



Roj: SAN 4322/2014 - ECLI:ES:AN:2014:4322
Id Cendoj: 28079230012014100369
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 367/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sección Primera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **367/2013** interpuesto por la entidad **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 4 de septiembre de 2013 dictada en el PS/0549/2012 que confirma en reposición la resolución de 17 de abril de 2013; 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 estimatoria 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 íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a derecho, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- El recurso no se recibió a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones se señaló para votación y fallo el día 14 de octubre de dos mil catorce.

La cuantía del procedimiento se ha fijado en 100.000 #.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. *D^a. 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 4 de septiembre de 2013 dictada en el PS/0549/2012 que confirma en reposición la resolución de 17 de abril de 2013, que impone a la entidad France Telecom España S.A. dos sanciones de multa de 50.000 Euros, cada una de ellas, por vulneración de los artículos 6.1 y 4.3 en relación con el 29.4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal , infracciones tipificadas ambas como graves en los artículos 44.3.b) y 44.3.c) de la citada Ley Orgánica.

Considera la AEPD que France Telecom ha infringido el principio del consentimiento al no haber aportado ningún documento del que se desprenda que recabó y obtuvo el consentimiento de la denunciante para el tratamiento de sus datos personales. Respecto al principio de calidad de datos estima que la operadora incurrió en la vulneración del citado principio por cuanto comunicó a los ficheros de solvencia patrimonial Asnef

y Badexcug una información en relación que una deuda que desde la perspectiva de la denunciante no era cierta, ni vencida, ni exigible, porque ella no tenía la condición de deudora.

SEGUNDO.- La resolución sancionadora se basa en un detallado relato de hechos de los que cabe destacar los siguientes:

1. La denunciante, Dña Crescencia con DNI NUM000 , con domicilio en Tomelloso (Ciudad Real), AVENIDA000 NUM001 , expone que en octubre de 2010 cuando intentaba obtener un préstamo, su entidad bancaria le informó que estaba incluida en el Asnef.

También presentó denuncia por los mismos hechos ante la OMIC del Ayuntamiento de Herencia Ciudad Real

2. La denunciante presentó en fecha 14 de diciembre de 2010 denuncia contra France Telecom. en la Comandancia de la Guardia Civil de Herencia (Ciudad Real), dado que no había celebrado ningún contrato y pidió que se le remitieran copia de los contratos, sin que lo hayan hecho, obteniendo nada más que copia de las facturas en las que figura un domicilio que no es el suyo, sino otro en la CALLE000 nº NUM002 , Socuellamos (Ciudad Real).

3. Consta en los ficheros de France Telecom cinco líneas de telefonía móvil con fechas de alta 2006 y baja 2007, siendo desactivadas todas en la misma fecha 26 de mayo de 2007 y por el mismo motivo: impago.

4. Requerida France Telecom para que aportara copia de los contratos suscritos y de la documentación recabada para acreditar la identidad del contratante, manifiesta que no consta copia de los contratos y que la contratación se realizó en un punto de venta, a través del distribuidor Manchatel 200 SL, con domicilio fiscal en Tomelloso y que se emitieron tres facturas cuya copia aporta.

5 France Telecom informó al fichero Asnef los datos personales de la denunciante (nombre y apellidos y NIF) asociados a un saldo deudor de 2.599,15 #. Incidencia que se dio de alta el 27 de marzo de 2007 y de baja el 22 de diciembre de 2010.

6. France Telecom informó al fichero Badexcug los datos personales de la denunciante (nombre y apellidos y NIF) por una operación impagada, con fechas de alta y baja respectivamente, respectivamente el 11 de marzo de 2009 y el 6 de febrero de 2011.

TERCERO.- La actora fundamenta su pretensión impugnatoria, en los siguientes motivos: a) Prescripción de las infracciones; b) Caducidad de las actuaciones previas y ausencia de prueba de cargo; c) Falta de antijuridicidad; d) Concurso de infracciones y e) aplicación del artículo 45.5 LOPD y graduación de las sanciones.

Siguiendo el orden expuesto en la demanda, y en cuanto a la prescripción de las infracciones, considera la actora que la infracción del artículo 6.1 LOPD ha prescrito, por haberse rebasado ampliamente el plazo de dos años (artículo 47 LOPD) computado desde que se dieron de baja las líneas el (26 de mayo de 2007) hasta la notificación del acuerdo de inicio (24 de octubre de 2012). Además señala que la propia afectada manifiesta haber conocido el alta irregular al menos desde el 15 de enero de 2007.

Para analizar dicha cuestión hay que tomar como punto de partida, que las infracciones graves prescriben, según el artículo 47.1 LOPD a los dos años, plazo que comienza a computarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido - artículo 47.2 de la citada Ley - y se interrumpe por la iniciación del procedimiento sancionador con conocimiento del interesado -apartado 3 del citado artículo 47-.

La infracción que nos ocupa consiste en el tratamiento por France Telecom de los datos personales de la afectada sin su consentimiento y la controversia que se suscita gira en torno a la fijación del día a quo del plazo de prescripción.

La actora fija ese término inicial en la fecha de baja de las cinco líneas controvertidas, el 26 de mayo de 2007 criterio que no se comparte por la resolución recurrida argumentando que una cosa es la cancelación de las líneas y otra distinta cesar en el tratamiento de los datos de la afectada para el que no estaba legitimada. Efectivamente, como señala la AEPD y viene reiterando la Sala en supuestos similares, el hecho de que France Telecom diera de baja las líneas en la citada fecha no significa que dejara de tratar los datos personales de la denunciante, pues siguió manteniéndoles (nombre, apellidos y DNI) en sus ficheros junto con la deuda, lo que constituye tratamiento de datos ex artículo 3. c) de la LOPD . Téngase en cuenta que con posterioridad a dicha baja, la entidad recurrente comunicó en marzo de 2009 los datos de la denunciante al fichero de solvencia patrimonial Badexcug, para lo cual es imprescindible que dichos datos figuren en los registros de la entidad

informante y que estén asociados a una deuda. Es decir, los datos de la denunciante siguieron tratándose en los ficheros de la entidad durante todo ese tiempo y hasta que se produjo la cancelación en los ficheros de morosidad (6 de febrero 2011 en el fichero Badexcug), tratándose de una infracción permanente. Por otra parte, insiste la actora en esta vía jurisdiccional en que la denunciante conoció el alta irregular al menos desde el 15 de enero de 2007, afirmación que no se corresponde con la realidad. Efectivamente, la denunciante ha manifestado que tuvo conocimiento de los hechos por su entidad bancaria en octubre de 2010 con ocasión de pedir un préstamo, siendo cosa distinta que en 2007 interpusiera una denuncia contra Movistar por otros hechos diferentes a los que nos ocupan.

Por lo que respecta a la prescripción de la infracción del principio de calidad de datos, hay que señalar que los datos de la denunciante se mantuvieron en el fichero Badexcug, además de en el fichero Asnef, hasta el 6 de febrero de 2011 asociados a una deuda que no era cierta ni exigible en relación con la denunciante, siendo esta última fecha la que debe tomarse en consideración a efectos del cómputo del plazo de prescripción.

Efectivamente, en este ámbito administrativo sancionador existen las denominadas infracciones permanentes (que no continuadas), que se caracterizan porque la conducta constitutiva de un único ilícito se mantiene durante un espacio prolongado de tiempo, lo que implica que el plazo de prescripción **no** se inicia hasta que no cesa la situación de infracción perseguida **SSAN , 21 de septiembre 2001 (Rec. 95/2000) , 21 de noviembre 2007 (Rec.117/2006) ; 23 de abril de 2008 (Rec. 274/2007) , 20 de mayo 2010 (Rec. 337/2009) , 14 de octubre 2010 (Rec. 64/2010) etc.** Así, en el caso de tratamiento de datos sin consentimiento, existe lesión permanente del bien jurídico mientras consta acreditada la existencia del tratamiento sin consentimiento, y lo mismo hay que decir respecto a la vulneración del principio de calidad de datos, en que la conducta de dicho ilícito más allá del hecho inicial consistente en el acceso de los datos personales al fichero de solvencia patrimonial, extendiéndose en supuestos como el presente, durante todo el periodo temporal en que los datos personales permanecen registrados en el citado fichero asociados a una deuda que no corresponde a la persona afectada.

No pueden tomarse en consideración las sentencias de esta Sala invocadas por la actora sobre el cómputo del plazo de la prescripción en relación con esta infracción de infracción del principio de calidad de datos, por cuanto se refieren a un supuesto distinto en el que la vulneración del principio de calidad de datos consiste exclusivamente en la falta de requerimiento previo a la inclusión de los datos del afectado en los ficheros de solvencia patrimonial. Sin embargo, aquí la vulneración del citado principio se fundamenta en que la deuda informada a dichos ficheros no es cierta ni exigible a la afectada, y en estos supuestos el cómputo del plazo de prescripción es el que se acaba de exponer.

Por tanto, notificado el acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador el 24 de octubre de 2012 , resulta claro que no ha transcurrido el plazo de dos años de prescripción de dichas infracciones.

Respecto a la caducidad, aduce la actora que las actuaciones previas han caducado por el transcurso de más de 12 meses desde que tuvo entrada la denuncia en la AEPD - el 20 de diciembre de 2010- hasta que se notificó a France Telecom el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador -29 de octubre de 2012- ex artículo 122.4 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD (RLOPD). Señala que la resolución impugnada pretende que la apertura de un nuevo expediente informativo iniciado después de archivar otro por caducidad, permite soslayar la aplicación del artículo 122 del RLOPD y dar pleno valor probatorio a los elementos obtenidos en el procedimiento caducado.

En el caso de autos resulta que a raíz de la denuncia interpuesta por Dña Crescencia que tuvo entrada en la AEPD el 20 de octubre de 2010 -folio 1- del expediente, se practicaron actuaciones previas NUM003 y se acordó incoar procedimiento sancionador (PS/574/2011) a France Telecom España S.A, que finalizó con resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 14 de junio de 2012, que acordó archivar el citado procedimiento sancionador por caducidad de las actuaciones previas e iniciar actuaciones de investigación (NUM004). Estas últimas actuaciones previas dieron lugar al PS/549/2012 en el que se dictó acuerdo de inicio del procedimiento sancionador con fecha 19 de octubre de 2012 -folios 136 y siguientes- que fue notificado a la recurrente en fecha 29 de octubre de 2012.

Con relación a la caducidad de las actuaciones previas, ciertamente esta Sala ha señalado en las SSAN de 25 de febrero de 2013 (Rec. 617/2011) y 10 de julio de 2013 (Rec. 323/2012) que la declaración de caducidad de las actuaciones previas por haber transcurrido el plazo máximo de 12 meses a que se refiere el artículo 122.4 del RLOPD, no impide que la AEPD pueda iniciar otras actuaciones u otro expediente por los mismos hechos, siempre claro está que la infracción no hubiera prescrito. Ha tomado en consideración a tal fin, que el artículo 92 de la LRJPAC, al que se remite el artículo 44.2 de la misma Ley, al prever la caducidad

de los procedimientos en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras, entre otros, establece los efectos de la caducidad que, con independencia de provocar el archivo del procedimiento *"no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración pero los procedimientos caducados no interrumpirán la prescripción"*.

Así las cosas, el cómputo del dies "a quo" del plazo de caducidad previsto en el art. 122 RLOPD, en este supuesto, no puede venir determinado por la fecha de entrada de la denuncia en la Agencia, sino que hay que interpretar, conforme a lo anteriormente expuesto, y conforme señala la **SAN de 25 octubre 2013 (Rec. 322/2013)** dictada en un supuesto similar al presente, que es desde que se dictó el Auto de archivo del primer procedimiento sancionador y se acordó la incoación de actuaciones previas. Y desde esa resolución de 14 de junio de 2012, hasta la notificación del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador a France Telecom, el 29 de octubre de 2012, no ha transcurrido el plazo de doce meses previsto en el reseñado art. 122, por lo que no cabe apreciar la caducidad de las actuaciones previas.

Por tanto, una vez declarada la caducidad de las actuaciones previas NUM003 no existía obstáculo para incoar las (NUM004), por los mismos hechos y contra la misma entidad, en las que se dictó acuerdo de inicio de procedimiento sancionador de fecha 19 de octubre de 2012 que fue notificado a la recurrente el 29 de octubre de 2012, como ella misma reconoce, antes de que transcurriera el plazo de dos años establecido en el artículo 47.1 LOPD para la prescripción de las infracciones graves, sin que se haya incurrido en caducidad en las mentadas actuaciones previas al no haberse rebasado el plazo de duración máxima de doce meses establecido en el artículo 122 del RLOPD.

CUARTO.- En cuanto al fondo se aduce falta de prueba de cargo y de antijuridicidad. Alega al respecto, que no puede pretenderse dar pleno valor probatorio en un nuevo expediente, iniciado después de archivar otro por caducidad, a los elementos obtenidos en el previo expediente caducado. Señala, que los contratos fueron formalizados y recabados por un tercero, el distribuidor Manchatel 2000 S.L., sin intervención de la recurrente, que no pudo comprobarlos y además, que no era posible a persona alguna, pese a emplear la diligencia exigible detectar el engaño, por lo que en estos supuestos de fraude no es posible imponer sanción alguna.

Pues bien, en el caso de autos considera la Sala que se ha practicado prueba con entidad bastante para ser considerada de cargo y acreditar las infracciones por las que ha sido sancionada la entidad recurrente.

Así, al hilo de las alegaciones de la actora, debe señalarse que conforme a doctrina reiterada del Tribunal Supremo, véanse **SSTS de 1 de octubre de 2001 (Rec. 30/2000 y Rec. 32/2000)** y **24 de febrero de 2004 (Rec. 3754/2001)**, no cabe apreciar obstáculo alguno para que puedan incorporarse al nuevo procedimiento incoado tras el archivo del anterior por caducidad de las actuaciones previas, y valorarse a efectos probatorios, la denuncia interpuesta por la Sra. Crescencia y los documentos acompañados a la misma -folios 1 a 16 del expediente-, por cuanto son documentos "previos" a la resolución del Director de la AEPD de 10 de febrero 2011 -folio 17- que acuerda la realización de actuaciones de investigación NUM003 y no fueron obtenidos en el curso de las citadas actuaciones de inspección.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en el procedimiento PS/549/2012 en el que se ha dictado la resolución sancionadora, se ha solicitado por la instructora a Experian Bureau de Crédito S.A. -folio 181-, información sobre las fechas de alta y baja de la denunciante a instancia de France Telecom en el fichero Badexcug, información que ha sido remitida -folios 187 y sgts- y puede tomarse también en consideración a efectos probatorios.

Sentado lo anterior, hay que señalar que la actora reconoce en la demanda que France Telecom cursó el alta de la denunciante, cuyos datos fueron recabados por el distribuidor Manchatel, en cinco líneas de telefonía móvil en 2006 siendo dadas de baja en 2007.

La Sra. Crescencia niega haber contratado dichas líneas y manifiesta en la denuncia presentada ante la AEPD el 20 de diciembre de 2010 -folio 1- que cuando fue a pedir un préstamo a su banco en octubre de 2010 le informaron que estaba inscrita en el fichero Asnef por una deuda comunicada por Orange, que ella no había contratado dichos servicios, que han sido contratados fraudulentamente por terceros a su nombre, y que en 2007 con ocasión de hechos similares en relación con altas en otros servicios, presentó una denuncia ante la Guardia Civil.

Acompaña a su denuncia ante la AEPD los siguientes documentos: facturas de junio, noviembre y diciembre de 2006 de Orange, a su nombre -folios 9 y siguientes- en las que figura como domicilio CALLE000 NUM002 de la localidad de Socuéllamos (Ciudad Real) que no se corresponde con el de la denunciante sito en

la AVENIDA001 NUM005 , Herencia (Ciudad Real); copia de la denuncia presentada ante la Guardia Civil de Ciudad Real, puesto de Herencia, el 15 de enero de 2007 -folios 6 a 8-; copia de la denuncia presentada ante la OMIC del Ayuntamiento de Herencia el 26 de noviembre de 2010 -folios 15 y 16-. En cuanto a la inclusión en el fichero Asnef aporta copia de una carta de 21 de octubre de 2010, de Equifax, que en respuesta a la solicitud de acceso/rectificación formulada por la Sra. Crescencia , le informa de la inclusión de sus datos, con fecha de alta 27 de marzo de 2007, por un saldo deudor de 2.599,15 # en el fichero Asnef, comunicados por Orange FTE -folios 3 y 4-. Aporta copia de otra carta también de 21 de octubre de 2010 de Equifax en la que se informa a la denunciante - folio 5- que dichos datos han sido confirmados por Orange FTE S.A. por lo que no pueden atender su solicitud de cancelación.

Por tanto, habiendo negado la denunciante haber otorgado su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales (nombre, apellidos y DNI) en relación con las citadas líneas telefónicas, corresponde a France Telecom España como responsable del fichero, la carga de acreditar la existencia de dicho consentimiento.

Sin embargo, la recurrente no ha aportado documentación o grabación telefónica que pueda servir de cobertura a dicho tratamiento, sin que pueda ampararse para ello en que la contratación se realizó a través de un distribuidor oficial de la compañía Manchatel 2000 S.L.

Efectivamente, conforme doctrina reiterada de la Sala, el hecho de que la recogida de los datos se efectuara a través de un distribuidor no puede servir para eximir de responsabilidad a France Telecom, por cuanto la entidad recurrente incorpora los datos del abonado a sus ficheros, es la que emite facturas y gira los correspondientes recibos bancarios, y la que en correlación, como responsable del fichero que es, debe asegurarse que aquél a quien se solicita los datos para contratar 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, por lo que la responsabilidad en que, en su caso, haya podido incurrir el distribuidor no la exime del cumplimiento de la normativa de protección de datos.

Debe destacarse que según el procedimiento de activación de las líneas que France Telecom tiene implementado, el distribuidor tiene la obligación de recabar del contratante el DNI o documento oficial similar ...que se fotocopiaran anexándolos al contrato.

Sin embargo, en el caso de autos la recurrente no ha aportado copia de los contratos en cuestión, ni tampoco lógicamente copia del DNI que se hubiera podido utilizar en esa "contratación", ni ningún documento (en ningún soporte) del que se desprenda que obtuvo el consentimiento de la denunciante para el tratamiento de sus datos personales, en relación con las citadas líneas telefónicas.

En consecuencia, esa ausencia de documentación en orden a acreditar que obtuvo el consentimiento de la denunciante para el tratamiento de sus datos personales, evidencia una patente falta de diligencia en la actuación de la entidad recurrente, omitiendo así la diligencia que como responsable del fichero le corresponde desplegar para asegurarse de que la persona cuyos datos de carácter personal va a tratar ha prestado su consentimiento.

En definitiva, resulta acreditada la vulneración del principio del consentimiento exigido en el artículo 6.1 LOPD , que constituye una garantía fundamental en materia de protección de datos, al haber tratado France Telecom los datos de la denunciante en relación con las citadas líneas telefónicas sin su consentimiento y sin que concurra ninguna de las causas contempladas que según el artículo 6.2 LOPD eximan de su prestación. Vulneración del citado principio que integra la infracción tipificada en el artículo 44.3.b) de la LOPD .

También resulta acreditada la infracción tipificada en el artículo 44.3.c) de la LOPD al haber tratado la citada entidad los datos de la denunciante Sra. Crescencia con vulneración del principio de calidad de datos contemplado en el artículo 4.3 en relación con el artículo 29 de la misma norma y artículos 38 y 39 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD, al haber informado los datos de la denunciante a los ficheros de solvencia patrimonial Asnef y Badexcug, asociados a una deuda por el impago de las facturas correspondiente a dicha línea, deuda que no era cierta ni a ella exigible.

QUINTO.- Considera la actora, con cita del artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993 , que existe un concurso de infracciones que sólo permite sancionar por una de ellas, en este caso por la infracción del principio de calidad de datos, pues el tratamiento de datos sin consentimiento del denunciante ha sido medio necesario para que haya habido tratamiento de datos inexactos y la eventual infracción del principio de calidad de datos comprende la totalidad del posible injusto representado por la conducta de la entidad recurrente.

El citado artículo 4 del Real Decreto 1398/1993 , dispone " *En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida*".

La **STS de 8 de febrero de 1999 (Rec. 9/1996)** interpreta dicho precepto en el sentido que, "exige para la aplicación del concurso medial, una necesaria derivación de unas infracciones respecto de las demás y viceversa, por lo que es indispensable que las unas no puedan cometerse sin ejecutar las otras".

Sin embargo, en el caso de autos de acuerdo con el criterio reiterado de la Sala en supuestos similares, no cabe aplicar el citado precepto al no concurrir los presupuestos establecidos para ello, por cuanto el tratamiento de datos del afectado sin su consentimiento pudo llevarse a cabo sin necesidad de comunicar sus datos a los ficheros Asnef y Badexcug, o lo que es igual, del tratamiento de los datos del denunciante sin su consentimiento no se deriva necesariamente la vulneración del principio de calidad de datos en relación con el artículo 29.4 de la LOPD , dado que France Telecom no se limitó al tratamiento de los datos de la afectado sin su consentimiento, sino que además los comunicó a los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, pudiendo haber decidido no haberlos incluido en los citados ficheros, tratándose en definitiva de dos infracciones distintas e independientes.

SEXTO.- Postula finalmente la recurrente la aplicación del artículo 45.5 LOPD , alegando que la AEPD viene aplicando dicho precepto con fundamento en las medidas adoptadas y que se documentan en el Acta NUM006 , de la Inspección de la AEPD. 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. 84/2007)** , 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, indica la Sala, 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.

Señala France Telecom que concurren en el presente caso varias de las circunstancias que facultan la aplicación de dicho precepto, tales como: que la infracción no tiene carácter continuado; que France Telecom no ha obtenido beneficios como consecuencia de la comisión de la infracción; que ha actuado movida por la conducta fraudulenta de un tercero; que no han sido acreditados perjuicios causados al denunciante etc.

Sin embargo, considera la Sala que no concurren circunstancias que justifiquen la aplicación de dicha atenuación privilegiada, por cuanto France Telecom, pese a tener conocimiento de la irregularidad de la situación de las citadas líneas desde octubre de 2010, lejos de solventar la situación irregular de forma diligente, mantuvo los datos de la denunciante en sus registros asociados a la deuda, no dándose de baja la inscripción en el fichero Badexcug hasta el 6 de febrero de 2011. Por otra parte, no puede pasarse por alto que la denunciante tuvo conocimiento de los hechos al solicitar un préstamo de su entidad bancaria, por lo que difícilmente cabe sostener que estos hechos no le generaron ningún tipo de perjuicios. Finalmente debe tomarse en consideración que la recurrente es una entidad que por la actividad desarrollada está en permanente contacto y trata gran volumen de datos de carácter personal por lo que es exigible una especial diligencia.

En definitiva, procede la desestimación del recurso, sin que proceda reducir la sanción impuesta (50.000 #) a la mínima posible (40.001), por cuanto la AEPD ha razonado su fijación en dicha cuantía, que además se encuentra muy próxima al mínimo, por lo que al estar dentro de los márgenes establecidos por la Ley y no apreciarse circunstancias nuevas no contempladas por la resolución recurrida que justifiquen su minoración, debe ser respetada por la Sala.



SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , en la redacción vigente al tiempo de la interposición del presente recurso contencioso administrativo, procede imponer a la parte demandada las costas del procedimiento.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad **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 4 de septiembre de 2013 dictada en el PS/0549/2012 que confirma en reposición la resolución de 17 de abril de 20134; con imposición de costas a la entidad recurrente.

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ