

Id Cendoj: 28079230012009100615
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 222/2009
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE GUERRERO ZAPLANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil nueve.

Vistos por la Sala citada al margen el Recurso numero 01/222/2009 interpuesto por BANCO DE SANTANDER S.A.,

representado por el procurador Sr. ALBERTO HIDALGO MARTINEZ, contra la resolución de fecha 23 de Enero de 2009 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)* en relación con el *artículo 6.1 de la LOPD* , habiendo sido parte el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso ha sido fijada en 60.101,21 euros.

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 consta en el expediente y de las alegaciones de las partes en sus respectivos escritos resulta el siguiente relato de hechos:

- En la primera quincena del mes de marzo de 2006 el Banco de Santander, a través de su sucursal de Molina de Segura (Murcia), obtiene los datos personales del denunciante, Abilio , y los incorpora a su fichero de clientes con la apertura de una cuenta bancaria "súper libreta".

- Aperturada la cuenta, envía a nombre del denunciante y a su domicilio una tarjeta bancaria de Banco Santander que no consta que el denunciante hubiera solicitado; no obra en el expediente copia de dicha tarjeta ni consta que se cargara cuota alguna en relación a la misma.

- En el extracto de cuenta personal de 28/09/07 (folio 41 del expediente), aportado por el Banco, figura que en la cuenta abierta, figura un apunte de 02/05/06 por concepto de "nomina de Comonthi Aguilar SL" y otro ingreso del mes siguiente por el mismo concepto e importe de 961.61 H; también aparece que al día siguiente del primer ingreso se dispuso del 960 euros y con 29/06/06 dispuso en efectivo por importe de 963,22 D. El saldo final a 29/06/06 que figura es 0,00 H. Así aparece en el justificante que obra al folio 42 del expediente.

- El 21/12/06 presenta denuncia dirigida a la Agencia Española de Protección de datos ante la Unidad de Consumo del Ayuntamiento de Cieza.

- A requerimiento de la Inspección de Datos Banco Santander manifiesta que no ha sido hallado el

contrato de apertura de cuenta y que la petición de cancelación fue verbal.

- Por estos hechos, Abilio formuló denuncia ante la Oficina del Consumidor de su lugar de residencia y esta dio lugar a la apertura del expediente sancionador que terminó con la resolución que ahora es objeto de recurso.

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: Al no haberse recibido el pleito a prueba, se dio traslado a las partes, por su orden, para conclusiones; en este trámite se evacuó en sendos escritos en los que realizaron las manifestaciones que le convinieron a sus respectivos intereses.

CUARTO: Con fecha 16 de Diciembre 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 lltmo. Sr. JOSE GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Se interpone el presente recurso contencioso administrativo frente a resolución de fecha 23 de Enero de 2009 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)* en relación con el *artículo 6.1 de la LOPD*

La resolución sancionadora se basa en que BANCO SANTANDER SA, se debe señalar que dicha entidad es responsable del tratamiento de los datos del denunciante por cuanto que ha quedado acreditado que fue dicha entidad la que trató los datos de él, para llevar a cabo la apertura de cuentas corrientes y tarjetas, entre otras operaciones, con los datos obtenidos previamente y sin **consentimiento** de fuente no acreditada en el procedimiento.

Se debe señalar, que el tratamiento de datos de carácter personal tiene que contar con el **consentimiento** del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público, que existe una Ley que ampara ese tratamiento o una relación contractual o negocial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato. Sin embargo, no ha quedado acreditada ninguna de las citadas circunstancias por parte BANCO SANTANDER SA.

Concluye la resolución sancionadora con el siguiente razonamiento: "En este caso, BANCO SANTANDER SA ha incurrido en la infracción del *artículo 6 de la LOPD* , toda vez que su actuación supone una vulneración del principio de **consentimiento**, ya que la recogida y el posterior tratamiento se han realizado, por propia decisión, sin contar el **consentimiento** de la denunciante, conducta que encuentra su tipificación en el citado *artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica* ".

SEGUNDO: La resolución sancionadora se funda en lo previsto en el *artículo 44.3 .d)* que considera 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".

Dicho precepto se relaciona, en el caso presente, con lo dispuesto en el *artículo 6.1 y 2 de la LOPD* , donde se recoge el principio general del **consentimiento** y establece que: "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."

TERCERO: La parte recurrente fundamenta su demanda en los siguientes razonamientos que justifican, a su juicio, la anulación pretendida de la resolución dictada por la Agencia Española de Protección de Datos:

- Prescripción de la infracción computándose el plazo de dos años del *artículo 47 de la LOPD desde la retirada de fondos de fecha 29 de Junio de 2006* hasta el inicio del expediente sancionador con fecha 23 de Enero de 2009.

- Caducidad del expediente por el uso fraudulento de las diligencias previas y ello puesto que se produjo una excesiva demora entre la iniciación de dichas diligencias previas y el momento en que se acordó el inicio del expediente sancionador.

- Entendió que el denunciante sí había consentido el tratamiento de sus datos y ello puesto que se abonaron dos nominas y se retiraron los fondos por lo que había **consentimiento** para la apertura de dicha cuenta y para operar con la misma.

CUARTO: En cuanto al plazo de prescripción, resulta que dicho plazo debe computarse desde que se deja de producir la infracción (que es el tratamiento de datos del denunciante) y dicho tratamiento se produce hasta que no se cancelan los datos del denunciante. Esta es una de las llamadas infracciones permanentes cuyo plazo de prescripción no empieza a computarse sino cuando deja de producirse el tratamiento de datos.

Con fecha 29 de Junio de 2006 lo que se realiza es la extracción de todo el saldo disponible en la cuenta pero tal operación no debe confundirse con el cese del tratamiento de los datos del denunciante que no consta cuando se dejó de producir y ello pues dicho cese solo se produce con la cancelación por el Banco recurrente de todos los datos del denunciante. Por esta razón, no es posible entender prescrita la infracción por aplicación de lo previsto en el *artículo 47 de la LOPD*.

Por lo que se refiere a la utilización fraudulenta de las diligencias previas, la parte recurrente conoce perfectamente la doctrina de esta Sala, a pesar de lo que alega la caducidad por entender que ha transcurrido mas de los seis meses preceptivos computados desde el momento de la presentación de la denuncia hasta el momento en que se notifica la resolución sancionadora.

La parte recurrente cita el criterio seguido inicialmente por esta Sala en el recurso 180/2006 ; no obstante, y por lo que respecta a la invocada utilización abusiva y fraudulenta de diligencias previas, si bien esta misma Sala y Sección, en la citada SAN de 17-10-2007 (Rec. 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*), por pretender burlar la aplicación del *Art. 42.2 de la Ley 30/1992* , 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 (Rec. 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* .

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, Rec. 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*), 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*. Realizándose el compute de este modo, y como muy bien conoce la parte recurrente, no es posible entender caducado el procedimiento administrativo sancionador que ha dado lugar a la resolución que es objeto del presente recurso.

QUINTO: En cuanto al fondo del asunto es necesario señalar que es doctrina reiterada de esta Sala que el **consentimiento** para el tratamiento de datos no es exigible que sea expreso ó escrito, pero si que es necesario que sea inequívoco.

La exigencia de la **consentimiento** para el tratamiento y la necesidad de información previa procede de que la protección de datos es un derecho fundamental, que se reconoce en el *artículo 18.4 de la CE*, bajo la referencia al uso de la informática, y que extiende su protección a los datos de carácter personal (STC 292/2000), por tanto, la garantía de la vida privada de la persona y su reputación poseen una dimensión positiva que excede del ámbito del *artículo 18.1 CE* y que se traduce en un derecho al control sobre los datos. Se pretende garantizar ahora a la persona mediante el control sobre sus datos personales con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado (STC 292/2000). Por tanto, no se trata de interpretaciones restrictivas sino de una interpretación de la *ley acorde con su sentido literal, con la interpretación sistemática -en relación con el artículo 11.3 de la LO 15/1999* que impone un conocimiento preciso del titular que presta el **consentimiento**-, con la finalidad de salvaguarda del derecho a la protección de los datos antes expresada y de acuerdo con las previsiones de la *Directiva 95/46 / CE, que precisamente se traspone en la LO 15/1999*.

Se hace necesario determinar si en el presente supuesto se puede admitir que existe **consentimiento** del denunciante para el tratamiento de sus datos consistente en la apertura de una cuenta corriente. En el caso presente el ingreso de la primera nomina se produce con fecha 2 de Mayo de 2006 y, al día siguiente, el denunciante dispone de dicha cantidad (sin formular objeción alguna a la apertura de la cuenta corriente); al mes siguiente se vuelve a ingresar la nomina y transcurre otro mes (hasta el 29 de Junio) para que el denunciante acuda a la oficina y disponga de nuevo de todo el importe que estaba depositado en la referida cuenta corriente que, y esto es cierto, no se sabe como se apertura (Informe del propio Banco que obra al folio 22 del expediente advo)

No puede bastar para sancionar por falta de **consentimiento** en el tratamiento de datos la simple falta del contrato de apertura de la cuenta corriente y ello pues, aunque alguna razón debe haber para que, no solo se apertura una cuenta corriente, sino para que se domicilie la nomina y el denunciante (que conoce la domiciliación de la nomina) extraiga el importe la nomina ingresada en el mes de Mayo sin formular protesta alguna) y, en relación a la nomina del mes de junio, deje transcurrir casi todo el mes sin disponer del dinero y conociendo (obviamente) que su nomina se había ingresado en dicha cuenta, debe considerarse esta actitud del denunciante como de **consentimiento** tácito en relación al tratamiento de sus datos.

Por lo demás, en relación a la tarjeta de crédito nada se ha concretado y ello pues ni se ha identificado la tarjeta de crédito, ni se ha aportado clase de tarjeta ni numeración y no puede sancionarse por falta de **consentimiento** en la emisión de una tarjeta de crédito cuando faltan datos sustanciales en relación a dicha tarjeta.

SEXTO: Por aplicación de lo establecido en el *artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* 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

FALLAMOS

Que ESTIMANDO el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador ALBERTO HIDALGO MARTINEZ, en la representación que ostenta de BANCO DE SANTANDER S.A., contra la resolución descrita en el primer fundamento de esta Sentencia, debemos anular la resolución recurrida. Todo ello sin haber lugar a expresa imposición de costas.

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

LA SECRETARIA

D^a María Elena Cornejo Pérez

