

## EDJ 2011/205147

Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 28-7-2011, rec. 468/2010

Pte: Buisan García, Nieves

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### APLICACIÓN DE LA NORMA

##### EN EL TIEMPO

Retroactividad e irretroactividad

Retroactividad de norma más favorable

#### INFRACCIONES Y SANCIONES; DERECHO SANCIONADOR

##### TRIBUTARIAS

Protección de datos

Culpabilidad

#### PROTECCIÓN EN EL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS

##### PRINCIPIOS Y DERECHOS

Consentimiento del afectado

##### FICHEROS DE TITULARIDAD PRIVADA

Comunicación de la cesión de datos

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita 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.2.2 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.4.4 de RD 1398/1993 de 4 agosto 1993. Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora

Cita art.128.2 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Cita art.9, art.24.2, art.25.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.347, art.348 de RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

Versión de texto vigente null

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado el 5 de julio de 2010, acordándose por providencia de 30 de julio siguiente 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 tal parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 28 de octubre de 2010 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia en la que se estimara el recurso y se anulara la resolución recurrida por no ser la misma conforme a Derecho.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 25 de noviembre 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 administrativa por ser conforme a Derecho.

CUARTO.-.- No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, y

no considerándose necesaria la celebración de vista pública, se dio trámite de conclusiones a las partes, trámite que evacuaron por su orden, primero la defensa de la entidad recurrente y después el Abogado del Estado en representación de la Administración, mediante escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivos pedimentos.

QUINTO.-.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 20 de julio de 2011, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido ponente la Ilma. Magistrada D<sup>a</sup> NIEVES BUISAN GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo, por Banco Santander SA, la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 28 de abril de 2010 que acuerda imponer a dicha entidad, por una infracción del artículo 11.1 de la LOPD, tipificada como muy grave en el artículo 44.4.b) de dicha norma, una multa de 60.101,21 euros, de conformidad con los artículos 45.3, 4 y 5 de la citada Ley Orgánica.

Son datos fácticos relevantes los que se exponen a continuación:

1º. BANCO SANTANDER aportó copia de una "Solicitud de Cuenta", fechada el 25/09/2000, en la que constan los datos personales del denunciante, que interviene en la misma en la condición de "Autorizado".

2º. Con fecha 12/05/2005, BANCO SANTANDER remitió al denunciante una reclamación de deuda por importe de 12.250,62 euros, en la que se advertía sobre la posible cesión de los datos respectivos a "Servicios de Control de Morosidad" Badexcug y Equifax.

3º. Los datos del denunciante fueron incluidos en el fichero "Asnef" a instancia de BANCO SANTANDER, con fecha de alta 30/05/2005 y baja el 24/12/2007. El importe de la deuda anotada fue de 12.250,62 euros. En el apartado "Naturaleza del interviniente", se indica "Cotitular".

4º. Fueron incluidos en el fichero "Badexcug" con fecha de alta 29/05/2005, por razón de una deuda con BANCO SANTANDER por importe de 12.250,62 euros, constando como fecha de la baja el 14/12/2007.

5º. Constan las notificaciones efectuadas al denunciante por Asnef-Equifax y Experian para dar cuenta de la inclusión de sus datos en los ficheros "Asnef" y "Badexcug", ambas fechadas en junio de 2005.

6º. BANCO SANTANDER suscribió con LINK FINANZAS un Contrato de Compraventa de Cartera de Créditos y Cesión Onerosa de Créditos, elevado a público mediante Escritura de 04/12/2007.

7º. Entre los expedientes de créditos cedidos por BANCO SANTANDER a LINK FINANZAS figura el relativo al denunciante.

8º. El 05/12/2007 BANCO SANTANDER y LINK FINANZAS remitieron al denunciante una comunicación postal, por la que se informaba sobre la cesión del crédito detallado en el Hecho Probado Segundo, incluidos "todos los derechos y privilegios accesorios al crédito", a favor de LINK FINANZAS, que se convertía en su legítimo acreedor.

9º. Mediante escrito de 21/12/2007, el denunciante comunicó a LINK FINANZAS que no era titular de la cuenta a la que pertenecía el saldo deudor que dio lugar a la deuda reclamada. Solicitó a la misma el contrato de cuenta corriente que soporta el crédito que le fue cedido por BANCO SANTANDER, y la cancelación de sus datos personales en los ficheros de la entidad y en los ficheros de morosidad en los que hubiera sido incluido.

10º. LINK FINANZAS, con fecha de 14/03/2008, y como consecuencia de dicha reclamación, solicitó la revisión de los documentos relativos al crédito del denunciante a BANCO SANTANDER, que informó mediante correo electrónico de fecha 18/08/2008, lo siguiente:

"La reclamación interpuesta... tiene su razón de ser en el hecho de que él realmente es únicamente autorizado y no titular tal y como aparece en Partenón. Por este hecho rogamos se cesen las reclamaciones frente al cliente y se de baja en vuestros ficheros, en aras de evitar reclamaciones indeseadas frente a ambas entidades".

SEGUNDO.- - La infracción imputada a Banco Santander SA es la del artículo 11.1 de la LOPD a cuyo tenor "Los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y cesionario con el previo consentimiento del interesado".

Precepto ha de ser completado con la Directiva 95/46 /CE, que se refiere a la cesión dentro de la definición de tratamiento y la conceptúa como comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso de los datos, cotejo o interconexión.

Es tal cesión de datos personales, conforme a reiterada doctrina de esta Sala de la Audiencia Nacional, un concepto jurídico de gran amplitud y así, cualquier revelación o manifestación de datos a un tercero, distinto del interesado, constituye cesión o comunicación de los mismos a efectos de la LOPD. Las SSAN de esta misma Sección de 21-6-2002 (Rec. 990/2000), 19-5-2004 (Rec. 259/2003) y 18-5-2006 (Rec. 429/2004), entre otras, razonan que dicho concepto de cesión no puede ser más amplio, pues se entiende por tal toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado. Suponiendo que determinados datos se encuentren en poder del titular o responsable del fichero, cualquier comunicación de los mismos a una persona distinta del interesado o afectado, constituye cesión en sentido técnico.

En el presente caso la resolución combatida sustenta su decisión sancionadora, en base a lo siguiente:

Ha quedado acreditado que BANCO SANTANDER cedió a LINK FINANZAS los datos personales del denunciante, incluidos en el contrato de compraventa de cartera de créditos y cesión onerosa de Créditos formalizado en fecha 04/12/2007, asociados a una deuda que tiene su origen en un descubierto de una cuenta bancaria cuya titularidad corresponde a un tercero y no al denunciante, que figuraba en el contrato de dicha cuenta como "autorizado", según ha reconocido la propia entidad imputada.

La cesión de datos fue realizada para una finalidad diferente para la que éstos fueron recabados, sin que BANCO SANTANDER haya justificado que contara con el consentimiento del denunciante para efectuar la citada cesión.

Dicha cesión se efectuó mediante un contrato de "Compraventa de Cartera de Créditos y Cesión Onerosa de Créditos" elevado a público mediante escritura de 04/12/2007, en virtud del cual BANCO SANTANDER vendió y cedió a LINK FINANZAS una cartera de créditos de diversa naturaleza, derivados de operaciones vencidas y determinada a fecha 12/11/2007, adquiriendo ésta la plena titularidad de todos y cada uno de los créditos que componían dicha cartera.

(...)En definitiva, resulta que no existe deuda del denunciante y, por ello, se concluye que no se cumplieron los requisitos exigidos por la normativa de protección de datos. Por tanto, conforme a lo expuesto, BANCO SANTANDER cedió los datos del denunciante indebidamente, dado que no existe en este caso cobertura legal por cuanto quiebra el supuesto fáctico, dado que el denunciante no era deudor de dicha entidad y por ende no existía ningún crédito objeto de venta y consiguiente cesión de datos personales.

TERCERO.- Es aplicable al litigio lo dispuesto en el Artículo 347 del Código de Comercio EDL 1885/1, según el cual: Los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia.

El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que hiciera a éste. Y asimismo lo dispuesto en el artículo 348 según el cual: El cedente responderá de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión, pero no de la solvencia del deudor, a no mediar pacto expreso que así lo declare.

La figura de la cesión de datos personales en relación con el contrato de compraventa y cesión de créditos elevado a escritura pública, al amparo de tales artículos 347 y 348 del Código de Comercio EDL 1885/1, es una cuestión que ya ha sido planteada y resuelta por esta Sala en la SAN 8-7-2010 Rec. 903/2009, a la que se remiten las SSAN 8-10-2010 Rec. 904/2009, y 30-11-2010 Rec. 841/2009, en las que hemos considerado lo siguiente:

"en aquellos supuestos en que no se discute la existencia de un crédito transferido sino una diferencia en las cuantías reclamadas, debido a una diferente interpretación de las obligaciones derivadas del contrato suscrito entre los denunciantes y al recurrente, respecto de los efectos del preaviso para resolver el contrato, la interpretación de tal cláusula y de aquella otra que contempla que el precio de los servicios contratados efectuada por cuotas mensuales a abonar el día primero de cada mes, corresponde al orden jurisdiccional competente y excede de la competencia de la AEPD.

Ahora bien también se argumenta que solamente en los supuestos que no consta la existencia de deuda alguna que justifique la cesión de datos se considera que se ha producido una vulneración del artículo 11 de la LOPD tipificada en el artículo 44.4.b) de la citada norma, pues en estos supuestos no se analiza la calidad de los datos sino la falta de consentimiento para su cesión".

CUARTO.- La entidad recurrente, en la demanda, más que negar la existencia de una cesión de datos personales, lo que sostiene es que de existir una infracción, ésta sería la de calidad del dato del artículo 4.3 LOPD, pues se trata de un error informático que no tiene suficiente entidad infractora, al no concurrir ningún elemento de culpabilidad y dado que la razón por la que los datos del denunciante han sido tratados por el Banco, deriva de existir una inexactitud en sus ficheros informáticos en los que no aparecía el interesado como simple "autorizado", sino como titular de la cuenta.

Considera la Agencia, sin embargo, que es aplicable al supuesto lo establecido en el artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto EDL 1993/17573, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que señala que:

"En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida"; decir que procede subsumir ambas infracciones en una. Y ello es así, dado que se ha producido una vulneración del principio de calidad de los datos (artículo 4.3 de la LOPD), infracción calificada como grave por el artículo 44.3.d) de esa norma, pero también un incumplimiento del principio de consentimiento (en su vertiente cualificada, el consentimiento necesario para permitir una cesión de datos personales), infracción calificada como muy grave en el artículo 44.4.b) de la misma norma.

Razonamientos y consideraciones que han de ser confirmadas por la Sala, conforme a lo razonado en el fundamento jurídico anterior.

QUINTO.- Corresponde por ello desestimar la pretensión de la demanda y confirmar la sanción aplicable a la infracción muy grave cometida, que se rebaja en grado por la Agencia a tenor de la previsión contemplada en el artículo 45.5 LOPD, en base a lo siguiente:

(...) artículo 45.5 de la LOPD que debe aplicarse de forma excepcional y cuando se den suficientes circunstancias para ello. En este caso, cabe apreciar circunstancias que suponen una disminución cualificada de la culpabilidad y antijuridicidad, por cuanto ha quedado acreditada la falta de intencionalidad en la conducta de la entidad BANCO SANTANDER que, si bien es responsable de la comunicación de datos efectuada, lleva a cabo la misma sin voluntad de infringir la normativa de protección de datos personales, y además, una vez tuvo conocimiento de los hechos intentó minimizar sus efectos, subsanando oportunamente la incidencia constatada.

Por otra parte, interesa destacar de forma especial que los datos del denunciante estaban realmente asociados a la cuenta bancaria a la que correspondía el saldo deudor y que la irregularidad resulta del registro de tales datos como si se tratara del titular de la misma, en lugar de recoger la correcta relación que mantenía como "autorizado" en dicha cuenta. Se estima procedente, por tanto, aplicar lo dispuesto en el citado artículo 45.5 de la LOPD, con la imposición de una multa por el importe establecido para las infracciones graves.

No obstante lo anterior, es importante poner de manifiesto que durante la tramitación del presente recurso jurisdiccional, y previamente a dictarse esta sentencia, ha sido promulgada la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que ha entrado en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (5-3-2011), cuya disposición final quincuagésima sexta modifica la LO 15/1999 EDL 1999/63731.

Cuestión a la que se hace referencia por las partes, en el trámite de alegaciones que al efecto se les concedió.

Entiende la representación del Banco de Santander que, aplicando retroactivamente dicha modificación legislativa correspondería en el caso la imposición de una multa de 900 euros. Considera el Abogado del Estado, en cambio, a través de la nueva resolución de la Agencia que adjunta como documento num. 1 con su escrito de alegaciones, que a tenor del nuevo apartado 4 del artículo 45 LOPD se replantea el criterio hasta ahora mantenido por la Agencia en el sentido de imponer el mínimo de la cuantía con carácter general, siendo ahora necesario tomar en consideración nuevos factores.

La infractora es una empresa que tiene como actividad los servicios bancarios y tiene un constante tratamiento de datos derivado del importante volumen de negocios y clientes, estando su actividad estrechamente relacionada con el tratamiento de datos (...) no obstante, atendidas las circunstancias concurrentes y las ya determinadas en la resolución y sin prejuzgar lo que se señale en casos futuros a la vista de las concretas circunstancias que concurran en aquellas, la Agencia (...) considera procedente la imposición de una sanción de 20.000 euros.

SEXTO.- Entiende esta Sala que es ésta una cuestión a la que ha de aplicarse la consolidada doctrina del Tribunal Supremo que se expone, entre otras muchas, en la sentencia de 9-3-2010 (Rec. 553/2007), que a su vez cita la de 15-7-2008 (Rec. 113/2005), según la cual es el artículo 9.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , que consagra entre sus principios la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos, el que nos obliga -a contrario sensu -, y de oficio, a plantearnos la cuestión relativa a la aplicación retroactiva, al supuesto de autos, de la norma sancionadora mas beneficiosa.

Aplicación retroactiva de la norma más favorable que deriva también del artículo 128.2 de la Ley 30/1992 EDL 1992/17271 cuando señala que las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor, que constituye uno de los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, como excepción a la regla general del artículo 128.1, sobre aplicación de las "disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos".

Aplicación retroactiva de la norma más beneficiosa que deriva implícitamente del artículo 9.3 CE EDL 1978/3879 , y también del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE EDL 1978/3879 ) en relación con la seguridad jurídica, y que se contiene igualmente en el artículo 2.2 del Código Penal EDL 1995/16398 , que ordena que dicha garantía prevalezca incluso sobre la firmeza de la sentencia condenatoria. Así, ha de tomarse en consideración que la Jurisprudencia constitucional ha declarado con reiteración que los principios y garantías básicos presentes en el ámbito del derecho penal son aplicables, con ciertos matices, en el ejercicio de cualquier potestad sancionadora de la Administración Pública ( STC 76/1990, de 26 de abril). Y ya la STC 18/1981 (FJ 2º in fine), había señalado que las garantías procesales constitucionalizadas en el artículo 24.2 CE EDL 1978/3879 son de aplicación al ámbito administrativo sancionador " en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de tal precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución EDL 1978/3879 . No se trata por tanto de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional".

Consideramos además, que procede que éste órgano de la jurisdicción realice directamente la aplicación retroactiva de tal Ley más beneficiosa pues como indica la STS 18-3-2003 (Rec. 5721/1998): Tampoco la firmeza y ejecución de la resolución administrativa impide que se aplique la ley más favorable (...) siendo una de las opciones posibles que en estos casos la Jurisprudencia se hubiera pronunciado a favor de devolver las actuaciones administrativas para que los hechos fuesen calificados de nuevo por la Administración, sin embargo ha preferido seguir la de entrar directamente en el tema, teniendo siempre en cuenta el previo y oportuno debate entre las partes, basándose implícitamente en una razón de economía procesal ( SSTS 13-3-1992 y 12-5-1989).

Ello, en definitiva, porque las limitaciones en la fiscalización de los actos administrativos inherentes al principio de jurisdicción revisora, tienen carácter instrumental y no pueden prevalecer frente a una garantía de orden sustantivo del ejercicio de la potestad sancionadora.

Y entiende igualmente la Sala, que con tal aplicación retroactiva sí se esta llevando a cabo una aplicación íntegra o en bloque de la ley más beneficiosa, es decir, incluidas aquellas de sus normas que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final suponga un beneficio para el reo, ya que en otro caso la nueva carecería de esa condición de mas beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva ( SSTC 75/2002, de 8 de abril y 21/1993, de 18 de enero).

Así pues, por mor de la repetida aplicación retroactiva de dicha modificación legislativa, tomando en consideración que la cesión incontestada de datos personales se contempla tras tal reforma operada por la LES como infracción grave (y no muy grave) en el artículo 44.3 de dicha LOPD, y de conformidad asimismo con el principio de proporcionalidad, y todo ello en relación con la facultad prevista en el artículo 45.5 LOPD que se aplica por la AEPD en la resolución impugnada, considera la Sala que procede la imposición de una multa de 10.000 euros, correspondiente a la infracción del artículo 11.1 LOPD cometida por Endesa Energía SA.

SEPTIMO.- Sin que concurran las causas expresadas en el art. 139 de la LJCA EDL 1998/44323 para la imposición de las costas a ninguna de las partes.

## FALLO

Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Banco Santander SA frente a la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de 28 de abril de 2010, que impone a dicha entidad actora una sanción de 60.101,21 euros, revocamos parcialmente dicha resolución en cuanto la cuantía de la sanción impuesta ha de ser reducida a la de 10.000 euros, por las consideraciones expuestas en el fundamento de derecho sexto, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

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

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: 28079230012011100392