

Audiencia Nacional. Sentencia de 27-04-2005. Sala de lo Contencioso- Administrativo, sección primera. Datos personales de un empresario persona física.

Madrid, a veintisiete de abril de dos mil cinco.

Visto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número 319/2003 interpuesto por "ENTIDAD A" representada por el Procurador contra la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de fecha 20 de marzo de 2003 por la que se le impone por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 44.3 d) LOPD una sanción de multa de 60.101,21 Euros, habiendo sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se decreta: a) la nulidad de la citada resolución al haber procedido a la indebida aplicación de la Ley de Protección de Datos, b) subsidiariamente la nulidad de la resolución impugnada dado que los datos utilizados provienen de fuentes accesibles al público, c) con carácter subsidiario, la nulidad de la resolución impugnada, dado que los datos utilizados fueron proporcionados por el propio denunciante existiendo consentimiento por su parte para su tratamiento y, d) subsidiariamente, declarar la desproporción y falta de correspondencia de la sanción impuesta con los hechos del presente procedimiento, imponiendo por aplicación del artículo 45.5 de la LOPD una sanción máxima de 601,01 euros.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, 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, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba, practicada la admitida, se señaló para votación y fallo el día 26 de abril de 2005.

La cuantía del recurso se ha fijado en 60.1010,21 Euros.

Ha sido Ponente la Magistrada

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Director de la Agencia de la Protección de Datos de fecha 20 de marzo de 2003, que impone a la entidad "ENTIDAD A" por una infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, tipificada como infracción grave en el

artículo 44.3.d) de dicho texto legal una multa de 60.101,21 euros.

Se basa la resolución impugnada para apreciar dicha infracción, en el siguiente soporte fáctico:

PRIMERO: Don JRA recibió una carta de "ENTIDAD A" en la dirección siguiente: JRA "LOCALIDAD A" "Calle A"

SEGUNDO: Durante la visita de inspección realizada a la entidad "ENTIDAD A" se verificó en los ficheros de la empresa, en la tabla denominada "Clientes que han llamado" figuran los siguientes datos del afectado: JRA, "Nº Teléfono 1", "NºTeléfono 2", xx@xx.xx. (folio 42).

TERCERO: En la tabla denominada "Base envío clientes A" constan los siguientes datos: JRA, "LOCALIDAD A" (folio 43).

CUARTO: En el fichero "X" constan los datos siguientes del denunciante: JRA, "Calle B", "NºTeléfono 1"; JRA, "Calle A", "NºTeléfono 2", "LOCALIDAD A" (folio 45).

QUINTO: En la guía impresa de "LOCALIDAD A", 2001-2002, constan los siguientes datos del interesado: JRA,"Calle A" "NºTeléfono 2". Asimismo aparecen los datos siguientes JRA "Calle B", asociados los números "NºTeléfono 3", "NºTeléfono 1", "NºTeléfono 4", "NºTeléfono 5" Y "NºTeléfono 6". (Folio 84).

SEXTO: "ENTIDAD B" informó que JRA consta en sus ficheros como titular de un locutorio en la "Calle B" "LOCALIDAD A". (Folio 82) "

Frente a dicha resolución, y en esencia, viene a oponer la actora: a) la indebida aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, por el carácter de empresario individual del denunciante y hacerse referencia a datos derivados de la actividad empresarial no de carácter personal o privado, b) subsidiariamente, se aduce que los datos se han obtenido en fuentes de acceso al público, al figurar los datos completos de JRA en el Censo público de Empresas de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de "LOCALIDAD A", censo que -se alega- ha sido considerado por la propia Agencia de Protección de Datos como fuente de acceso público, datos facilitados por el propio interesado que además fueron comprobados con el fichero "X" 2002 y con la guía telefónica de "LOCALIDAD A", y c) con carácter también subsidiario, se postula la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD.

SEGUNDO.- Comenzaremos por analizar el primer motivo invocado, la inaplicación de la LOPD, que se fundamenta en el carácter de empresario individual del denunciante y referirse los datos a su actividad empresarial, no al ámbito personal.

"ENTIDAD A" ha manifestado a lo largo de todo el procedimiento, que suscribió un contrato con "ENTIDAD B" datado el 1 de marzo de 2002 -folios 17 y siguientes del expediente administrativo- cuyo objeto es la prestación de servicios de telefonía fija destinados a su explotación comercial en régimen de telefonía de uso público, por lo que tiene como único cliente natural y receptor de su publicidad solo a los empresarios o empresas vendedoras de minutos de telefonía-locutorios públicos que son los únicos que pueden tener acceso a sus servicios en virtud de la legislación de telecomunicaciones.

La protección que otorga la Ley Orgánica 15/1999, al igual que la antigua LO. 5/1992, se refiere a los datos de carácter personal de las personas físicas, como se desprende de los artículos 1 y 2 de la citada LOPD, ahora bien, como dice acertadamente el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, ello no puede llevarnos a la conclusión de que los empresarios

individuales y profesionales están en su conjunto excluidos de la LOPD, sino que es preciso diferenciar los datos que se refieran a su vida privada o personal de la empresa o profesional, pues solo en el primer caso cabe aplicar la protección de la L.O. 5/1992.

Una vez efectuada la anterior precisión hay que señalar que el tratamiento de datos efectuado por "ENTIDAD A" respecto del denunciante Sr *JRA* está incluido en el ámbito de aplicación de la Ley de Protección de Datos, toda vez que dicho tratamiento no se vincula a una actividad empresarial específica de dicho afectado sino al propio interés comercial y económico de la demandante por cuanto trata indiferenciadamente datos que puedan afectar a la esfera personal o a la empresarial del interesado sin discriminar unos de otros y sin que ello tenga relevancia alguna para el responsable del fichero.

Así, de la prueba documental practicada en el expediente -folio 82- se ha constatado según lo informado por "ENTIDAD B" que el denunciante es titular de un locutorio público desde el 11 de diciembre de 2001, en la "Calle B", "LOCALIDAD A", al que aparecen asociados cinco números en la guía telefónica impresa de "LOCALIDAD A" 2001-2002, en tanto que en el domicilio de dicho señor en la "Calle A" al que se remitió la carta por la hoy demandante, aparece asignado solo un número de teléfono.

Es decir, la asignación de 5 líneas telefónicas al domicilio de la "Calle B" frente a una en la calle "Calle A", evidencia que el locutorio telefónico se encontraba instalado en aquel domicilio y no en el de la calle "Calle A" al que se remitió la carta.

Por otra parte, la factura aportada por la hoy demandante al expediente administrativo -folio 104- que atribuye a los servicios facturados por el denunciante tiene como domicilio el de "Calle B" y no el de "Calle A", lo que no está sino en correlación con lo más arriba expuesto sobre el lugar donde se hallaba instalado el locutorio.

En vía jurisdiccional se ha aportado con la demanda una certificación de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de "LOCALIDAD A", en la que se dice que en el Censo público de empresas que lleva dicha Corporación, figura inscrita la empresa *JRA* con NIF "xxxxxxx-1" y domicilio fiscal en la "Calle A", "LOCALIDAD A" dedicándose a la siguiente actividad: otros servicios no contemplados o.p. correspondiendo al epígrafe 999 del vigente Impuesto de Actividades Económicas.

Dicha certificación se refiere al domicilio fiscal del denunciante que según la normativa tributaria es el lugar de localización del obligado tributario en sus relaciones con la Administración Tributaria y que no tiene que coincidir necesariamente con el del desarrollo de la actividad empresarial, y ya hemos visto que en dicho domicilio solamente figura asignada una línea telefónica frente a las 5 asignadas al domicilio de la "Calle B" que es el lugar asignado materialmente para la instalación del locutorio en el que se desarrollaba dicha actividad.

Además dicha certificación poca luz puede arrojar sobre la concreta actividad a que se dedica el Sr *JRA* dado la amplitud del concepto al que se refiere el epígrafe 999 del vigente Impuesto de Actividades Económicas, por lo que resulta totalmente insuficiente para poder conectar a dicho señor con la actividad o titularidad de un locutorio en el citado domicilio, a lo que hay que añadir que dicha certificación está datada el 26 de junio de 2003 y la información que facilita se refiere a dicha fecha y no hace referencia a si en el año anterior -2002- que fue cuando se remitió la carta al denunciante, figuraba dicha empresa con el domicilio fiscal en la "Calle A".

Finalmente, añadir que los datos tratados por la entidad actora referidos al nombre del denunciante, apellidos, domicilio, número de vivienda y correo electrónico, son datos personales que afectan a su privacidad sin que se haya constatado que los mismos aparezcan relacionados con una actuación empresarial concreta y específica y bien diferenciada, sino que afectan al ámbito personal del sujeto a que se refiere.

TERCERO.- Se esgrime, en segundo lugar, que los datos tratados proceden de fuentes accesibles al público, por lo que no existe infracción sancionable.

El artículo 6 apartado 1 de la LOPD establece que *"el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa"*. En el apartado 2 de dicho precepto se establece que no será necesario el consentimiento cuando los datos de carácter personal, entre otros supuestos, *" cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero al que se comuniquen los datos siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado"*.

El artículo 3. j) define, que es lo que a efectos de la presente Ley, se entiende por fuentes accesibles al público: *"aquellos ficheros cuyas consultas pueden ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una normativa limitativa o sin más exigencias que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso al público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos del nombre, título, profesión actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo..."*.

La entidad demandante ha venido sosteniendo en vía administrativa que los datos de D. JRA se publican en la guía telefónica papel de "LOCALIDAD A" y en fichero "X".

Sin embargo, de la documental obrante al folio 89, guía impresa de "LOCALIDAD A" 2001-2002 y de las impresiones de pantalla realizadas a través del CD fichero "X" 2002 en el acta de inspección practicada, folios 15 y 45, se constatan que aparecen las iniciales del nombre propio y no figura el piso y la puerta del domicilio que si figuran en cambio en el sobre remitido al denunciante - folio 7 del expediente- ni el correo electrónico del denunciante que si aparecen en el fichero de la empresa.

Es decir, aunque alguno de los datos registrados en el fichero de la entidad actora figuran en fuentes de acceso público, el dato personal de nombre, puerta y número de vivienda del denunciante y el de su correo electrónico no figuran en dichas fuentes.

En cuanto a los datos que constan en la Cámara oficial de Comercio, Industria y Navegación de Girona, hay que señalar que la parte hoy demandante no se refirió a dicha fuente en vía administrativa, como hubiera sido lo lógico si se hubiera acudido a ella, y solo se alude a elle en vía jurisdiccional con lo que parece que está pensada para justificar a posteriori la presencia de unos determinados datos registrados en el fichero de "ENTIDAD A".

En cualquier caso y aunque a efectos hipotéticos se partiera de la consideración de fuente accesible al público del Censo público de Empresas de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de "LOCALIDAD A", que lleva dicha Corporación al amparo de lo establecido en la Ley 3/1993, de 22 de marzo, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, tampoco

serviría para justificar todos los datos registrados y tratados, ya que en la misma no se hace referencia al piso ni a la puerta de domicilio ni al correo electrónico.

Tampoco se ha constatado que fuera el propio denunciante, titular de un locutorio, quien se puso en contacto telefónico con "ENTIDAD A", solicitando una información más completa sobre las condiciones contractuales ofertadas a los locutorios, facilitando no solo la dirección exacta donde deseaba recibir información sino incluso su correo electrónico, ya que la parte actora que es a quien corresponde el opus probandi no ha acreditado en modo alguno dicha circunstancia que ha sido negada por el propio interesado y denunciante de los hechos.

La infracción apreciada tipificada en el artículo 43.1.d) de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal consiste en: *"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"*.

Por tratamiento de datos se entiende, en el artículo 3.c) de la LOPD las *"operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias"*.

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, se manifiesta en el Considerando 28 de la forma siguiente *"Considerando que todo tratamiento de datos personales debe efectuarse de forma lícita y legal con respecto al interesado; que debe referirse, en particular, a datos adecuados, pertinentes y no excesivo en relación con los objetivos perseguidos; que estos objetivos han de ser explícitos y legítimos, y deben estar determinados en el momento de obtener los datos; que los objetivos de los tratamientos posteriores a la obtención no pueden ser incompatibles con los objetivos originalmente especificados"*.

Por todo lo cual, ninguna objeción puede hacerse a la incardinación de la conducta imputada en el tipo sancionador apreciado.

CUARTO.- Finalmente, postula la actora la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD y postula la imposición de una sanción de 601,01 euros.

Fundamenta la aplicación de dicho precepto en que la sanción impuesta vulnera el principio de proporcionalidad al no existir proporción entre el daño causado, el hecho que lo causó y la sanción pecuniaria impuesta, porque los datos utilizados no se referían a datos especialmente protegidos, no ha habido perjuicio, no ha existido beneficio para la actora ni perjuicio para el denunciante, ausencia de intencionalidad al actuar en la creencia de estar utilizando datos de un empresario individual en su ámbito profesional.

Al respecto hay que señalar que la sanción impuesta es plenamente respetuosa con el principio de proporcionalidad, al haberse impuesto en el mínimo posible, por lo que no cabe hablar de vulneración del citado principio.

Respecto a la ausencia de intencionalidad hay que señalar que la mayoría de las infracciones de la LOPD se cometen por negligencia y no de forma intencional, especialmente cuando son cometidas por personas jurídicas, por lo que dicha circunstancia no puede ser tomada en

consideración a efectos de aplicar el citado precepto, además, los hechos ponen de relieve una importante falta de diligencia en el cumplimiento de la norma por parte de la entidad actora por cuanto el tratamiento afecta al ámbito privado del sujeto pasivo del mismo, utilizando los datos de este a su voluntad y en su propio beneficio, habiendo gravado incluso su correo electrónico, lo que también se considera tratamiento de acuerdo con el artículo 3.c) de la LOPD.

No se aprecia, en suma, ni una cualificada disminución de la culpabilidad ni de la antijuridicidad del hecho que justifique la aplicación del precepto invocado, lo que conlleva la desestimación del recurso interpuesto.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, no se aprecian motivos para efectuar una expresa condena en costas.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "ENTIDAD A" representada por el Procurador contra la resolución del Director de la Agencia de Protección de Datos de fecha 20 de marzo de 2003 por la que se le impone por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 44.3 d) LOPD una sanción de multa de 60.101,21 Euros, sin expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos