

EDJ 2011/31021

Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 10-3-2011, rec. 712/2009

Pte: Guerrero Zaplana, José

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	5

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CADUCIDAD

EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Inexistente

INFRACCIONES Y SANCIONES; DERECHO SANCIONADOR

PRINCIPIOS

Del derecho penal

Culpabilidad

Retroactividad de la norma más favorable

TRIBUTARIAS

Protección de datos

infracciones del sector privado

Caducidad

Prescripción

PROTECCIÓN EN EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS

PRINCIPIOS Y DERECHOS

Consentimiento del afectado

TELECOMUNICACIONES

TELEFONÍA MÓVIL

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita RD 1720/2007 de 21 diciembre 2007. Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos

Cita RD 172/2007 de 9 febrero 2007. Modifica demarcación de Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles

Cita art.45.5, art.47 de LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal

Cita art.139 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita art.1, art.9.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.6.4 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Bibliografía

Citada en "La reciente modificación de la Ley Orgánica de Protección de Datos: una modulación del régimen sancionador a la luz de la experiencia"

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- : Por el indicado recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado ante esta sala contra el acto mencionado en el encabezamiento de esta resolución, acordándose su admisión y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazado para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que, tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó solicitando la estimación del recurso y la consiguiente anulación del acto recurrido.

De lo que resulta del expediente administrativo y de las alegaciones y pruebas de las partes a lo largo de este recurso contencioso, puede concretarse el siguiente relato de hechos:

- Con fecha 02/08/2006 tuvo entrada en la Agencia un escrito de Silvia, en el que denunciaban a FRANCE TELECOM por el tratamiento de sus datos personales sin su consentimiento, activando un servicio no contratado, por el que fue emitida una factura que fue cargada en su cuenta bancaria. (folio 1).

- Con la denuncia, se han aportado copia de los siguientes escritos:

- 1. Solicitud de marcación directa, en la que figuran los siguientes datos: nombre y apellidos de la denunciante; NIF; dirección; población; provincia; código postal; la fecha de la solicitud y el número de teléfono para el que se solicita la marcación directa. En este escrito no figura la firma del abonado de la línea telefónica ni del cliente de FRANCE TELECOM (Folio 2).

- 2. Escrito de FRANCE TELECOM, de confirmación de marcación directa, con fecha "mayo de 2006", comunicando la activación del servicio de marcación directa y navegable 24 h por la línea telefónica con fecha de activación 20/05/2006 (folio 3).

- 3. Documento de empresa de mensajería dirigido a las denunciante, de fecha 11/05/2006 (folio 5).

- En los Sistemas de información de FRANCE TELECOM figuran los siguientes servicios asociados a Silvia (folios 20, 25 - 27): servicio indirecto, marcación directa y ADSL con fecha de activación mayo de 2006. El servicio indirecto consta que se le dio de baja con fecha 27 de noviembre de 2006.

- En los ficheros de FRANCE TELECOM figuran las facturas emitidas a nombre de Silvia (folios 21, 29 - 38, 62) correspondientes a los servicios de mayo a agosto del 2006.

- Dichas facturas fueron rectificadas por FRANCE TELECOM con fechas 27/09/2006 (folio 21).

- FRANCE TELECOM ha informado que el distribuidor asociado al proceso de alta de Silvia fue FUERZA TRES (folio 23), y que con esta empresa suscribieron "contrato de suministro y distribución" con fecha 26/04/2005. El Anexo 6, recoge el procedimiento de contratación de la línea de negocio residencial FRANCE TELECOM, descrito como sigue: Productos comercializado a través de la Web de Wanadoo para la activación de servicios. El distribuidor introduce la orden de contratación del producto indicado por el cliente a través de la web de Wanadoo implementada y comunicada al distribuidor a tal efecto. 2) en las horas siguientes el cliente recibirá una llamada de "verificación por terceros" (VPT), para cumplir con el trámite legal de comprobación de la solicitud del producto. 3) una vez verificada la contratación Wanadoo inicia el proceso de provisión que finalizará con la activación del servicio al cliente. 4) el cliente recibirá en su casa el equipo necesario para la activación. 5) Wanadoo comunicará por carta al cliente la correcta finalización del proceso de provisión y la activación del servicio (folios 64 - 89).

- FUERZA TRES ha comunicado que los datos personales de Silvia fueron facilitados por ella misma por vía telefónica, sin que fuera recabada documentación alguna, y que los datos fueron comunicados a FRANCE TELECOM con fecha 04/05/2006 (folio 94). También ha comunicado que "el único dato que aparece en nuestro sistema de información sobre Silvia es el referido identificador" (folio 94).

- Con fecha 02/08/2006, Silvia, presentó una reclamación contra FRANCE TELECOM ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), sin que conste la resolución de la misma (folios 50 - 57).

- Con fecha 27/09/2006 FRANCE TELECOM comunicó a la SETSI lo siguiente: "visto que la información relativa a la reclamante no nos fue proporcionada de forma directa por ésta sino por medio de distribuidor, al comprobar a la luz del expediente que en la documentación del mismo no constan los requisitos de validez bastantes, se ha resuelto tramitar la baja de la línea de la que es titular y realizar cuantos ajustes en facturación resulten precisos al objeto de retrotraer la situación económica de Silvia al momento anterior a la fecha del alta " (folio 59).

SEGUNDO.- : La representación procesal de la parte demandada contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas por las partes que se declararon pertinentes con el resultado que se hizo constar en autos.

CUARTO.- Dado traslado a las partes, por su orden, para conclusiones, se evacuaron en sendos escritos en los que realizaron las manifestaciones que le convinieron a sus respectivos intereses.

QUINTO.- : Con fecha 9 de marzo se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo visto para sentencia.

Ha sido ponente del presente recurso el Magistrado Iltmo. Sr. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contencioso administrativo frente a la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos por la que se impone a la entidad recurrente una multa por importe de 60,101,21 euros por infracción de lo previsto en el artículo 44,3,d) de la LOPD en relación con lo previsto en el artículo 6 de la misma norma.

Dicha resolución considera que no cabe entender prescrita la infracción puesto que "los datos personales de la denunciante fueron tratados sin su consentimiento por FRANCE TELECOM, al menos, hasta el 27/11/2006, por lo que desde esta fecha hasta el día en que se practicó la notificación del acuerdo de inicio del presente procedimiento a FRANCE TELECOM (13/11/2008), no ha transcurrido el plazo de dos años legalmente previsto para la prescripción de las infracciones graves". También rechaza la pretensión de que se declare la caducidad del expediente aplicando para ello la doctrina que emana de esta misma Sala.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, entiende que en este caso, los datos personales de la denunciante fueron tratados por FRANCE TELECOM, asociados a los servicios que se han señalado, como se ha indicado anteriormente, para activar los servicios, para enviar el MODEM, y para emitir facturas y girarlas al cobro, reclamando su pago y, finalmente, para anular las mismas, sin el consentimiento de la denunciante.

Por tanto, corresponde a FRANCE TELECOM acreditar que cuentan con el consentimiento de los denunciante para el tratamiento de sus datos personales, máxime cuando la contratante ha negado la contratación.

En lo que se refiere a FRANCE TELECOM, hay que destacar que la propia operadora, en el escrito de fecha 27/09/2006 remitido a la SETSI, reconocía que "al comprobar a la luz del expediente que en la documentación del mismo no constan los requisitos de validez bastantes, se ha resuelto tramitar la baja de la línea de la que es titular y realizar cuantos ajustes en facturación resulten precisos al objeto de retrotraer la situación económica de D^a M.M.M. al momento anterior a la fecha".

Para que el tratamiento de datos de la denunciante por parte de FRANCE TELECOM y de FUERZA TRES resultara conforme con los preceptos de la LOPD hubiera debido concurrir en el supuesto examinado los requisitos contemplados en el artículo 6 de la mencionada norma; sin embargo, según los hechos probados señalados anteriormente, no se han producido.

En consecuencia, se considera infringido el principio de consentimiento recogido en el artículo 6 de la LOPD por parte de FRANCE TELECOM y FUERZA TRES, ya que no consta el consentimiento de la denunciante para el tratamiento de sus datos de carácter personal ni se ha acreditado por ambas entidades la excepción prevista en el apartado 2 del mismo artículo.

En cuanto al importe en el que se debe fijar la sanción, la resolución impugnada recoge el siguiente razonamiento: En este sentido, es criterio de esta Agencia determinar la cuantía de la sanción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.4 de la LOPD, distinguiendo, entre otras circunstancias, si ha habido regularización de la deuda, comunicación de datos a entidades de gestión de cobros, o inclusión en ficheros de solvencia patrimonial y crédito, en cuyo caso, también se atiende a un criterio temporal en función de la duración del tratamiento sin consentimiento de los datos personales del afectado o de la permanencia indebida de los mismos en los citados ficheros comunes. Según el citado criterio, esta Agencia ha considerado razonable, en el presente caso, imponer a FRANCE TELECOM la sanción máxima de las previstas para las infracciones leves, esto es, una multa de 60.101,21 euros, toda vez que la citada operadora realizó un tratamiento sin consentimiento de los datos de la denunciante por un periodo superior a seis meses (fecha de alta de los servicios 16/05/2006; fecha de baja 27/11/2006).

SEGUNDO.- : En cuanto a la alegación de prescripción, hay que partir de los preceptos aplicables que son el artículo 47 de la Ley Orgánica 15/99 EDL 1999/63731 que establece lo siguiente:

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".

Por otra parte, el artículo 132.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 (en lo sucesivo LRJPAC EDL 1992/17271), señala que "El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día que la infracción se hubiera cometido."

En el caso presente se sanciona a la entidad recurrente por el tratamiento de datos sin consentimiento por lo que el plazo prescriptivo no podrá empezar a computar sino desde el momento en que se haya dejado de producir el tratamiento de datos sin consentimiento. Mientras se siguen tratando los datos de la denunciante, no puede iniciarse dicho computo al entender que se trata de una infracción permanente que se continua produciendo mientras lo hace el tratamiento de los datos.

Es necesario señalar como al folio 20 del expediente, en el propio escrito de alegaciones presentado por FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A., se señala claramente como la baja de la denunciante en el servicio indirecto se produjo con fecha 27 de noviembre de 2006 por lo que es fácilmente deducible que hasta ese momento se continuó con el tratamiento de los datos y a la fecha de inicio del expediente (que fue notificado en fecha 13 de noviembre de 2008) aún no había transcurrido el plazo de dos años y no puede considerarse prescrita la infracción.

TERCERO.- También procede rechazar la alegación de caducidad del expediente; hay que partir de la base las siguientes fechas relevantes:

- La denuncia se presentó con fecha 2 de agosto de 2006.
- El acuerdo de inicio se dictó con fecha 12 de noviembre de 2008 (notificado al día siguiente).
- La resolución que impone la sanción se dictó con fecha 5 de abril de 2009 y la resolución que resolvió el recurso de reposición es de fecha 28 de julio de ese año.

La parte recurrente pretende aplicar el R.D. 1720/2007 EDL 2007/241465 cuando no es aplicable puesto que las actuaciones previas comenzaron antes de la entrada en vigor de dicha norma. La aplicación del nuevo Reglamento de la LOPD aprobado por el R.D. 172/2007 EDL 2007/10102 procede de lo dispuesto por la Disposición Final Segunda que establece que El presente real decreto entrará en vigor a los tres meses de su íntegra publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

La disposición Transitoria Quinta se refiere al Régimen transitorio de las actuaciones previas y señala que a las actuaciones previas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto, no les será de aplicación el mismo, rigiéndose por la normativa

anterior. Por el contrario, se señala que dicho Real Decreto solo se aplicará a las actuaciones previas que se inicien después de su entrada en vigor.

Como las actuaciones previas se inician con la denuncia (de fecha 2 de agosto de 2006) y esta es de fecha anterior a la entrada en vigor del Reglamento que se produjo con fecha 19 de abril de 2008, (por aplicación de la Disposición Final Segunda que hemos transcrito mas arriba) resulta que las actuaciones previas no están sometidas al plazo máximo que establece el artículo 122 del Reglamento cuando establece que: Estas actuaciones previas tendrán una duración máxima de doce meses a contar desde la fecha en la que la denuncia o petición razonada a las que se refiere el apartado 2 hubieran tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos o, en caso de no existir aquéllas, desde que el Director de la Agencia acordase la realización de dichas actuaciones.

Por lo que respecta a la invocada utilización abusiva y fraudulenta de diligencias previas, si bien esta misma Sala y Sección, en la SAN de 17-10-2007 (Re 180/2006) que se menciona en la demanda consideró, a tenor del importante lapso temporal de paralización de las repetidas actuaciones previas que allí se produjo, que había habido una utilización fraudulenta de las mismas, lo que implicaba un supuesto de Fraude de Ley (artículo 6.4 del Código Civil EDL 1889/1), por pretender burlar la aplicación del art. 42.2 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , usando tal solicitud de información para, con ella, evitar la caducidad del expediente sancionador. Sin embargo con posterioridad, y a partir de la SAN de 19-11-2008 (Re 90.2008) y una vez acreditado por el Abogado del Estado el importantísimo aumento del volumen de trabajo en la AEPD, a través de la documentación adjuntada con la contestación a la demanda, esta Sala consideró que quebraba uno de los elementos básicos para entender incardinable el supuesto en el artículo 6.4 del Código Civil EDL 1889/1 .

Ello por haber quedado probado en las actuaciones que concurre un motivo que, si bien no justifica tal paralización de la fase previa, si al menos excluye que pueda conceptuarse la misma como un supuesto de fraude de Ley, al no ser posible sostener, dado el llamativo incremento del numero de asuntos registrados y resueltos por la AEPD, que la demora y paralización, y en definitiva tal prolongación de la duración de las repetidas actuaciones preliminares, responda a la intención antijurídica de evitar la caducidad del expediente sancionador.

Así pues, y como a efectos del cómputo de dicha caducidad, y según es doctrina también consolidada de esta Sala respecto de procedimientos tramitados por la AEPD (SAN de 1-6-2005, Re 609/2003, por todas) constituye el dies a quo el del Acuerdo de incoación del expediente (art. 42.3.a) de la Ley 30/92 EDL 1992/17271), y no las "actuaciones previas", y constituye el dies ad quem del mismo cómputo, no aquél en que se dicta la resolución sancionadora, sino el de notificación de la misma o intento de notificación en los términos derivados de lo previsto en el art. 58 Ley 30/1992 EDL 1992/17271 .

En el presente caso, según resulta de las actuaciones practicadas, tal Acuerdo de inicio del presente expediente fue dictado con fecha de 12 de noviembre de 2008 y la resolución sancionadora se dictó a la recurrente, según ella misma reconoce en la demanda, con fecha 5 de mayo (notificada el día 7), por lo que entre uno y otro día no transcurrió el plazo superior a seis meses que, para apreciar dicha caducidad, exige la normativa de aplicación.

CUARTO.- En cuanto al fondo de la cuestión controvertida, es necesario partir de lo que señala el artículo 6 de la LOPD, que establece lo siguiente: 1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa. 2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; 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; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado" (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

Dicho precepto debe relacionarse con lo que señala el artículo 44.3.d) de la LOPD tipifica como infracción grave: "Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituya infracción muy grave".

La parte recurrente nada alega en relación a que hubiera dispuesto del consentimiento de la denunciante para el tratamiento de sus datos; obviamente, no ha podido aportar documentación escrita ni grabación telefónica que hubiera permitido entender acreditada la prestación de dicho consentimiento por lo que debe compartirse el criterio de la resolución recurrida de que se anticipó en el suministro telefónico antes de contar con la documentación escrita ó con la prueba que hubiera permitido acreditar el consentimiento de la denunciante en la contratación.

El hecho de que se mantuviera el suministro durante los meses de mayo, junio, julio y agosto no es relevante puesto que la denuncia se presentó en el mes de agosto y es posible pensar que la denunciante no se apercibió del cambio de compañía puesto que se realizó sin su consentimiento una migración de numero de teléfono sin tener constancia de la misma.

La prueba evidente de que la empresa recurrente no contaba con el consentimiento de la denunciante para el tratamiento de datos es el que hace referencia a que en septiembre de 2006 dio de baja las facturas y, posteriormente, reconoció ante la SETSI que carecía de consentimiento para la contratación y procedió a realizar los ajustes necesarios tanto en relación a la facturación como en relación a la contratación.

QUINTO.- La parte recurrente interesa la aplicación de lo previsto en el artículo 45.5 de la LOPD, según el cual "Si en razón de las circunstancias concurrentes se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad el imputado o de la antijuridicidad del hecho, 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".

Esta Sala tiene establecido en multitud de sentencias en relación a dicho precepto que no es sino una manifestación del llamado principio de proporcionalidad (art. 131.1 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271), incluido en el más general de prohibición de exceso, y reconocido por la jurisprudencia como Principio General del Derecho; por esta Sala se tiene establecido que dicha regla debe aplicarse con exquisita ponderación y solo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas atendidas las circunstancias del caso concreto. Lo cual, insistimos, puede darse, por excepción, en casos muy extremos (de aquí la expresión "especialmente cualificada") y concretos.

La posibilidad prevista en el artículo 45.5 no es sino consecuencia del valor justicia que informa nuestro Ordenamiento Jurídico - art. 1 CE EDL 1978/3879 , en relación con las STC 50/1995 y 173/1995 -, siendo plasmación de tal principio en casos de cualificada disminución de la culpa o de la antijuridicidad.

En aplicación de dichos criterios (insistimos, emanados de una amplísima y muy estable doctrina que resulta de las sentencias de esta Sala), la admisión por esta Sala de la reducción prevista en el citado artículo 45.5 resulta excepcional en atención al volumen de asuntos en los que se solicita su aplicación por aquellos que impugnan las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos, cuando esta rechaza su aplicación.

El criterio, por lo tanto, debe ser de aplicación restrictiva e individualizada, en atención a las circunstancias concretas que resulten de cada caso, y tomando en consideración, siempre, que se debe exigir a los recurrentes que acrediten circunstancias de las que resulte una disminución de la culpabilidad ó de la antijuridicidad; en consecuencia, pues, no es posible establecer criterios generales para la aplicación del citado artículo 45.5 de la LOPD.

Es cierto, también, que esta Sala en algunas sentencias (recurso 282/2006) admitió la aplicación del artículo 45.5 a instancias de la misma empresa ahora recurrente aceptando el argumento empleado en aquella demanda relativo a que se habían aplicado sistemas para evitar la producción de situaciones como la presente. Ahora bien, en sentencias posteriores (recurso 245/2009) ya reconsideró el criterio mantenido en dicha sentencia por razón del conocimiento posterior de otros asuntos sustancialmente idénticos, de cuyo estudio se deduce la falta de razonabilidad de la aplicación realizada por la Administración de la previsión contenida en el art. 45.5.

Por todo ello, y tomando en consideración que en el asunto que nos ocupa, la empresa recurrente trató los datos de la denunciante (mediante la emisión de facturas) sin disponer de documentación que justificara dicho tratamiento ni la contratación efectuada entiende que no concurren razones que justifiquen la estimación de los criterios de reducción que resultan del citado artículo 45.5 de la LOPD. Además, los criterios a los que se refiere la parte recurrente y que hacen referencia a que se ha devuelto la cantidad reclamada y que no se ha llegado a anotar en fichero de morosidad, no pueden ser tomadas en consideración para la reducción pretendida cuando estas conductas no son más que las habituales que cabe esperar de toda empresa que ha dado de alta a un cliente sin contar con documentación que justifique dicha alta.

SEXTO.- : No obstante lo anterior, 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 ha modificado, entre otros, el apartado 5 del artículo 45 de la Ley Organica 15/99 EDL 1999/63731 . Resulta aplicable este precepto 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 EDL 1992/17271 : 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 EDL 1978/3879 y no el inverso de aplicación retroactiva de las normas favorables, este último principio venía 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 EDL 1992/17271 ".

Por lo tanto, procede aplicar la nueva regulación que permite que se aplique la escala relativa a las clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a la del caso en el supuesto de que la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

En el presente caso, así consta que se ha realizado por lo que, con la modificación del importe de las multas previsto en la nueva redacción del apartado 1 del artículo 45, la multa solo podría llegar a la cantidad de 40.000 euros.

En este caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes y que la sanción se habría impuesto en el grado mínimo por la resolución impugnada y se debe proceder a la rebaja del importe que señala el nuevo art. 45.5, procede imponer la multa con un importe de 10.000 Euros.

Por todo lo expuesto, procede la estimación del presente recurso contencioso administrativo solo en lo referente a la imposición de la sanción, anulando en este punto la resolución objeto de recurso.

SEPTIMO.- Por aplicación de lo establecido en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa EDL 1998/44323 no resulta procedente hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes que han intervenido en este procedimiento.

Vistos los preceptos citados por las partes y los demás de general y pertinente aplicación al caso de autos

FALLO

Que estimando en parte el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la procuradora SUSANA SANCHEZ GARCIA, en la representación que ostenta de FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A., contra la resolución descrita en el primer fundamento de esta Sentencia, debemos fijar la multa en el importe de 10.000 euros. Todo ello sin haber lugar a expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Contra esta sentencia no cabe interponer recurso de casación ordinario.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos mandamos y fallamos.

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

EL SECRETARIO JUDICIAL

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079230012011100133