

**AUDIENCIA NACIONAL**

Sentencia de 3 de junio de 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª)

Rec. n.º 133/2013

SUMARIO:

Protección de datos. Tratamiento sin consentimiento. Principio de calidad del dato. Veracidad. Sanción. Graduación. Contratación de servicios de telefonía e inclusión en registro de morosos del titular de un DNI usado fraudulentamente. El principio del consentimiento expresado conlleva la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, permitiéndose así a aquel ejercer efectivo control sobre dichos datos y garantizando su poder de disposición sobre los mismos. Dicho consentimiento podrá prestarse de forma expresa, oral o escrita, o de manera tácita, mediante actos reiterados y concluyentes que revelen su existencia. La compañía de telefonía móvil, en su condición de supuesto acreedor, es la responsable de que los datos proporcionados a las entidades encargadas de los ficheros de datos de solvencia económica sean exactos y veraces, siendo de su responsabilidad tanto su inclusión como la cancelación de los mismos, pues solo ella cuenta con el conocimiento de la existencia y exigibilidad de la deuda, cuyo impago está en la causa de la inclusión de los datos en estos ficheros. Por tanto, resulta responsable de la veracidad y calidad de los datos que hallándose en sus ficheros suministra para que se incluyan y mantengan en ficheros de solvencia.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 15/1999 (Protección de datos de Carácter Personal), arts. 3, 4.3, 6.1, 29.4, 44.3 y 45.

RD 1720/2007 (Rgto. Ley Orgánica de protección de datos), art. 38.

PONENTE:

Don Juan Pedro Quintana Carretero.

SENTENCIA

Madrid, a tres de junio de dos mil catorce.

Vistos por esta Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional los autos del recurso contencioso-administrativo número 133/2013, interpuesto por el Procurador don José Lledó Moreno, en nombre y representación de XFERA MÓVILES, S.A. , en cuya defensa ha intervenido la Abogada doña Ana Engracia Sánchez, contra la resolución de fecha 31 de enero de 2013, dictada por el Director General de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00429/2012, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo órgano de fecha 19 de noviembre de 2012. Ha sido parte demandada en las presentes actuaciones la Administración del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por la parte recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado el 8 de abril de 2013, acordándose mediante decreto de 5 de septiembre de 2013 su tramitación de conformidad con las normas establecidas para el procedimiento ordinario y la reclamación del expediente administrativo, tras subsanar la recurrente los defectos formales en que había incurrido en la interposición del recurso.

Segundo.

En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 11 de diciembre de 2013, en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia estimatoria de su pretensión y se anulen las sanciones con imposición de costas a la Administración demandada.

Las alegaciones de la parte demandante en defensa de su pretensión son, en síntesis, las siguientes:

1.- Ausencia de culpabilidad en la comisión de las infracciones por las que ha sido sancionada la demandante, pues la contratación de los números telefónicos en cuestión a través de la página web de Yoigo fue motivada por una contratación fraudulenta de la que fue víctima aquella, en la que el hermano del denunciante habría utilizado el número del DNI de este, firmando posteriormente los albaranes de entrega de los pedidos, previa exhibición del DNI, y abonando inicialmente las facturas durante trece meses, por lo que la demandante no podía tener ningún indicio de la existencia de contratación fraudulenta. Añade que ante el impago de las facturas posteriores se incluye la deuda en el fichero de morosos con los datos que aparecían en sus bases de datos y que en cuanto tuvo conocimiento de la posible irregularidad en la contratación procedió a la exclusión de los datos de tal fichero, antes de iniciarse cualquier actuación inspectora de la AEPD o reclamación arbitral, administrativa o judicial, a regularizar la situación y a no emitir nuevas facturas.

2.-Incorrecta graduación de la sanción, pues no procede la aplicación de las circunstancias agravantes relativas al volumen de negocio de la actora, muy inferior al de los restantes operadores de telefonía móvil, y a la vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamiento de datos de carácter personal, pues esta circunstancia concurren en la casi totalidad de los sectores sancionados por la AEPD.

Tercero.

El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 23 de enero de 2014, en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando se dictara sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo, confirmándose el acto administrativo impugnado.

Las alegaciones de la Administración demandada en sustento de su pretensión son, en síntesis, la demandante ha llevado a cabo el tratamiento del dato personal del DNI del denunciante, asociado a unos servicios de telefonía móvil cuya contratación no había realizado e instó la inclusión de tal dato en un registro de morosos asociado a una deuda que no le correspondía, por lo que ha incurrido en la comisión de las infracciones sancionadas.



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

La cuantía ha sido fijada en 20.000 euros mediante diligencia de ordenación de 27 de enero de 2014. Recibido el pleito a prueba mediante auto de 21 de febrero de 2014 y practicada la prueba propuesta por las partes, se dio traslado a las partes, por su orden, para que formularan conclusiones, que evacuaron mediante la presentación de sendos escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivos pedimentos.

Quinto.

Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 27 de mayo de 2014, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don JUAN PEDRO QUINTANA CARRETERO, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto la resolución de fecha 31 de enero de 2013, dictada por el Director General de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00429/2012, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo órgano de fecha 19 de noviembre de 2012, por la que se impone a XFERA MÓVILES, S.A. dos sanciones de 20.000 euros, por la comisión de dos infracciones tipificadas como graves en el artículo 44.3. b) y c) en relación con los artículos 6.1 y 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal .

Del examen del expediente administrativo y los documentos obrantes en autos se desprenden los siguientes hechos, relevantes para la resolución del recurso, que se estiman probados:

1.- Con fecha 15 de noviembre de 2011 tuvo entrada en la Agencia Española de Protección de Datos un escrito remitido por don Abelardo , en el que denunciaba que sus datos personales se habían incluido en el fichero de morosos Badexcug por la entidad XFERA MÓVILES, S.A. pese a que no era cliente de dicha entidad.

2.- XFERA MÓVILES, S.A. dio de alta, empleando el número del DNI del denunciante, dos líneas telefónicas de postpago a nombre de José con fecha 14 de abril de 2008, siendo dadas de baja el 5 de julio de 2010, sin haber contado para ello con el consentimiento del verdadero titular del citado DNI. Asimismo, la compañía emitió las correspondientes facturas y ante el impago de parte de las mismas, procedió a la inclusión de tales datos personales en el fichero de solvencia patrimonial y crédito Badexcug asociados a unas deudas de 328,03 euros con fecha de alta 16 de marzo de 2009 y de 905,50 euros con fecha de alta 13 de abril de 2010, siendo la fecha de baja el 2 de septiembre de 2011 por asignación errónea de identificador DNI.

3.- Incoado y tramitado el procedimiento sancionador PS/00429/2012 fue dictada la resolución sancionadora recurrida, confirmada en reposición.

Segundo.



La resolución impugnada sanciona a la entidad demandante por la comisión de dos infracciones administrativas en materia de protección de datos de carácter personal.

En primer lugar se imputa a XFERA MÓVILES, S.A. el tratamiento de datos de carácter personal del denunciante sin su consentimiento, concretamente de su DNI, que fue incorporado a los sistemas de información de dicha compañía, asociados a la titularidad de dos líneas de telefonía móvil, sin que constara que constara con el consentimiento de éste para dicho tratamiento de datos, emitiéndose las correspondientes facturas por los servicios asociados a tales líneas telefónicas.

En segundo lugar, se imputa a esa compañía el tratamiento de datos de carácter personal inexactos, de forma que no corresponden con veracidad con la situación actual del denunciante, en particular haber emitido facturas asociadas al DNI del denunciante, por servicios que éste no había contratado, supuestamente contratados por un tercero, y, ante su impago, haber comunicado tal dato asociado a una deuda incierta al fichero de solvencia Badexcug.

Ante ello alega la demandante ausencia de culpabilidad en la comisión de las infracciones por las que ha sido sancionada, pues la contratación de los números telefónicos en cuestión a través de la página web de Yoigo fue motivada por una contratación fraudulenta de la que fue víctima aquella, en la que el hermano del denunciante habría utilizado el número del DNI de este, firmando posteriormente los albaranes de entrega de los pedidos, previa exhibición del DNI, y abonando inicialmente las facturas durante trece meses, por lo que la demandante no podía tener ningún indicio de la existencia de contratación fraudulenta. Añade que ante el impago de las facturas posteriores se incluyó la deuda en el fichero de morosos con los datos que aparecían en sus bases de datos y que en cuanto tuvo conocimiento de la posible irregularidad en la contratación procedió a la exclusión de los datos de tal fichero, antes de iniciarse cualquier actuación inspectora de la AEPD o reclamación arbitral, administrativa o judicial, a regularizar la situación y a no emitir nuevas facturas.

Pues bien, el artículo 44.3.b) de la LOPD establece como infracción grave "Tratar los datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo".

Asimismo, el artículo 6 LOPD establece en su apartado primero que "El tratamiento de datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa". A continuación, dicho precepto en su apartado segundo establece aquellos supuestos en los que no será preciso dicho consentimiento, entre los que se encuentra el supuesto en que los datos se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial.

El artículo 3 h) LOPD define el "consentimiento del interesado" como "Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen"

El principio del consentimiento expresado conllevará, por tanto, la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, permitiéndose así a aquel ejercer efectivo control sobre dichos datos y garantizando su poder de disposición sobre los mismos. Dicho consentimiento podrá prestarse de forma expresa, oral o escrita, o de manera tácita, mediante actos reiterados y concluyentes que revelen su existencia.

Ahora bien, tal y como ha expresado esta sala reiteradamente, entre otras en sentencia de 28 febrero 2007, Rec 236/2005, el consentimiento ha de ser necesariamente "inequívoco". De modo que ha de aparecer como evidente, o, lo que es lo mismo, que no admite duda o

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

equivocación, pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar el consentimiento.

Por otro lado, la carga de acreditar la existencia del "consentimiento inequívoco", a que hace referencia el artículo 6.1 LOPD , recae sobre la entidad responsable del fichero o encargada del tratamiento de los datos personales, cuando su existencia sea negada por el titular de tales datos (SAN de 8 noviembre 2012, Rec 789/2010).

Conviene recordar que, tal y como dispone el artículo 3 a) LOPD , por dato de carácter personal hemos de entender "cualquier información concerniente a personas físicas identificada o identificables".

Sentado lo anterior, se anticipa ya que resulta evidente el tratamiento por parte de XFERA MÓVILES, S..A. de datos de carácter personal del denunciante sin su consentimiento, incurriendo, por ello, en la infracción tipificada en el artículo 44.3.b) LOPD , concretamente su número de DNI, que fue incorporado a los sistemas de información de dicha compañía, sin que constara con el consentimiento de éste para dicho tratamiento de datos, ni que desplegara la diligencia que le resultaba exigible para comprobar que el número de DNI que le proporciono el contratante de tales servicios por internet se correspondía con sus verdaderos datos personales y no pertenecía a un tercero.

XFERA MÓVILES, S. .A. con el fin de acreditar el consentimiento del denunciante en la contratación de las líneas telefónicas y, por ende, su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, se ha limitado a aportar dos contratos sin firmar a nombre de don José , donde aparece el número de DNI del denunciante y un domicilio diferente al suyo. Por tanto, no aporta la documentación que el contratante habría debido acompañar a los contratos, ni acredita la realización de actividad de comprobación o verificación de que la contratación había tenido lugar por la persona que aparecía en el contrato como contratante y empleando sus datos personales, entre ellos su número de DNI. Asimismo, la entrega de los teléfonos móviles al nuevo cliente tuvo lugar en la persona del contratante y en su domicilio, sin que conste que se cotejara que el DNI del receptor del teléfono se correspondía con el número consignado en el contrato.

En tales circunstancias, el tratamiento por la compañía demandante del dato personal del denunciante -DNI-, mediante su incorporación a sus ficheros, asociados a facturas por servicios no contratados por él, que posteriormente fue comunicado para su inclusión el fichero de solvencia patrimonial y crédito Badexcug, constituye la infracción expresada, cuya comisión por la entidad demandante resulta plenamente acreditada.

Tal afirmación no se ve desvirtuada por las alegaciones de la demandante, que trata de exculparse con base en el supuesto fraude en la contratación que habría provocado el alta en los servicios de telefonía del contratante, empleándose el DNI del denunciante por error. Como ya dijimos, aún aceptando la existencia de tal conducta fraudulenta del contratante del servicio, quien habría empleado un número de DNI de un tercero en la contratación, el comportamiento de la entidad demandante pone de manifiesto que la operadora no adoptó las cautelas exigibles para comprobar la identidad del cliente y la veracidad de los datos personales que ponía en su conocimiento en la contratación, asegurándose de que el número de DNI empleado correspondía a dicha persona y no a un tercero, como aconteció. Por ello, debe estimarse a tal operadora responsable a título culposo de haber procedido al tratamiento de un dato personal del denunciante sin contar con su consentimiento para ello.

En el supuesto que nos atañe resulta notoria la existencia de antijuridicidad y culpabilidad en la conducta infractora de la entidad responsable del tratamiento de los datos personales, quien como responsable del fichero y tratamiento datos personales, que decide sobre la finalidad, contenido y uso de los datos personales incluidos en sus ficheros, tenía la obligación de obrar con mayor diligencia a la hora de incorporar nuevos datos a sus ficheros,



mantenerlos en los mismos y girar facturas contra sus titulares, asegurándose de contar con su consentimiento, a fin de no incurrir en el tratamiento inconsentido de sus datos personales. Dicha condición impone un deber especial de diligencia a la hora de llevar a cabo el uso o tratamiento de los datos personales o su cesión a terceros, en lo que atañe al cumplimiento de los deberes que la legislación sobre protección de datos establece para garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de las personas físicas, y especialmente su honor e intimidad personal y familiar, cuya intensidad se encuentra potenciada por la relevancia de los bienes jurídicos protegidos por aquellas normas y la profesionalidad de los responsables o encargados, máxime cuando operan con ánimo de lucro en el mercado de datos.

Tercero.

Por lo que respecta a la segunda infracción imputada a XFERA MÓVILES, S.A., dispone el artículo 44.3. c) LOPD que son infracciones graves: " c) Tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave".

En este sentido, establece el artículo 4.3 LOPD , que recoge el principio de calidad de los datos, lo siguiente: "Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado".

En relación con este último precepto, prevé el artículo 29.4 LOPD lo siguiente: "1. Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto o procedentes de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento. 2. Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley. 3. En los supuestos a que se refieren los dos apartados anteriores, cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos. 4. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos".

A su vez el Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre, establece en su artículo 38 los requisitos para la inclusión de datos en los ficheros de carácter personal, determinantes para enjuiciar al solvencia económica del afectado, entre los que prevé los siguientes: 1.- la existencia de una deuda cierta, vencida y exigible, y 2.- requerimiento previo al pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.

Pues bien, con independencia de la infracción examinada en el fundamento jurídico anterior, XFERA MÓVILES, S.A. ha incurrido también en el tratamiento de datos de carácter personal del denunciante con infracción del principio de calidad del dato, previsto en el artículo 4.3 en relación con el artículo 29.4, ambos de la LOPD , cometiendo, por ello, la infracción tipificada en el artículo 44.3.c) LOPD , pues llevó a cabo el tratamiento de datos de carácter



personal inexactos, de forma que no correspondían con veracidad con la situación actual del denunciante, emitiendo facturas asociadas al número de DNI del denunciante, por servicios que éste no había contratado, supuestamente contratados por un tercero, y, ante su impago, comunicando tal dato al fichero de solvencia Badexcug, quedando asociado a una deuda que no correspondía al denunciante.

La entidad sancionada, en su condición de supuesto acreedor, es la responsable de que los datos proporcionados a las entidades encargadas de los ficheros de datos de solvencia económica sean exactos y veraces, siendo de su responsabilidad tanto su inclusión como la cancelación de los mismos, pues solo ella cuenta con el conocimiento de la existencia y exigibilidad de la deuda, cuyo impago está en la causa de la inclusión de los datos en estos ficheros. Por tanto, resulta responsable de la veracidad y calidad de los datos que hallándose en sus ficheros suministra para que se incluyan y mantengan en ficheros de solvencia.

En definitiva, mediante tal actividad XFERA MÓVILES, S.A. facilitó a la entidad encargada del fichero de solvencia una información relativa a datos personales del denunciante que no era veraz, infringiendo el principio de calidad de los datos. Recuérdese que a tal empresa le corresponde, en cumplimiento de la legislación sobre protección de datos, adoptar las medidas de comprobación necesarias para asegurar la veracidad de los datos que suministra a los ficheros de solvencia, como entidad que celebra los contratos de prestación de servicios, incorpora los datos personales de sus clientes a sus ficheros y emite las facturas y gira los correspondientes recibos bancarios.

El incumplimiento de deber de diligencia que le obliga en tal actividad determina la imputación del tratamiento de datos con infracción del principio de calidad, resultando relevante para advertir la gravedad del incumplimiento de tal deber la trascendencia que supone la inclusión equivocada o errónea de una persona en un registro de esta naturaleza, tanto desde el punto de vista profesional como personal, lo que exige extremar la diligencia en la comprobación de la veracidad y exactitud de los datos suministrados para su inclusión y mantenimiento en los ficheros de tal naturaleza.

Las consideraciones realizadas en el fundamento de derecho anterior sobre la falta de diligencia de la operadora sancionada en la recogida del consentimiento del titular de las líneas telefónicas para la contratación de los servicios, cuyo impago dio lugar a la emisión de las facturas y la inclusión del DNI del denunciante en los citados ficheros de solvencia, ponen de manifiesto también su falta de diligencia en el tratamiento de los datos acorde al principio de calidad del dato.

Por último, respecto a la alegación de la actora relativa a que en cuanto tuvo conocimiento de la posible irregularidad en la contratación procedió a la exclusión de los datos de tal fichero, antes de iniciarse cualquier actuación inspectora de la AEPD o reclamación arbitral, administrativa o judicial, a regularizar la situación, y a no emitir nuevas facturas, debe señalarse que, con independencia de la incidencia que tales circunstancias pudieran tener en la determinación de la concreta sanción a imponer a la entidad infractora, no supone exclusión alguna de responsabilidad por la comisión de las infracciones objeto de sanción.

Cuarto.

Alega también la actora la incorrecta graduación de la sanción. Argumenta al respecto que no procede la aplicación de las circunstancias agravantes relativas al volumen de negocio de la actora, muy inferior al de los restantes operadores de telefonía móvil, y a la vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamiento de datos de carácter personal, pues esta circunstancia concurren en la casi totalidad de los sectores sancionados por la AEPD.



La resolución sancionadora tomo en consideración el hecho de que la entidad sancionada había actuado de forma diligente cuando tuvo conocimiento de la reclamación del afectado, regularizando su situación y no emitiendo nuevas facturas, y el hecho de que pudo ser víctima de una contratación fraudulenta de dos hermanos, en la que uno de ellos habría utilizado, supuestamente, su propio nombre y apellidos y el DNI (que tenía un número correlativo) del otro, para proceder a aplicar el apartado 5 del artículo 45 de la LOPD y establecer la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones leves, apreciando una cualificada disminución de la culpabilidad de la empresa imputada.

Asimismo, tuvo en cuenta el carácter continuado de la infracción cometida, la vinculación de la actividad de la entidad infractora con la realización de tratamientos de datos de carácter personal y el volumen de negocio de la misma para modular la cuantía de la sanción a imponer, fijándola en 20.000 euros por cada una de las infracciones, siendo la sanción prevista para las infracciones leves multa de 900 a 40.000 euros.

Pues bien, aun cuando estima la Sala que las circunstancias tomadas en consideración por la Agencia Española de Protección de Datos para graduar la cuantía de la sanción impuesta, recogidas en los apartados a), b) y c) del artículo 45.4 de la LOPD, resultan de aplicación en el caso que nos ocupa, puesto que, sin duda, concurren, con independencia de que también sean predicables de otras empresas de telefonía o de los sectores donde la actividad sancionadora de aquel organismo es frecuente, concluye la Sala que las singulares circunstancias en que tuvo lugar la comisión de las infracciones sancionadas hacen merecedora a la demandante de una sanción de menor gravedad.

El principio de proporcionalidad de las sanciones no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues el margen de apreciación que se otorga a la Administración en la imposición de sanciones dentro de los límites legalmente previstos, debe ser desarrollado ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporción entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad en relación con las circunstancias del hecho. De modo que la proporcionalidad constituye un principio normativo que se impone a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras.

En consecuencia, al ámbito jurisdiccional corresponde no sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también adecuar la sanción al hecho cometido, a través de la aplicación de criterios legales previstos en las normas o inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son, en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción.

Y ello, sin que por los Tribunales de Justicia se pueda sustituir el criterio de la Administración al graduar la sanción imponible a una infracción administrativa, cuando ésta sea conforme con la norma aplicable, ni resulte procedente reducir una sanción en base a una apreciación subjetiva de la que debería aplicarse, cuando la Administración se pronuncia, dentro de los límites que dimanar de una norma, de manera motivada en elementos de juicio objetivos y basada en los hechos acreditados en el expediente, ajustándose en su decisión al principio de proporcionalidad entre la gravedad de los hechos o la infracción y la sanción impuesta.

Pues bien, en el caso que nos atañe ha de repararse en que la mera apreciación de diligencia en la entidad infractora en la regularización de la situación irregular, prevista en el apartado b) del artículo 45.5, concurrente en este caso, al tener lugar tal regularización incluso antes de que se presentara la denuncia ante la Agencia Española de Protección de Datos, posibilita la aplicación de la escala de sanciones relativa a las infracciones leves. Sin embargo, concurriría una circunstancia adicional de notable relevancia para apreciar una cualificada



www.civil-mercantil.com

disminución de la culpabilidad, consistente en la supuesta existencia de una contratación fraudulenta de la que habría sido víctima la entidad infractora, reconocida por la propia resolución sancionadora, que unida a la recepción por el cliente contratante del teléfono móvil remitido al mismo y al pago de la facturas del servicio telefónico durante más de un año con regularidad, habría generado en la entidad infractora la creencia errónea de que se trataba de una contratación regular.

Naturalmente, tal y como se ha razonado anteriormente, aunque tales circunstancias no eximen de responsabilidad a la entidad infractora ni excluyen la existencia de culpabilidad en su conducta, minimizan notablemente su presencia hasta el punto de demandar una sanción de menor gravedad a la impuesta, proporcionada a la gravedad de su conducta y al grado de culpabilidad apreciable en la misma.

En consecuencia, estima la Sala que las sanciones impuestas no resultan ponderadas y proporcionadas a la gravedad de la infracción cometida y la entidad de los hechos, apreciándose razones que justifican su minoración, antes expuestas, por lo que debe cuantificarse la multa por cada una de las infracciones en la cantidad de 3.000 euros.

Por todo lo expuesto, procede la estimación parcial del recurso contencioso-administrativo.

Quinto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, no procede imponer las costas causadas en este procedimiento a haber sido objeto de estimación parcial el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

FALLAMOS

ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador don José Lledó Moreno, en nombre y representación de XFERA MÓVILES, S.A. contra la resolución de fecha 31 de enero de 2013, dictada por el Director General de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00429/2012, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución del mismo órgano de fecha 19 de noviembre de 2012, por la que se impone a XFERA MÓVILES, S.A. dos sanciones de 20.000 euros, por la comisión de dos infracciones tipificadas como graves, reduciendo la cuantía de cada una de ambas sanciones a la cantidad de 3.000 euros.

No se hace expresa imposición de las costas causadas.

Esta sentencia no es susceptible de recurso de casación.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública.
Doy fe. Madrid a

LA SECRETARIA JUDICIAL

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.