

EDJ 2011/91440

Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 13-5-2011, rec. 303/2010

Pte: Veiga Nicole, Elisa

Resumen

La AN estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad Endesa energía contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos que le impuso una sanción de multa de 60.101, 21 Euros, por una infracción del artículo 6.1 LOPD, tipificada como grave, resolución que anulamos en el sentido de fijar la cuantía de la multa en 40.001 Euros. La Sala reconoce que de los hechos declarados probados en la resolución impugnada, resulta claro que Endesa ha tratado datos personales sin acreditar el consentimiento de la denunciante con conculcación de los principios y garantías establecidos en la Ley, y por lo que ahora interesa, sin el necesario consentimiento de la afectada como prescribe el artículo 6.1 de la LOPD, conducta tipificada en el artículo 44.3d) de la citada ley, como recoge la resolución impugnada, no obstante, reduce la sanción impuesta por aplicación de la norma más favorable recogida en la disposición final 56ª Ley 2/2011.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 2/2011 de 4 marzo 2011.
dfi.56

LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal
art.6.1 , art.44.3.d

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

APLICACIÓN DE LA NORMA

EN EL TIEMPO

Retroactividad e irretroactividad

Retroactividad de norma más favorable

INFRACCIONES Y SANCIONES; DERECHO SANCIONADOR

PRINCIPIOS

Del derecho penal

Retroactividad de la norma más favorable

TRIBUTARIAS

Protección de datos

infracciones del sector privado

Culpabilidad

PROTECCIÓN EN EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS

PRINCIPIOS Y DERECHOS

Consentimiento del afectado

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Agencia de protección de datos,Infractor; Desfavorable a: Agencia de protección de datos,Infractor

Procedimiento:Rectificación de errores

Legislación

Aplica dfi.56 de Ley 2/2011 de 4 marzo 2011

Aplica art.6.1, art.44.3.d de LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal

Cita art.122 de RD 1720/2007 de 21 diciembre 2007. Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos

Cita Ley 32/2003 de 3 noviembre 2003. Ley General de Telecomunicaciones

Cita art.45.2 de LO 15/1999 de 13 diciembre 1999. Protección de Datos de Carácter Personal

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

Cita art.12 de RD 1398/1993 de 4 agosto 1993. Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora
Cita art.42, art.47, art.58, art.128.2, art.132.2 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
Cita art.9.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita art.6.4 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre PROTECCIÓN EN EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS - PRINCIPIOS Y DERECHOS - Consentimiento del afectado SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 noviembre 2008 (J2008/228428)
Cita en el mismo sentido sobre INFRACCIONES Y SANCIONES; DERECHO SANCIONADOR - TRIBUTARIAS - Protección de datos - infracciones del sector privado SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 octubre 2007 (J2007/225001)
Cita en el mismo sentido SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 10 mayo 2006 (J2006/67447)
Cita en el mismo sentido SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 marzo 2006 (J2006/33351)
Cita en el mismo sentido sobre PROTECCIÓN EN EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS - PRINCIPIOS Y DERECHOS - Consentimiento del afectado STC Pleno de 30 noviembre 2000 (J2000/40918)
Cita en el mismo sentido sobre PROTECCIÓN EN EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS - PRINCIPIOS Y DERECHOS - Consentimiento del afectado STS Sala 3ª de 21 septiembre 1998 (J1998/22224)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 23 enero 1990 (J1990/479)
Cita en el mismo sentido STS Sala 3ª de 18 febrero 1985 (J1985/1044)

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 la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 26 de abril de 2010, acordándose por providencia de 7 de mayo del citado año su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/1998 EDL 1998/44323 , y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 9 de julio de 2010 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia estimando el recurso y anulando la Resolución recurrida por no ser conforme a Derecho o, subsidiariamente, la imposición de una multa de 600 Eur., en aplicación del artículo 45.5 de la LOPD.

TERCERO.- La Abogada del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 23 de diciembre de 2010 en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando se dictara sentencia desestimatoria de la demanda, confirmando íntegramente la resolución impugnada, por ser ajustada a Derecho.

CUARTO.- Las partes no solicitaron el recibimiento del pleito a prueba y, presentados sus respectivos escritos de conclusiones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 11 de mayo de 2011, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación.

Ha sido PONENTE la Magistrada ELISA VEIGA NICOLE, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 26 de febrero de 2010, dictada el procedimiento sancionador PS/00446/2009, que impone a Endesa Energía SAU una sanción de multa de 60.101, 21 Eur., por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma, de conformidad con el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica.

La citada resolución recoge que Endesa Energía SAU recibe los contratos proporcionados por Avanza Externalización de Servicios SA, siguiendo sus instrucciones, y efectúa el tratamiento de los datos personales que en él se contienen sin realizar operaciones de control que le permitan asegurarse de la identidad de la persona y de la manifestación de voluntad de ésta y su consentimiento para tratar sus datos personales. A pesar de que no se han cumplimentado por Avanza todo los apartados ni, con la documentación proporcionada por la distribuidora, se ha aportado la última factura ni copia del DNI, pasaporte u otro documento de identidad que permitiera comprobar que la persona titular de los datos de esos contratos es la que estaba frente al agente tramitador y no otra, ni que el agente que recoge los datos hubiese enviado el SMS a que alude las instrucciones. Asimismo, no se han acreditado que se hayan efectuado llamadas al teléfono que consta en el formulario para ratificar la voluntad de la solicitante ni se ha remitido a la confirmación o bienvenida. Se añade que no consta documento alguno en el que figure el consentimiento de la denunciante, y por escrito de fecha 8 de enero de 2008 dirigido por la recurrente a la OMIC comunica que el contrato de la denunciante se encuentra de baja en Endesa desde el 14/11/07 y que han

dado instrucciones para anular las facturas generadas y la devolución de su importe. Por último, respecto a la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, se indica que no concurre ninguna de las exigidas para ello.

SEGUNDO.- En la demanda se invoca como fundamento de la pretensión actora las siguientes razones:

- Prescripción de la infracción, por aplicación del artículo 47 de la LOPD toda vez que la fecha de alta efectiva del contrato es el 8 de junio de 2007 de forma que la infracción estaría prescrita desde el 9 de junio de 2009.

- Caducidad del expediente administrativo sancionador. La denuncia tuvo entrada en la Agencia el día 14 de diciembre de 2007 y la notificación del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador es de fecha 8 septiembre 2009, vulnerándose los artículos 42 y 47 de la ley 30/92 EDL 1992/17271, habiéndose producido una utilización espuria y fraudulenta de las diligencias previas.

- Vulneración de los principios básicos del procedimiento sancionador de antijuridicidad y culpabilidad, rechazando haber tratado datos personales sin consentimiento pues no tiene por qué dudar de los datos que le plantea Avanza, y ha actuado en todo momento de buena fe y con la máxima diligencia exigible. Por otra parte, la solicitud de contratación de suministro de gas natural estaba debidamente cumplimentada y firmada por la denunciante (folios 21 y 22).

- Vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia y del principio de proporcionalidad pues cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio. De otro lado, resulta totalmente desproporcionada la sanción impuesta, debiendo aplicarse el 45.5 de la LOPD en atención al desconocimiento de las irregularidades del contrato pues es Avanza la obligada a verificar el titular de suministro y confirmar el NIF y número de cuenta corriente.

El Abogado del Estado se opone a la demanda por los siguientes motivos:

- No se ha producido la alegada prescripción toda vez que la baja del contrato de gas con la denunciante se produce el 14 de noviembre de 2007 y la notificación del acuerdo de incoación a Endesa tuvo lugar el día 10 de septiembre de 2009.

- No se ha producido la caducidad del procedimiento sancionador toda vez que el acuerdo de incoación es de fecha 7 de septiembre de 2009 y la resolución sancionadora ha sido notificada a la actora en fecha 2 de marzo de 2010. Respecto a la utilización fraudulenta de las diligencias previas, se remite a sentencias de esta Sala en las que se resuelve tal alegación.

- De los hechos declarados probados resulta evidente que Endesa carecía del consentimiento para tratar los datos de la denunciante. La recurrente no realizó operaciones de control que permitieran asegurarse de la identidad de la persona a pesar de que no se había incluido el DNI u otro documento de identidad que permitiera comprobar tal identidad, incluyéndola en sus ficheros como clienta a suministrar gas natural y emitir las facturas, lo que supone una infracción del artículo 6 de la LOPD.

- La recurrente no ha acreditado el consentimiento de la denunciante al efectuar el tratamiento de sus datos personales como responsable del fichero, lo que era exigible al amparo de los artículos 6 y 43 de la LOPD.

- La carga de probar el consentimiento del afectado, según reiterada jurisprudencia, corresponde a quien gestiona los datos de carácter personal, no habiéndose vulnerado la presunción de inocencia.

- La Agencia no ha actuado de forma arbitraria, en el presente caso está enjuiciando la conducta de Endesa y no ha de Avanza. Por último, no cabe apreciar las circunstancias que suponga una disminución cualificada ni de la culpabilidad ni de la antijuridicidad para aplicar el artículo 45.5 de la LOPD.

TERCERO.- El primer motivo de impugnación formulado por la recurrente es la prescripción de la infracción, fijando el día a quo del cómputo del plazo de prescripción el día 08/06/07 que procedió a tramitar el alta del contrato y el día ad que el de la notificación de la incoación del procedimiento sancionador que tuvo lugar el día 10 de septiembre de 2009.

Hay que partir de lo preceptuado en el artículo 47 de la LOPD según el cual: "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".

El apartado segundo del artículo 47 que acabamos de citar no es sino reproducción literal de lo pautado en el artículo 132.2 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271, debiendo matizarse que en algunas ocasiones, el inicio del cómputo se retrasa hasta el momento en que la infracción deje de cometerse en el caso de las llamadas infracciones permanentes.

En efecto, en el ámbito administrativo sancionador, se contemplan las denominadas "infracciones permanentes" - STS de 7 de abril de 1989 y 23 de enero de 1990 EDJ 1990/479 -, 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 "al no haber cesado la situación de infracción perseguida" - STS de 18 de febrero de 1985 EDJ 1985/1044 -.

En el caso de autos, tal como se deduce de los hechos declarados probados la baja del contrato de suministro de gas no se produce hasta 14/11/2007, como Endesa reconoce ante la OMIC, siendo desde esta última fecha que debe computarse el plazo de prescripción toda vez que la infracción se vino cometiendo hasta el momento en que los datos de la denunciante dejaron de ser tratados por la recurrente. De otra parte, la notificación de la incoación del procedimiento sancionador se produjo el 10 de septiembre de 2009, antes del transcurso del plazo de dos años exigible para que pueda operar la prescripción.

CUARTO.- El segundo motivo impugnación alegado por la recurrente es la caducidad del expediente administrativo sancionador, al considerar como fecha de inicio para el cómputo el día 14 de diciembre de 2007, que se presentó denunciante ante la Agencia, y la fecha de la notificación del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador es de fecha 10 de septiembre de 2009, vulnerándose

los artículos 42 y 47 de la ley 30/92 EDL 1992/17271. Además, se ha producido una utilización espuria y fraudulenta de las diligencias previas.

El art. 48.3 de la LOPD establece que los procedimientos sancionadores tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos, en ejercicio de las potestades que a la misma atribuyan esta u otras Leyes, salvo los referidos a infracciones de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre EDL 2003/108868 , General de Telecomunicaciones, tendrán una duración máxima de seis meses.

Este plazo de caducidad de los expedientes sancionadores de la Agencia coincide con el que señala el artículo 42 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271 para la conclusión de los procedimientos administrativos en los que no se haya fijado plazo específico. El inicio del computo de dicho plazo, sin embargo, lo constituye la fecha del acuerdo de incoación o de inicio del expediente, y no las "actuaciones previas" a las que se refiere el artículo 12 del R.D. 1398/93 EDL 1993/17573 , que son una fase preliminar anterior a la incoación en sentido estricto, indicada e incluso inevitable por la complejidad técnica de los hechos investigados y dado que el art. 13.1 de dicho Reglamento requiere que tal acuerdo de incoación contenga la indicación de persona frente al que se dirige, hechos, posible calificación jurídica e indicación de sanciones.

Así, el cómputo del plazo de caducidad comienza partir de la fecha del acuerdo de iniciación del expediente como se prevé en el artículo 42.3 a) de la Ley 30/92 EDL 1992/17271, a cuyo tenor el plazo máximo de duración de los procedimientos se contara, en los procedimientos iniciados de oficio "desde la fecha del acuerdo de iniciación" y los expedientes sancionadores de la Agencia Protección de Datos son expedientes iniciados de oficio de conformidad con lo previsto en el artículo 18.1 del Real Decreto 1322/1994, como ha resuelto esta Sala en múltiples sentencias, entre otras las de fecha 2 marzo EDJ 2006/33351 y 10 mayo 2006 EDJ 2006/67447 . Por otra parte, el día final en el cómputo del plazo de caducidad de seis meses, a que se refiere el citado artículo 42.3, no es aquel en que se dicta la resolución sancionadora sino el de la notificación de la misma o intento de notificación (artículo 58 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271) pues solo así se garantizan los derechos del afectado por procedimiento.

En definitiva para que se produzca la caducidad del procedimiento sancionador según la LOPD es necesario que hayan transcurrido los indicados seis meses entre el acuerdo de inicio y notificación de la resolución sancionadora y, en el presente caso, el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador es de fecha 7 de septiembre de 2009 y la notificación de la resolución sancionadora se produce el 2 de marzo de 2010 según consta en el expediente administrativo. Cuestión distinta es la utilización o no fraudulenta de las diligencias previas, extremo que pasamos analizar.

QUINTO.- En cuanto a la alegada utilización fraudulenta de las diligencias preliminares o de investigación previa sin otro objeto que burlar la aplicación del artículo 42.2 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271 , hay que tener en cuenta las circunstancias específicas que concurren en el presente supuesto.

En nuestra sentencia de fecha 17 octubre 2007 EDJ 2007/225001 decíamos: " Las llamadas diligencias previas, diligencias de investigación o información previa, se regulan con carácter general, para el procedimiento administrativo sancionador, en el art. 12 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto EDL 1993/17573 , que aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad sancionadora (...) Cuando la demora en incoar el procedimiento sancionador se produce, como en el caso de autos, durante un largo período de tiempo, en el que no se está investigando la pertinencia o no de dicha iniciación, sino que no se lleva a cabo ninguna actuación por parte de la Administración y en definitiva, no existe justificación alguna para tal demora, se incurre en una utilización espuria y fraudulenta de lo previsto en el artículo 12 del Real Decreto 1398/1993 EDL 1993/17573 como en el artículo 69.2 de la LRJ-PAC."

Ahora bien, en la posterior sentencia de esta Sala de fecha 19 noviembre 2008 EDJ 2008/228428 se analiza la sentencia de 17-10-07 EDJ 2007/225001 y se añade TERCERO.- Siendo la anterior la doctrina de la Sala concurren sin embargo en el presente supuesto una serie de circunstancias específicas que han de ser puestas de manifiesto.

Así el Abogado del Estado hace notar en la contestación a la demanda que el retraso producido en la tramitación de las actuaciones previas esta en el caso claramente justificado. Y ello porque del estudio de la documentación que aporta queda patente, de modo inequívoco, el importantísimo incremento de asuntos tramitados ante la AEPD, no acompañado del mismo incremento proporcional de recursos y medios personales. Documentación que pone en evidencia que entre los años 2003 y 2007 han aumentado los procedimientos iniciados en un 108,33% y las resoluciones dictadas en un 105,67%, por lo que los retrasos en dicha tramitación, y lógicamente en las actuaciones previas (que se incrementaron un 120,03 % en el referido periodo), no han sido debidos a la intención fraudulenta de evitar la caducidad del expediente sancionador, sino a dicho significativo incremento del trabajo a realizar por los distintos departamentos de la AEPD, que claramente justifican el mencionado retraso.

Frente a dicha argumentación de la defensa de la Administración esta Sala considera que tal documentación adjuntada efectivamente evidencia el significativo aumento del número de asuntos tramitados en la AEPD en los últimos cuatro o cinco años, que lógicamente ha tenido que implicar la consiguiente prolongación del tiempo de duración de tramitación de los mismos y, por ende, de su fase preliminar o de diligencias previas.

Es cierto que la doctrina transcrita en el fundamento jurídico anterior considera aplicable el Fraude de Ley del artículo 6.4 del Código Civil EDL 1889/1 , en un supuesto en que se planteó la misma controversia, por cuanto se pretende burlar la aplicación del art. 42.2 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 , usando tal figura de solicitud de información o diligencias previas para, mediante la misma, evitar la caducidad del expediente sancionador. Utilización espuria o fraudulenta conlleva la declaración de nulidad del procedimiento sancionador.

En el presente supuesto, y si bien transcurrió también un plazo excesivo de paralización de las actuaciones iniciadas en la Agencia tras la denuncia presentada (de casi año y medio), paralización que tuvo lugar en dicha fase de "diligencias previas", resulta sin embargo que las alegaciones de la defensa de la Administración han resultado acreditadas mediante la documentación adjuntada.

El importantísimo aumento del volumen de trabajo en la AEPD, que se prueba mediante la referida documentación, necesariamente hace quebrar, en el caso, el presupuesto o elemento básico para entender existente tal Fraude de Ley, cual es la utilización de la institución de dichas diligencias previas con fines torticeros o antijurídicos. Lo anterior puesto que ha quedado probado 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 fraudulenta, al no ser posible sostener, dado el llamativo incremento del número de asuntos registrados y resueltos por la AEPD, que la demora y paralización, y en definitiva, la prolongación de la duración de las repetidas actuaciones preliminares responda a la intención antijurídica de evitar la caducidad del expediente sancionador.

En el presente caso, la Abogacía del Estado también ha alegado y justificado documentalmente el importantísimo aumento del volumen de trabajo de la Agencia Española de Protección de Datos entre los años 2003 y 2007, que coincide con los datos analizados en nuestra sentencia de 19 noviembre 2008, que necesariamente hace quebrar el presupuesto básico para entender la existencia de un fraude de ley pues la prolongación de las actuaciones preliminares no responde una intención antijurídica para evitar la caducidad del expediente sancionador sino que está justificado por el significativo incremento del número de asuntos tramitados por la citada Agencia.

Consecuentemente, reiterando doctrina sentada en la sentencia 19 noviembre 2008 EDJ 2008/228428 , procede la desestimación de este motivo de impugnación ya que tampoco es aplicable el plazo máximo de 12 meses de duración establecido para dichas actuaciones preliminares en el artículo 122 del Real Decreto 1720/2007 EDL 2007/241465 pues tal norma reglamentaria sólo es de aplicación a actuaciones iniciadas con posterioridad a su entrada en vigor, es decir al 19 abril 2008.

SEXTO.-.- Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, hay que partir del art. 6.1 de la LOPD que establece "El tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá del consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa."

En interpretación del citado precepto este Tribunal ha venido manteniendo de forma reiterada, entre otras en su sentencia de 24-6-2010 (Rec. 619/2009), que los requisitos del consentimiento se agotan en la necesidad de que este sea "inequívoco", es decir, que no exista duda alguna sobre la prestación del mismo. El citado artículo 6.1 de la LOPD no exige que el consentimiento revista una forma determinada pero sí que no admita duda o equivocación, pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar al consentimiento de inequívoco.

Por ello, corresponde a quien realiza el tratamiento estar en condiciones de acreditar que ha obtenido el consentimiento del afectado pues, salvo las excepciones establecidas en la ley, sólo el consentimiento legítima el tratamiento y a tal fin deberá arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que efectivamente tal consentimiento ha sido prestado. Es decir, que cuando consta la expresa oposición del titular de los datos personales, se traslada a la persona o entidad que ha tratado los mismos, la carga de probar la existencia del consentimiento de su titular, sin que ello suponga una vulneración a la presunción de inocencia.

La demandante mantiene que su conducta esta amparada en la buena fe y en la creencia de que los datos aportados por Avanza habían sido facilitados por sus titulares, siendo en todo caso la conducta de Avanza la que puede ser constitutivo de infracción. Ahora bien, como se recoge en la resolución impugnada, pese a que con la documentación proporcionada por la distribuidora Avanza Externalización de Servicios SA no se aporta ni la última factura ni copia del DNI, pasaporte u otro documento de identidad que permitiera comprobar que la persona titular de los datos de esos contratos efectivamente era la citada persona y que la misma consintió tal contratación, la recurrente no realizó actuación alguna para confirmar el consentimiento del titular de los datos. Obligación que le incumbía como responsable del fichero, y ello sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda haber incurrido la distribuidora Avanza como encargada del tratamiento y respecto a la hoy recurrente.

La recurrente, que por su actividad trata multitud de datos de terceros, viene obligada como responsable del fichero a prestar la máxima diligencia en el tratamiento de tales datos, respetando este derecho fundamental de las personas que consiste en un poder de disposición y control sobre los datos personales y que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero (STC 292/2000 EDJ 2000/40918). Y tal falta de diligencia presupone la concurrencia de culpabilidad en la actuación de la actora. Se indica en la demanda que la suscripción del contrato estaba firmado por la denunciante, sin embargo ésta lo niega, y tal dato no fue comprobado ya que no se aportaba ningún documento de identificación personal para contrastar la realidad de los datos y la firma.

Así las cosas, de los hechos declarados probados en la resolución impugnada, resulta claro que Endesa ha tratado datos personales sin acreditar el consentimiento de la denunciante con conculcación de los principios y garantías establecidos en la Ley, y por lo que ahora interesa, sin el necesario consentimiento de la afectada como prescribe el artículo 6.1 de la LOPD, conducta tipificada en el artículo 44.3d) de la citada ley, como recoge la resolución impugnada.

QUINTO.-.- La parte actora denuncian la vulneración del principio de proporcionalidad y solicita la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD.

Esta Sala se ha pronunciado en distintas sentencias en el sentido de que es exigible a las entidades que operan en el mercado de datos de carácter personal una especial diligencia a la hora de llevar a cabo el uso o tratamiento de tales datos o su cesión a terceros porque, siendo un derecho fundamental el de la protección de los datos personales, los depositarios de estos datos, máxime tratándose de empresas habitadas o dedicadas específicamente a la gestión de datos de carácter personal, deben ser especialmente diligentes y cuidadosas a la hora de realizar operaciones con ellos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la protección de los bienes jurídicos protegidos por la norma. Por ello, en este caso, no puede apreciarse esa cualificada disminución de la culpabilidad que exige para su aplicación el artículo 45.5 LOPD.

En cuanto al principio de proporcionalidad, la Agencia ha impuesto la sanción mínima posible para las infracciones graves en atención a las circunstancias concurrentes -artículo 45.4 LOPD- (fundamento de derecho IV in fine de la resolución impugnada).

Ahora bien, la Disposición Final Quincuagésima Sexta de la Ley 2/2011 ha modificado, entre otros, el apartado 2 del artículo 45 de la Ley Orgánica 15/99 EDL 1999/63731 , estableciéndose una sanción de multa para las infracciones graves de 40.001 a 300.000 Eur.. Por diligencia ordenación de fecha 29 marzo 2011 se de un plazo de 10 días a las partes para que formularse navegaciones respecto a la posible aplicación de la citada modificación, habiendo presentado las mismas sus respectivos escritos en defensa de sus intereses.

La Sala considera que tal modificación resulta aplicable pues es necesario atender al principio de la eficacia retroactiva de las normas sancionadoras más favorables que deriva de lo pautado en el artículo 128.2 de la Ley 30/92 EDL 1992/17271 : Las disposiciones sancionadoras producirán efectos retroactivos en cuanto favorezcan al presunto infractor.

El Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 21 de septiembre de 1998 EDJ 1998/22224 señala: " 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 ultimo 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 EDL 1992/17271 ".

Por lo tanto, procede aplicar la nueva regulación que permite, siguiendo el criterio de la Agencia de imponer la sanción de multa en la cuantía mínima, reduciendo la misma a la cuantía mínima fijada en la nueva redacción dada al apartado 2 del artículo 45 de la LOPD, es decir a 40.001 Eur..

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

FALLO

ESTIMAR en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad ENDESA ENERGÍA, S.A. UNIPERSONAL, representada por el Procurador don Iñigo Muñoz Durán, contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 26 de febrero de 2010, dictada en el PS/00446/2009, resolución que anulamos en el sentido de fijar la cuantía de la multa en 40.001 Eur.; sin imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Contra esta sentencia no cabe recurso de casación.

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

LA SECRETARIA JUDICIAL

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079230012011100248