



Roj: **SAN 2363/2011 - ECLI:ES:AN:2011:2363**

Id Cendoj: **28079230012011100226**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2011**

Nº de Recurso: **31/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a doce de mayo de dos mil once.

Vistos por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los autos del presente recurso contencioso-

administrativo número 31/2010, interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Susana Sánchez García, actuando en

nombre y representación de France Telecom España SA, contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección

de Datos de 16 de marzo de 2009, confirmada en reposición por la resolución de 17 de noviembre de 2009, por la que se impuso

una sanción de 60.101,21 € por una infracción del art. 6 de la LOPD tipificada como grave en el art. 44.3 .d) de dicha norma legal.

Ha sido parte la Administración del Estado, asistida y representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por término de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito presentado el 30 de junio de 2010 en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso por la que se anulen las resoluciones recurridas.

SEGUNDO. La Administración demandada, una vez conferido el tramite pertinente para contestar la demanda, presentó escrito en el que alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando una sentencia en la que se declare la conformidad a derecho de las resoluciones impugnadas.

TERCERO. Tras la practica de las pruebas que se consideraron pertinentes, con el resultado obrante en las actuaciones, y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se confirió traslado a las partes por termino de diez días para la formulación de conclusiones. Presentados los oportunos escritos quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 11 de mayo de 2011, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

Siendo **PONENTE** el Magistrado ILMO. SR. D. *DIEGO CORDOBA CASTROVERDE* .

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO . El presente recurso tiene por objeto la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de 16 de marzo de 2009, confirmada en reposición por la resolución de 17 de 2009, por la que se



impuso una sanción de 60.101,21 € por una infracción del art. 6 de la LOPD tipificada como grave en el art. 44.3 .d) de dicha norma legal.

De los datos obrantes en el expediente, así como de las alegaciones formuladas por las partes y pruebas practicadas en el curso de las presentes actuaciones, resultan probados los siguientes hechos con relevancia para dictar la resolución que nos ocupa:

- D. Millán con DNI NUM000 y domicilio en la CALLE000 nº NUM001 Casariche (Sevilla) presentó denuncia ante la Agencia de Protección de Datos contra France Telecom España y Retevisión Movil SA (que actuaba bajo la marca AMENA), Konecra ContactCenter (servicio de Orange de reclamación de dudas) y Treym Consulting y Servicios a Empresas SL (servicio de gestión de recuperación de deudas de Orange). En dicha denuncia afirmaba la inexistencia de relación contractual alguna y la ausencia de uso del número de teléfono NUM002 y sin embargo le habían sido reclamadas de forma reiterada cantidades correspondientes al uso de dicha línea telefónica pese a los continuos contactos con el servicio de atención al cliente que en diversas ocasiones le puso de manifiesto que se trataba de un mero error y que el problema estaba solucionado y pese a ello siguió recibiendo requerimientos para que abonase unas determinadas cantidades por el uso de esta línea telefónica. El denunciante afirmaba que tenía suscrita otras líneas telefónicas con esa misma compañía y estaba al corriente del pago por el consumo generado por dichas líneas.

Considera que se habrían tratado indebidamente sus tratos personales (nombre, DNI, número de cuenta bancaria) procedentes de otras relaciones contractuales válidas que se utilizaron para reclamar deudas derivadas de un contrato inexistente.

Se aportan unas facturas:

- Factura de 21/4/2006 por importe de 1232,50 € a nombre de Millán con domicilio en la CALLE000 NUM003 . NUM004 Casarichf Sevilla y el número de una cuenta bancaria, correspondiente a la facturación del número de teléfono NUM002 .

- Otra factura a los mismos datos de fecha 21/5/2006 por importe de 78,10 €.

Y dos requerimientos de pago dirigidos a su persona para el pago de estas cantidades.

SEGUNDO . La entidad recurrente alega en apoyo de su pretensión los siguientes motivos:

1º Inaplicabilidad de la LOPD al supuesto que nos ocupa ya que los datos del denunciante eran tratados en concepto de empresario y, por lo tanto, no como persona física sino jurídica.

2º Prescripción de la infracción pues al imputársele el tratamiento indebido de datos del denunciante el plazo de prescripción ha de iniciarse desde que comenzó la emisión de la facturación (21 de abril de 2006) hasta la notificación de la incoación del procedimiento sancionador (2 de octubre de 2008) habrían transcurrido más de los dos años previstos en el art. 47.1 de la LOPD .

3º Caducidad del expediente sancionador. La denuncia se recibió en la Administración demandada el 6 de junio de 2007 por lo que no resulta de aplicación el plazo previsto en el art. 122.4 del Reglamento de desarrollo de la ley orgánica 15/1999 por la normativa anterior, cual es el plazo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992. Y también desde que la Administración acusa recibo de la denuncia e inicia el consiguiente procedimiento de actuaciones previas (el 16 de agosto de 2007) y el 7 de abril de 2008 en que finaliza dicho procedimiento con el informe de actuaciones previas han transcurrido más de tres meses. La caducidad del procedimiento determina la nulidad de las pruebas de cargo impide que exista material probatorio.

4º No se ha producido infracción del principio de consentimiento para el tratamiento de datos de carácter personal. Y ello por cuanto el denunciante había contratado con la empresa sancionada el 21 de abril de 2005 y el hecho de que la facturas emitidas se refiriese a una relación contractual distinta no permite entender que se ha producido una falta de consentimiento para el tratamiento de sus datos pues en todo caso lo que se habría infringido sería el principio de calidad del dato.

5º Aplicación del artículo 45.5 de la LOPD . La Agencia de Protección de datos viene aplicando el artículo 45.5 de la LOPD con sanciones de 6000 € por la infracción del art. 4.3 de dicha norma basándose en las medidas correctivas adoptadas por dicha empresa y en el carácter filial de Wanadoo y/ o Amena e invoca diferentes resoluciones de la Agencia por lo que invoca la aplicación del principio de igualdad.

TERCERO . El primer motivo de impugnación plantea que los datos de carácter personal afectados por la sanción se refieren exclusivamente a la esfera empresarial del denunciante por lo que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la LOPD.



Se trata del problema de la aplicación o no de la normativa sobre protección de datos a aquellos supuestos en que los datos se refieran a personas físicas, pero que lleven a cabo una actividad mercantil o profesional, que ha sido ya enjuiciado y resuelto por esta misma **Sala en ocasiones anteriores (SAN 29-3-06 Rec. 348/2004** , de 10 de septiembre de 2009 (rec. 89/2008) por todas)

Para ello es imprescindible recordar algunas de las consideraciones de la **STC 292/2000, de 30 de noviembre** , que establece que (FJ 6º) el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona sino a cualquier tipo de datos personales, sean o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello esta el art. 18.1 CE (6) , sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado, porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos (pues) los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituye una amenaza para el individuo.

No puede concluirse, por tanto, que los empresarios individuales y profesionales estén en su conjunto excluidos del ámbito de protección de la LOPD, sino que se hace necesario diferenciar (y la línea divisoria es confusa y difusa) cuando un dato del empresario o profesional, se refiere a la vida privada de la persona y cuando a la empresa o profesión, pues solo en el primer caso cabe aplicar la protección de la LO 15/1999. Labor de diferenciación que puede basarse en dos criterios distintos y complementarios:

Uno, el criterio objetivo de la clase y la naturaleza de los datos tratados, según estén en conexión y se refieran a una esfera (la íntima y personal) o a otra (la profesional) de la actividad. Otro, el de la finalidad del tratamiento y circunstancias en que éste se desarrolla, criterio éste que operaría en aquellos casos en que alguno de los datos profesionales coincida con los particulares (por ej. coincidencia de domicilio privado con el de la empresa, o cuando no se pueda acreditar si una deuda es de la empresa o si es personal del interesado).

Acorde con dicha doctrina, y haciendo hincapié en que la LOPD tiene por objeto garantizar y proteger los datos personales entendiendo por tales, ex artículo 3.a) de dicha Ley "cualquier información concerniente a persona física identificadas o identificables" esta Sala ha considerado, en ocasiones anteriores en que se ha planteado la misma controversia, que dicha Ley sí ampara los datos personales de los profesionales del mercado de la construcción (arquitectos) en la sentencia de 21-11-2002 (Rec. 881/2000).Y también en la sentencia de 25-6-2003, Rec. 1099/2000), entendimos incluidos en el ámbito protector de la Ley los datos personales de particulares que actuaban como promotores en la construcción de su propia vivienda. Además, en nuestra sentencia de 11-2-2004 (Rec. 119/2002) y ya bajo la vigencia de la actual LOPD, hemos entendido que el dato del afectado, aunque se refería al lugar de ejercicio de su profesión (un despacho de abogados) era un dato de una persona física con una actividad profesional cuya protección caía en la órbita de la Ley Orgánica 15/1999 "pues los datos personales son predicables de todos los ciudadanos, sin que puedan excluirse de dicha previsión los relativos a aquellos que realizan una profesión, pues el ejercicio de esta actividad no puede ser equiparado a estos efectos a la de una empresa, como parece mantener el recurrente".

En el supuesto que nos ocupa las facturas se emitieron a nombre del denunciante, utilizaron su dirección personal, su NIF y su cuenta bancaria. Es por ello que con independencia de su condición de empresario los datos que se trataron por la entidad recurrente, cuyo tratamiento es objeto de la sanción que se impone, hacen referencia a datos de la persona física, y no de una persona jurídica o sociedad que él regentara, que afectan a la esfera particular del mismo en cuanto identifican y permiten la identificación de su persona y cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a uno de los derechos inherentes a su persona.

No desvirtúa esta conclusión el hecho de que se afirmase en la denuncia su condición de "autónomo", pues dicha afirmación tiene un carácter incidental y se produce en el contexto de describir la actual situación que le obliga a continuas quejas para intentar solucionar las reclamaciones que se le dirigen y que le hacen perder tiempo sin que las mismas fueran atendidas. Como tampoco tiene incidencia alguna el hecho de que la parte aporte una pantalla de su ordenador en el que figura que se trata de un contrato de empresa, pues al margen de ser un documento sin valor probatorio, generado por la parte que lo invoca a su favor y sin constancia exterior alguna que ratifique la veracidad de lo allí afirmado, debe destacarse también que difícilmente puede tomarse como prueba la existencia de un pretendido contrato cuya existencia se niega y cuya ausencia determina la imposición de la sanción ahora recurrida.

CUARTO . Prescripción de la infracción. La parte recurrente argumenta que al imputársele el tratamiento indebido de datos del denunciante el plazo de prescripción ha de iniciarse desde que comenzó la emisión de la facturación (21 de abril de 2006) y finaliza en el momento de la notificación de la incoación del procedimiento



sancionador (2 de octubre de 2008) por lo que habrían transcurrido más de los dos años previstos en el art. 47.1 de la LOPD .

Establece el artículo 47.1 de la LOPD que: "1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año. 2. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. 3. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviere paralizado durante más de seis meses por causas no imputables al presunto infractor". Precepto que ha sido interpretado por esta Sala (SAN 9-4-2008 Rec. 328/2006 , por todas) en el sentido de que el cómputo de tal plazo de la prescripción no puede considerarse interrumpido con la presentación de la denuncia, ni tampoco con la práctica de cualesquiera "diligencias previas" por parte de la AEPD, sino sólo a partir del Acuerdo de inicio del expediente sancionador y exactamente desde que se notifica al interesado dicho Acuerdo de inicio.

El apartado 2 del art. 47 LOPD establece que el plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. Este apartado no es sino reproducción literal de lo previsto en el artículo 132.2 de la Ley 30/92 . La única peculiaridad predicable de la materia de protección de datos es la necesidad en algunas ocasiones de que el inicio de dicho cómputo se retrase hasta el momento en que la infracción deje de cometerse en el caso de las llamadas infracciones permanentes. Esta situación se produce en los casos de incorporación de datos personales a registros ó ficheros y el mantenimiento de los mismos, dando lugar a la comisión de infracciones continuadas en las que el plazo prescriptivo no empieza a computarse mientras se mantiene la infracción, es decir, mientras la anotación se mantiene vigente.

En este mismo sentido numerosísimos pronunciamientos de este Tribunal, entre ellos el de 6 de mayo de 2009 (rec. 469/2008), ha venido sosteniendo que cuando se sanciona, como en el caso presente, el tratamiento de datos sin consentimiento, existe lesión permanente del bien jurídico protegido, mientras consta acreditada la existencia del tratamiento.

En este caso no puede tomarse como fecha del inicio del plazo de prescripción el momento en el que se emitieron las primeras facturas sino que al no haberse cesado ese tratamiento como lo ponen de manifiesto los posteriores requerimientos de pago en relación con estas deudas (de 18 de octubre de 2006 y 13 de abril de 2007), por lo que desde estas fechas hasta el momento en que se notificó la incoación del procedimiento sancionador (2 de octubre de 2008) no han transcurrido más de los dos años previstos en el art. 47.1 de la LOPD .

QUINTO . Caducidad del expediente sancionador. La denuncia se recibió en la Administración demandada el 6 de junio de 2007 por lo que no resulta de aplicación el plazo previsto en el art. 122.4 del Reglamento de desarrollo de la ley orgánica 15/1999 por la normativa anterior, cual es el plazo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992. Y también desde que la Administración acusa recibo de la denuncia e inicia el consiguiente procedimiento de actuaciones previas (el 16 de agosto de 2007) y el 7 de abril de 2008 en que finaliza dicho procedimiento con el informe de actuaciones previas han transcurrido más de tres meses. La caducidad del procedimiento determina la nulidad de las pruebas de cargo impide que exista material probatorio.

Es doctrina reiterada de esta Sala, por otra parte, sobradamente conocida por la entidad actora, que las llamadas diligencias previas, diligencias de investigación o información previa, reguladas con carácter general, para el procedimiento administrativo sancionador, en el art. 12 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto , que aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, no estaban sometidas al plazo de caducidad hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1720/2007 , pues con anterioridad a tal fecha no se había establecido un plazo de caducidad al efecto, no resultando de aplicación el artículo 42.3 de la Ley 30/92 , pues las citadas diligencias no forman parte del procedimiento, en sentido estricto, sino que son una fase preliminar anterior a la incoación del procedimiento sancionador. Cuestión distinta es la utilización fraudulenta de las mismas, extremo que no ha sido alegado por la recurrente, procediendo desestimar este motivo de impugnación.

Es por ello que la prueba de cargo obtenida en esta fase previa puede ser utilizada e integrada en el expediente posterior.

SEXTO . La entidad recurrente considera también que no se ha producido infracción del principio de consentimiento para el tratamiento de datos de carácter personal, pues el denunciante había contratado con la empresa sancionada anteriormente por lo que ya disponía de sus datos personales y el hecho de que la facturas emitidas se refiriese a una relación contractual distinta no permite entender que se ha producido una falta de consentimiento para el tratamiento de sus datos sino, en todo caso, una vulneración del principio de calidad del dato.



El hecho de que el recurrente hubiese mantenido otras relaciones comerciales con dicha empresa y, por lo tanto, dispusiera de sus datos personales explica sin duda la tenencia de estos datos por la empresa recurrente a los efectos de su tratamiento, pero en modo alguno ampara la utilización de los mismos y su tratamiento con otros fines ajenos a las relaciones comerciales y contractuales que en su día se entablaron ni es lícito utilizarlos para generar, sin el consentimiento del afectado, nuevas relaciones o para proceder al cobro de unas pretendidas deudas por la contratación y uso de un servicio telefónico que el interesado niega que haya existido y que la empresa no acredita con medio de prueba alguno que se produjese. Lo contrario sería tanto como admitir, y ello no es posible, que las compañías pueden utilizar los datos de sus clientes con fines ajenos a la relación contractual para las que fueron proporcionados e incluso, como en el supuesto que nos ocupa, para generar nuevos contratos y consiguientemente nuevas obligaciones dinerarias al margen de la voluntad de los afectados. El tratamiento de los datos personales de las personas físicas, como es el caso de su nombre, dirección, NIF y cuenta bancaria, necesitan el consentimiento del afectado y tan solo se dispensa de dicho consentimiento en los supuestos establecidos en el artículo 6.2 de la LOPD cuando "se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación, negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento", excepción que no concurre cuando los datos previamente obtenidos por una relación contractual pretenden utilizarse, sin el consentimiento del afectado, para relaciones contractuales ajenas a las que justificaron su inicial consentimiento, pues dicha utilización ya no se encuentra amparada por el consentimiento inicialmente prestado por el afectado.

SÉPTIMO . Finalmente procede analizar la invocada aplicación del artículo 45.5 de la LOPD para justificar una cualificada disminución de la antijuridicidad y culpabilidad que determine la reducción de la sanción a 6000 € por la aplicación de medidas correctivas adoptadas por dicha empresa y el carácter filial de Wanadoo y/ o Amena, tal y como se ha hecho en anteriores resolución de esa misma Agencia e invoca diferentes resoluciones de la Agencia por lo que invoca la aplicación del principio de igualdad.

Este Tribunal como ha venido señalando en numerosos recursos en los que ha intervenido como recurrente esta misma entidad ha establecido que aquellas entidades que tratan un gran volumen de datos personales y lo hacen de forma habitual han de extremar el cuidado y diligencia. Por otra parte, si bien en su momento se consideró que la adopción de medidas correctoras por parte de dicha empresa en noviembre de 2005, cuando se produjo la adquisición por France Telecom de la participación mayoritaria de otras compañías, obligó a un periodo de adaptación de los sistemas de información y protocolos de actuación, tal proceso no puede seguir justificando que infracciones cometidas un año después sigan amparando una cualificada disminución de la antijuridicidad o culpabilidad en su conducta.

La sanción impuesta lo ha sido en su grado mínimo y es criterio constante y reiteradísimo de la Sala que la aplicación de dicho apartado 5 del artículo 45 LOPD , que constituye una manifestación del principio de proporcionalidad en materia de protección de datos, ha de efectuarse de forma muy cautelosa atendiendo a las circunstancias del caso concreto y con el fin de evitar cualquier posible invocación de agravios comparativo. En definitiva, y tras la valoración conjunta de las circunstancias concurrentes, consideramos que no puede alcanzarse la pretendida atenuación de la sanción mediante la aplicación de dicho artículo 45.5 de la Ley Orgánica 15/99 pues, no se aprecia ni una cualificada disminución de la culpabilidad en la conducta de la sancionada ni tampoco ninguna razón para considerar disminuida la antijuridicidad del hecho cometido, por lo que la apreciación de tal atenuación de la sanción no puede ser apreciada.

Ello no obstante, y después de que se hubiera señalado para votación y fallo del presente recurso, mediante la Disposición Final Quincuagesima Sexta de la Ley 2/2011 se han modificado, diferentes preceptos de la Ley Orgánica 15/99 suponiendo en algunos casos unos criterios más favorables respecto de las sanciones que ahora nos ocupan, entre ellos los importes de las sanciones ha imponer.

Este Tribunal en diferentes sentencias, entre ellas SAN, Sección Primera, de 10 de marzo de 2011 (rec. 712/2009), de 17 de marzo de 2011 (rec. 48/2010), de 18 de marzo de 2011 (rec. 783/2009) y sentencia de 25 de marzo de 2011 (rec. 766/2009) y 11 de Abril del 2011 (rec. 121/2010) ha señalado que resulta aplicable esta norma pues es necesario atender al principio de la eficacia retroactiva de las normas sancionadoras más favorables que deriva de lo que señala el artículo 128.2 de la Ley 30/92 : Las disposiciones sancionadoras producirán efectos retroactivos en cuanto favorezcan al presunto infractor.

Además, el propio Tribunal Supremo (sentencia dictada en fecha 21 de Septiembre de 1998 en el recurso 7071/1992) ha dicho que: "entiende la Sala que si bien ciertamente no pueden aplicarse de forma mimética al derecho administrativo sancionador los principios del derecho penal, y por otra parte en la fecha de autos el principio vigente era el de la irretroactividad de las disposiciones no favorables o restrictivas de derechos individuales consagrado por el artículo 9,3 de la Constitución y no el inverso de aplicación retroactiva de las normas favorables, este último principio venia afirmándose por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo hasta que fue expresamente positivado por el artículo 128,2 de la Ley 30/1992, de



26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común".

Por lo tanto, procede aplicar la nueva regulación cuya disposición final quincuagésima sexta modifica la LO 15/1999, concretamente su apartado tres el artículo 45 de dicha LOPD , en el sentido de que las infracciones graves se sancionan en la actualidad con multa de entre 40.001 y 300.000 euros (hasta ahora la mínima era de 60.101,21 euros). Y dado que la sanción impuesta es por infracción grave y se aplica por la propia resolución administrativa, atendiendo a las circunstancias concurrentes, en su grado mínimo procede reducir el importe de la sanción a 40.001 €.

OCTAVO . A los efectos previstos en el art. 139 de la Ley reguladora de esta jurisdicción en materia de costas procesales, no se aprecia temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS

QUE **PROCEDE ESTIMAR EN PARTE** el recurso interpuesto la procuradora de los Tribunales doña Susana Sánchez García, actuando en nombre y representación de France Telecom España SA, contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de 16 de marzo de 2009, confirmada en reposición por la resolución de 17 de noviembre de 2009, anulando dichas resoluciones administrativas por lo que respecta al importe de la sanción que se establece en 40.001 €, confirmándolas en los demás extremos.

Contra esta sentencia no cabe interponer recurso de casación por razón de la cuantía.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará 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 JUDICIAL