave, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO.- La resolución recurrida se fundamenta en los siguientes hechos:

PRIMERO: En fecha 27 de junio de 2001, Don AMC recibió una llamada telefónica, en su teléfono particular, durante la cual una cinta grabada informaba acerca de una promoción relativa a la copropiedad de un apartamento de Alcoceber.

SEGUNDO: El responsable de la promoción era "ENTIDAD A".

TERCERO: La Sociedad limitada "ENTIDAD A" se dedica a la promoción de complejos turísticos.

CUARTO: "ENTIDAD A" genera un fichero de números de teléfonos de una determinada población donde se oferta la promoción. Se fijan las dos o tres primeras cifras, en función de la población a la que se dirijan. A partir de las cifras anteriores, el ordenador genera el resto de números de forma aleatoria, obteniendo un fichero de números de teléfonos, pero desconociendo otros datos asociados a dicho número. Sobre ese fichero se realiza un proceso con el fin de eliminar números repetidos. Posteriormente, se realiza un segundo proceso cruzando el fichero de números de teléfonos con el fichero de personas que han comunicado a "ENTIDAD A", que no desean recibir publicidad, eliminando esos números del primer fichero.

QUINTO: "ENTIDAD A" desconoce quien es el titular que va a recibir la llamada automática sin intervención humana.

SEXTO: El fichero "FICHERO de entidad A", cuyo responsable es "ENTIDAD A", tiene recogida una llamada publicitaria mediante un sistema automático, sin intervención humana al número de teléfono "NºTeléfono 1", con fecha de 27 de junio de 2001. Sobre ese teléfono consta una solicitud de remisión de llamadas publicitarias de fecha 9 de agosto de 2001 a las 13.07 horas.

TERCERO.- La resolución recurrida incluye los citados hechos probados en una falta grave del artículo 43.3.d) de la LOPD que la define como:

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 constituye infracción muy grave.

El mencionado acto administrativo razona que en el presente caso el precepto legal que vulnera la actuación de la entidad mercantil recurrente es el art.6 de la referida Ley Orgánica de Protección de Datos, que se ha de poner en relación con el artículo 50 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que dice:

Los operadores que presten servicios de telecomunicaciones al público o exploten redes de telecomunicaciones accesibles al público deberán garantizar, en el ejercicio de su actividad, la protección de los datos de carácter personal, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, en las normas dictadas en su desarrollo y en las

normas reglamentarias de carácter técnico, cuya aprobación exija la normativa comunitaria en materia de protección de los datos personales

Asimismo, el citado acto aplica el artículo 68.1 del Real Decreto 1.736/1998, de 31 de julio, que aprueba el Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación, el cual indica:

Las llamadas no solicitadas por los abonados con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas de llamada automática, a través de servicios de telecomunicaciones, sin intervención humana (aparatos de llamada automática) o facsímil (fax), sólo podrán realizarse a aquellos que hayan dado su consentimiento previo.

Este artículo, continua el razonamiento de la resolución recurrida, se dicta en cumplimiento del artículo 12.1 de la Directiva 66/97/CE, relativa a tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, y ello con el fin de incorporarlo al derecho nacional: *La utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana (aparatos de llamada automática) o facsímil (fax) con fines de venta directa se podrán autorizar respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo.*

A la vista de toda esta normativa, concluye el acto recurrido estableciendo que es necesario el previo consentimiento del afectado para poder realizar llamadas automáticas sin intervención humana, lo que no hizo la recurrente al realizar esa llamada recogida en los hechos probados. La propia resolución recurrida reconoce, que, efectivamente, otros hechos idénticos a los hoy enjuiciados, pero anteriores a éstos e igualmente protagonizados ¡por la hoy recurrente, se archivaron, pero ello se debió a que no se había publicado el mencionado RD 1736198, cuyo indicado artículo 68.1 exige que ese tipo de llamadas sólo se puedan hacer con el expreso consentimiento del destinatario. Además, el artículo 6 de la LOPD exige el consentimiento inequívoco del afectado, por lo que se ha infringido esa norma, siendo esa conducta encuadrable en la conducta grave del artículo 44.3.d de la misma Ley.

CUARTO.- Para la recurrente no cabe, en un caso como el presente, la aplicación de la normativa sobre protección de datos de carácter personal en materia sancionadora, puesto que en la misma no se tipifica como infracción lo que por la resolución recurrida se propone como norma infringida: el artículo 68 del RD 1736/98, de 31 de julio. Y ello porque la Ley Orgánica con base a la que se quiere sancionar a esa parte lo es para los casos previstos en la misma, y no para los otros Supuestos establecidos en el referido Real Decreto; de lo contrario se iría contra el principio jurídico de la prevalencia de las normas jurídicas y, sobre todo, el que una Ley Orgánica publicada en fecha posterior no puede recoger una conducta prevista en un Real Decreto, a no ser que lo prevea expresamente.

También añade la citada parte que la finalidad de la LOPD es regular los supuestos que se indican en los preceptos expresados en el escrito de demanda, y sólo la violación de los mismos daría lugar a la calificación de las faltas previstas en esa norma: Sin embargo, en la resolución recurrida no se indica el precepto de la LOPD que ha infringido esa parte, sino que sólo se remite a dicha norma para sancionar, lo que es un

obrar antijurídico por las causas ya expuestas. Para finalizar sobre esa argumentación, reitera lo alegado en el expediente administrativo de que la propia Agencia de Protección de Datos archivó un expediente anterior incoado a esa parte por hechos idénticos a los que ahora se están enjuiciando, lo que ratifica lo ya dicho de que el R. Decreto 1.736/98 desarrollaba una Ley anterior que no tipificaba como sancionable el obrar de esa empresa. En consecuencia, la entidad mercantil recurrente no ha realizado acopio de datos de carácter personal, tal como lo define la LOPD. Asimismo, considera que no concurre culpabilidad en su conducta, como lo demuestra que una similar anterior no fue objeto de sanción, y, además, no hubo intención de obtener lucro alguno. Todo lo cual confirma la desproporción de la sanción impuesta.

QUINTO.- Para resolver la presente cuestión litigiosa, hemos de empezar haciendo un análisis del arriba transcrito artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica 15/1999, que define la primera parte de la conducta típica mediante la expresión " tratar los datos de carácter personal", la cual nos remite directamente a cualquiera de las concretas actividades que el artículo 3.d) de la propia Ley, que incluye en la definición de "tratamiento de datos": la recogida, grabación, conservación, elaboración de datos de carácter personal. El segundo inciso hace mención a que el tratamiento o uso de los datos se realice "...con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley.. ..". En el presente caso, el acto recurrido afirma que se ha conculcado el apartado 1 del artículo 6 ya mencionado: " *El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.* "

La cuestión que plantea la recurrente en este recurso es determinar si, efectivamente, el hecho acreditado en autos, y que no ha sido puesto en cuestión por ninguna de las partes, de que el denunciante recibiera una llamada telefónica en su domicilio particular, durante la cual una cinta grabada informaba de una determinada promoción publicitaria- llamada automática, sin intervención humana alguna, que se hizo de forma aleatoria y sin conocimiento del titular de ese teléfono- se puede considerar un tratamiento de datos de carácter personal en los términos previstos en el artículo 3,d) de la LOPD, a los efectos de encuadrar esa conducta en el referido artículo 44.3.d), en relación con el 6.1, todos ellos de esta misma Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal.

Esta Sala discrepa de la motivación contenida en el acto recurrido, así como de las argumentaciones que en tal sentido han vertido, tanto la parte demandada como el codemandado y ello porque este Tribunal no considera que esa llamada automática efectuada al domicilio del denunciante, sin intervención humana alguna, de forma aleatoria, sin que se conociera el titular de ese teléfono y sin que en la misma se hiciera mención alguna tampoco a datos personales del destinatario, pueda ser definida como tratamiento de datos de carácter personal en los términos establecido en el indicado artículo 3.d) de la LOPD, ya que en ningún momento ha habido tal recogida, grabación, conservación o elaboración de los mismos. Simplemente, ha existido una llamada telefónica de las características expuestas, pero en la misma no se ha producido el tratamiento de datos personales del recurrente, ya que ni siquiera se conocía por la autora el titular ni domicilio de ese número de teléfono, ni en esa grabación había referencia alguna tampoco a datos personales del destinatario, sino que era meramente publicitaria. Por ello, y contrariamente a lo que alega la parte codemandada, esa inclusión en su fichero del número de teléfono del denunciante en los términos que lo hizo la actora, que se recoge en los hechos probados arriba descritos, no es un dato de carácter personal según el concepto definido en el artículo 3.1, a) de la LOPD- *cualquier información*

concerniente a personas físicas identificadas o identificables, puesto que no se contiene en sus archivos automatizados los nombres de sus titulares, sino simplemente esos números de teléfonos tomados de guías telefónicas de acceso público, sin otros datos asociados a los mismos.

Ciertamente- dado que no hubo consentimiento del destinatario- la citada conducta vulnera lo establecido por el mencionado artículo 68.1 del R. Decreto 1736/1998, pero esta norma se dicta en desarrollo de una Ley, la General de Telecomunicaciones de 1998, reguladora de otra materia, y aunque también sea cierto que la misma, en su artículo 50, hace una remisión expresa a la LOPD, es más cierto que cuando se quiere sancionar conforme a esta última Ley, se ha de hacerlo conforme a una conducta que en la misma se defina como infracción objeto de sanción - tipo-, lo cual no ocurre en este caso por lo arriba expuesto.

La propia Agencia de Protección de Datos ha reconocido que antes de la publicación de ese Real Decreto 1736/1998 una conducta semejante de la recurrente no fue objeto de sanción, aún a pesar de estar en vigor esa Ley General de Telecomunicaciones y la anterior Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los datos de carácter personal, derogada por la actual LOPD; además, ha razonado que la sanción que ahora se impone se fundamenta en ése precepto reglamentario y en el artículo 6 de esta última Ley Orgánica 15/1999 vigente. Obviamente, en este punto igualmente se ha de coincidir con lo argumentado por la parte recurrente, pues no procede en materia tan restrictiva como la sancionadora llevar a cabo aplicaciones extensivas de un Reglamento, que, se insiste, se dicta en desarrollo de otra materia, y el hecho de que haya una remisión general por parte de la Ley de Telecomunicaciones a la necesidad de garantizar los datos de carácter personal conforme a lo dispuesto en la LOPD, ello no puede obviar la aplicación obligatoria en el derecho sancionador administrativo del principio de tipicidad, que en este caso obliga a que la conducta que se sancione con base a esta última norma esté recogida expresamente en la misma, lo que no ocurre, se insiste, en la conducta de la actora definida en los hechos probados del acto recurrido. Aunque las partes demandadas insistan en que ha concurrido en esa conducta de la actora la falta de consentimiento del afectado prevista en el artículo 6 de la LOPD, se ha de reiterar que esa particular actuación de empresa recurrente no constituye tratamiento de datos de carácter personal tal como lo define esa misma Ley, por lo que no sería necesario ese consentimiento, y de hecho así lo entendió la propia Agencia en un caso anterior similar; obviamente, se reitera, el artículo 68.1 del RD 1736/1998 no puede utilizarse como de complemento al objeto de imponer una sanción, más cuando se refiere a una conducta de otro ámbito.

El mencionado principio de tipicidad en materia sancionadora administrativa está establecido expresamente en el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común Ley 30/1992 (en adelante LRJA-PAC) y es una traslación del artículo 25 de la Constitución Española, que impone que en un Estado de Derecho nadie puede ser sancionado, incluso en vía administrativa, sin que exista una ley que defina previamente la conducta que se sanciona-infracción- así como la concreta sanción a imponer.

Por todo lo razonado, ya tenor de lo dispuesto en el artículo 63.1, en relación con el 129, ambos de la LRJA-PAC, procede estimar el recurso interpuesto y anular por no ser ajustada a derecho la resolución sancionadora impugnada en este recurso contencioso-administrativo.

SEXO.- No se aprecia temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes a los efectos previstos en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción en materia de costas procesales.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación.

FALLAMOS

ESTIMANDO el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la entidad "ENTIDAD A", contra la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos, de 4 de diciembre de 2003, por la que se le impone a la misma una sanción de 60.101,21 Euros por infracción de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, tipificada en el artículo 43.3.d) como infracción grave, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica, **DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS**, por no ser ajustada a derecho, la citada resolución; sin imposición de las costas de este proceso a ninguna parte.

Así, por ésta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, lo pronunciamos mandamos y firmamos.