



Roj: **SAN 5283/2011** - ECLI: **ES:AN:2011:5283**

Id Cendoj: **28079230012011100533**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/11/2011**

Nº de Recurso: **644/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

Madrid, a diecisiete de noviembre de dos mil once.

Visto por la Sección Primera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **644/2010** interpuesto por **FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Sánchez García contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 8 de junio de 2010 dictada en el PS/00483/2009 que confirma en reposición la resolución de 6 de abril 2010; ha 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 declare la invalidez de las resoluciones recurridas.

**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, confirmando la resolución impugnada por ser conforme a derecho.

**TERCERO.**- Recibido el recurso a prueba, la recurrente solicitó se le tuviera por renunciada a proponer medios de prueba, teniéndola por tal en proveído de fecha 14 de abril de 2011 y evacuado el trámite de alegaciones, se señaló para votación y fallo el día 16 de noviembre de 2011, en que tuvo lugar.

La cuantía del recurso se ha fijado en 60.101,21 Euros.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. *D<sup>a</sup>. LOURDES SANZ CALVO*.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 8 de junio de 2010 dictada en el PS/00483/2009 que confirma en reposición la resolución de 6 de abril 2010, que impone a France Telecom, una multa de 60.101,21 € por la infracción del artículo 6.1 LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

Considera la AEPD que se ha vulnerado el principio del consentimiento por parte de France Telecom al haber tratado los datos del denunciante que figuran en el fichero de clientes de dicha entidad asociados a una línea de teléfono móvil número NUM000, para girarle facturas correspondientes a un contrato del que carecía prueba de su celebración.

**SEGUNDO.**- De lo actuado se han constatado los siguientes hechos probados:



Los datos del denunciante Sr. Romulo figuran en el fichero de clientes de France Telecom asociados a una línea telefónica móvil número NUM000 que fue dada de alta el 06/11/07 en la modalidad de prepago, migrada a la modalidad de postpago el 08/11/07 y dada de baja el 05/12/07 tras haber intentado contactar con el titular de la línea sin conseguirlo, figurando como datos bancarios asociados al titular de la línea un número de cuenta en Unicaja titularidad del denunciante.

France Telecom emitió dos facturas de la citada línea, una de fecha 21/11/2007 por importe de 329,19 € y otra de fecha 21/12/2007 por importe de 254,46 € facturas que fueron pasadas al cobro y devueltas por el denunciante, rectificando la citada entidad dichas facturas el 8/1/2008, no constando en sus registros deuda alguna asociada al denunciante.

La contratación de la citada línea telefónica móvil se llevó a cabo, según la entidad recurrente, a través de la empresa distribuidora Itapuan S.L., con la que firmó un contrato de prestación de servicios el 21/01/06, no habiendo aportado France Telecom copia del contrato suscrito con el cliente ni documentación alguna que acredite la identidad de la persona contratante.

La denuncia ante la AEPD se presentó en fecha 24 de febrero de 2008.

**TERCERO.-** La parte demandante alega en apoyo de su pretensión impugnatoria, los siguientes motivos: a) Falta de competencia de la AEPD pues se plantea la ausencia de consentimiento para tratar datos personales por inexistencia de contratación, lo cual es una cuestión civil; b) caducidad de las actuaciones previas de inspección, la denuncia se recibe en la AEPD el 4/2/2008 por lo que no resulta de aplicación el nuevo Reglamento de protección de datos, sino el artículo 42.3 LRJPAC habiendo transcurrido más de tres meses desde que se interpone la denuncia hasta que notifica el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador; c) prejudicialidad penal, al haber interpuesto la esposa Don. Romulo denuncia ante la Guardia Civil de Chiclana por la contratación por un tercero de la línea con France Telecom utilizando los datos de su esposo; d) falta de antijuridicidad penal, por cuanto France Telecom ha sido víctima de un engaño provocado por terceros en el que se ha visto perjudicada al igual que el denunciante y que una vez advertida la incidencia en el uso del servicio FT procedió de manera inmediata a contactar con el cliente, lo que no consiguió, a suspender cautelarmente el servicio y más tarde a rectificar las facturas y e) aplicación del artículo 45.5 LOPD.

Siguiendo el orden expuesto en la demanda se va a analizar en primer lugar, la invocada incompetencia de la AEPD. por considerar que la inexistencia de contratación es una cuestión civil, no de protección de datos.

Se trata de una cuestión que la entidad recurrente ha planteado ya en término similares en ocasiones anteriores y ha venido siendo desestimada por la Sala, por cuanto corresponde a la AEPD, ex artículo 37.a) LOPD, velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, así como ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos en el Título VII de la citada Ley (artículo 37.g). Tiene por tanto, competencia para la represión de conductas que afectan al ámbito de protección de datos, entre las que se encuentran la vulneración del principio del consentimiento apreciada por la resolución administrativa impugnada. Desde esta perspectiva y al objeto de valorar la existencia del consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos de carácter personal por parte de France Telecom, se alude a que dicha entidad no ha podido aportar copia del contrato suscrito en relación con dicha línea ni documentación alguna al respecto, lo que constituye una valoración que entra dentro de las facultades propias de la AEPD.

**CUARTO.-** La caducidad de las actuaciones "previas de inspección", se fundamenta en el transcurso de más de tres meses (artículo 42.3 de la LRJPAC) desde que la denuncia tuvo su entrada en la AEPD hasta que se le notificó el acuerdo de inicio.

Al respecto hay que señalar que la actora confunde y mezcla a efectos de la caducidad, las actuaciones previas con el procedimiento sancionador estrictu sensu. El artículo 42 LRJPAC que invoca, se refiere a la obligación de resolver, en los "procedimientos", no en actuaciones practicadas con anterioridad a la incoación del procedimiento.

En el caso de autos, el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador ha ido precedido de actuaciones previas. Actuaciones contempladas en el artículo 12 del RD 1398/1993, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aquí aplicable por razones temporales, que son una fase preliminar anterior a la iniciación en sentido estricto del procedimiento, que en muchas ocasiones resulta indicada para determinar previamente quienes son las personas imputadas y sobre qué hechos concretos se incoa el procedimiento, dado que el Art. 18 del Reglamento aprobado por el RD 1332/1994, de 20 de junio (vigente en ese momento), requiere que el acuerdo de incoación contenga la indicación de persona de persona presuntamente responsable, la concreción de los hechos imputados y la expresión de la infracción presuntamente cometida y de la sanción o sanciones que pudieran imponerse.



La denuncia que da lugar a las actuaciones previas se recibe en la AEPD en fecha 4/2/2008, iniciándose las citadas actuaciones con anterioridad a de la entrada en vigor del RD 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, que introduce ex novo en el artículo 122.4 del citado Reglamento el plazo de caducidad de un año. Plazo de caducidad que no es aplicable al supuesto de autos al amparo de la Disposición Transitoria quinta del citado Reglamento, que excluye de su aplicación a las actuaciones previas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor del citado RD.

**QUINTO.-** Respecto a la existencia de prejudicialidad penal, cabe señalar que el artículo 4.1 de la Ley Jurisdiccional exceptúa la extensión de la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales de carácter penal, en concordancia con lo establecido en el artículo 10.2 de la LOPJ.

Ahora bien, no toda cuestión de índole penal ha de considerarse como prejudicial y, por ende, suspensiva del procedimiento contencioso administrativo.

En este sentido el artículo 40 de la LEC, de carácter supletorio en la materia, que regula la prejudicialidad penal, exige en su apartado 2 para la suspensión de las actuaciones civiles la concurrencia de una serie de circunstancias:

1ª Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil, y

2ª Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

En la misma línea la **STS de 13 de septiembre de 2002 (Rec. 2347/98)**, señala que " *sólo habrá lugar a esta suspensión o paralización del recurso contencioso-administrativo cuando la causa penal ostente tal relieve que, sin su previo conocimiento y decisión en el ámbito del proceso penal, resulte imposible decidir sobre lo planteado en el recurso contencioso-administrativo –o, dicho de otro modo– cuando la resolución penal sea imprescindible para la del recurso contencioso-administrativo*".

En el caso de autos, consta que se ha interpuesto una denuncia ante la Guardia Civil, por la contratación de la línea telefónica en cuestión por un tercero, utilizando los datos del denunciante, pero ni siquiera hay constancia de la existencia de un procedimiento penal "en tramitación" por esos hechos, no habiendo acreditado nada al respecto la parte actora que es a la que corresponde el onus probandi.

Pero, en cualquier caso, lo cierto es que la resolución del presente recurso que versa sobre si la recurrente ha tratado los datos de carácter personal del afectado sin su consentimiento, puede efectuarse al margen y con independencia del procedimiento penal que haya podido abrirse a raíz de aquella denuncia interpuesta.

Además no podría darse en ningún caso, vulneración del principio "non bis in idem", porque los sujetos serían diferentes en ambos procedimientos y también el bien jurídico protegido, diferencias que conforme reiterada jurisprudencia constitucional ( **SSTC de 4 de julio y 10 de diciembre de 1991** ) y del **TS (18 de julio de 1991 y 7 de julio de 1992)** impiden la aplicación del citado principio.

**SEXTO.-** En cuanto al fondo, considera la actora que France Telecom no ha cometido ninguna infracción sino que ha sido víctima de un engaño provocado por terceros al igual que el denunciante, pues se limitó a cursar el alta del cliente, persuadida de que el denunciante había consentido en el tratamiento de sus datos personales, conforme a la intervención del agente distribuidor. Una vez advertida la incidencia en el uso del servicio procedió de manera inmediata a contactar con el cliente lo que no consiguió, a suspender cautelarmente el servicio y, más tarde, a rectificar las facturas.

El principio del consentimiento regulado en el artículo 6.1 LOPD conlleva la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, el consentimiento permite así al afectado ejercer el control sobre sus datos de carácter personal (la autodeterminación informativa), ya que es el propio interesado quien tiene que otorgar su consentimiento para que se pueda realizar el tratamiento de los citados datos.

En el caso de autos no se cuestiona en la demanda que France Telecom haya tratado los datos del denunciante sin su consentimiento, consentimiento que Don. Romulo niega haber prestado, no habiendo aportado la recurrente documentación o grabación alguna que pueda ampararlo.

Pretende amparar la actora su conducta en que la contratación se realizó a través de un agente distribuidor, la empresa Itapuan S.L., que fue quien contactó directamente con el cliente. Sin embargo, viene reiterando la Sala que la responsabilidad en que, en su caso, haya podido incurrir dicha empresa al facilitar los datos de la denunciante, sin su consentimiento, no la eximen del cumplimiento de la normativa en materia de



protección de datos personales, pues es ella quien incorpora sus datos a sus ficheros, emite facturas y gira los correspondientes recibos bancarios, y la que en correlación, debe asegurarse que aquél a quien solicita los datos para contratar (aunque la recogida de datos se haga a través de terceros) y ser tratados por ella, lo presta con consentimiento inequívoco y que esa persona que está dando el consentimiento, efectivamente es la titular de los datos personales en cuestión.

Debe subrayarse, además, que en el contrato suscrito por la recurrente con la citada Distribuidora se estipula que el distribuidor recabe del cliente fotocopia del DNI, pasaporte o tarjeta de residencia -folio 63 del expediente- documentación que junto con el contrato deberá ser remitida a Amena (luego France Telecom).

Documentación que la recurrente debe lógicamente supervisar, como responsable del fichero, antes de proceder a tratar los datos de carácter personal del denunciante, lo que no hizo en el caso de autos, observándose falta de diligencia en su actuación, pues procedió a tratar los datos del denunciante en relación con la línea móvil en cuestión, pese a que no contaba ni con contrato ni con la fotocopia del DNI o pasaporte que hubiera acreditado su identidad.

**SÉPTIMO-** Finalmente postula la aplicación del artículo 45.5 LOPD invocando en su amparo en la demanda, que la AEPD viene aplicando dicho precepto con fundamento en el Acta E/952/2006 de la Inspección de la AEPD y también invoca la existencia de un error vencible, por analogía con el artículo 14.3 del Código Penal.

Es cierto que la AEPD aplicó en un determinado momento el citado precepto con base en las medidas adoptadas en dicha Acta y también lo hizo la Sala en sentencia de 1 de octubre 2008 (rec. 282/2006). Sin embargo, la Sala reconsideró posteriormente dicha postura, véase entre otras **SAN, Sec. 1ª, de 29 de octubre 2008 (Rec. 84/07)**, argumentando que la adopción de medidas para la perfecta identificación de los clientes no puede constituir un elemento de atenuación de la responsabilidad sino que supone el cumplimiento de una obligación ordinaria exigible a las empresas que trabajan con grandes volúmenes de datos de carácter personal, sin que pueda considerarse la adopción de dichas medidas como base para apreciar disminución cualificada de la culpabilidad o de la antijuridicidad.

La aplicación del criterio expuesto, efectuado de forma generalizada, tendría el efecto no deseado por la norma, de beneficiar al infractor reincidente, y el artículo 45.4 LOPD ya ha tomado en consideración la reincidencia a efectos de graduar la cuantía de la sanción a imponer.

Por tanto la aplicación de citado artículo 45.5 LOPD debe ser por el contrario, individualizada, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, en el que habrá que analizarse si concurren los presupuestos para su aplicación, o lo que es igual, circunstancias que pongan de manifiesto esa cualificada disminución de la culpabilidad o antijuridicidad requerida por el precepto.

Tampoco cabe apreciar error vencible, ya que conforme lo argumentado en el Fundamento de Derecho precedente, lo que ha existido es una clara falta de diligencia en la entidad recurrente al proceder al tratamiento de sus datos incorporándolos en sus ficheros, pese a que no contaba ni con contrato ni con la fotocopia del DNI o pasaporte que hubiera acreditado su identidad.

Ahora bien, con posterioridad a dictarse la resolución impugnada, se ha publicado la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE de 5 de marzo 2011), cuya Disposición final quincuagésima sexta viene a modificar diversos artículos de la LOPD, entre otros y por lo que aquí nos interesa el artículo 45.2 que dispone "*Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 €*".

Es decir, se reducen los límites mínimo y máximo de la sanción de multa asignada a las infracciones graves, modificación que ha entrado en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley en el BOE (Disposición final sexagésima).

Ello se puso de manifiesto a las partes que presentaron sendos escritos de alegaciones, solicitando la recurrente que se aplicara el artículo 45.5 LOPD por concurrir la circunstancia b) según de la redacción de dicho precepto dado por la LES y en todo caso, en virtud de dicha modificación de aplicación retroactiva procedería la imposición, de una multa de 40.001 €.

El Abogado del Estado aduce, por su parte, que de estimarse la aplicación retroactiva de la nueva ley, debería devolverse el expediente a la Agencia para que pudiera volver a cuantificar la sanción aplicando los nuevos elementos de graduación del artículo 45.4 LOPD que anteriormente no concurrirían.

Añadiendo que subsidiariamente, y a efectos de determinar la aplicación o no de dicha normativa, deberá analizarse si resulta más beneficiosa para el presente infractor, en el presente procedimiento, para lo que es imprescindible tener en cuenta que conforme reiterado criterio jurisprudencial ( STC 75/2002 y STS 18 de marzo 2003) obliga a aplicar en bloque y no parcialmente la norma que tenga dicha consideración de más



favorable. Concluye que la vigencia de la modificación legal operada por la Ley 2/2011 no produce repercusión alguna en el caso de autos.

Viene considerando la Sala, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128.1 de la LRJPAC y reiterada jurisprudencia del TS en materia administrativa sancionadora procede la aplicación retroactiva de la norma más favorable para el presunto infractor, pues como señala la **STS, 17 de abril de 2008 (Rec. 4209/2002)** *constituye una garantía implícitamente consagrada en el art. 9.3 CE, el cual limita la prohibición de la retroactividad de las normas sancionadoras a las "no favorables" y, con ello, admite que la seguridad jurídica, en relación con el principio de legalidad penal y en materia sancionadora (art. 25 de la Constitución), suponga la retroactividad de la norma sancionadora más favorable*,

También ha reiterado que este órgano judicial puede realizar directamente la aplicación retroactiva de tal ley más beneficiosa, pues como indica la **STS, de 18 de marzo 2003 (Rec. 572/1998)**: *Tampoco la firmeza y ejecución de la resolución administrativa impide que se aplique la ley más favorable (...) siendo una de las opciones posibles que en estos casos la jurisprudencia se hubiera pronunciado a favor de devolver las actuaciones administrativas para que los hechos fueran calificados de nuevo por la Administración, sin embargo ha preferido seguir la de entrar directamente en el tema, teniendo siempre en cuenta el previo debate entre las partes, basándose implícitamente en una razón de economía procesal (SSTS de 13-3-92 y 12-5-1989).*

Y entiende igualmente la Sala, que con tal modo de proceder si se está llevando a cabo una aplicación íntegra o en bloque de la ley más beneficiosa, pues sin perjuicio de lo que pueda plantearse en algún supuesto concreto, respecto de alguno de los apartados de la repetida Ley 2/2011, que tal vez pueda resultar menos beneficioso en relación con la redacción de la LOPD antes de la reforma, lo cierto es que la modificación de la misma llevada a cabo por la mencionada Ley de Economía Sostenible, considerada íntegramente o en bloque, si resulta más beneficiosa para el sancionado, lo que justifica la invocada aplicación retroactiva.

Además, en el caso de autos se postula la aplicación del artículo 45.5 LOPD con base en una nueva circunstancia que se introduce en la nueva redacción de dicho precepto por la LES, por cuanto la línea discutida fue dada de baja el 5/12/2007 y las facturas fueron rectificadas el 8/1/2008 no constando deuda alguna, sin que los datos del denunciante fueran anotados en fichero de morosidad. Señala que en atención a circunstancias similares la sentencia de esta Sala y Sección de fecha 10 de marzo de 2011 (Rec. 712/2009) aminoró a 10.000 € una sanción como la aquí impuesta de 60.101,21 €.

El citado artículo 45 LOPD en la redacción dada por la LES dispone:

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

a. (...)

b. *Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente."*

Para valorar la aplicación de dicha circunstancia, la Sala toma en consideración el tiempo transcurrido desde que se dio de alta la línea telefónica móvil en cuestión a la que está asociada el tratamiento de los datos del denunciante, el 06/11/07, y la fecha en que se dio de baja, el 5/12/07, tras haber intentado contactar con el titular de la línea sin conseguirlo. También, que France Telecom rectificó las dos facturas giradas por la citada línea (que no fueron abonadas por el afectado), en fecha 8 de enero de 2008, tras la recepción de un fax remitido por el denunciante con fecha 4 de enero de 2008 - folios 6 y 7 del expediente- reclamando por la activación de la citada línea habiéndose suplantado su identidad. Y además, que esa rectificación de las facturas se produjo con anterioridad a la presentación de la denuncia ante la AEPD, que tuvo lugar el 24 de febrero de 2008.

Atendiendo a las circunstancias expuestas, considera la Sala que concurren los presupuestos para la aplicación de la circunstancia expuesta, pues no sólo se ha procedido a la regularización de las facturas que por sí sólo sería insuficiente para su apreciación sino que también se ha procedido a la baja de la línea, y en el tiempo señalado.

El supuesto que nos ocupa difiere del enjuiciado por la sentencia de esta Sección de 10 de marzo de 2011 citada en la demanda, en la que contrariamente a lo que alega la actora no se aplicó la citada circunstancia, pues únicamente se esgrimía la devolución de la cantidad reclamada y la no anotación en fichero de morosidad.

En cuanto a la sanción a imponer, teniendo en cuenta los criterios de graduación previstos en el artículo 45.4 LOPD y en especial la ausencia de intencionalidad, la reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, el volumen de negocio o actividad del infractor y su vinculación con la realización de tratamientos



de datos de carácter personal y valorando la entidad de los hechos, considera la Sala proporcionado a la gravedad de los hechos la imposición de una sanción de 20.000 € de multa.

**OCTAVO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no se aprecian motivos para una imposición de costas.

#### **FALLAMOS**

**ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Sánchez García contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 8 de junio de 2010 dictada en el PS/00483/2009 que confirma en reposición la resolución de 6 de abril 2010; resolución que se anula parcialmente en el sentido de rebajar la sanción de multa impuesta a 20.000 €; sin imposición de costas.

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