

- Expediente N°: **PS/00211/2021**

## RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Del procedimiento instruido por la Agencia Española de Protección de Datos y en consideración a los siguientes

### ANTECEDENTES

PRIMERO: D. <sup>a</sup> **A.A.A.**, con NIF \*\*\*NIF.1 (en lo sucesivo, la reclamante), con fecha 7 de enero de 2021 interpuso reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos (en lo sucesivo, AEPD) contra BANKIA, S.A., con NIF A14010342. En virtud del acuerdo de fusión por absorción suscrito entre BANKIA, S.A., como entidad absorbida, y CAIXABANK, S.A., con NIF A0866\*\*\*CUENTA.119, como entidad absorbente, inscrito en el Registro Mercantil el 26 de marzo de 2021, esta última (en adelante la reclamada) se subrogó en la posición jurídica de la primera.

La reclamante basa su reclamación en el tratamiento que la entidad reclamada ha efectuado de sus datos personales, sin su conocimiento ni consentimiento, con ocasión de la celebración de un contrato de cuenta corriente suscrito a su nombre en el que también figuraron como contratantes y cotitulares de la cuenta dos personas físicas más. Estima que la reclamada permitió que un tercero, **B.B.B.**, actuara en su representación y celebrara en su nombre un contrato dando por válido y suficiente para ese acto el poder que el tercero exhibió; poder que la reclamante considera que no le habilitaba para intervenir en su representación en un negocio jurídico de las características del que celebró con la reclamada.

La reclamante otorgó el 1 de octubre de 2010 a favor **B.B.B.**, (el tercero) un poder general que le facultaba para representarla en distintos actos, entre otros “*abrir cuentas corrientes o de crédito*”, pero en el documento notarial se advertía que la representación otorgada estaba circunscrita, exclusivamente, a los bienes relacionados e integrados en la \*\*\*COMUNIDAD DE BIENES.1 y dos más, C.B.”

La reclamante ha aportado el informe emitido el 21 de diciembre de 2020 por el Departamento de Conducta de Entidades del Banco de España en respuesta a la reclamación que ella formuló ante ese órgano regulador después de haberse dirigido al Servicio de Atención al Cliente (SAC) de la reclamada. El informe dice en el punto IV, “*Conclusión*”:

*“[...] Bankia atendió la instrucción del representante de la reclamante para incluirla como cotitular en una cuenta, pero la entidad no acredita que se presentara un poder que otorgara facultades para ello. [...]”* (El subrayado es nuestro)

En el apartado III, “*Opinión del Departamento*” se ofrece la siguiente argumentación:

*“La cuenta con numeración finalizada en \*\*\*CUENTA.1 fue abierta el 26/07/20 a nombre de tres*

*personas físicas distintas, entre ellas la reclamante[...]. La entidad afirma que [la reclamante] actuó representada por su padre, D. **B.B.B.**, y que éste disponía de poder suficiente al efecto. [La reclamante] señala que el poder conferido amparaba la apertura de la cuenta. Lo que consta es copia de escritura otorgada el 01/10/10 según la cual la reclamante, [...], otorgó poder general a su padre, D. **B.B.B.**, incluyendo la facultad de abrir cuentas corrientes, “SOLO Y EXCLUSIVAMENTE CON LOS BIENES RELACIONADOS E INTEGRADOS EN LA \*\*\*COMUNIDAD DE BIENES.1 Y DOS MÁS C.B”.*

*Así pues, [la reclamada] admitió el poder conferido, que sólo era válido en relación con determinados bienes de **\*\*\*COMUNIDAD DE BIENES.1** y Dos Más C.B, para que D. **B.B.B.**, actuando en representación de su hija [la reclamante], la incluyera como titular en una cuenta en la que también figuraban otras dos personas físicas. Es decir, que se trataba de una cuenta cuya titularidad no correspondía a la comunidad de bienes antes mencionada.*

*[...]*

*En consecuencia, consideramos que en la actuación de la entidad se ha producido vulneración de las buenas prácticas financieras, al no haber actuado con la diligencia exigible en defensa de los intereses de su cliente en la medida en que Bankia atendió la instrucción del representante de la reclamante para incluirla como cotitular en una cuenta, pero no consta que el poder aportado fuera suficiente para amparar dicha actuación.”*

**SEGUNDO:** A la vista de la reclamación, conforme a lo dispuesto en el artículo 65.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), la AEPD da traslado de ella a la reclamada en fecha 16 de febrero de 2021 para que en el plazo de un mes facilite una explicación sobre los hechos denunciados, detalle las medidas adoptadas para evitar que en el futuro se sigan produciendo situaciones similares y proceda también a comunicar su decisión a la reclamante.

El 12 de marzo de 2021 se recibe la respuesta del Delegado de Protección de Datos (DPD) de la reclamada en la que expone las actuaciones llevadas a cabo por la entidad y las conclusiones obtenidas.

El informe comienza diciendo: “La reclamación de D<sup>a</sup>. [la reclamante] se basa en la supuesta vulneración de sus derechos por parte de Bankia al permitir a un tercero (D. **B.B.B.**), padre de la reclamante, la contratación de una cuenta corriente a su nombre haciendo uso de un poder notarial que cuestiona que le otorgase representación para ello. [...].”

El DPD concluye “[...] Que no ha quedado, por tanto, acreditado que haya existido vulneración en materia de protección de datos tratándose la reclamación presentada ante el Banco de España de una cuestión ajena a esta normativa como es la contratación a nombre de la Sra. [la reclamante] por parte de un tercero haciendo uso de un poder notarial que se cuestiona le otorgara las facultades necesarias para ello. Y en este sentido se ha contestado al reclamante, aportándose copia de dicha comunicación como documento nº2.” (El subrayado es nuestro)

Aporta con su respuesta estos documentos:

(i) Carta que el SAC de BANKIA dirige a la reclamante, de fecha 10 de marzo de 2021, con la que le traslada su respuesta frente al informe emitido por el Departamento de Conducta de Entidades del Banco de España referente a su reclamación R-**\*\*\*REFERENCIA.1.**

(ii) Carta que el DPD dirige a la reclamante el 12 de marzo de 2021 en la que le comunica que la AEPD le ha dado traslado de su reclamación y le indica que el SAC procedió el día 10 de marzo de 2021 a remitirle los apuntes de la cuenta corriente correspondientes a los días 26 y 27 de julio de 2018.

TERCERO: El 4 de mayo de 2021 la Directora de la AEPD dicta resolución admitiendo a trámite la reclamación formulada.

De conformidad con el artículo 65.5 de la LOPDGDD, el acuerdo de admisión a trámite se notificó a la reclamante y consta recibido por ella el 5 de mayo de 2021.

CUARTO: Con fecha 18 de junio de 2021 la Directora de la AEPD acuerda iniciar procedimiento sancionador a la reclamada, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), por la presunta infracción del artículo 6.1 del RGPD en relación con el artículo 5.1.a), tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD.

QUINTO: Alegaciones al acuerdo de inicio.

Notificado el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, la reclamada presenta sus alegaciones el 2 de julio de 2021 en las que solicita que se declare la nulidad de pleno Derecho del procedimiento por los motivos que detalla en la alegación primera de su escrito. Subsidiariamente, que se acuerde el archivo del procedimiento por inexistencia de infracción de la normativa de protección de datos de carácter personal. Y, con carácter subsidiario respecto a las anteriores pretensiones, que se le aperciba (artículo 58.2.b, RGPD) o, en su defecto, se reduzca significativamente la cuantía de la multa prevista en el acuerdo de apertura.

En apoyo de sus respectivas pretensiones invoca estos argumentos:

1.La alegación primera lleva por rúbrica *“De la indefensión producida a mi mandante como consecuencia de la fijación del importe de la sanción en el acuerdo de inicio”*.

Expone en este apartado que el acuerdo de apertura adolece de un *“vicio radical”*, derivado de una interpretación de los artículos 64 y 85 de la LPACAP contraria a la Constitución, que determina la nulidad del procedimiento, a tenor del artículo 47.1.a) LPACAP.

A su juicio el acuerdo de apertura se encuentra viciado de nulidad, de una parte, por la indefensión total y absoluta que le ha generado que la AEPD haya fijado en él el importe de la sanción, en lugar de expresar solo los límites de la posible sanción; porque a través del acuerdo de inicio se ha hecho una valoración de su culpabilidad *“in audita parte”*, valoración carente de motivación y en la que incluso se han

mencionado las atenuantes y agravantes que concurren. Por otra, el vicio de nulidad deriva de la ruptura del principio de separación entre la fase de instrucción y de sanción, principio consustancial al Derecho Penal y aplicable al Derecho Administrativo sancionador de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 8/1981, de 8 de junio; 54/2015, de 16 de marzo; y 59/2014, de 5 de mayo).

El principio de la separación entre las fases de instrucción y de resolución se habría vulnerado, dice la reclamada, porque el acuerdo de inicio ha afectado sustancialmente a la imparcialidad del órgano instructor y le ha privado de un conocimiento objetivo de los hechos, ya que, antes de que inicie su labor instructora, el órgano instructor ha conocido cuál es el criterio del órgano sancionador, al que elevará el expediente para la imposición de la sanción que *“pudiera corresponder”*, órgano con el que, además, mantiene una relación de dependencia jerárquica.

Respecto al artículo 85 de la LPACAP, entiende que es aplicable solo a aquellos casos en los que *“la norma sancionadora impone una multa de carácter fijo y objetivo por la comisión de una infracción”*. A lo que añade que el acuerdo de apertura no ha respetado el tenor literal del precepto -según el cual podrá determinarse la cuantía de la sanción *“iniciado”* el procedimiento sancionador- por lo que excede de su previsión asimilando *“el acto mismo de la iniciación con el hecho de que el procedimiento se encuentre iniciado”*.

2. La alegación segunda versa sobre la licitud de su conducta.

La reclamada defiende la licitud de su conducta sobre la base de una *“conclusión”* a la que, según dice, esta Agencia llegó en el acuerdo de apertura del procedimiento. De este modo, los argumentos que invoca en defensa de la licitud de su actuación giran en torno a una *“conclusión”* que nos atribuye y no tienen otra finalidad que desvirtuarla.

Así, manifiesta que el órgano sancionador *“concluye, que, en base al poder notarial otorgado, que adjuntamos [...], mi mandante debería haber abierto una cuenta a nombre de la Comunidad de Bienes a la que pertenecía [...] la reclamante, en lugar de abrir una cuenta a nombre de la reclamante, y que tal actuación supone una infracción del artículo 6.1 RGPD al no existir una base de licitud para el tratamiento de los datos de la reclamante, además de considerar que tal actuación supone una palmaria falta de diligencia en la actividad que le es propia.”* (El subrayado es nuestro)

Tras esta aseveración que atribuye a la Agencia expone los motivos por los que disiente de ella y en los que funda su impugnación. Transcribimos los siguientes párrafos de su alegato:

*“Mi mandante no puede estar más en desacuerdo con dichas aseveraciones, y ello, de acuerdo con los propios términos del poder otorgado, que resultan meridianamente claros en relación con la voluntad de la poderdante, que otorga un poder que faculta al apoderado para abrir cuentas en establecimientos en su nombre y representación, actuación que llevó a cabo la oficina bancaria una vez exhibido oportunamente el documento que nos ocupa.”*

*“Justamente, y de manera obvia, la falta de diligencia resultaría imputable en el supuesto de haber abierto una cuenta a nombre de la Comunidad de Bienes, puesto*

*que no se trata de un poder notarial otorgado por la Comunidad de Bienes para llevar a cabo dicha actuación en su nombre; resulta evidente que mi mandante no puede aperturar una cuenta en nombre de una Comunidad de Bienes, constituida por varios comuneros, sin un poder otorgado por ellos en tal sentido.”*

*“Como es de ver, la actuación de mi mandante se ciñó estrictamente a los términos del poder otorgado, puesto que actuó estrictamente de acuerdo con la delegación de facultades otorgada en su momento por la reclamante.”*

Seguidamente, tomando como premisa mayor de su argumentación la conclusión que atribuye a la AEPD, hace los siguientes razonamientos:

-Sobre su actuación diligente:

Comienza indicando que, a tenor del poder notarial, los únicos “socios” integrantes de la comunidad de bienes junto con la reclamante eran sus hermanos **D.D.D.** y **E.E.E.** Añade que los titulares de la cuenta coinciden con los comuneros integrantes de la comunidad de bienes. Y, a continuación, concluye: *“por lo que justamente sí existe diligencia por parte de mi mandante: el apoderado debidamente facultado para ello abre una cuenta en nombre y representación de la reclamante, siendo que los otros cotitulares son los dos otros integrantes de la Comunidad de Bienes”*. (El subrayado es de la AEPD)

-Sobre el poder otorgado:

Argumenta que el poder recoge una *“limitación de facultades para el apoderado:”*; que es *“un poder limitativo dirigido al apoderado, no a mi mandante (o cualquier otra entidad bancaria, o cualquier tercero ajeno al poder).”* Añade que *“en ningún lugar del poder la reclamante ha hecho constar la indicación o instrucción expresa de que la gestión del mandato se realice a través de una cuenta abierta a nombre de la Comunidad de Bienes.”* *“Y una instrucción en tal sentido entendemos que sería muy discutible si efectivamente concierne a la entidad bancaria) es el apoderado el responsable de cumplir con el mandato conferido, no mi mandante. Es decir, es al apoderado, de manera exclusiva y excluyente, a quien atañe dar cumplimiento al mandato representativo otorgado, y a quien le compete responder ante el poderdante y rendir cuentas de su gestión.”*

A propósito del poder que el tercero exhibió ante la reclamada, dice que *“La reclamante al otorgar dicho poder confiere su expresa autorización y su consentimiento para aperturar cuentas corrientes en su nombre, como es el hecho que nos ocupa, resultando el correspondiente tratamiento de sus datos para finalidades legítimas como la ejecución de la relación contractual o el cumplimiento de las obligaciones normativas exigibles a mi mandante, resultando el tratamiento lícito, leal y transparente.”*

-Sobre el bastanteo del poder manifiesta que, *“como todas las entidades financieras, tienen una interlocución habitual y directa con los apoderados y poderes de representación”, “cuenta con un procedimiento de bastanteo de poderes robusto y eficaz, destinado a analizar y verificar que las personas que actúan bajo un mandato representativo lo hacen con poder bastante y suficiente.”* Adjunta como documento anexo tres una *“guía de bastanteo”* que es utilizada por la entidad. █

-Respecto al informe emitido por el Departamento de conducta de entidades del Banco de España, que se pronuncia sobre la insuficiencia del poder que el tercero exhibió ante la reclamada, dice que es competencia de los Tribunales de *Justicia* “*la interpretación y decisión sobre la suficiencia de un poder notarial de representación, las especificaciones del mandato y las facultades conferidas.*”

-Respecto a la competencia de esta AEPD para conocer de la controversia planteada, considera que es manifiesto que esta controversia “*excede del ámbito competencial de la AEPD*” pues la cuestión de fondo versa sobre un “*aspecto del derecho no consagrado en la normativa de protección de datos*”, por lo que, en su opinión, su resolución debería instarse ante los tribunales de justicia.

3. Su alegación tercera se refiere a las circunstancias que la AEPD ha apreciado en aras a graduar el importe de la sanción de multa.

3.1. Con carácter previo, expone que resulta evidente que la sanción que consta en el acuerdo de apertura estaba “*predeterminada*”. Que, para la Agencia, las circunstancias que concurren en el caso concreto son “*irrelevantes*”, pues su presencia es “*meramente accesorio*” para fijar la sanción. Llama la atención sobre el hecho de que la sanción de 60.000 euros que, dice, la Agencia coincide en imponer para cualquier infracción del artículo 6.1 del RGPD “*que no merezca un reproche sancionador especialmente elevado*”, suele estar acompañada de un gran número de agravantes y de ninguna atenuante. Por el contrario, en el asunto que nos ocupa, en el que se ha fijado la posible sanción de multa en 60.000 euros, no concurren un “*gran número de agravantes*” y, además, se ha apreciado una atenuante y el acuerdo de apertura específica “*la escasa*” “*gravedad de la sanción, atendidos los daños y perjuicios sufridos por el titular de los datos*”.

3.2. Considera que no son aplicables ninguna de las agravantes que la AEPD, “*indebidamente*”, ha estimado concurrentes y que la infracción que se le imputa, de existir, extremo que niega, sería leve, por lo que solicita que se imponga, “*a lo sumo*”, la medida de apercibimiento prevista en el artículo 58.2.b) RGPD.

Razona en ese sentido, lo siguiente:

(i) Sobre la agravante del artículo 83.2.a) RGPD apreciada en el acuerdo de apertura, transcribe este fragmento del acuerdo: “*A la exigencia de que se valore adecuadamente el contenido de los poderes de representación que se exhiben ante ella se une el hecho de que las contrataciones por medio de representante no son infrecuentes en el marco de su actividad empresarial.*” Y sobre él hace los siguientes comentarios que merecen ser reproducidos:

-Que, “*en ningún caso afecta a las contrataciones en su totalidad por medio de representante, tal y como se ha argumentado en el acuerdo de inicio, puesto que mi mandante cuenta con un sistema de bastanteo fiable y robusto, en el que se cumplen todas las medidas para analizar y verificar el contenido de cualquier poder notaria y de las facultades que se puedan otorgar a través del mismo.*” (El subrayado es nuestro)

-Que le resulta sorprendente que no se aprecie como atenuante el hecho de que el afectado sea una persona, “*precisamente porque como indica la Agencia en su escrito*

*de Acuerdo de Inicio, estas contrataciones por medio de representante no son infrecuentes en el marco de [su] actividad empresarial". Insiste en que se debía haber valorado el número de afectados y el nivel de daños y perjuicios, que califica de inapreciable ya que no se han "producido y/o justificado" perjuicios económicos.*

(ii) Sobre la circunstancia del artículo 83.2.b) del RGPD que se apreció como agravante en el acuerdo de apertura, afirma que la Agencia ha establecido una presunción: presume que "es una práctica común" de esa entidad reclamada "la de carecer de base de licitud en el caso de que un cliente se encuentre representado mediante poder notarial". Por lo que, ante esta postura de la Agencia, invoca el principio de presunción de inocencia y recuerda que éste se proyecta no solo sobre la conducta típica, cuya comisión debe acreditarse, sino también sobre las circunstancias que afecten a la responsabilidad y al reproche sancionador que pretenda otorgarse a tal conducta.

La reclamada justifica la presunción que atribuye a la AEPD -que es una práctica común de la entidad la de carecer de base de licitud en el caso de que un cliente se encuentre representado mediante un poder notarial-, con estos párrafos que transcribimos, que recogen fragmentos del acuerdo de apertura:

*<< "Se aprecia una grave negligencia en la actuación del reclamado. Tomando en consideración que en el desenvolvimiento de su actividad empresarial se presentan con relativa frecuencia contrataciones por medio de representante, forma parte de la diligencia mínima que es exigible que el representado verifique que, efectivamente, el poder que el representante exhibe ante ella sobre la representación que dice ostentar le habilite para actuar en su nombre en el particular negocio que se pretende celebrar*

*A su vez, se indica que "La evidente vinculación entre la actividad empresarial del reclamado y el tratamiento de datos personales (artículo 83.2.k, del RGPD en relación con el artículo 76.2.b, de la LOPDGDD) En la actividad empresarial del reclamado resulta imprescindible el tratamiento de numerosos datos de carácter personal de sus clientes por lo que, habida cuenta del importantísimo volumen de negocio de la entidad financiera reclamada cuando acontecen los hechos (entre julio de 2018 y febrero de 2020) la trascendencia de la conducta infractora objeto de la presente reclamación es innegable.">>*

3.3. Solicita que se aprecie como atenuante la circunstancia del artículo 76.2.c) de la LOPDGDD, al no haber existido beneficio alguno para ella derivado de la actividad objeto de reproche y ante la inexistencia de perjuicio para la reclamante.

Respecto a la circunstancia del artículo 76.2.e) LOPDGDD que el acuerdo de apertura ha valorado como atenuante, declara que es irrelevante, pues no ha servido para minorar el reproche sancionador, visto el "importe desproporcionado" de la sanción que se fija en él.

Teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la ausencia de negligencia, solicita que no se imponga una sanción de contenido económico, sino, únicamente, un apercibimiento previsto en el artículo 58.2.b) RGPD.

Aporta los documentos siguientes:

1. La escritura de apoderamiento a favor del letrado que interviene en nombre de la reclamada en este procedimiento sancionador.

2. La escritura pública notarial autorizada el 1 de octubre de 2010 relativa al poder otorgado por la reclamante a favor del tercero, **B.B.B.**. El documento indica que la compareciente -actual reclamante- interviene *“En su propio nombre y derecho, haciendo constar la compareciente que, juntamente con sus hermanos **D.D.D.** y **C.C.C.**, son los únicos socios integrantes de la \*\*\*COMUNIDAD DE BIENES.1 y DOS MÁS, C.B., [...].”*

La escritura, después de recoger los datos de la interviniente dice:

**“OTORGA:**

*Que confiere poder, tan amplio y bastante como en derecho se requiera y sea menester a favor de [el tercero, **B.B.B.**] [...] para que, en su nombre y representación, Y SOLO Y EXCLUSIVAMENTE CON LOS BIENES RELACIONADOS E INTEGRADOS EN LA \*\*\*COMUNIDAD DE BIENES.1 y DOS MÁS, C.B.”, haga uso de las siguientes FACULTADES:*

Las palabras que se reproducen en mayúscula aparecen así en la escritura pública y, además, destacadas en negrilla.

Entre las “Facultades” conferidas se incluyen las siguientes: El apartado f) menciona *“abrir cuentas corrientes o de crédito, incluso con garantía hipotecaria [...]”*. El último apartado, “j”, destacado en letra negrilla dice: *“j) Queda especialmente facultado el apoderado para que pueda comparecer ante cualquier Organismo público o privado y pueda firmar, cobrar y pagar cualquier cantidad que resulte a favor de la citada comunidad de bienes, las que serán ampliamente interpretadas sin limitación alguna.”* (El subrayado es nuestro)

3. Una guía rápida, actualizada a fecha 17 de octubre de 2019, de Alta/Modificación de Bastanteo.

SEXTO: Fase de prueba.

Con fecha 27 de septiembre de 2021 se acuerda abrir una fase de práctica de prueba por un periodo de treinta días. Se acuerda, asimismo, incorporar al expediente, a efectos de prueba, la reclamación que ha dado origen al procedimiento sancionador y su documentación anexa; los documentos obtenidos y generados en el trámite de solicitud de información que la Subdirección de Inspección dirigió a la reclamada antes de acordar la apertura del procedimiento y las alegaciones al acuerdo de inicio del PS/00211/2021 presentadas por la reclamada junto con su documentación anexa.

Se practican las siguientes diligencias de prueba:

a. Ante la reclamada:

1. En el mismo escrito en el que se comunica a la reclamada la apertura de la fase de prueba, de fecha 27 de septiembre de 2021, se le requiere para que remita la siguiente información y documentación:



1.1. Copia del contrato de cuenta corriente que dio lugar a la apertura de la cuenta número **\*\*\*CUENTA.1**, suscrito el 26 de julio de 2018, en el que la reclamante constaba como parte contratante y cotitular de la citada cuenta bancaria.

1.2. En relación con el contrato mencionado, se solicita copia de todos los documentos que hubiera recabado con ocasión de la contratación a fin de acreditar la identidad de cada uno de los contratantes y el que acreditara la supuesta representación conferida por la reclamante para tal acto a **B.B.B.** (el tercero).

1.3. Que informe de la fecha en la que dejó de tratar los datos personales de la reclamante vinculados al contrato de cuenta corriente mencionado en el punto 1.1. Debe aportar los documentos que acrediten su respuesta.

1.4. Copia de las alegaciones que presentó en el expediente R-**\*\*\*REFERENCIA.1** ante el Departamento de Conducta de Entidades (Secretaría General) del Banco de España en el expediente tramitado a raíz de la reclamación formulada por la actual reclamante contra BANKIA, S.A.

2. Con fecha 8 de octubre de 2021 se recibe la respuesta de la reclamada a las pruebas solicitadas.

Manifiesta que el tratamiento de los datos personales relacionados con la titularidad de la cuenta bancaria finalizada en **\*\*\*CUENTA.1** cesaron el 26 de febrero de 2020, fecha de cancelación de la cuenta. Dice aportar como documento 3 una copia de la *“comunicación confirmando la baja de la cuenta a la reclamante”*.

Dice aportar, como documento 1, una copia del contrato de cuenta corriente número **\*\*\*CUENTA.1**, suscrito el 26 de julio de 2018 y como documento 2, la copia del poder notarial que *“acredita la representación de D. B.B.B., otorgada por la”* reclamante *“para actuar en su nombre y por su cuenta”* y los documentos identificativos de la reclamante y del tercero.

Lo cierto, sin embargo, es que la reclamada no aportó la copia del contrato de cuenta corriente finalizada en **\*\*\*CUENTA.1** que se le había solicitado. Se limitó a remitir un ejemplar del *condicionado general tipo* correspondiente al *“Contrato de Prestación de Servicios”*, en el que se recogen las cláusulas de este contrato de adhesión. El documento facilitado no incluye siquiera la fecha de emisión y de vigencia. Tampoco aportó los documentos de identidad de la reclamante y del tercero, supuestamente incluidos en el documento número 2, ni la *“comunicación confirmando la baja de la cuenta a la reclamante”* que dijo aportar como documento número 3.

3. Segunda petición de prueba a la reclamada:

Con fecha 18 de octubre de 2021 la instructora del expediente acuerda practicar nuevas diligencias de prueba ante la reclamada quien recibe la notificación el 19 de octubre de 2021. En el escrito se le informa que no había aportado la documentación que le fue requerida y se solicita que remita:

3.1. La copia del contrato de cuenta corriente que dio lugar a la apertura de la cuenta finalizado en **\*\*\*CUENTA.1**. A fin de evitar confusiones, se le indica en el escrito que debía remitir los siguientes documentos:

*“(i)El condicionado particular del contrato de la cuenta bancaria precitada debidamente firmado por cada uno de los tres cotitulares junto con la fecha de celebración.*

(ii) Los documentos anexos al contrato que, para cualesquiera otros fines de la entidad, hubieran firmado los tres cotitulares, bien entendido que no nos referimos al modelo tipo de condicionado general sino al documento que los cotitulares hubieran firmado.”

3.2. Los documentos que obtuvo de los otros dos cotitulares de la cuenta bancaria, distintos de la reclamante, con objeto de acreditar su identidad.

3.3. Los movimientos efectuados en la cuenta bancaria finalizada en **\*\*\*CUENTA.1**, desde la fecha de su apertura hasta la fecha en la que canceló los datos personales de la reclamante vinculados a tal cuenta.

3.4. Toda la documentación que remitió al Banco de España, Departamento de Conducta de Entidades, anexa a sus alegaciones, en el marco del procedimiento R-**\*\*\*REFERENCIA.1**.

4. El 29 de octubre de 2021 se recibe la respuesta de la reclamada a la segunda solicitud de prueba con la que se limita a aportar estos documentos:

(i) El “Anexo al Contrato de Prestación de Servicios, Documento de Servicios de Pago”. En él se indica que “el “Documento de Servicios de Pago” es anexo y parte integrante del Contrato de Prestación de Servicios y es entregado al titular junto con las Condiciones Generales de dicho contrato.” “El presente documento tiene por objeto establecer las condiciones aplicables a los servicios de pago regulados en la Ley 16/2009 de 13 de noviembre de Servicios de Pago [...] y la Directiva (UE) 2015/2\*\*\*CUENTA.16 [ ...]”

(ii) Carta de fecha 17 de enero de 2020 que el SAC de BANKIA dirige a la reclamante. Versa sobre la solicitud de información en relación con productos en los que consta en esa entidad como interviniente.

En resumen, resulta acreditada la decidida voluntad de la reclamada de no facilitar a esta Agencia la copia del contrato de cuenta corriente, cuenta identificada con una serie numérica finalizada en **\*\*\*CUENTA.1**, que dio de alta a nombre de la reclamante y de dos personas físicas más. Tampoco ha querido aportar el documento que acredite que informó a la reclamante de la fecha en la que, supuestamente, procedió a darle de baja en el contrato.

#### b. Ante la reclamante.

1. En escrito de fecha 27 de septiembre de 2021, que consta recibido el 29 de septiembre de 2021, se solicita que aporte la documentación e información que se detalla:

1.1. Copia de su DNI.

1.2. Que informe de (i) cuál es el origen de la **\*\*\*COMUNIDAD DE BIENES.1** y Dos Más, C.B. (en lo sucesivo, la Comunidad de Bienes o C.B.); (ii) cuál es la naturaleza de los bienes que la integran; (iii) cuál es su cuota de participación en la citada comunidad de bienes y (iv) la fecha de constitución de la comunidad y, en su caso, la fecha de su disolución.

1.3. Que, en caso de existir, aporte la copia del contrato privado o de la escritura pública en la que acordaron poner en común determinados bienes.

1.4. Que informe del CIF de la comunidad de bienes.

1.5. Que informe de las normas de funcionamiento por las que se rige la comunidad de bienes y aporte, en su caso, una copia del documento en el que se recojan tales normas, que deberá estar firmado por los tres comuneros.

1.6. Que informe si antes del 26 de julio de 2018, fecha en la que D. **B.B.B.** celebró en su nombre un contrato de cuenta corriente con la entidad BANKIA, S.A., existía alguna cuenta bancaria abierta a nombre de la “comunidad de bienes”.

2. En fecha 30 de septiembre de 2021 tiene entrada en el registro de esta Agencia la respuesta de la reclamante a las pruebas solicitadas.

Manifiesta que la C.B. fue constituida en 1998 por sus dos hermanos, D. **C.C.C.** y D<sup>a</sup> **D.D.D.**, y que ella pasó a incorporarse a la comunidad el 30 de diciembre de 2004, al adquirir por compra una tercera parte de la finca cuya explotación constituye el objeto de la C.B, por lo que su cuota de participación es del 33%.

Aporta la escritura de compraventa de fecha 30 de diciembre de 2004, que documenta la adquisición, mediante compra, de una tercera parte de la finca explotada por la C.B. El expositivo III de la escritura dice: “*Con la compra aquí formalizada la compradora pasa a integrarse en la \*\*\*COMUNIDAD DE BIENES.1 y otro más, C.B.*” (domiciliada en [...]) de la que eran únicos integrantes los vendedores, en igualdad de derechos y obligaciones que los restantes comuneros.”

Aporta los Estatutos Fundacionales, de noviembre de 1998, que incorporan las normas por los que se rige la C.B. en todo aquello que no expresamente previsto en el artículo 392 del Código Civil. Del Título III, dedicado a la “*Administración de la Comunidad*”, se transcriben estas estipulaciones:

*“Todas las operaciones mercantiles de la Comunidad se harán a nombre de esta, no obstante, en relación a las distintas modalidades de cuentas u operaciones bancarias, que pudieran efectuarse a partir de esta fecha, independientemente de que la titularidad sea de la Comunidad, corresponderá la facultad indistinta de disponer, cancelar, modificar, etc a los comuneros nombrados.”* (Artículo 12)

*“La Comunidad, será representada, regida y administrada por D. **C.C.C.**, quedando nombrado a estos efectos como administrador de la misma. El cambio de Gobierno de la Comunidad se hará, ineludiblemente, mediante Asamblea General de Comuneros.”* (Artículo 16)

Aporta un Informe emitido por el Departamento de Conducta de Entidades del Banco de España relativo a una reclamación formulada ante el órgano regulador contra una tercera entidad bancaria, distinta de la reclamada, por hechos relacionados con los que nos ocupan (referencia **\*\*\*REFERENCIA.2**)

c. Ante el Banco de España, Departamento de Conducta de Entidades.

Se solicita la copia del contrato de cuenta corriente finalizada en **\*\*\*CUENTA.1** suscrito por la entidad reclamada y que obraba en su poder formando parte del expediente de reclamación con referencia R-**\*\*\*REFERENCIA.1**. Responde que la obligación de secreto a la que está sometida la institución impide la remisión de la

documentación requerida, de acuerdo con el artículo 82 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

SÉPTIMO: Solicitud de la reclamante para que se le dé traslado de la documentación que integra el expediente administrativo.

Con fecha 30 de septiembre de 2021 tiene entrada en la Agencia un escrito de la reclamante en el que solicita que se le entregue una copia de las alegaciones que hubiera formulado la entidad contra la que dirigió su reclamación o/y la entidad subrogada en su posición jurídica (la reclamada).

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo de la que se hacen eco las resoluciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional a tenor de la cual el reclamante en un procedimiento sancionador no ostenta los derechos que el artículo 53.1 de la LPACAP otorga a los interesados en el procedimiento administrativo, se deniega a la reclamante la solicitud de traslado de las alegaciones formuladas por la reclamada.

Se le informa que, no obstante, finalizado el procedimiento, puede ejercitar el derecho que le otorga el artículo 13.d) de la LAPAC y solicitar el “*acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico.*”

OCTAVO: Propuesta de resolución.

Por la instructora del expediente se firma en fecha 26 de enero de 2022 la propuesta de resolución que se formula en los siguientes términos:

*“Que por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a CAIXABANK S.A., con NIF A0866\*\*\*CUENTA.119, por una infracción del artículo 6.1. del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD, y prevista como infracción muy grave en el artículo 72.1.b) de la LOPDGDD, con una multa administrativa de 60.000€ (sesenta mil euros).”*

La propuesta de resolución se notifica electrónicamente al reclamado siendo la fecha de puesta a disposición el 26 de enero de 2022 y la fecha de aceptación de la notificación el 27 de enero de 2022, como lo acredita el certificado de la FNMT que obra en el expediente.

NOVENO: Ampliación de plazo para formular alegaciones a la propuesta de resolución.

En fecha 7 de febrero de 2022 se recibe un escrito de la reclamada solicitando que, al amparo del artículo 32 de la LPACAP, se otorgue una ampliación de plazo para formular alegaciones a la propuesta de resolución. Se otorga la ampliación solicitada por el máximo permitido por la LPACAP lo que se comunica en escrito de fecha 8 de febrero de 2022 que se notifica electrónicamente en la misma fecha y consta aceptado por la destinataria el 9 de febrero de 2022.

DÉCIMO: Alegaciones a la propuesta de resolución.

En ellas, recibidas en la AEPD el 16 de febrero de 2022, la reclamada formula las mismas pretensiones que frente al acuerdo de apertura del procedimiento: En primer término, solicita que se declare la nulidad de pleno derecho del procedimiento sancionador que nos ocupa *“por los motivos descritos en la alegación Primera del presente escrito”*. Subsidiariamente, que se acuerde el archivo del procedimiento por inexistencia de infracción de la normativa de protección de datos. Y, con carácter subsidiario respecto a las anteriores pretensiones, que se le aperciba conforme al artículo 58.2.b) del RGPD o, en su defecto, se reduzca significativamente la cuantía de la multa administrativa establecida en la propuesta de resolución.

1. Con carácter preliminar reitera los argumentos expuestos en las alegaciones al acuerdo de apertura pues, a su juicio, la propuesta de resolución *“no rebate en modo alguno lo señalado en las citadas alegaciones”*.

2. En el *“petitum”* de sus alegaciones a la propuesta dice que la declaración de nulidad del procedimiento sancionador se funda en *“los motivos descritos en la alegación Primera del presente escrito”*. No obstante, sobre esa pretensión versa también la alegación segunda e incluso la alegación tercera.

En las alegaciones primera y segunda invoca la nulidad de pleno Derecho del procedimiento sancionador por vulneración de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional conforme al artículo 47.1.a) del RGPD.

En esas alegaciones, primera y segunda, expone, como ya lo hiciera frente al acuerdo de apertura, que la indefensión que sufre deriva, por una parte, de que la AEPD ha fijado la cuantía de la sanción en el acuerdo de iniciación y que, al obrar de este modo, se está valorando su culpabilidad *“in audita parte”*, sin darle la posibilidad de efectuar alegaciones y pruebas, y, por otra, que se produce una *“dilución de las fases de instrucción y resolución del presente procedimiento sancionador”* pues la valoración de su culpabilidad se efectúa en el acuerdo de apertura por el mismo órgano que es competente para resolver el procedimiento afectando de ese modo a la imparcialidad del órgano instructor.

En general, los argumentos recogidos en las alegaciones primera y segunda son una reiteración de los que se formularon frente al acuerdo de inicio, aunque varíe la forma de exponerlos que busca rebatir la respuesta que se dio a todos ellos en la propuesta de resolución. Por ese motivo, y toda vez que se reproducen en el Antecedente quinto de esta resolución las alegaciones de la reclamada frente al acuerdo de inicio, nos limitamos a transcribir aquellos párrafos que bien representen algo novedoso en lo alegado de contrario o son más significativos.

Encuadrada en la alegación primera dice:

*“En defensa de esta actuación viciada, la Propuesta de Resolución señala, en primer lugar, que la evaluación in audita parte de las circunstancias concurrentes en el caso y, en consecuencia, la determinación por el órgano competente para sancionar del importe de la sanción procedente con anterioridad a la instrucción del asunto, derivan directa e inmediatamente de lo establecido en el artículo 64*

*de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, "LPACAP"); si bien, a continuación, se incurre en una manifiesta contradicción, al indicarse que la actuación de la AEPD, cumpliendo con las exigencias mencionadas, se "han incluido en ellos los razonamientos que justifican la calificación jurídica de los hechos y las circunstancias que han sido valoradas para la determinación de la sanción."*  
(El subrayado es nuestro)

*"La Propuesta de Resolución considera igualmente que la determinación de la cuantía de la sanción, y la consiguiente evaluación de las circunstancias concurrentes en el caso deviene de la opción, otorgada por la LPACAP al encartado de proceder al abono anticipado de la sanción y al reconocimiento de la culpa concurrente en su conducta, establecido en el artículo 85 de la LPACAP, con la consiguiente reducción del importe de la sanción."*

Después de transcribir esa disposición, añade:

*"La literalidad de esta norma no supone, a juicio de mi representada, una habilitación al órgano sancionador para prejuzgar el caso proponiendo ab initio el importe de una sanción, dado que con ello se quebrantan los más elementales principios del procedimiento sancionador con la consiguiente quiebra de los derechos del encartado en dicho procedimiento.*

*En efecto, el artículo 85.1 de la LPACAP no exige una previa determinación de la sanción, dado que en ningún lugar se refiere a una sanción preestablecida, sino a la imposición de la sanción que proceda. Es decir, la norma, que en todo caso es aplicable "iniciado el procedimiento", prevé el posible reconocimiento de responsabilidad que podrá determinar la imposición de la sanción "que proceda", de forma que esa fijación parece preverse con posterioridad al propio reconocimiento de responsabilidad.*

*Que el artículo 85.3 prevé que las reducciones deberán adoptarse sobre la sanción "propuesta", lo que exige que efectivamente se haya determinado en el seno del procedimiento, previa audiencia del administrado, cuál es ese importe, lo que conduce literalmente a la conclusión de que será propuesta de resolución el momento idóneo para la determinación del citado importe, toda vez que el Acuerdo de Inicio no es el lugar idóneo para "proponer" la imposición de una sanción, sino para simplemente iniciar la tramitación del procedimiento."*

*"Consecuencia de todo lo anterior es que la AEPD realiza una interpretación conjunta de los artículos 64 y 85 de la LPACAP que aboca a la vulneración del derecho de mi mandante a la presunción de inocencia y le genera indefensión, amén de suponer una intrusión inadmisibles del órgano sancionador en la actividad instructora, al prejuzgar la culpabilidad de mi mandante y la sanción que la misma considera aplicable. De este modo, entiende respetuosamente mi representada que la interpretación que aplica la AEPD de los preceptos mencionados abocaría a su plena inconstitucionalidad, por constituir una vulneración de los derechos fundamentales de la parte contra la que se incoe un procedimiento sancionador tramitado por la AEPD."*



Una muy especial atención nos merece el siguiente comentario de la reclamada que pasamos a reproducir:

*“La Propuesta de Resolución culmina la argumentación contenida en su Fundamento de Derecho Segundo con el siguiente razonamiento:*

*“(…) la invocada por la reclamada “clara ruptura del principio de separación de la fase instructora y de sanción” que habría afectado a la imparcialidad del órgano instructor, con la consiguiente nulidad del procedimiento conforme al artículo 47.1.a) de la LPACAP, “carece de relevancia constitucional a los efectos del art. 24.2 CE”, pues como precisa el Tribunal Constitucional, es un principio de carácter legal cuya tutela corresponde a los órganos judiciales, sin que la exigencia de imparcialidad del órgano administrativo sancionador sea una garantía derivada del artículo 24.2 de la C.E. con el carácter de derecho fundamental.”*

*El contenido de semejante razonamiento causa a esta parte, no ya una enorme perplejidad, sino una absoluta estupefacción, dado que del mismo se desprende que esta Agencia no ha apreciado respecto del procedimiento administrativo sancionador la necesaria separación de las fases de instrucción y de resolución y la necesaria intervención en las mismas de dos órganos distintos, sin que el órgano sancionador pueda intervenir ni “dirigir”, como ha sucedido en este caso, la actuación independiente del órgano instructor.*

*Recuérdese simplemente a tal efecto que el artículo 63.1 de la LPACAP es palmario cuando señala que “los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos”. De este modo, la Ley señala, terminantemente, por mucho que la Propuesta pretenda decir lo contrario, que “quien instruye no resuelve”, dado que las diferentes funciones deberán atribuirse a órganos distintos.*

*Y para nuestra mayor sorpresa, la Propuesta de Resolución no sólo considera que el citado principio de separación de las fases de instrucción y resolución no es predicable al procedimiento sancionador administrativo, contradiciendo así lo establecido expresamente en la LPACAP y constantemente recordado por reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, en la STC 9/2018, de 5 de febrero), sino que además afirma sin ningún reparo que el principio “a tenor del cual quien instruye no resuelve, no es aplicable al procedimiento administrativo”, sobre la base de una supuesta jurisprudencia constitucional que en nada guarda relación con semejante conclusión.*

*Por su parte, la STC 74/2004, de 22 de abril, invocada en la Propuesta de Resolución, sí hace referencia al derecho a la tutela judicial efectiva, pero en el aspecto referido a la no aplicación al procedimiento administrativo del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, lo que tampoco guarda relación alguna con lo analizado en el presente procedimiento.” (El subrayado es nuestro)*

Encuadrada en la alegación segunda, “*De la indefensión producida a mi mandante como consecuencia de la fijación de las circunstancias agravantes y atenuantes en el acuerdo de inicio*” dice:

*“En el acto que supone el inicio de la tramitación del procedimiento sancionador, la Agencia, además de fijar ab initio e inaudita parte cuál es el reproche sancionador, incluso procede a la determinación de las atenuantes y agravantes concurrentes en el caso, pese a que mi mandante no ha tenido ocasión en ningún momento de poner de manifiesto y aportar ante el citado órgano aquellas circunstancias que pudieren resultar aplicables en el presente caso; dado que, obviamente, no podía tener conocimiento de la apertura del procedimiento hasta que le ha sido notificado el Acuerdo de Inicio en el que la Agencia aprecia unilateralmente las circunstancias que ella ha considerado.”*

Considera que este hecho le “*conduce a la generación de una absoluta y total indefensión*”.

Reitera una vez más el argumento de que la determinación de la sanción que pudiera corresponder y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad que han de tenerse en cuenta en su determinación “*supone una afectación sustancial del ámbito de actuación del órgano competente para la instrucción*” lo que supone a su juicio una “*ruptura del principio de separación entre la fase de instrucción y de sanción, que es consustancial al derecho penal y, por mandato del Tribunal Constitucional, al derecho administrativo sancionador.*” Principio que recoge la LPACAP cuyo artículo 63.1. dispone que “*Los procedimientos de naturaleza sancionadora [...] establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos.*”

3. La alegación tercera versa también sobre la nulidad del procedimiento sancionador.

La reclamada afirma que el acuerdo de inicio del procedimiento dictado por la Directora de la AEPD el 18 de junio de 2021 es nulo de pleno derecho por “*la manifiesta y grave incompetencia material de la persona que [ lo] dictó*”. Expone en defensa de su tesis dos hechos que determinarían a su entender la incompetencia material de la persona que ostentaba, y ostenta actualmente, el cargo de Directora de la AEPD en la fecha en la que se dicta el acuerdo de inicio del expediente sancionador.

(i) Que conforme al artículo 15 del Estatuto de la Agencia, aprobado por el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo (en adelante, el Estatuto de 1993) en la fecha en la que se cumplió el plazo de cuatro años del mandato de la actual Directora, el 24 de julio de 2019, se habría producido su cese.

Argumenta que el nombramiento de la actual Directora de la AEPD se efectuó mediante el Real Decreto 715/2015, de 24 de julio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 del Estatuto 1993.

Que la LOPDGDD, en su Disposición Transitoria Primera, que lleva por rúbrica “*Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos*”, establece que el Estatuto de 1993 continuaría vigente en todo aquello que no se opusiera a lo establecido en el



Título VIII de la LOPDGDD -en el escrito se cita por error la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)- y que *“se añade en la mencionada Disposición Transitoria que ciertos preceptos relacionados con la Presidencia de la Agencia y con el Consejo Consultivo de la Agencia (concretamente los apartados 2, 3 y 5 del artículo 48 y artículo 49), no serían de aplicación hasta la expiración del mandato de quien pudiera ostentar la condición de Director de la AEPD en el momento de entrada en vigor de la LOPDGDD (7 de diciembre de 2018).”* Añade que en esa fecha la persona titular de la Dirección de la AEPD era la actual Directora, *“cuyo mandato expiró el 24 de julio de 2019 de modo que, a partir de esa fecha expiración del mandato, los mencionados preceptos ya fueron de aplicación.”*

Advierte que de conformidad con el artículo 14.3 del Estatuto de 1993 *“el mandato del Director de la Agencia de Protección de Datos tendrá una duración de cuatro años contados desde su nombramiento y solo cesará por las causas previstas en el artículo 15 del presente Estatuto”*. Y que el artículo 15.1 del Estatuto de 1993 dispone que el *“Director de la Agencia de Protección de Datos cesará en el desempeño de su cargo por la expiración de su mandato”*.

Subraya que ni el Estatuto de 1993 ni la LOPDGDD contienen una previsión en el sentido de que se puedan ejercer en funciones la Dirección o la Presidencia de la Agencia, previsión que sí recoge el Real Decreto 389/2021, de 1 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos (Estatuto de 2021) que en su artículo 12.3 establece que *“La persona titular de la Presidencia cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión de la nueva persona titular de la Presidencia”*. Disposición que, la reclamada subraya, solo es aplicable a partir del 3 de junio de 2021.

Sobre la base de las normas invocadas argumenta que en tanto la actual Directora de la AEPD fue nombrada mediante Real Decreto de 24 de julio de 2015, a tenor del artículo 14.3 del Estatuto de 1993, transcurridos cuatro años, el 24 de julio de 2019, expiró su nombramiento como Directora de la Agencia y que, “conforme al artículo 15.1 del Estatuto de 1993 la expiración del mandato conllevó su cese directo en el desempeño del cargo de Directora de la AEPD a partir del 24 de julio de 2019 decir, había cesado en sus funciones”.

Colige de lo anterior que a partir de esa fecha - 24 de julio de 2019- la actual Directora de la AEPD carecía de competencia para dictar actos administrativos de la AEPD.

Respecto a la expiración del nombramiento del titular de un órgano administrativo la reclamada cita la sentencia 2393/2017 de 16 de junio de 2017 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (recurso de casación 1585/2016). Alega finalmente que *“Otros pronunciamientos jurisprudenciales en el mismo sentido serían las resoluciones del Tribunal Supremo con las referencias 1067/2017 y 1093/2017; cabe añadir que el Tribunal Supremo excluye expresamente de los supuestos de expiración del nombramiento la aplicación de la figura doctrinal del funcionario de hecho.”*

(ii) La supresión del órgano directivo *“Director de la Agencia Española de Protección de Datos”*, supresión que se habría producido con la entrada en vigor del Real Decreto 389/2021 por el que se aprueba el Estatuto de la AEPD, Disposición adicional única.

Manifiesta que en la Disposición Transitoria única del citado Real Decreto “no hay previsión alguna respecto de que transitoriamente no sea efectiva tal supresión, por ejemplo, manteniendo como órgano directivo de la AEPD el de “Director”, hasta el nombramiento del titular de la “Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos”, ni hay mención alguna a una potencial aplicación del artículo 12.3 del Estatuto del 2021, que se refiere únicamente a “la persona titular de la Presidencia”, ni tampoco se prevé que el titular del órgano suprimido pase a ser el titular de la Presidencia de la AEPD, de modo que, a partir del 3 de junio de 2021, todos los actos administrativos dictados por el órgano “Directora de la Agencia Española de Protección de Datos” también son actos administrativos en los que concurre un vicio de legalidad que implica la inexistencia jurídica de los mismos, por lo que estamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, en tanto que los actos que afectan el procedimiento que nos ocupa están dictados por un órgano de la AEPD expirado e inexistente.”

4. La alegación sexta del escrito de alegaciones a la propuesta lleva por rúbrica “Falta de competencia para determinar la suficiencia del poder”.

Frente a la respuesta contenida en la propuesta de resolución que confirmó que esta Agencia era competente para para conocer de esta controversia -competencia que la reclamada negó en sus alegaciones al acuerdo de inicio- la reclamada aduce en sus alegaciones a la propuesta, como argumento a su favor, las mismas resoluciones judiciales que la propuesta de resolución citó en apoyo de la competencia de la AEPD.

A tal fin, la reclamada “acota” convenientemente el texto de las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que se citaron en la propuesta de resolución de manera que lo que son argumentos esgrimidos por quien fue parte demandante en los procedimientos contencioso-administrativos que finalizaron con las SSAN reseñadas aparenten ser razonamientos del Tribunal que dictó esas sentencias.

Para mayor claridad expositiva transcribimos este fragmento de la alegación sexta de las alegaciones a la propuesta de resolución:

*“Coincidimos con esta Agencia que, de acuerdo con la doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, “puede ponderar las circunstancias que rodean el supuesto concreto, en orden a determinar, únicamente, si se ha producido una normativa sectorial de protección de datos”, pero no es un ejercicio de ponderación el que está llevando a cabo en el presente procedimiento sancionador, sino una interpretación del contenido de un documento civil que impacta de pleno en la determinación de la infracción: si el poder es suficiente y válido, como mantiene y argumenta mi representada, no hay infracción; si el poder no es suficiente y no válido, como mantiene esta Agencia, hay infracción. No hay por tanto, ponderación, sino una valoración jurídica que no resulta de su competencia. En sus propias palabras (Fundamento de Derecho Segundo): “Otra cosa es que para ejercer su competencia haya de realizar valoraciones fácticas o jurídicas cuya naturaleza podríamos calificar de prejudicial y sobre las que no podría adoptar una decisión definitiva con efectos frente a terceros”. Es por ello que se produce, también en sus propias palabras, “una debida incursión en cuestiones civiles”, usurpando*

*esta Agencia la competencia de los tribunales civiles, únicos legitimados para resolver cuestiones de fondo (que no aspectos ponderativos) reguladas en el Código Civil, y no en la normativa de protección de datos.”*

*“Es por ello que la sentencia traída a colación en la Propuesta de Resolución (SAN 232/2005, de 3 de julio) refuerza el argumento de mi representada,*

*“Comienza el recurrente la defensa de su pretensión alegando la incompetencia de la Agencia de Protección de Datos ya que la controversia versa sobre la existencia o no de un determinado contrato y esta cuestión es de naturaleza esencialmente civil, y, por consiguiente, sustraída a su competencia, según dispone el artículo 37 de la LOPD. En realidad, el Director de la Agencia de Protección de Datos no ha resuelto sobre la procedencia o improcedencia de la deuda, sino que su resolución se centra en considerar infringidos determinados preceptos de la LOPD, anudando como consecuencia a dichas infracciones la imposición de una sanción.”*

*Y es que de los términos anteriores, aplicados mutatis mutandi al presente procedimiento, resulta lo siguiente:*

*(i) se trata de una cuestión de naturaleza esencialmente civil, y por lo tanto sustraída a su competencia*

*(ii) la Propuesta de Resolución resuelve sobre la suficiencia o no del poder (la cuestión civil)*

*(iii) la infracción se produce como consecuencia de dicha valoración: el tratamiento de los datos es ilícito porque la AEPD entiende que el poder no es suficiente, circunstancia interpretativa totalmente ajena a la normativa de protección de datos.”*

*(El subrayado es nuestro)*

*La reclamada concluye este alegato afirmando que “[...] la valoración jurídica que nos ocupa es una valoración de naturaleza prejudicial, resultando un juicio de naturaleza civil que en ningún caso resulta de su competencia, y que resulta crucial y trascendente para la imputación o no de infracción.”*

*5. La alegación séptima del escrito lleva por rúbrica “Ha sido aportada toda la documentación solicitada por esta Agencia”.*

*La reclamada manifiesta su “total desacuerdo” con la afirmación incluida en la propuesta de resolución según la cual estaba acreditada en el expediente la decidida voluntad de la reclamada de no facilitar a esta Agencia el contrato de cuenta corriente finalizado en **\*\*\*CUENTA.1** que se dio de alta a nombre de la reclamante ni el documento que acreditaba que le había informado de la fecha en la que procedió a dar de baja el contrato. Y seguidamente afirma:*

*“Si bien estos documentos constan en el expediente que nos ocupa, por haber sido aportados por mi representada en los dos períodos de prueba abiertos por el órgano instructor (esta Agencia dispone de todos los documentos suscritos por los cotitulares con motivo del alta de la cuenta interesada), volvemos a remitir lo ya remitido (ANEXO 1); y aprovechando para señalar nuestra total disconformidad con la manifestación transcrita, que de ninguna manera se ajusta a las actuaciones de mi representada ante los órganos judiciales o administrativos, y ante esta Agencia en particular, estricta y diligente cumplidora*

*del deber de colaboración con las administraciones públicas y los tribunales de justicia.”*

(El subrayado es nuestro)

6. La alegación cuarta, “*Licitud del tratamiento*”, versa sobre la cuestión de fondo debatida en el expediente sancionador. Además de dar por reproducidas sus alegaciones al acuerdo de inicio la reclamada transcribe el artículo 12 de los estatutos de la comunidad de bienes y hace las siguientes consideraciones:

*“Como es de ver, los propios estatutos no circunscriben la gestión de los bienes de la comunidad a una cuenta titularidad de la Comunidad de Propietarios, contrariamente a lo que mantiene esta Agencia en su Propuesta de Resolución, sino que la gestión de los bienes objeto de la misma se puede hacer de manera indistinta por cualquier comunero y en relación a cualquier modalidad de cuenta u operación bancaria, sin que la titularidad de la misma deba corresponder a la Comunidad de Bienes.”*

Añade que, aparentemente esa “circunstancia” se ha obviado por la Agencia y ha sido olvidada por la reclamante de quien, dice, pretende cargarle con “*obligaciones de supervisión y vigilancia que ni constan en los estatutos de la Comunidad de Bienes ni tampoco dimanar de la regulación de aplicación a dicha figura jurídica o de la normativa financiera aplicable a mi representada.*”

La reclamada afirma también: “*De acuerdo con el apartado 2 anterior y el contenido y alcance del poder, (apartado 3 anterior) resulta meridiano que el poder objeto de la presente controversia habilitaba al apoderado a abrir una cuenta en nombre de la poderdante.*”

Y añade seguidamente: “*Y dicha cuenta fue abierta en fecha 26 de julio de 2018, por los otros dos socios de la Comunidad de Bienes y la reclamante, oportunamente representada por el apoderado, facultado para abrir cuentas en su nombre (no para abrir cuentas en nombre de la Comunidad de Bienes): estamos ante una cuenta cuya cotitularidad era compartida por los miembros de la Comunidad de Bienes (y, como hemos visto anteriormente, los estatutos de la misma establecían expresamente que la gestión de la misma podía realizarse a través de cuentas cuya titularidad no correspondiera a la propia Comunidad de Bienes).*”

*“Como es de ver, las facultades jurídicas concedidas eran absolutamente válidas, independientemente de los asuntos o bienes a los que afecte, para la apertura de la cuenta cuestionada por la reclamante; por otra parte, en relación al mandato recogido respecto de los bienes de la Comunidad, debemos señalar que las relaciones de la cosa común que pertenece a todos los comuneros, entre ellas el uso y disposición de la misma, es un asunto que compete a los comuneros, no a la entidad financiera que pone a disposición de sus clientes la prestación de un servicio financiero (tenencia de una cuenta corriente que incluye un servicio de caja), sin que puede exigírsele una función de “policía” o de “auditoría” respecto de relaciones a las que las entidades financieras resultan totalmente ajenas.”*

*“Obviamente que en la prestación del dicho servicio financiero el cliente puede establecer determinadas limitaciones, cuantitativas u operativas (por ejemplo,*

*reintegros hasta un importe o no realización de transferencias al extranjero), que la entidad bancaria debe observar y respetar; pero en ningún caso puede asumir la ejecución de un mandato que no le es destinado, siendo las concretas instrucciones del poderdante irrelevantes para mi representada, por ser, reiteramos, tercero ajeno a las relaciones entre el mismo y el apoderado: su incumplimiento generará responsabilidad del mandatario frente al mandante, pero no de la entidad financiera ante el mandante.*

*“Nos encontramos, por lo tanto (si es el caso) ante un abuso de poder, no ante una insuficiencia de facultades para el negocio jurídico celebrado entre la reclamante y mi representada.”*

*“Como hemos indicado, la reclamante pretende trasladar a mi representada una responsabilidad que es del apoderado; [...]”*

*Concluye diciendo que “las instrucciones concretas de obrar constituyen una delimitación de la representación que conciernen íntegramente al apoderado, no a la entidad financiera que ha abierto una cuenta de acuerdo con las facultades expresamente señaladas en el poder exhibido a tal efecto.”*

7. La alegación quinta lleva como rúbrica *“Vulneración del principio de proporcionalidad, inadecuada valoración de los factores aplicables a las circunstancias del presente caso”*.

Comienza reiterando consideraciones que ya hizo en sus alegaciones al acuerdo de apertura referentes al carácter accesorio que, a su juicio, tienen para esta Agencia las circunstancias concurrentes en el caso en aras a fijar el importe de la sanción y afirma que la actuación de la AEPD *“está muy lejos de la objetividad e imparcialidad que le son per se requeridas normativamente.”*

Invoca la aplicación del principio de proporcionalidad y cita a tal fin la STS de 20 de noviembre de 2001 (recurso de casación 7686/1997) en cuyos fundamentos se apoya para concluir que *“es necesario que por el órgano sancionador se proceda a evaluar meticulosamente las circunstancias concurrentes en el presente procedimiento”*.

Sostiene que, en el presente caso, no concurren las agravantes que indebidamente se estimaron en la propuesta de resolución.

1. Respecto a las circunstancias previstas en el artículo 83.2.a) RGPD plantea las siguientes cuestiones:

1.1. Sobre la duración de la infracción, que fue calificada como agravante en la propuesta de resolución dice:

*“En este sentido, no se puede considerar una infracción de carácter permanente, en tanto que se procedió a causar baja de propio contrato en que la reclamante era titular en un periodo de tiempo limitado.*

*BANKIA, en atención a la solitud de baja y finalización del contrato de la cuenta interesada, presentada por la reclamante con fecha 05/02/2020, procedió a ejecutar dicha orden el 26/02/2020; es decir, cursó la baja de la reclamante en la*

*cuenta en un periodo inferior al mes desde que se solicitó la misma. Así mismo, las circunstancias del procedimiento que nos ocupan solo afectarían, en todo caso, y de manera exclusiva, a la reclamante, ya que se trata de la interpretación del contenido de un concreto poder, no un fallo de los sistemas de admisión y proceso de bastanteo de poderes de representación.”*

1.2. Acerca de la consideración que se hizo en la propuesta sobre la gravedad de la conducta de la entidad reclamada, en tanto se produjo en el desenvolvimiento de la actividad propia de un banco para el que es esencial la identificación correcta de los sujetos titulares de las operaciones bancarias, señala que “en ningún caso es una situación que afecte la totalidad de las contrataciones por medio de representante, puesto que, tal y como se ha argumentado y probado en el Acuerdo de Inicio, mi mandante cuenta con un sistema de bastanteo fiable y robusto, en el que se cumplen todas las medidas para analizar y verificar el contenido de cualquier poder notarial y de las facultades que se puedan otorgar a través del mismo.” (El subrayado es nuestro)

1.3. Muestra su desacuerdo con que no se haya apreciado como circunstancia atenuante que la persona afectada ha sido solo una y por un concreto poder notarial:

*“Justamente, tal y como indica la Agencia, estas contrataciones por medio de representante no sólo no son infrecuentes, sino absolutamente habituales en el marco de la actividad empresarial de mi representada, siendo la primera vez que esta Entidad afronta un procedimiento sancionador por dicho motivo (y reiteramos, se trata de un CONCRETO poder con un contenido susceptible de controversia interpretativa), por lo que se tendría que haber considerado el número de afectados (1), así como el nivel de daños y perjuicios ocasionado, que entendemos que no se ha producido porque la reclamante no ha justificado ningún tipo de perjuicio económico ni ha exigido resarcimiento alguno.”*

2. Respecto a la circunstancia del artículo 83.2.b), la propuesta de resolución apreció como agravante la grave falta de diligencia de la que adoleció la conducta de la entidad.

Pues bien, la reclamada ha alegado, como también lo hizo frente al acuerdo de apertura, que la AEPD ha establecido “una presunción, carente por completo de ningún tipo de soporte probatorio” “al considerar que un CONCRETO poder con un contenido susceptible de interpretación controvertida, implica que la gestión y proceso de bastanteos en la Entidad es deficiente per se, sin que ofrezca garantía alguna a los poderdantes; lo que supone una manifiesta vulneración del principio de presunción de inocencia y atribuir a mi mandante una palmaria falta de diligencia que queda desmentida por el procedimiento interno habilitado al efecto que nos ocupa.” Lo cual supone una absoluta transgresión de lo establecido en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

3. Sobre la aplicación de la atenuante del artículo 76.2.e) de la LOPDGDD.

La reclamante afirma taxativamente que “La Propuesta de Resolución no toma en consideración el hecho de que ha existido “un proceso de fusión por absorción posterior a la comisión de la infracción, que no puede imputarse a la entidad absorbente”, tal y como recoge el artículo 76.2 e) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de

*diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, "LOPDGDD"), algo que resulta completamente innegable en el presente caso."*

4. Sobre la aplicación de la atenuante del artículo 76.2.c) de la LOPDGDD.

La reclamante alega, como también lo hizo frente al acuerdo de apertura, que la AEPD no ha tomado en consideración como atenuantes que *"no ha habido ningún beneficio para mi mandante derivado de la actividad objeto de reproche así como que no ha existido ningún perjuicio."*

Por último, reitera lo que ya expuso en sus alegaciones al acuerdo de apertura, que el RGPD pone a disposición de la AEPD (artículo 58) una pluralidad de potestades que no son la sanción económica y que, en el presente caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes, no procede imponer una sanción económica sino tan solo dirigirle un apercibimiento conforme al artículo 58.2.b) RGPD. A tal efecto reitera que, en el hipotético caso de que la conducta de la que se le responsabiliza fuera constitutiva de una infracción del RGPD, lo que niega, tal infracción sería leve. Recuerda de nuevo el sentido del concepto de infracción leve a la luz del Dictamen 2016/679, WP 253, del Grupo de Trabajo del artículo 29.

La reclamada aporta anexo al escrito de alegaciones a la propuesta la copia del contrato bancario que celebró el 26 de julio de 2018 en el que figuraba como cotitular la reclamante.

De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento y de la documentación que obra en el expediente, han quedado acreditados los siguientes:

#### HECHOS PROBADOS

PRIMERO: La reclamante, con NIF **\*\*\*NIF.1**, denuncia que la reclamada dio de alta en fecha 26 de julio de 2018 una cuenta corriente en la que ella figuraba como cotitular sin haber recabado su consentimiento, al haber permitido [permitido] indebidamente a tal fin que **B.B.B.** actuara en su representación, considerando válido y suficiente el poder de representación que éste exhibió para actuar en su nombre en un negocio jurídico de las características del que ha originado la reclamación.

SEGUNDO: La reclamada dio de alta el 26 de julio de 2018 una cuenta corriente - cuenta con numeración finalizada en **\*\*\*CUENTA.1**- en la que incluyó como cotitulares a la reclamante y a dos personas físicas más, **C.C.C.** y **D.D.D.**.

Así lo reconoce la reclamada en sus alegaciones de 3 de septiembre de 2020 presentadas en el procedimiento de reclamación R**\*\*\*REFERENCIA.1**, seguido ante el Banco de España, Departamento de Conducta de Entidades. La reclamada dice en la alegación tercera del escrito que *"reitera que el 26/07/2018, D. B.B.B. dio de alta la cuenta número **\*\*\*CUENTA.1**, en virtud de escritura de poder de 01/10/2010, autorizada por el notario D.[...] con número de protocolo 1937, que ha sido aportada de contrario al expediente. En dicha cuenta fue incluida como titular la reclamante,*

*quien causó baja como tal el 26/02/2020 en cumplimiento de su solicitud incluida en su reclamación de fecha 05/02/2020 que también obra en el expediente.”*

**TERCERO:** Se requirió a la reclamada durante la fase de prueba, en dos ocasiones, mediante sendos escritos de solicitud de prueba de 27 de septiembre de 2021 y de 18 de octubre de 2021, para que aportara la copia del contrato bancario que dio lugar a la apertura de la cuenta con numeración finalizada en **\*\*\*CUENTA.1** de la que era cotitular la reclamante.

La reclamada no aportó la copia del contrato solicitado. A pesar de las observaciones que se hicieron informándole de que la documentación remitida no era la solicitada aportó, en respuesta a la primera solicitud, el condicionado general tipo del “*Contrato de Prestación de Servicios*” y, en respuesta a la segunda, el condicionado general denominado “*Anexo al Contrato de Prestación de Servicios, Documento de Servicios de Pago*”.

**CUARTO:** Obra en el expediente una copia de la escritura pública notarial autorizada el 1 de octubre de 2010 relativa al poder otorgado por la reclamante en favor de **B.B.B.**. En ella se indica que la compareciente -actual reclamante-, que interviene en el acto en su propio nombre y derecho, hace constar que, junto con sus hermanos **C.C.C.** y **D.D.D.**, son los únicos integrantes de la **\*\*\*COMUNIDAD DE BIENES.1 y DOS MÁS, C.B.**.” **“OTORGA:**

*Que confiere poder, tan amplio y bastante como en derecho se requiera y sea menester a favor de **B.B.B.** [...] para que, en su nombre y representación, Y SOLO Y EXCLUSIVAMENTE CON LOS BIENES RELACIONADOS E INTEGRADOS EN LA \*\*\*COMUNIDAD DE BIENES.1 y DOS MÁS, C.B.*”, *haga uso de las siguientes FACULTADES:*” (El subrayado es nuestro)

En el documento notarial aparecen en letra mayúscula y destacadas en negrilla las palabras que aquí se han reproducido en mayúscula.

La escritura detalla en los apartados a) a j) las facultades conferidas. El apartado f) menciona “*abrir cuentas corrientes o de crédito, incluso con garantía hipotecaria [...]*”. El apartado j), destacado en letra negrilla, dice: “*Queda especialmente facultado el apoderado para que pueda comparecer ante cualquier Organismo público o privado y pueda firmar, cobrar y pagar cualquier cantidad que resulte a favor de la citada comunidad de bienes, las que serán ampliamente interpretadas sin limitación alguna.*”

**QUINTO:** La reclamante presentó una reclamación -referencia **R-\*\*\*REFERENCIA.1**- ante el Departamento de Conducta de Entidades del Banco de España, entre otros motivos, por los hechos que han dado origen a este procedimiento,

El informe emitido el 21 de diciembre de 2020 por el órgano regulador dice en su punto IV, “*Conclusión*”, que “*En relación con los hechos que motivan esta reclamación, este Departamento concluye que [...] Bankia atendió la instrucción del representante de la reclamante para incluirla como cotitular en una cuenta, pero la entidad no acredita que se presentara un poder que otorgara facultades para ello. [...]*”.



El punto III del informe del Banco de España, “*Opinión del Departamento*”, dice que la reclamada “[...] admitió el poder conferido, que sólo era válido en relación con determinados bienes de **C.C.C.** y Dos Más C.B., para que D. **B.B.B.**, actuando en representación de su hija D. <sup>a</sup> [la reclamante], la incluyera como titular en una cuenta en la que también figuraban otras dos personas físicas. Es decir, que se trataba de una cuenta cuya titularidad no correspondía a la comunidad de bienes antes mencionada.

[...]

En consecuencia, consideramos que en la actuación de la entidad se ha producido vulneración de las buenas prácticas financieras, al no haber actuado con la diligencia exigible en defensa de los intereses de su cliente en la medida en que Bankia atendió la instrucción del representante de la reclamante para incluirla como cotitular en una cuenta, pero no consta que el poder aportado fuera suficiente para amparar dicha actuación.”

SEXTO: La reclamante se integró en la comunidad de bienes el 30 de diciembre de 2004, en virtud de la adquisición por compra a los comuneros de una tercera parte de la finca que constituye el objeto de la actividad de la comunidad. El expositivo III de la escritura de compraventa dice: “*Con la compra aquí formalizada la compradora pasa a integrarse en la \*\*\*COMUNIDAD DE BIENES.1 y otro, C.B.*” (domiciliada en [...]) de la que eran únicos integrantes los vendedores, en igualdad de derechos y obligaciones que los restantes comuneros.”

SÉPTIMO: La C.B. se rige, en todo lo no previsto en el artículo 392 del Código Civil, por los *Estatutos Fundacionales*. El Título III, “*Administración de la Comunidad*”, contiene estas estipulaciones:

“*Todas las operaciones mercantiles de la Comunidad se harán a nombre de esta, no obstante, en relación a las distintas modalidades de cuentas u operaciones bancarias, que pudieran efectuarse a partir de esta fecha, independientemente de que la titularidad sea de la Comunidad, corresponderá la facultad indistinta de disponer, cancelar, modificar, etc a los comuneros nombrados.*” (Artículo 12)

“*La Comunidad, será representada, regida y administrada por D. **C.C.C.**, quedando nombrado a estos efectos como administrador de la misma. [...].*” (Artículo 16)

OCTAVO: La reclamada ha manifestado en respuesta a las pruebas solicitadas, respecto a “*La fecha en la que se dejaron de tratar los datos de [la reclamante] en relación con la cuenta \*\*\*CUENTA.1. El tratamiento de los datos relacionados con la titularidad de la citada cuenta cesó a la fecha de la cancelación de esta, el día 26 de febrero de 2020, aportamos a este efecto comunicación confirmando la baja a la reclamante.*”

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I

#### Competencia de la Directora de la AEPD

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.2 del

Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, (RGPD) y según lo establecido en los artículos 47 y 48 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y garantías de los derechos digitales (LOPDGDD)

El artículo 63.2 de la LOPDGDD dispone que *“Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos.”*

## II

Cuestiones previas invocadas por la reclamada: Falta de competencia material de la AEPD y nulidad de pleno derecho del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador.

Por razones de lógica argumental se examinan en primer término las siguientes cuestiones previas planteadas por la reclamada.

### 1.- Sobre la falta de competencia material de la AEPD

La AEPD no puede compartir el argumento invocado de contrario relativo a una supuesta falta de competencia material de este organismo para conocer del procedimiento sancionador que nos ocupa habida cuenta de que en él se ha suscitado una cuestión de naturaleza civil.

La reclamada manifestó en sus alegaciones al acuerdo de inicio que la controversia que ha dado origen a este expediente sancionador *“excede del ámbito competencial de la AEPD”* pues se refiere a un *“aspecto del derecho no consagrado en la normativa de protección de datos”*, por lo que, en su opinión, su resolución debería instarse ante los Tribunales de Justicia.

En sus alegaciones a la propuesta de resolución -alegación sexta de su escrito, de la que en esta resolución se hace una reseña, Antecedente décimo, punto 4- la reclamada plantea la misma cuestión bajo la rúbrica *“Falta de competencia para determinar la suficiencia del poder”*. Los argumentos que ha ofrecido en estas alegaciones en defensa de su posición consisten, exclusivamente, en una conveniente *tergiversación* del sentido de las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (SSAN) que se citaron por esta Agencia en la propuesta de resolución.

En la propuesta de resolución se respondió a la falta de competencia material de la AEPD que la reclamada había invocado en sus alegaciones al acuerdo de inicio en los siguientes términos que pasamos a reproducir:

<<Sin embargo, la pretendida incompetencia de esta Agencia debe ser rechazada conforme a la doctrina seguida desde hace años por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que en numerosas sentencias ha venido considerando que la AEPD, en el ejercicio de las funciones

que legalmente tiene encomendadas, puede ponderar las circunstancias que rodean el supuesto concreto en orden a determinar, únicamente, si se ha producido una vulneración de la normativa sectorial de protección de datos. Esto, porque en ningún caso podría justificarse que la AEPD incumpliera los deberes que le vienen legalmente impuestos en la normativa vigente -en la actualidad en los artículos 57 y 58.2 del RGPD y 47 de la LOPDGDD-argumentado una indebida incursión de este organismo en cuestiones civiles; máxime, cuando tal valoración, cuya naturaleza se ha calificado por la jurisprudencia de prejudicial y carente de efectos jurídicos frente a terceros, es imprescindible para que ejerza las funciones que por ley tiene encomendadas.

La doctrina sentada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se refleja, entre otras, en la SAN de 3 de julio de 2007 (rec.232/2005), cuyo Fundamento de Derecho segundo dice:

*“Comienza el recurrente la defensa de su pretensión alegando la incompetencia de la Agencia de Protección de Datos ya que la controversia versa sobre la existencia o no de un determinado contrato y esta cuestión es de naturaleza esencialmente civil y, por consiguiente, sustraída a su competencia, según dispone el art. 37 de la LOPD. En realidad el Director de la Agencia de Protección de Datos no ha resuelto sobre la procedencia o improcedencia de la deuda, sino que su resolución se centra en considerar infringidos determinados preceptos de la LOPD, anudando como consecuencia a dichas infracciones la imposición de una sanción. Basta leer la parte dispositiva de la resolución impugnada para constatar lo que se acaba de afirmar. Y sin duda es plenamente competente para dictar esta resolución. Otra cosa es que para ejercer su competencia haya de realizar valoraciones fácticas o jurídicas cuya naturaleza podríamos calificar de prejudicial, y sobre las que no podría adoptar una decisión definitiva con efectos frente a terceros. Si el principio de calidad del dato recogido en la LOPD exige que los datos tratados por un tercero referidos a una persona sean exactos y veraces, la Administración encargada específicamente de hacer cumplir esta normativa, a los solos efectos de considerar cumplido o infringido este principio puede hacer una valoración de exactitud y veracidad de un determinado dato, en este caso de la certeza de una deuda, sin que ello signifique un apartamiento de sus normas de competencia. Este motivo de impugnación debe ser rechazado”. (El subrayado es nuestro).*

Es también significativa la sentencia de 17 de octubre de 2007 en la que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Fundamento de Derecho tercero) dice:

*“Y, en fin, respecto a la falta de competencia, también de la Agencia, para hacer juicios o apreciaciones de orden civil, o mercantil, sobre la naturaleza de la obligación y la certeza de la deuda, debemos señalar que la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, autoriza a la citada Agencia para salvaguardar la calidad de los datos personales que acceden a los ficheros de solvencia patrimonial, en relación con las obligaciones dinerarias a que alude el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999. (...) Por tanto, la regulación legal y el contenido de la expresada instrucción impiden avalar la tesis que sostiene la parte recurrente en su escrito de demanda, pues, como hemos señalado, no es posible, a los*

efectos ahora examinados, pretender que, al socaire de una indebida incursión en cuestiones civiles, la Agencia incumpla los deberes legalmente impuestos dejando de sancionar conductas que incurren en los ilícitos administrativos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, cuando someramente, y sin entrar en arduas y sofisticadas cuestiones civiles, constan acreditadas las características que la Instrucción establece para la inclusión de los datos en los ficheros de solvencia patrimonial". (El subrayado es nuestro) >>

En su alegato frente a la propuesta de resolución la reclamada no ha ofrecido ni un solo argumento que desvirtúe las consideraciones que se hicieron en ella acerca de la competencia de la AEPD para conocer del asunto planteado, consideraciones que acabamos de reproducir.

La respuesta que sobre esta cuestión ofrece la reclamada en sus alegaciones a la propuesta se apoya en las SSAN citadas en el escrito de propuesta si bien sobre ellas realiza un ejercicio de habilidad para confundir convenientemente el sentido de los pronunciamientos del Tribunal, además de entrelazar en ocasiones lo que son razonamientos jurídicos del Tribunal sentenciador con argumentos suyos o de quienes fueron demandantes en los procedimientos contenciosos que finalizaron con las SSAN de 3 de julio (rec. 232/2005) y de 17 de octubre de 2007. La reclamada concluye su argumentación respecto a esta cuestión con un silogismo final cuya premisa mayor, fruto de la tergiversación mencionada sobre el sentido de las SSAN, no se ajusta a la verdad.

Para mayor claridad expositiva transcribimos la alegación sexta del escrito de alegaciones de la reclamada frente a la propuesta de resolución:

*“Coincidimos con esta Agencia que, de acuerdo con la doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, “puede ponderar las circunstancias que rodean el supuesto concreto, en orden a determinar, únicamente, si se ha producido una normativa sectorial de protección de datos”, pero no es un ejercicio de ponderación el que está llevando a cabo en el presente procedimiento sancionador, sino una interpretación del contenido de un documento civil que impacta de pleno en la determinación de la infracción: si el poder es suficiente y válido, como mantiene y argumenta mi representada, no hay infracción; si el poder no es suficiente y no válido, como mantiene esta Agencia, hay infracción. No hay por tanto, ponderación, sino una valoración jurídica que no resulta de su competencia. En sus propias palabras (Fundamento de Derecho Segundo): “Otra cosa es que para ejercer su competencia haya de realizar valoraciones fácticas o jurídicas cuya naturaleza podríamos calificar de prejudicial y sobre las que no podría adoptar una decisión definitiva con efectos frente a terceros”. Es por ello que se produce, también en sus propias palabras, “una debida incursión en cuestiones civiles”, usurpando esta Agencia la competencia de los tribunales civiles, únicos legitimados para resolver cuestiones de fondo (que no aspectos ponderativos) reguladas en el Código Civil, y no en la normativa de protección de datos.”*

*“Es por ello que la sentencia traída a colación en la Propuesta de Resolución (SAN 232/2005, de 3 de julio) refuerza el argumento de mi representada,*

*“Comienza el recurrente la defensa de su pretensión alegando la incompetencia de la Agencia de Protección de Datos ya que la controversia versa sobre la existencia o no de un determinado contrato y esta cuestión es de naturaleza esencialmente civil, y, por consiguiente, sustraída a su competencia, según dispone el artículo 37 de la LOPD. En realidad, el Director de la Agencia de Protección de Datos no ha resuelto sobre la procedencia o improcedencia de la deuda, sino que su resolución se centra en considerar infringidos determinados preceptos de la LOPD, anudando como consecuencia a dichas infracciones la imposición de una sanción.”*

*Y es que de los términos anteriores, aplicados mutatis mutandi al presente procedimiento, resulta lo siguiente:*

*(i) se trata de una cuestión de naturaleza esencialmente civil, y por lo tanto sustraída a su competencia*

*(ii) la Propuesta de Resolución resuelve sobre la suficiencia o no del poder (la cuestión civil)*

*(iii) la infracción se produce como consecuencia de dicha valoración: el tratamiento de los datos es ilícito porque la AEPD entiende que el poder no es suficiente, circunstancia interpretativa totalmente ajena a la normativa de protección de datos.”*

*(El subrayado es nuestro)*

*La reclamada finaliza su argumentación diciendo que “[...] la valoración jurídica que nos ocupa es una valoración de naturaleza prejudicial, resultando un juicio de naturaleza civil que en ningún caso resulta de su competencia, y que resulta crucial y trascendente para la imputación o no de infracción.”*

Como se ha adelantado, esta Agencia no puede compartir la pretensión de la reclamada ni los argumentos que ofrece. En relación con lo alegado frente a la propuesta de resolución han de hacerse las siguientes matizaciones:

a. En su alegato la reclamada comienza afirmando que está de acuerdo con la doctrina de la A.N. según la cual la AEPD *“puede ponderar las circunstancias que rodean el supuesto concreto, en orden a determinar, únicamente, si se ha producido una [vulneración de la] normativa sectorial de protección de datos”,* pero niega a continuación que en este caso haya existido una *“ponderación”* pues dice que lo que ha habido es una *“valoración jurídica que no resulta de su competencia”*. Argumenta que *“si el poder es suficiente y válido, como mantiene y argumenta mi representada, no hay infracción; si el poder no es suficiente y no válido, como mantiene esta Agencia, hay infracción. No hay por tanto, ponderación, sino una valoración jurídica que no resulta de su competencia.”*

El término *“ponderación”*, y en ocasiones también el de *“valoración”*, se utiliza en la SAN precitada y en otras muchas contrapuesto al de *“valoración jurídica con efectos frente a terceros”*, indicando que la primera es una valoración necesaria para poder aplicar las normas sectoriales de protección de datos pero que, a diferencia de la segunda, no tiene efectos en otros ámbitos jurídicos distintos del relativo a la protección de datos. Y la abundante doctrina de la A.N. sobre la cuestión admite sin discusión que la AEPD pueda efectuar la valoración necesaria para determinar si ha habido o no infracción de su normativa específica, valoración que circunscribe sus efectos a la resolución que la Agencia dicta.

Cabe añadir, a la luz de lo manifestado por la reclamada, que lo que a su entender determina que *“No hay por tanto, ponderación, sino una valoración jurídica que no resulta de su competencia”*, es el hecho de que la decisión sobre la existencia o inexistencia de una infracción del RGPD dependa de la decisión sobre la cuestión civil de fondo. La reclamada olvida que es precisamente esa misma circunstancia la que movió a quienes invocaron la falta de competencia material de la Agencia a interponer recurso contencioso administrativo frente a las resoluciones de la AEPD dictadas en supuestos en los que la existencia de una infracción de la normativa sectorial de protección de datos estaba subordinada a un pronunciamiento sobre una cuestión civil, pronunciamiento que como la A.N. ha repetido hasta la saciedad tiene *“naturaleza prejudicial”* y *“no produce efectos jurídicos frente a terceros”*. Y en todas las resoluciones dictadas el pronunciamiento de este Tribunal ha tenido idéntico sentido. Puede citarse la SAN de 2 de julio de 2014 (rec. 121/2013) que en sus Fundamentos de Derecho segundo y quinto dice:

*“La recurrente [...] fundamenta su pretensión en los siguientes motivos:*

*1) Falta de competencia de la AEPD, lo que comporta la nulidad de pleno derecho de la resolución pues en la resolución se plantea la ausencia de contratación, que es una cuestión civil, no de protección de datos, que no puede ser examinada por la Agencia. [...]*”

*QUINTO. - Frente a lo anterior, las alegaciones de la demanda no pueden prosperar, como ha declarado esta Sala en múltiples ocasiones en relación con recursos similares [...].*

*Así, en cuanto a la falta de competencia de la AEPD, en la reciente sentencia de 23 de Mayo de 2014, recurso198/13, la Sala consideró que “la excepción de falta de competencia de la AEPD, por considerar que lo que realmente se discute en el supuesto es la existencia o no de contratación, lo cual es una cuestión civil, y no de protección de datos personales.*

*Frente a dicha argumentación ha de traerse a colación, de un lado, lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley29/1998, de la Jurisdicción , a cuyo tenor la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con el recurso, salvo las de carácter constitucional y penal, y lo dispuesto en los Tratados Internacionales, sin que la decisión que se pronuncie produzca efectos fuera del proceso en que se dicte, pronunciándose, en el mismo sentido, el artículo 10.2 de la LOPJ .*

*Por tanto, y como hemos manifestado, entre otras, en las SSAN 11-6-2009 (Rec. 508/2009) y 13-9-2012 (Rec.119/2010) la norma general es que el orden jurisdiccional administrativo puede y debe conocer y pronunciarse sobre cuestiones ajenas a su competencia, sin necesidad de suspender el curso del proceso y esperar a que los órganos competentes emitan su resolución sobre las mismas, cuando sea necesario para la correcta resolución del objeto procesal principal.*

*Por otra parte, indicar que corresponde a la AEPD, a tenor del artículo 37.a) LOPD y según ha reiterado también esta Sala, velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, así como ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos en el Título VII (Art. 37.g). Procedimiento sancionador que se inicia siempre de oficio, en el caso de la supuesta comisión de alguna de las infracciones reguladas endicho Título VII, entre ellas, y en cuanto uno de los principios esenciales en la materia de protección de datos, una eventual vulneración del principio de consentimiento inequívoco del artículo 6.1 de dicha LOPD ”.*

En el mismo sentido se pronuncia la SAN de 8 de mayo de 2014, rec. 142/2013, (Fundamento de Derecho primero) en la que el Tribunal dice así:

*“La parte actora fundamenta su pretensión impugnatoria en los siguientes motivos: a) falta de competencia de la Agencia de Protección de Datos ya que nos encontramos ante una cuestión civil; b) [...].*

*Siguiendo el orden expuesto en la demanda se va a analizar en primer lugar, la invocada incompetencia de la Agencia Española de Protección de Datos, por cuanto en el caso de autos se plantea la existencia de contratación que es una cuestión civil, no de protección de datos de carácter personal.*

*Se trata de una cuestión que [...] ha sido desestimada por la Sala de manera reiterada de la manera siguiente. Corresponde a la Agencia Española de Protección de Datos a tenor del art.37.a) de la LOPD, velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, así como ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos en el Título VII de la citada Ley (art. 37.g). Tiene por tanto competencia para la represión de conductas que afectan al ámbito de protección de datos, entre las que se encuentran las vulneraciones de los principios del consentimiento y calidad de datos apreciadas por la resolución administrativa impugnada y establecidos en los arts. 6.1 y 6.3 de la LOPD. Y si dichos principios exigen que los datos de una persona tratados por un tercero, se realicen con su consentimiento y sean veraces y exactos, la Agencia Española de Protección de Datos, a los solos efectos de determinar si se ha producido o no la vulneración de los citados principios, puede realizar una valoración sobre si el consentimiento para el tratamiento de los datos del afectado en relación con unos determinados servicios, cuenta o no con la cobertura de la contratación de dichos servicios y sobre la exactitud y veracidad de un determinado dato, como puede ser la existencia de una deuda informada a un fichero de solvencia patrimonial.*

*Por tanto, al tener la Agencia Española de Protección de Datos competencia para determinar si se han cumplido o no los requisitos legal y reglamentariamente establecidos para el tratamiento de los datos personales de la persona afectada, no puede acogerse la tesis que sostiene la parte recurrente en su escrito de demanda.” (El subrayado es nuestro)*

b. Afirma también la reclamada en sus alegaciones a la propuesta: *“En sus propias palabras (Fundamento de Derecho Segundo): “Otra cosa es que para ejercer su competencia haya de realizar valoraciones fácticas o jurídicas cuya naturaleza*

*podríamos calificar de prejudicial y sobre las que no podría adoptar una decisión definitiva con efectos frente a terceros”.*

Este párrafo de las alegaciones de la reclamada puede hacer pensar que está reflejando el espíritu de la SAN de la que procede. Básicamente porque se ha acotado una oración, precedida de una referencia al Fundamento de Derecho Segundo, que comienza con un conector adversativo –“Otra cosa”- que extraída del párrafo en el que está incardinada sugiere que en esa frase el Tribunal rechaza la competencia de la AEPD para conocer de la cuestión de naturaleza civil conectada con la infracción del RGPD de la que se le responsabiliza.

Sin embargo, basta acudir al texto de la SAN de 3 de julio de 2007 (rec. 232/2005) del que procede -sentencia que se transcribe en la propuesta de resolución que hemos reproducido al inicio de este apartado 1 del Fundamento Jurídico II - y realizar una atenta lectura para entender cuál es el sentido de esas palabras y, al tiempo, la finalidad pretendida por la reclamada.

c. Afirma la reclamada en su alegato: *“Es por ello que se produce, también en sus propias palabras, “una indebida incursión en cuestiones civiles”, usurpando esta Agencia la competencia de los tribunales civiles, únicos legitimados para resolver cuestiones de fondo (que no aspectos ponderativos) reguladas en el Código Civil, y no en la normativa de protección de datos.”*

Adviértase que en ese párrafo hay dos elementos: (i) una frase procedente de la SAN de 17 de octubre de 2007 citada por la AEPD - “una indebida incursión en cuestiones civiles”- y (ii) unas afirmaciones que la reclamada hace *motu proprio*: *“usurpando esta Agencia la competencia de los tribunales civiles, únicos legitimados para resolver cuestiones de fondo (que no aspectos ponderativos) reguladas en el Código Civil, y no en la normativa de protección de datos.”* Dos elementos unidos en una sola frase en la que se ha recogido entrecomillada una afirmación hecha por la Audiencia Nacional en una de sus sentencias que dice exactamente lo contrario de lo que la reclamada afirma.

Respecto a la frase extraída de la SAN –“una indebida incursión en cuestiones civiles”- es clarificador ver el párrafo en el que ha sido escrita: El Fundamento de Derecho tercero de la SAN de 17 de octubre de 2007 dice:

*“Y, en fin, respecto a la falta de competencia, también de la Agencia, para hacer juicios o apreciaciones de orden civil, o mercantil, sobre la naturaleza de la obligación y la certeza de la deuda, debemos señalar que la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, autoriza a la citada Agencia para salvaguardar la calidad de los datos personales que acceden a los ficheros de solvencia patrimonial, en relación con las obligaciones dinerarias a que alude el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999. (...) Por tanto, la regulación legal y el contenido de la expresada instrucción impiden avalar la tesis que sostiene la parte recurrente en su escrito de demanda, pues, como hemos señalado, no es posible, a los efectos ahora examinados, pretender que, al socaire de una indebida incursión en cuestiones civiles, la Agencia incumpla los deberes legalmente impuestos dejando de sancionar conductas que incurren en los ilícitos administrativos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, cuando someramente, y sin entrar en*



*arduas y sofisticadas cuestiones civiles, constan acreditadas las características que la Instrucción establece para la inclusión de los datos en los ficheros de solvencia patrimonial”.* (El subrayado es nuestro)

A la luz de lo expuesto parece obvio cuál es el sentido de las SSAN precitadas, que en ningún caso han concluido, como la reclamada pretende hacer creer, que la AEPD carezca de competencia para hacer “juicios o apreciaciones de carácter civil o mercantil”; más al contrario, lo que afirma el Tribunal es que no se puede pretender, como lo hace la reclamada, que “al socaire de una indebida incursión en cuestiones civiles” la Agencia deje de cumplir los deberes que le vienen impuestos legalmente.

Pues bien, la reclamada finaliza su argumentación afirmando lo siguiente:

*“Y es que, de los términos anteriores, aplicados mutatis mutandi al presente procedimiento, resulta lo siguiente:*

*(i) se trata de una cuestión de naturaleza esencialmente civil, y por lo tanto sustraída a su competencia [...]”.*

Si, como sugiere la reclamada, aplicamos al asunto que nos ocupa, “mutatis mutandi”, las precitadas SSAN, es evidente que la afirmación que se hace en el punto “(i)” es falsa, pues como se infiere de las SSAN pese a existir una cuestión de carácter civil se considera que tiene naturaleza prejudicial y que no está sustraída a su competencia.

Y esa afirmación falsa es, al tiempo, la premisa mayor del silogismo con el que cierra su argumentación sobre esta cuestión -nos remitimos a los puntos “ii” y “iii” de su alegato- y cuya conclusión lógica es necesariamente falsa, por cuanto lo es la premisa de la que parte.

Así las cosas, la pretensión de la reclamada expuesta en este apartado 1 debe ser rechazada.

## 2.- Sobre la nulidad de pleno derecho del procedimiento sancionador al amparo del artículo 47.1.a) de la LPACAP

Esta Agencia, como se recoge en la propuesta de resolución, no puede compartir la pretendida nulidad del procedimiento sancionador invocada por la reclamada.

La reclamada considera que el acuerdo de apertura de este procedimiento sancionador se encuentra viciado de nulidad radical a tenor del artículo 47.1.a) de la LPACAP conforme al cual son nulos de pleno derecho los actos de las administraciones públicas que “*lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*”

Las alegaciones que sobre esta cuestión ha formulado frente a la propuesta de resolución son en esencia idénticas a sus alegaciones frente al acuerdo de apertura, por lo que de ellas se analizarán únicamente los elementos que puedan resultar novedosos en algún sentido.

La reclamada ha venido invocando que el acuerdo de apertura adolece de un “vicio radical” derivado de la interpretación que la AEPD hace de los artículos 64 y 85 de la

LPACAP contraria a la Constitución Española (C.E.) que determina la nulidad del procedimiento a tenor del artículo 47.1.a) LPACAP.

A su juicio, el acuerdo de apertura se encuentra viciado de nulidad, de una parte, por haber fijado en él el importe de la sanción, en lugar de expresar solo los límites de la posible sanción, lo que le ha generado una indefensión total y absoluta pues, dice, a través del acuerdo de inicio se ha hecho una valoración de su culpabilidad *“in audita parte”*, valoración carente de motivación y en la que incluso se han mencionado las atenuantes y agravantes que concurren.

Por otra, a su juicio, el vicio de nulidad deriva de la ruptura del principio de separación entre la fase de instrucción y de resolución, principio consustancial al Derecho Penal y aplicable al Derecho Administrativo sancionador de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 8/1981, de 8 de junio; 54/2015, de 16 de marzo; y 59/2014, de 5 de mayo). El principio de la separación entre las fases de instrucción y de resolución se habría vulnerado, dice la reclamada, porque el acuerdo de inicio ha afectado sustancialmente a la imparcialidad del órgano instructor y le ha privado de un conocimiento objetivo de los hechos, ya que, antes de que inicie su labor instructora, el órgano instructor ha conocido cuál es el criterio del órgano sancionador, al que elevará el expediente para la imposición de la sanción que *“pudiera corresponder”*, órgano con el que, además, mantiene una relación de dependencia jerárquica.

Respecto al artículo 85 de la LPACAP, entiende que es aplicable solo a aquellos casos en los que *“la norma sancionadora impone una multa de carácter fijo y objetivo por la comisión de una infracción”*. A lo que añade que el acuerdo de apertura no ha respetado el tenor literal del precepto -según el cual podrá determinarse la cuantía de la sanción *“iniciado”* el procedimiento sancionador- por lo que excede de su previsión asimilando *“el acto mismo de la iniciación con el hecho de que el procedimiento se encuentre iniciado”*.

En definitiva, la reclamada sitúa el origen del vicio radical en el que a su parecer se habría incurrido en una interpretación de los artículos 64 y 85 de la LPACAP contraria a la C.E. Los derechos fundamentales que considera vulnerados son el derecho de defensa y la ruptura del principio de separación entre la fase de instrucción y de resolución que ha privado al instructor de la necesaria imparcialidad. En sus alegaciones a la propuesta de resolución invoca también la vulneración del derecho a la presunción de inocencia pues afirma que la interpretación conjunta de los artículos 64 y 85 de la LPACAP que hace la AEPD *“aboca a la vulneración del derecho de mi representada a la presunción de inocencia”*.

Reiteramos lo que se dijo en la propuesta de resolución respecto a que el acuerdo de apertura dictado en este procedimiento se ajusta plenamente a lo previsto en el artículo 68 de la LOPDGDD, conforme al cual bastará con que se concreten los hechos que motivan la apertura, se identifique a la persona o entidad contra la que se dirige el procedimiento, la infracción que hubiera podido cometer y su posible sanción. En idéntico sentido se expresa el artículo 64.2 de la LPACAP que refiere cuál es el *“contenido mínimo”* del acuerdo de iniciación. Según este precepto, entre otros detalles, deberá contener *“los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación jurídica y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción”*

Por tanto, como se dijo en el escrito de propuesta de resolución, el acuerdo de apertura ha cumplido las exigencias mencionadas en los artículos 68 de la LOPDGDD y 64 de la LPACAP y, además, se han incluido en él los razonamientos que justifican la calificación jurídica de los hechos y las circunstancias que han sido valoradas para la determinación de la sanción.

La reclamada ha realizado diversas objeciones frente a los argumentos expuestos en la propuesta de resolución de este procedimiento:

a. Que “[...], la Propuesta de Resolución señala, [...], que [...], la determinación por el órgano competente para sancionar del importe de la sanción procedente con anterioridad a la instrucción del asunto, derivan directa e inmediatamente de lo establecido en el artículo 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, “LPACAP”); si bien, a continuación, se incurre en una manifiesta contradicción, al indicarse que la actuación de la AEPD, cumpliendo con las exigencias mencionadas, se “han incluido en ellos los razonamientos que justifican la calificación jurídica de los hechos y las circunstancias que han sido valoradas para la determinación de la sanción.” (El subrayado es nuestro)

Esta Agencia no puede compartir el comentario de la reclamada y no aprecia ninguna contradicción entre el artículo 64 de la LPACAP y haber incluido en el acuerdo de apertura “los razonamientos que justifican la calificación jurídica de los hechos y las circunstancias que han sido valoradas para la determinación de la sanción.” El artículo 64.2 de la LPACAP -como se advirtió en la propuesta de resolución mediante el oportuno subrayado- comienza diciendo que “El acuerdo de iniciación deberá contener al menos”, por lo que permite que además del contenido mínimo obligado, el previsto en el artículo 64.2., puedan incluirse otros elementos o consideraciones adicionales.

b. La reclamada objeta también a la propuesta que en ella se “[...] considera igualmente que la determinación de la cuantía de la sanción, y la consiguiente evaluación de las circunstancias concurrentes en el caso deviene de la opción, otorgada por la LPACAP al encartado de proceder al abono anticipado de la sanción y al reconocimiento de la culpa concurrente en su conducta, establecido en el artículo 85 de la LPACAP, con la consiguiente reducción del importe de la sanción.” Añade que la “La literalidad de esta norma no supone, a juicio de mi representada, una habilitación al órgano sancionador para prejuzgar el caso proponiendo ab initio el importe de una sanción, dado que con ello se quebrantan los más elementales principios del procedimiento sancionador con la consiguiente quiebra de los derechos del encartado en dicho procedimiento.

Que “[...]el artículo 85.1 de la LPACAP no exige una previa determinación de la sanción, dado que en ningún lugar se refiere a una sanción preestablecida, [...] la norma, que en todo caso es aplicable “iniciado el procedimiento”, prevé el posible reconocimiento de responsabilidad que podrá determinar la imposición de la sanción “que proceda”, de forma que esa fijación parece preverse con posterioridad al propio reconocimiento de responsabilidad.

Que será la “[...] propuesta de resolución el momento idóneo para la determinación del citado importe, toda vez que el Acuerdo de Inicio no es el lugar idóneo para “proponer” la imposición de una sanción, sino para simplemente iniciar la tramitación del procedimiento.”

“Consecuencia de todo lo anterior es que la AEPD realiza una interpretación conjunta de los artículos 64 y 85 de la LPACAP que aboca a la vulneración del derecho de mi mandante a la presunción de inocencia y le genera indefensión, [...] entiende respetuosamente mi representada que la interpretación que aplica la AEPD de los preceptos mencionados abocaría a su plena inconstitucionalidad, por constituir una vulneración de los derechos fundamentales de la parte contra la que se incoe un procedimiento sancionador tramitado por la AEPD.” (El subrayado es nuestro)

En esos párrafos la reclamada niega una vez más que la AEPD aplique correctamente el artículo 85 de la LPACAP y considera que la aplicación que se viene haciendo de esta disposición, juntamente con el artículo 64 del mismo texto legal, vulnera la C.E. en la medida en que conlleva a su entender una vulneración de derechos fundamentales. La interpretación correcta a su parecer es que es en el trámite de propuesta de resolución en el que debe fijarse el importe de la sanción y que el artículo 85.1 de la LPACAP no exige una previa determinación de la sanción, pues en ningún lugar se refiere a una sanción *preestablecida*. Añade también que el artículo 85 de la LPACAP no es a su juicio una habilitación al órgano sancionador para prejuzgar el caso proponiendo ab initio el importe de una sanción.

A propósito de tales objeciones hemos de reiterar que la aplicación que la AEPD viene haciendo de la disposición cuya interpretación se cuestiona es absolutamente correcta. Que no es posible que al fijar en el acuerdo de apertura el importe de la sanción que pudiera corresponder se produzca vulneración de las garantías constitucionales o legales pues el procedimiento administrativo se inicia precisamente con el acuerdo de apertura y es a partir de entonces -no antes- cuando el artículo 53 de la LPACAP reconoce al interesado una serie de derechos, entre ellos el previsto en el artículo 53.1.e). El procedimiento se ha desarrollado siguiendo todos los trámites preceptuados y respetando siempre de forma escrupulosa las garantías procesales y los derechos que la ley otorga al encartado, por lo que ni se está “prejuzgando” ni existe una “sanción preestablecida”.

Sobre el momento procesal en el que debe fijarse el importe de la sanción propuesta – en el entendimiento que nos referimos a la sanción que “podría” imponerse en la resolución sancionadora pues aún deben sustanciarse todas las fases del procedimiento- el artículo 85 no permite duda alguna cuando dispone que “*Las citadas reducciones, deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento [...]*”, por lo cual necesariamente deberá fijarse en dicho acuerdo el importe de la sanción que pudiera corresponder por la presunta infracción derivada de los hechos imputados. Y ese extremo justifica sobradamente que se refieran en él las circunstancias modificativas de la responsabilidad, pues éstas inciden directamente en la determinación de la cuantía de la sanción.

Respecto a la aplicación contraria a la C.E. que supuestamente viene haciendo la AEPD del artículo 85 de la LPACAP en combinación con el artículo 64 del mismo texto legal, de la que a su juicio se deriva una vulneración de derechos fundamentales que

determinaría que el acuerdo de apertura esté viciado de nulidad radical, cabe indicar, como se dijo en la propuesta, que la AEPD viene aplicando el artículo 85 LPACAP de igual forma desde la entrada en vigor de la citada ley sin que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional se haya pronunciado nunca en línea con el criterio que esa entidad defiende. Por otra parte, de ser ciertas sus afirmaciones todos los acuerdos de apertura dictados por la AEPD desde la entrada en vigor de la LPACAP sería nulos de pleno derecho y nulas también las resoluciones dictadas. Y siendo la nulidad de pleno derecho una cuestión de orden público que debe de ser apreciada de oficio por los Tribunales, sobre la que han de pronunciarse incluso de forma preferente con respecto a cualquiera de las que haya motivado la interposición del recurso contencioso, ni la A.N. ni tampoco el Tribunal Supremo (T.S.) se ha pronunciado corroborando la tesis que la reclamada defiende.

Tanto ante la A.N., Sala de lo Contencioso Administrativo, como ante la Sala tercera del T.S. se han sustanciado procedimientos en los que la controversia ha girado sobre la aplicación por la AEPD del artículo 85 de la LAPAC y su presunta inconstitucionalidad, si bien es cierto que la controversia se centró en otros aspectos de esta norma diferentes de los que aquí se discuten: Nos remitimos a la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 18 de febrero de 2021 (recurso de casación 2201/2020) y a la SAN de 15 de octubre de 2019 (rec. 601/2017) Tampoco en esas ocasiones, en las que difícilmente podía pasar desapercibida al Tribunal una vulneración de derechos fundamentales como la que a juicio de la reclamada se deriva de la aplicación que la AEPD hace en los acuerdos de inicio de los artículos 85 y 64 LPACAP, ninguno de los órganos jurisdiccionales citados se pronunció en consonancia con la tesis que sostiene la reclamada.

c. Especial atención merecen los comentarios de la reclamada frente a lo manifestado en la propuesta de resolución acerca de la supuesta vulneración del principio de separación entre la fase de instrucción y de resolución que, a su juicio, habría privado al instructor de la necesaria imparcialidad y que la entidad invocó como causante de la nulidad radical del acuerdo de apertura conforme al artículo 47.1.a) LPACAP Se reproduce lo alegado en este punto por la reclamada frente a la propuesta de resolución:

*“La Propuesta de Resolución culmina la argumentación contenida en su Fundamento de Derecho Segundo con el siguiente razonamiento:*

*“(…) la invocada por la reclamada “clara ruptura del principio de separación de la fase instructora y de sanción” que habría afectado a la imparcialidad del órgano instructor, con la consiguiente nulidad del procedimiento conforme al artículo 47.1.a) de la LPACAP, “carece de relevancia constitucional a los efectos del art. 24.2 CE”, pues como precisa el Tribunal Constitucional, es un principio de carácter legal cuya tutela corresponde a los órganos judiciales, sin que la exigencia de imparcialidad del órgano administrativo sancionador sea una garantía derivada del artículo 24.2 de la C.E. con el carácter de derecho fundamental.”*

*El contenido de semejante razonamiento causa a esta parte, no ya una enorme perplejidad, sino una absoluta estupefacción, dado que del mismo se desprende que esta Agencia no ha apreciado respecto del procedimiento administrativo sancionador la necesaria separación de las fases de instrucción y de resolución*

*y la necesaria intervención en las mismas de dos órganos distintos, sin que el órgano sancionador pueda intervenir ni “dirigir”, como ha sucedido en este caso, la actuación independiente del órgano instructor.*

*Recuérdese simplemente a tal efecto que el artículo 63.1 de la LPACAP es palmario cuando señala que “los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos”. De este modo, la Ley señala, terminantemente, por mucho que la Propuesta pretenda decir lo contrario, que “quien instruye no resuelve”, dado que las diferentes funciones deberán atribuirse a órganos distintos.*

*Y para nuestra mayor sorpresa, la Propuesta de Resolución no sólo considera que el citado principio de separación de las fases de instrucción y resolución no es predicable al procedimiento sancionador administrativo, contradiciendo así lo establecido expresamente en la LPACAP y constantemente recordado por reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, en la STC 9/2018, de 5 de febrero), sino que además afirma sin ningún reparo que el principio “a tenor del cual quien instruye no resuelve, no es aplicable al procedimiento administrativo”, sobre la base de una supuesta jurisprudencia constitucional que en nada guarda relación con semejante conclusión.*

*Por su parte, la STC 74/2004, de 22 de abril, invocada en la Propuesta de Resolución, sí hace referencia al derecho a la tutela judicial efectiva, pero en el aspecto referido a la no aplicación al procedimiento administrativo del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, lo que tampoco guarda relación alguna con lo analizado en el presente procedimiento.” (El subrayado es nuestro)*

El primero de los párrafos procede de la propuesta de resolución. La reclamada comenta sobre él que “se desprende” “que esta Agencia no ha apreciado respecto del procedimiento administrativo sancionador la necesaria separación de las fases de instrucción y de resolución”.

En contra de lo afirmado por la reclamada el cumplimiento de las normas procesales en el expediente sancionador que nos ocupa ha sido total y absoluto, lo que puede constatarse con facilidad examinando el *iter* del procedimiento. Entre ellas también el artículo 63.1. LPACAP conforme al cual “los procedimientos de naturaleza sancionadora establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora”.

Sentado lo anterior cabe añadir respecto al fragmento de la propuesta de resolución que la reclamada comenta en sus alegaciones que coincide con el sentido de la STC 174/2005, de 4 de julio, que se citó en la propuesta de resolución junto con otras cuatro SSTC. En la mencionada STC, en el Fundamento Jurídico 2, el Alto Tribunal dice así:

*“[...] si bien este Tribunal ha reiterado que, en principio, las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías se aplican al procedimiento administrativo sancionador, sin embargo, también se ha hecho especial*

*incidencia en que dicha aplicación debe realizarse con las modulaciones requeridas en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 CE y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE, en tanto sean compatibles con su propia naturaleza (por todas, STC 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 2). Más en concreto, y por lo que se refiere específicamente a la garantía de imparcialidad, se ha señalado que es uno de los supuestos en que resulta necesario modular su proyección en el procedimiento administrativo sancionador, [...]*

*En atención a ello, el principio del procedimiento sancionador establecido en el art. 134.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, conforme al cual “los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolos a órganos distintos”, es un principio de carácter legal cuya tutela corresponde a los órganos judiciales a través de los correspondientes recursos, sin que la exigencia de imparcialidad del órgano administrativo sancionador sea, como pretende la entidad recurrente, una garantía derivada, con el carácter de derecho fundamental, del art. 24.2 CE, cuyas exigencias, relativas a la imparcialidad judicial, sólo rigen para el órgano judicial que deba resolver sobre la legalidad de la actuación administrativa.*

*De ese modo, la eventual infracción en un procedimiento administrativo sancionador del principio de que se encomiende a órganos distintos la fase instructora y la sancionadora carece de relevancia constitucional a los efectos del art. 24.2 CE y, [...]” (El subrayado es nuestro)*

A la vista del texto de esa STC el párrafo de la propuesta de resolución que la reclamada ha reproducido en sus alegaciones -aderezado con diversos comentarios- no es susceptible de generar dudas sobre su sentido y alcance. Menos aun cuando, para mayor claridad expositiva, en la propuesta de resolución se reprodujeron tanto el fragmento arriba transcrito como los de otras cuatro SSTC.

Difícilmente puede colegirse que la Agencia haya dicho, sugerido o admitido, que la separación entre la fase de instrucción y de resolución no sea una garantía impuesta por la LPACAP, artículo 63.1., tal y como la reclamada ha manifestado en su escrito de alegaciones pues dice refiriéndose a la AEPD: “sino que además afirma sin ningún reparo que el principio “a tenor del cual quien instruye no resuelve, no es aplicable al procedimiento administrativo”.

Pese al estupor que el representante de la reclamada ha tenido que padecer con su lectura, lo que en ese párrafo dice la AEPD es, de una parte, que el T.C. considera que en el procedimiento administrativo sancionador la debida separación de la fase de instrucción y resolución “es un principio de carácter legal cuya tutela corresponde a los órganos judiciales”. Y de otra, que el T.C. dice que respecto a la “exigencia de imparcialidad del órgano administrativo sancionador” en el procedimiento administrativo no es “una garantía derivada del artículo 24.2 de la C.E. con el carácter de derecho fundamental.”

De lo cual se concluye que la pretendida dilución entre la fase de instrucción y resolución invocada de contrario no podría servir de base a la existencia de un vicio de nulidad radical por vulneración de un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional. Otra cosa es que sí pueda, si lo estima oportuno, invocar la vulneración del artículo 63 de la LPACAP y la consiguiente anulabilidad del procedimiento conforme al artículo 48.1 LPACAP.

Como se expuso en la propuesta de resolución a propósito de la separación entre la fase de instrucción y resolución, el artículo 24.2 de la CE alude a once derechos fundamentales que constituyen a su vez un conjunto de garantías procesales. Las sentencias del Tribunal Constitucional (TC) han ido delimitando cuáles de ellas resultan aplicables y cuáles no al procedimiento administrativo.

El principio de separación de la fase instructora y sancionadora que, en opinión de la reclamada, se habría vulnerado en el acuerdo de apertura determinando con ello un vicio de nulidad radical previsto en el apartado a, del artículo 47.1.a) LPACAP, tiene su origen en la STC 145/1988, de 12 de julio, que estima que *“la imparcialidad del juzgador es incompatible o queda comprometida por su actuación como instructor”*. Adviértase que lo que la reclamada invoca es exactamente lo contrario: que el instructor ha visto afectada su imparcialidad por cuanto el órgano competente para resolver se ha pronunciado en el acuerdo de apertura sobre la sanción que podría imponerse. De forma tal que la imparcialidad del juzgador, en este caso del órgano sancionador, está intacta.

Pues bien, hay que añadir además que el T.C. se ha pronunciado sobre la aplicación de ese principio al procedimiento administrativo sancionador en los siguientes términos:

(i) En STC de 15/02/1990 (RTC 1990/22) dice que *“Es doctrina reiterada de este Tribunal que no puede pretenderse que el Instructor en un procedimiento administrativo sancionador, y menos aún, el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales; porque en este tipo de procedimientos el Instructor es también acusador en cuanto formula una propuesta de resolución sancionadora y, por otra parte, el órgano llamado a decidir es el mismo que incoa el expediente y, por ello, no deja de ser Juez y parte al mismo tiempo.”* (El subrayado es nuestro)

(ii) En STC de 26/04/1990 (RTC 1990/76) afirma que *“Por la naturaleza misma de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto de los Jueces ha de darse en los procesos jurisdiccionales. El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías -entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador- es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, aplicable con igual significado y en la misma medida a los órganos administrativos.”* (El subrayado es nuestro)

(iii) En la STC de 17/03/1995 el Alto Tribunal dice lo siguiente:



*“En relación con este derecho fundamental a no ser juzgado por quien ha sido previamente instructor de la causa, tiene declarado este Tribunal que, debido a su finalidad consiste exclusivamente en evitar, por parte del órgano jurisdiccional encargado de conocer del juicio oral y de dictar Sentencia de determinados prejuicios acerca de la culpabilidad del acusado [...] Asimismo, y desde un punto de vista objetivo, también hemos dicho que, al enmarcarse dentro de las garantías del proceso penal acusatorio, no es necesariamente extensible a otros procesos de similar naturaleza como es el caso del procedimiento administrativo sancionador (STC 22/1990 [RTC 1999, 22]*

*En cualquier caso, la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no pueden examinarse en abstracto, sino que hay que descender a los casos concretos y comprobar si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador (STC 98/1990), debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructorio compromete dicha imparcialidad, sino tan solo aquellos que, por asumir el Juez un juicio sobre la participación del imputado en el hecho punible, puedan producir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad del acusado que lo inhabiliten para conocer de la fase de juicio oral (SSTC 106/1989; 1\*\*\*CUENTA.1/1992, 170 y 320 1993)”. (El subrayado es nuestro)*

(iv) De la STC 174/2005, de 4 de julio, reproducimos los siguientes fragmentos:

*“1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar, por un lado, si en el procedimiento administrativo sancionador, que ha dado lugar a la imposición de la sanción a la entidad recurrente, se ha vulnerado su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al no haberse respetado la debida separación entre el órgano de instrucción y el sancionador; [...]*

*2. La queja relativa a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), desde la perspectiva de la exigencia de imparcialidad, hay que entenderla articulada por la vía del art. 43 LOTC, puesto que la entidad recurrente aduce que se habría producido en el procedimiento administrativo sancionador por no respetarse la debida separación entre el órgano administrativo de instrucción y el sancionador, derivada de que el Alcalde del Ayuntamiento fue el instructor del procedimiento y, además, presidente de la Comisión de Gobierno que le impuso la sanción.*

*Al respecto se debe recordar que, si bien este Tribunal ha reiterado que, en principio, las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías se aplican al procedimiento administrativo sancionador, sin embargo, también se ha hecho especial incidencia en que dicha aplicación debe realizarse con las modulaciones requeridas en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 CE y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE, en tanto sean compatibles con su propia naturaleza (por todas, STC 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 2). Más en concreto, y por lo que se refiere específicamente a la garantía de imparcialidad, se ha señalado que es uno de los supuestos en que resulta necesario modular su proyección en el procedimiento administrativo sancionador, toda vez que dicha garantía “no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales” (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 10), pues, “sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia*

de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo” (STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4), concluyéndose de ello que la independencia e imparcialidad del juzgador, como exigencia del derecho a un proceso con todas las garantías, es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende sin más al procedimiento administrativo sancionador (STC 74/2004, de 22 de abril, FJ 5).

En atención a ello, el principio del procedimiento sancionador establecido en el art. 134.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, conforme al cual “los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolos a órganos distintos”, es un principio de carácter legal cuya tutela corresponde a los órganos judiciales a través de los correspondientes recursos, sin que la exigencia de imparcialidad del órgano administrativo sancionador sea, como pretende la entidad recurrente, una garantía derivada, con el carácter de derecho fundamental, del art. 24.2 CE, cuyas exigencias, relativas a la imparcialidad judicial, sólo rigen para el órgano judicial que deba resolver sobre la legalidad de la actuación administrativa.

De ese modo, la eventual infracción en un procedimiento administrativo sancionador del principio de que se encomiende a órganos distintos la fase instructora y la sancionadora carece de relevancia constitucional a los efectos del art. 24.2 CE y, [...]” (El subrayado es nuestro)

(v) La STC 74/2004 de 22 de abril (F.J. 5) declaró lo siguiente:

“5. Se aduce también por el demandante de amparo la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) [...] alegando que el mando que impuso la sanción, que fue quien practicó el trámite de audiencia, había sido denunciado por el recurrente ante el Director General del cuerpo por la comisión de determinadas irregularidades.

[...]

De conformidad con nuestra doctrina hemos de recordar que el derecho [...] a un proceso con todas las garantías -entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador- es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado y en la misma medida de los órganos administrativos (SSTC 22/1990, de 15 de febrero, FJ 4, y 76/1990, de 26 de abril, FJ 8.a; AATC 320/1986, de 9 de abril, FJ 4, y 170/1987, de 11 de febrero, FJ 1). Como ya se expresó en la STC 22/1990, de 15 de febrero (FJ 4), no es ocioso traer a colación la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho administrativo sancionador se trata; esta delicada operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. De este modo en distintas ocasiones el Tribunal Constitucional ha sostenido que no puede pretenderse que, ni el instructor de un procedimiento administrativo sancionador, ni menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales (STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4).

*En consecuencia, la interpretación y aplicación del régimen de abstención y recusación de quienes integran los órganos administrativos pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria, sin que pueda utilizarse la vía del recurso de amparo para revisar la realizada por los Tribunales, en este caso por la jurisdicción militar, ya que el recurso de amparo no constituye una tercera instancia judicial en la que puedan debatirse problemas de mera legalidad ordinaria (ATC 170/1987, de 11 de febrero, FJ 2).* (El subrayado es nuestro)

Por tanto, la invocada por la reclamada “*clara ruptura del principio de separación de la fase instructora y de sanción*” que habría afectado a la imparcialidad del órgano instructor, con la consiguiente nulidad del procedimiento administrativo en aplicación del artículo 47.1.a) de la LPACAP, “*carece de relevancia constitucional a los efectos del art. 24.2 CE.*”, pues como precisa el Tribunal Constitucional, es un principio de carácter legal cuya tutela corresponde a los órganos judiciales, sin que la exigencia de imparcialidad del órgano administrativo sancionador sea una garantía derivada del artículo 24.2 de la C.E. con el carácter de derecho fundamental. Todo ello sin perjuicio de subrayar de nuevo que este principio persigue garantizar la imparcialidad del juzgador proscribiendo su actuación como instructor. Cuestión distinta de la que la reclamada plantea en la que la imparcialidad del juzgado no se ha visto afectada.

La reclamada invocó asimismo la nulidad radical del procedimiento conforme al artículo 47.1.a) LPACAP toda vez que, en su opinión, el acuerdo de apertura vulneró su derecho de defensa.

Esta pretensión debe ser también rechazada por razones evidentes. Desde el punto de vista del artículo 24 de la C.E. la indefensión tiene un carácter material más que formal. La indefensión con trascendencia jurídico-constitucional se produce solo cuando el interesado se ve, de forma injustificada, imposibilitado para impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos o cuando la vulneración de las normas procesales o procedimentales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente *perjuicio real y efectivo* para los intereses del afectado al quedar privado de su derecho a alegar, probar y, en su caso, para replicar las argumentaciones contrarias (STC 31/1984, de 7 de marzo, STC 48/1984, de 4 de abril, STC 70/1984, de 11 de junio, STC 48/1986, de 23 de abril, STC 155/1988, de 22 de julio, y STC 58/1989, de 16 de marzo, entre otras muchas).

La reclamada no ha sufrido en este procedimiento ninguna merma o lesión de su derecho de defensa pues en el procedimiento se han respetado todos los trámites habiendo tenido la posibilidad de alegar y probar lo que a su derecho convenía. Se ha de reiterar en tal sentido que los derechos que otorga el artículo 53.1.e) LPACAP a los interesados en el procedimiento administrativo -procedimiento que se inicia precisamente con el acto que a juicio de la reclamada habría lesionado su derecho de defensa- han sido respetados escrupulosamente. Ese precepto, artículo 53.1.e) LPACAP otorga a los interesados en un procedimiento administrativo el derecho a “*formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.*”

La reclamada invoca en sus alegaciones a la propuesta una supuesta vulneración del derecho de presunción de inocencia, reconocido como derecho subjetivo fundamental en el artículo 24.2 de la Constitución y en el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que se recoge expresamente en la LPACAP, artículo 53.2.b), que dispone que, además de los derechos previstos en el apartado 1, en el caso de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables tendrán derecho *“A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”*

Sobre este derecho fundamental la STS de 3 de Junio de 2008 (rec.146/04) se hace eco de la doctrina del Tribunal Constitucional que dice: *“[...]el principio de presunción de inocencia garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad, y comporta, entre otras exigencias, la de que la Administración pruebe y, por ende, motive, no sólo los hechos constitutivos de la infracción, la participación en tales hechos y las circunstancias que constituyen un criterio de graduación, sino también la culpabilidad que justifique la imposición de sanción (entre otras, SSTC 76/1990, de 26 de Abril; 14/1997, de 28 de Enero; 209/1999, de 29 de Noviembre y 33/2000, de 14 de Febrero)”*.

La STS de 28 de abril de 2016 (RC 677/2014) a propósito de este derecho a la presunción de inocencia, que rige sin excepción en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, dice que *“ [...] según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 66/2007, de 27 de marzo, comporta que «no pueda imponerse sanción alguna que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria lícita», e implica también el reconocimiento del derecho a un procedimiento administrativo sancionador debido o con todas las garantías, que respete el principio de contradicción y en que el presunto responsable tenga la oportunidad de defender sus propias posiciones, vedando la incoación de expedientes sancionadores cuando resulte apreciable de forma inequívoca o manifiesta la inexistencia de indicios racionales de que se ha cometido una conducta infractora, o en los que esté ausente la antijuridicidad o la culpabilidad”*

Pues bien, en el procedimiento sancionador que nos ocupa se han observado todas las garantías procesales (contradicción, defensa, separación de la fase de instrucción y resolución) y además la apertura del citado procedimiento se produjo sobre la base de rotundas evidencias de una posible conducta infractora de la entidad reclamada.

Por cuanto antecede, la pretensión de la reclamada de que se declare la nulidad de este procedimiento al amparo del artículo 47.1.a) de la LPACAP debe ser rechazada.

### 3. Sobre la nulidad de pleno derecho del procedimiento debido a la pretendida falta de competencia material de la actual Directora de la AEPD.

La reclamada afirma que el acuerdo de inicio del procedimiento dictado por la Directora de la AEPD el 18 de junio de 2021 es nulo de pleno derecho por *“la manifiesta y grave incompetencia material de la persona que [ lo] dictó”*. El artículo 47.1. de la LPACAP dice que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes, *“b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.”*

Esta Agencia no puede compartir tal afirmación ni los argumentos en los que se apoya.

En defensa de su tesis la reclamada expone dos hechos que determinarían a su entender la incompetencia material de la persona que ostentaba -y ostenta actualmente- el cargo de Directora de la AEPD en la fecha en la que se dictó el acuerdo de inicio del expediente sancionador.

(i) La reclamada basa la falta de competencia de la Directora de la AEPD para dictar el acuerdo de apertura de este procedimiento en que su mandato habría expirado.

Considera que, conforme al artículo 15 del Estatuto de la Agencia, aprobado por el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo (en adelante, el Estatuto de 1993) en la fecha en la que se cumplió el plazo de cuatro años desde su nombramiento, el 24 de julio de 2019, se habría producido su cese pues fue nombrada a tenor del artículo 14.3 del Estatuto de 1993 mediante el Real Decreto de 24 de julio de 2015, por lo que *“conforme al artículo 15.1 del Estatuto de 1993 la expiración del mandato conllevó su cese directo en el desempeño del cargo de Directora de la AEPD a partir del 24 de julio de 2019 [...]”*. (El subrayado es nuestro)

Concluye por ello que a partir del 24 de julio de 2019 la actual Directora de la AEPD carecía de competencia para dictar actos administrativos de la AEPD.

Esta Agencia no puede compartir tales alegaciones pues ni la Ley Orgánica 15/1999, ni la actual Ley Orgánica 3/2018 contemplan un término automático del mandato del Director de la AEPD.

La reclamada confunde lo que es una “causa” de cese -la expiración del mandato de cuatro años- con el “acuerdo de cese” que deberá fundarse en alguna de las causas previstas en la norma. El artículo **CUENTA.1** de la LOPD y el Estatuto de 1993 (artículos 14 y 15) configuran un sistema que garantiza la independencia de la AEPD, conforme al cual su Director solamente puede ser cesado con anterioridad a la expiración de su mandato en los supuestos previstos en el número 3.

Ello comporta que, de la misma manera que su nombramiento se lleva a cabo mediante Real Decreto del Gobierno, una vez expirado el mandato el cese habrá de declararse mediante Real Decreto, sin que quepa que el Director de la AEPD deje de ejercer las funciones que tiene atribuidas en tanto no exista un acto formal en el que se acuerde el cese, acto que en el momento actual no se ha producido. De no ser así nos encontraríamos ante un abandono del cargo por parte del Director de la Agencia que constituiría una falta disciplinaria muy grave, conforme al artículo 95.2.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, o del artículo 6.c) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero.

Resulta clarificador en ese sentido que en el B.O.E. de 25 de julio de 2015, en el que se publicó el Real Decreto 715/2015 por el que se nombra para el cargo a la actual Directora de esta Agencia, se publicara también el Real Decreto 713/2015 que

acordaba el cese, de conformidad con los artículos 14.3 y 15.1 del Estatuto de 1993, del hasta entonces Director de la Agencia Española de Protección de Datos, José Luis Rodríguez Álvarez.

No resultan de aplicación a la cuestión planteada las SSTS, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2393/2017, de 16 de junio de 2017 (recurso de casación 1585/2016), 1067/2017 y 1093/2017 que la reclamada ha invocado en defensa de la pretendida nulidad del acuerdo de apertura del procedimiento sancionador.

El supuesto de hecho que en ellas se contempla, idéntico en las tres sentencias citadas, no es asimilable a la situación de la dirección de la AEPD. Las SSTS versan sobre la figura del *encargo de funciones*, regulada en el Real Decreto 123/1997 de la Comunidad Autónoma de Cataluña (artículos 6.b; 105.1; 106.1; 106.3 y 106.4) A tenor de su normativa específica se trata de una forma extraordinaria de cobertura de puestos de trabajo reservados a funcionarios para el caso de que se produzcan necesidades urgentes, cobertura que tiene en todo caso carácter provisional.

La normativa reguladora de esta figura prevé expresamente que el nombramiento en funciones quedará “*automáticamente sin efecto*” si transcurre un plazo máximo de seis meses desde la fecha de la resolución que acuerda el encargo de funciones sin que se haya publicado el concurso para cubrir el puesto de trabajo, salvo que el puesto de trabajo esté reservado a un funcionario por algunos de los motivos establecidos en la normativa vigente.

En consecuencia, la doctrina fijada en tales sentencias no resulta aplicable a la extinción del mandato del Director de la AEPD. Ni estamos ante un encargo de funciones por necesidades urgentes, ni la regulación del cargo de Director de la AEPD tiene paralelismo con la regulación de la figura del encargo de funciones en cuanto a sus límites temporales y sus consecuencias.

En el caso presente, nada en el estatuto de la AEPD, ni en la ley orgánica 3/2018, ni en la ley 40/2015 indica que se produzca un cese automático en el momento en que finaliza el período de tiempo por el que fue nombrado el Director de la AEPD; por el contrario, en el nuevo estatuto se recoge expresamente que se continuará en funciones. Por otra parte, ninguna norma requiere que la situación de ejercicio del cargo en funciones sea declarada expresamente mediante un acto formal, ni tampoco existe una norma que exija que en la firma del titular de un órgano que se encuentra en funciones se declare tal circunstancia.

(ii) El segundo hecho que invoca la reclamada es la supresión del órgano “*Director de la Agencia Española de Protección de Datos*”, supresión que dice se habría producido con la entrada en vigor del Real Decreto 389/2021 por el que se aprueba el Estatuto de la AEPD (Estatuto de 2021), Disposición adicional única.

Argumenta que en el Estatuto de 2021 “*no hay previsión alguna respecto de que transitoriamente no sea efectiva tal supresión, por ejemplo, manteniendo como órgano directivo de la AEPD el de “Director”, hasta el nombramiento del titular de la “Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos”, ni hay mención alguna a una potencial aplicación del artículo 12.3 del Estatuto del 2021, que se refiere únicamente a “la persona titular de la Presidencia”, ni tampoco se prevé que el titular*

*del órgano suprimido pase a ser el titular de la Presidencia de la AEPD, de modo que, a partir del 3 de junio de 2021, todos los actos administrativos dictados por el órgano “Directora de la Agencia Española de Protección de Datos”. La reclamada concluye así que en los actos administrativos dictados “concorre un vicio de legalidad que implica la inexistencia jurídica de los mismos, por lo que estamos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, en tanto que los actos que afectan el procedimiento que nos ocupa están dictados por un órgano de la AEPD expirado e inexistente.”*

Tampoco puede compartirse esta alegación. El Estatuto de 2021 completa la regulación de la LOPDGDD concretando el procedimiento de designación del presidente de la entidad, órgano cuya previsión se encuentra en la LOPDGDD, por lo que hasta la publicación del estatuto no se podía proceder a la provisión de dicho cargo. No obstante, las funciones de la Agencia deben continuar siendo ejercidas, por lo que, en tanto, no se produzca el nombramiento del presidente en los términos previstos en dicho Estatuto corresponde sin solución de continuidad su desempeño al titular del órgano que las venía ejerciendo.

Así pues, la pretensión de la reclamada de que se declare la nulidad del procedimiento por los motivos que invoca (supuesto del artículo 47.1.b, LPACAP) debe ser rechazada.

### III

#### Disposiciones aplicables

El artículo 5 del RGPD versa sobre los principios que han de presidir el tratamiento de los datos personales, precepto que dispone:

*“1. Los datos personales serán:*

*a) tratados de manera lícita, leal y transparente con el interesado (<<licitud, lealtad y transparencia>>)*

*(...)*

*2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo (<<responsabilidad proactiva>>)”*

El artículo 6 del RGPD, bajo la rúbrica “*Licitud del tratamiento*”, concreta en su apartado 1 los supuestos en los que el tratamiento de datos de terceros es considerado lícito:

*“1. El tratamiento sólo será lícito si cumple al menos una de las siguientes condiciones:*

*a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;*

*b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;*

*c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;*

*d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física.*

*e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;*  
*f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.*

*Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.” (El subrayado es nuestro)*

El artículo 4 del RGPD dispone:

*“A efectos del presente Reglamento se entenderá por:*

*[...]*

*2) «tratamiento»: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción;”.*

La infracción del artículo 6.1 del RGPD se encuentra tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD que establece:

*“Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20 000 000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:*

*a) los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9;”.*

#### IV

#### Infracción del artículo 6.1 del RGPD

1.- Se atribuye a la reclamada en el presente procedimiento sancionador una infracción del artículo 6.1 del RGPD habida cuenta de que el tratamiento de los datos personales de la reclamante no estaba amparado en ninguna de las bases jurídicas que se relacionan en esa disposición. El tratamiento efectuado se mantuvo desde el 26 de julio de 2018 hasta, al menos, el 26 de febrero de 2020 si damos por ciertas las manifestaciones de la reclamada de que en esa fecha había puesto fin al tratamiento.

El tratamiento contrario al artículo 6.1 del RGPD del que se responsabiliza a la reclamada se materializó en la recogida de los datos personales de la reclamante para la celebración de un contrato bancario vinculado a la cuenta con numeración finalizada en **\*\*\*CUENTA.1** en el que ella figuró como titular, exactamente como cotitular junto con dos personas físicas más, durante al menos diecinueve meses.



La reclamante no intervino en la celebración con la entidad reclamada del contrato del que deriva la cuenta finalizada en **\*\*\*CUENTA.1**. La reclamada ha manifestado que la cuenta se dio de alta a nombre de la reclamante merced a la intervención de un tercero, D. **B.B.B.**, que exhibió a tal fin un poder de representación que la reclamante había otorgado a su favor el 1 de octubre de 2010. Nos remitimos a las alegaciones que hizo la reclamada ante el Banco de España -fragmento que se reproduce en el Hecho Probado segundo- en las que dice que *“reitera que el 26/07/2018, D. **B.B.B.** dio de alta la cuenta número **\*\*\*CUENTA.1**, en virtud de escritura de poder de 01/10/2010, autorizada por el notario D.[...] con número de protocolo 1937, que ha sido aportada de contrario al expediente. En dicha cuenta fue incluida como titular la reclamante, quien causó baja como tal el 26/02/2020 en cumplimiento de su solicitud [...]”*

La figura jurídica de la representación implica la sustitución de la voluntad de una persona por otra en la constitución o formación de un negocio jurídico, de modo que el negocio en el que interviene el representante surte efectos en la esfera jurídica del representado, siempre y cuando, claro está, el representante actúe dentro de las facultades que le confiere el poder. De tal manera que, si el poder de representación es insuficiente para el acto o negocio jurídico en el que interviene el representante, ese acto o negocio -con carácter general- no produce efectos en la esfera jurídica del representado.

2.El principio de licitud que preside el tratamiento de los datos personales (artículo 5.1.a, del RGPD) se desarrolla en el artículo 6 del RGPD (*“Licitud del tratamiento”*) El artículo 6.1 del RGPD dispone que el tratamiento será lícito solo si concurre, al menos, una de las condiciones que el precepto relaciona a través de seis apartados.

Desde un punto de vista teórico el tratamiento de datos que examinamos podría tener su base jurídica, únicamente, en las circunstancias descritas en los apartados a) y b) del artículo 6.1. RGPD.

Sin embargo, a la luz del relato de los hechos, es manifiesto que la licitud de ese tratamiento no podría justificarse en la circunstancia descrita en la letra a) del artículo 6.1, RGPD: *“El interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;”*. La reclamante nunca consintió el tratamiento por la reclamada de sus datos personales vinculados a la cuenta bancaria finalizada en **\*\*\*CUENTA.1** en la que ella figuraba como titular. Así lo confirma el hecho de que, conocido ese tratamiento, la reclamante dirigió una reclamación al SAC de la entidad reclamada; reclamación que es presupuesto para poder presentar una reclamación ante el Banco de España, como así lo hizo, según la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, CNMV y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, artículo 6.1.d.

El apartado b) del artículo 6.1 RGPD establece que el tratamiento será lícito cuando *“es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;”*.

En ese sentido, el considerando 44 del RGPD dice que *“El tratamiento debe ser lícito cuando sea necesario en el contexto de un contrato o de la intención de concluir un contrato.”*

Para que la circunstancia del artículo 6.1.b) del RGPD pueda operar como base jurídica de un tratamiento de datos es presupuesto indispensable que quien intervenga como contratante o quien manifieste la intención de concluir un contrato y se identifique con determinados datos personales sea efectivamente el titular de los datos tratados. De no ser así, esto es, si quien interviene como parte en un contrato no es el titular de los datos que ha facilitado como propios para su identificación -como sucede, por ejemplo, en las contrataciones fraudulentas- el tratamiento no puede estimarse lícito en aplicación de la circunstancia del artículo 6.1.b), pues el titular de los datos no es en tal caso parte en el contrato, sino que es ajeno a él. De igual forma, si el poder de representación es insuficiente para celebrar un contrato en nombre del poderdante el tratamiento de sus datos personales no puede reputarse lícito en aplicación del artículo 6.1.b), pues el contrato suscrito por quien no ostenta representación para intervenir en él no produce efectos en la esfera jurídica del representado.

En virtud del principio de responsabilidad proactiva (artículo 5.2 RGPD) el responsable está obligado a desplegar la actividad necesaria para cumplir los principios que deben presidir el tratamiento de datos, por lo que aquí interesa el principio de licitud. Y debe de estar también en condiciones de acreditar su cumplimiento. El principio de responsabilidad proactiva se proyecta tanto sobre la diligencia que es exigible al responsable del tratamiento -quien ha de adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias para cumplir los principios que presiden el tratamiento, recogidos en el artículo 5.1 del RGPD- como sobre la carga de la prueba de su cumplimiento. De manera que el responsable que pretenda amparar la licitud de un tratamiento de datos en el apartado b) del artículo 6.1 RGPD deberá actuar diligentemente y verificar que quien interviene en la contratación es también el titular de los datos con los que se ha identificado como parte contratante.

3. Llegados a este punto debemos traer a colación que la reclamada, pese a que se le requirió expresamente en dos ocasiones, no facilitó a esta Agencia en el periodo de prueba la copia del contrato bancario que celebró a nombre de la reclamante a través de su apoderado.

Como consta en el Antecedente sexto de esta resolución, durante el periodo de prueba, en respuesta al requerimiento para que aportara la copia del contrato, la reclamada se limitó a facilitar un condicionado general tipo, el denominado *“Contrato de Prestación de Servicios”*. Se practicó una segunda diligencia de prueba en la que se le advertía que no había facilitado la documentación solicitada y se le requería nuevamente para que aportara la copia del citado contrato. Sin embargo, la reclamada tampoco aportó el contrato en esta ocasión y respondió facilitando un segundo condicionado general, esta vez el *“Anexo al Contrato de Prestación de Servicios, Documento de Servicios de Pago”*. Por ello, en la propuesta de resolución, como resultado de las pruebas practicadas, se dijo: *“En resumen, resulta acreditada la decidida voluntad de la reclamada de no facilitar a esta Agencia la copia del contrato de cuenta corriente, cuenta identificada con un número finalizado en **\*\*\*CUENTA.1**, que dio de alta a nombre de la reclamante y de dos personas físicas más. Tampoco*

*ha querido aportar el documento que acredite que informó a la reclamante de la fecha en la que, supuestamente, procedió a darle de baja en el contrato”.*

En sus alegaciones a la propuesta de resolución la reclamada, además de mostrar su desacuerdo con la conclusión incluida en la propuesta, afirma que los documentos habían sido aportados por ella “*en los dos periodos de prueba abiertos por el órgano instructor*” y añade: “*volvemos a remitir lo ya remitido.*” La copia del contrato que por fin ha decidido facilitar a la Agencia llega cuando el trámite procesal es el de resolución. El artículo 90.2 de la LPACAP establece:

*“En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes en el plazo de quince días.”* (El subrayado es nuestro)

Todo ello no es óbice para que a continuación, con una finalidad exclusivamente informativa, se haga una descripción del documento contractual que la reclamada ha aportado ahora anexo a sus alegaciones a la propuesta de resolución. El contrato, denominado “*Cuenta Fácil*”, incluye como cotitulares a tres personas físicas, la reclamante y dos personas más. Todas ellas están identificadas por sus datos personales -nombre, dos apellidos y NIF-, también la reclamante, pero en el documento no hay ninguna referencia a la intervención de un tercero en su representación. El contrato está firmado el 26 de julio de 2018 y como “*uso/finalidad*” de la cuenta se indica “*doméstica*”. Tampoco en los apartados del documento destinados a la firma de los cotitulares se indica que la reclamante intervenga a través de su representante. En el espacio destinado a las firmas, debajo del nombre y dos apellidos de la reclamante consta la firma D. **B.B.B.** que no va acompañada de información relativa a que no es la firma de la titular del contrato sino la de otra persona que supuestamente actúa en su representación. En definitiva, en el contrato vinculado a la cuenta bancaria que se dio de alta a nombre de la reclamante no se mencionó la intervención de un tercero en representación de la reclamante a la par que el contrato no estaba firmado por la reclamante.

Esta resolución sancionadora, respetuosa con las garantías del procedimiento, más aun cuando pueden afectar al derecho de defensa, “no” se basa en hechos distintos de los que se fijaron en la propuesta de resolución -momento procesal en el que no se disponía de la copia del contrato por cuanto la reclamada se negó a aportarlo en fase de prueba- por lo que valora exclusivamente como hecho determinante del tratamiento ilícito de los datos personales efectuado por la reclamada la insuficiencia del poder que exhibió el tercero.

En consecuencia, a efectos de valorar si la conducta de la entidad reclamada es constitutiva de una infracción del principio de licitud, se prescinde de toda mención a las características de referido contrato, que se han conocido con ocasión de su reciente remisión, siendo lo relevante, exclusivamente, si el poder que el tercero exhibió le facultaba para celebrar en representación de la reclamante un contrato en el que ella figuraba como cotitular de la cuenta.

Obra en el expediente el poder notarial que D. **B.B.B.** presentó a la reclamada a fin de acreditar la representación que dijo ostentar. El documento notarial dice:

“OTORGA:

“Que confiere poder, tan amplio y bastante como en derecho se requiera y sea menester a favor de B.B.B. [...] para que, en su nombre y representación, Y SOLO Y EXCLUSIVAMENTE CON LOS BIENES RELACIONADOS E INTEGRADOS EN LA \*\*\*COMUNIDAD DE BIENES.1 y DOS MÁS, C.B.”, haga uso de las siguientes FACULTADES:” (Hecho Probado cuarto) (El subrayado es nuestro)

La lectura de esta declaración de voluntad deja claro que el poder que la reclamante confiere en 2010, en el que otorga a D. **B.B.B.** las facultades que se detallan a través de los apartados a) a j), estaba circunscrito a los actos o negocios que tuvieran relación con los bienes integrados en la comunidad de bienes de la que ella formaba parte.

A la claridad del tenor literal de la cláusula del poder notarial se añade el grafismo empleado en el documento. Como hemos indicado en los Antecedentes de esta resolución, las palabras que reproducimos en mayúscula figuran en el poder notarial también en mayúscula y además destacadas en negrilla (lo que no es posible reproducir aquí por cuestiones técnicas) con la evidente intención de que no surja ninguna duda respecto al marco o ámbito en el que se confieren en favor de D. **B.B.B.** las facultades que el poder describe a través de los apartados a) a j).

Entre las facultades conferidas al representante, el poder notarial menciona en el apartado f) “*abrir cuentas corrientes o de crédito, incluso con garantía hipotecaria [...]*”.

Ahora bien, no plantea ninguna duda a un lector que carezca de la formación y los conocimientos que se presumen a quien desarrolla su actividad laboral en un banco y a diario debe de examinar y valorar los poderes de representación que ante ellos se exhiben, que esa facultad, como todas las que se detallan en los apartados a) a j), se confieren al representante solo y “*exclusivamente*” -añade el documento de apoderamiento- cuando su actuación o intervención esté vinculada con los bienes relacionados e integrados en la \*\*\*COMUNIDAD DE BIENES.1 y dos más, C.B.. Expresión que parece necesaria para referirse a la comunidad de bienes, por cuanto ésta carece de personalidad jurídica, lo que no impide que, por necesidades del tráfico jurídico, tengan asignado por la AEAT un NIF propio, distinto del de cada uno de los comuneros que la integran, que les permite operar en el mercado y puedan ser titulares de cuentas bancarias, extremo admitido sin discusión por el Banco de España.

El poder que la reclamante otorgó en 2010 al tercero le confería su representación para actuar en su nombre solo y exclusivamente si el negocio jurídico estaba vinculado a los bienes integrados y relacionados en la comunidad de bienes. Fuera de ese supuesto el tercero no estaba facultado para actuar en representación de la reclamante y ello pese a que la facultad ejercida estuviera comprendida entre las que se describen en los apartados a) a j) del poder.

El sentido y alcance del poder otorgado por la reclamante se clarifica a la luz de las disposiciones por las que se rige la comunidad de bienes, los artículos 392 y

siguientes del Código Civil y, en lo no previsto en ellos, por sus Estatutos Fundacionales. El artículo 398 del Código Civil establece:

*“Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes.*

*No habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad.*

*Si no resultare mayoría, o el acuerdo de ésta fuere gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda, incluso nombrar un administrador. [...]”*

El Título III de los Estatutos Fundacionales, “*Administración de la Comunidad*”, dice en su artículo 12:

*“Todas las operaciones mercantiles de la Comunidad se harán a nombre de esta, no obstante, en relación a las distintas modalidades de cuentas u operaciones bancarias, que pudieran efectuarse a partir de esta fecha, independientemente de que la titularidad sea de la Comunidad, corresponderá la facultad indistinta de disponer, cancelar, modificar, etc a los comuneros nombrados.”* (El subrayado es nuestro)

Esa cláusula, al indicar que “*Todas las operaciones mercantiles de la Comunidad se harán a nombre de esta [...]*”, afirma que la comunidad de bienes deberá ser titular de cualquier operación mercantil que se realice respecto a los bienes que la integran. Además, a propósito de las facultades “*de disponer, cancelar, modificar, etc*” respecto a “*cuentas u operaciones bancarias*”, el artículo 12 de los Estatutos advierte que la titularidad será de la comunidad de bienes – “*[...] independientemente de que la titularidad sea de la Comunidad [...]*”. En definitiva, los Estatutos de la comunidad dejan claro que las operaciones mercantiles, como lo es abrir una cuenta bancaria relacionada con los bienes que integran la comunidad de bienes, se harán siempre a nombre de la comunidad.

El contrato de cuenta corriente que la reclamada celebró con un tercero, D. **B.B.B.**, actuando supuestamente en representación de la reclamante, no estaba vinculado con “*los bienes integrados y relacionados con la C.B.*” En el referido contrato constan como titulares tres personas físicas, entre ellas la reclamante, sin que pueda admitirse -como sugiere la reclamada en sus alegaciones- que la circunstancia de que esas tres personas físicas titulares del contrato fueran al tiempo los tres comuneros que integraban la \*\*\*COMUNIDAD DE BIENES.1 y dos más, C.B., signifique que el apoderado ejerció las facultades “*con los bienes integrados y relacionados con la C.B.*”, tal y como exige la escritura de apoderamiento.

Así las cosas, resulta que el poder que la reclamante otorgó en 2010 a favor de D. **B.B.B.** no le facultaba para celebrar en su nombre el contrato bancario suscrito con la reclamada, sino que tal contrato excedía de los límites del poder que ella le había conferido.

Esa es también la opinión del Departamento de Conducta de Entidades del Banco de España que en el informe emitido a raíz de la reclamación formulada por la reclamante concluyó que “*[...] Bankia atendió la instrucción del representante de la reclamante*

*para incluirla como cotitular en una cuenta, pero la entidad no acredita que se presentara un poder que otorgara facultades para ello. [...]*

En consecuencia, en tanto el contrato que la reclamada suscribió con D. **B.B.B.**, en el que la reclamante figuraba como titular, excedía de los límites del poder que ella le había conferido en 2010, la reclamante era ajena a dicho contrato, de manera que el tratamiento de sus datos personales, que es objeto de valoración en este expediente, no podía ampararse en la circunstancia legitimadora del artículo 6.1.b) del RGPD.

4. Las alegaciones que la reclamada ha formulado en la propuesta de resolución en defensa de la licitud del tratamiento de datos realizado quedan desvirtuadas por la exposición precedente. No obstante, se hace referencia a los argumentos de la reclamante que giran, en síntesis, sobre dos cuestiones. Una de ellas parte de una peculiar interpretación del artículo 12 de los Estatutos Fundacionales de la comunidad de bienes. Así, afirma lo siguiente:

*[...], los propios estatutos no circunscriben la gestión de los bienes de la comunidad a una cuenta titularidad de la Comunidad de Propietarios, contrariamente a lo que mantiene esta Agencia en su Propuesta de Resolución, sino que la gestión de los bienes objeto de la misma se puede hacer de manera indistinta por cualquier comunero y en relación a cualquier modalidad de cuenta u operación bancaria, sin que la titularidad de la misma deba corresponder a la Comunidad de Bienes.”*

*“resulta meridiano que el poder objeto de la presente controversia habilitaba al apoderado a abrir una cuenta en nombre de la poderdante.” “Y dicha cuenta fue abierta en fecha 26 de julio de 2018, por los otros dos socios de la Comunidad de Bienes y la reclamante, oportunamente representada por el apoderado, facultado para abrir cuentas en su nombre (no para abrir cuentas en nombre de la Comunidad de Bienes): estamos ante una cuenta cuya cotitularidad era compartida por los miembros de la Comunidad de Bienes (y, como hemos visto anteriormente, los estatutos de la misma establecían expresamente que la gestión de la misma podía realizarse a través de cuentas cuya titularidad no correspondiera a la propia Comunidad de Bienes). [...]*

Por otra parte, los argumentos que la reclamada esgrime dan a entender que la escritura de poder otorgada a favor de D. **B.B.B.**, en la que ella justifica la legitimidad del tratamiento que ha realizado de los datos personales de la reclamante, documenta dos negocios jurídicos: el otorgamiento al tercero de un poder de representación para actuar en nombre de la reclamante con las facultades que se detallan en los apartados a) a j) y un mandato al apoderado relacionado con los bienes que integran la comunidad de bienes, de forma tal que por esa vía hace abstracción, en definitiva elimina, la delimitación contenida en la escritura de poder según la cual las facultades que la reclamante otorga a D. **B.B.B.** para actuar en su nombre y representación lo sean solo y exclusivamente con los bienes integrados y relacionados con la \*\*\*COMUNIDAD DE BIENES.1 y dos más, C.B.. En tal sentido, la reclamada dice lo siguiente:

*“Como es de ver, las facultades jurídicas concedidas eran absolutamente válidas, independientemente de los asuntos o bienes a los que afecte, para la*

*apertura de la cuenta cuestionada por la reclamante; por otra parte, en relación al mandato recogido respecto de los bienes de la Comunidad, debemos señalar que las relaciones de la cosa común que pertenece a todos los comuneros, entre ellas el uso y disposición de la misma, es un asunto que compete a los comuneros, no a la entidad financiera que pone a disposición de sus clientes la prestación de un servicio financiero (tenencia de una cuenta corriente que incluye un servicio de caja), sin que puede exigírsele una función de “policía” o de “auditoría” respecto de relaciones a las que las entidades financieras resultan totalmente ajenas.*

*Obviamente que en la prestación del dicho servicio financiero el cliente puede establecer determinadas limitaciones, cuantitativas u operativas (por ejemplo, reintegros hasta un importe o no realización de transferencias al extranjero), que la entidad bancaria debe observar y respetar; pero en ningún caso puede asumir la ejecución de un mandato que no le es destinado, siendo las concretas instrucciones del poderdante irrelevantes para mi representada, por ser, reiteramos, tercero ajeno a las relaciones entre el mismo y el apoderado: su incumplimiento generará responsabilidad del mandatario frente al mandante, pero no de la entidad financiera ante el mandante.”*

*“En conclusión, las instrucciones concretas de obrar constituyen una delimitación de la representación que conciernen íntegramente al apoderado, no a la entidad financiera que ha abierto una cuenta de acuerdo con las facultades expresamente señaladas en el poder exhibido a tal efecto.” (El subrayado es nuestro)*

5.Resulta de lo expuesto que el contrato bancario que D. **B.B.B.** suscribió con la entidad reclamada a nombre de la reclamante sobre la base del poder otorgado por ella en 2010 excedía de los límites de la representación que en él se le confería, razón por la cual el tratamiento de los datos personales de la reclamante no podía basarse en la circunstancia legitimadora del tratamiento del artículo 6.1.b) del RGPD, ni en ninguna otra como se ha razonado al inicio de esta exposición, por lo que el tratamiento efectuado por la entidad reclamada vulneró el principio de licitud.

La infracción del artículo 6.1 del RGPD de la que se responsabiliza a la reclamada se encuentra tipificada en el artículo 83.5.a) RGPD que establece:

*“Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo con el apartado 2, con multas administrativas de 20 000 000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:*

*a) los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9;”*

La LOPDGDD, a efectos de prescripción, califica en su artículo 72.1.b) como infracción muy grave “El tratamiento de datos personales sin que concurra alguna de las condiciones de licitud del tratamiento establecidas en el artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/679.”

## V

## Falta de diligencia de la entidad

El Tribunal Constitucional, por todas STC 76/1999, afirma que las sanciones administrativas participan de la misma naturaleza que las penales, al ser una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, y que, como exigencia derivada de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal consagrados en los artículos 9.3 y 25.1 de la CE, es imprescindible la presencia del elemento de la culpabilidad como condición para que nazca responsabilidad sancionadora.

La Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público dispone en el artículo 28, bajo la rúbrica “Responsabilidad”, “1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.”

La reclamada es perfectamente consciente de la relevancia que tiene en el desenvolvimiento de su actividad empresarial la correcta verificación del poder que exhibe quien dice ostentar la representación de otra persona. En tal sentido, ha aportado con sus alegaciones al acuerdo de inicio el documento denominado “guía rápida”, actualizada a fecha 17 de octubre de 2019, de “Alta/Modificación de Bastanteo” con el que afirma que trabaja la entidad. Documento que pone de manifiesto que el bastanteo de poderes es algo habitual para ella en el desarrollo de la actividad empresarial que realiza.

Los hechos expuestos en el Fundamento precedente ponen de manifiesto que la reclamada no obró con la diligencia a la que venía obligada. Sin perjuicio de que en el documento contractual no conste que la reclamante intervino en él a través de representante, la reclamada no observó la diligencia necesaria para verificar si quien -según viene afirmando desde el inicio- actuó en el acto de la celebración del negocio jurídico en representación de la reclamante tenía otorgado a su favor un poder que le habilitaba para actuar en ese particular contrato en representación de ella, sin el cual no puede estimarse cumplido el principio de licitud del tratamiento.

Es cierto que la reclamada recabó del supuesto representante de la reclamante la copia del poder que éste exhibió, lo conservó a disposición de las autoridades competentes y ha remitido una copia a esta Agencia. Ahora bien, la mera recepción y conservación del poder de representación es irrelevante si no ha estado acompañada, en el momento oportuno, de su examen y valoración y, como resultado de ese análisis, se ha concluido fundadamente si ese poder era o no bastante para que el apoderado interviniera en un determinado negocio jurídico en representación de su poderdante.

El tenor literal del poder que exhibió el supuesto representante de la reclamante no pudo suscitarle ninguna duda sobre su alcance por la claridad de los términos en los que está redactado y porque en el desarrollo de su actividad profesional no son infrecuentes las actuaciones a través de representante que hacen necesaria una lectura atenta del alcance del poder que el cliente exhibe.



En ese sentido traemos a colación la STS de 15 de julio de 1988, citada en su informe por el Banco de España, en la que afirma que las entidades de crédito deben desplegar la diligencia de un *comerciante experto*, puesto que su actividad requiere una cierta cualificación y experiencia, como resultado del sector en que operan, y una gran diversificación dada la multiplicidad de actividades que realizan. La sentencia destaca que la diligencia exigible “no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión por lo cual (...) se le exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro en tales cometidos”.

En el presente asunto en el que el sujeto infractor es un banco que actuaba en el desarrollo de su actividad profesional obliga a calificar de “grave” la falta de diligencia de la que adoleció la conducta en la que se materializa la infracción del RGPD de la que se responsabiliza a la reclamada.

Por último, es procedente señalar que la intervención con ánimo fraudulento o torticero que eventualmente hubiera podido inspirar al tercero, D. **B.B.B.**, no dispensa de responsabilidad a la reclamada por cuanto no consta acreditado que hubiera obrado con la diligencia necesaria atendidas las circunstancias del caso. Citamos a tal efecto la reciente STS, Sala de lo Contencioso, de 13 de diciembre de 2021, que resulta extrapolable al presente asunto en lo que concierne a las consecuencias de su falta de diligencia. El Fundamento Jurídico Tercero, dice que “[...] *aquella intervención fraudulenta de un tercero no implica por sí misma que la empresa contratante haya actuado con diligencia suficiente. [...]. Pero sí es exigible a dicha empresa contratante, como diligencia necesaria para que no se le pueda reprochar el incumplimiento de sus obligaciones en materia de protección de datos de carácter personal [...] la implantación de medidas de control y verificación tendentes a asegurar que la persona que pretende contratar es quien dice ser, esto es, que coincide con el titular del DNI aportado.*” (El subrayado es nuestro)

## VI

### Determinación de la sanción

1.- El artículo 58 del RGPD, bajo la rúbrica “Poderes”, establece en su apartado 2 que “Cada autoridad de control dispondrá de todos los siguientes poderes correctivos indicados a continuación:

a) (...)

b) *dirigir a todo responsable o encargado del tratamiento un apercibimiento cuando las operaciones de tratamiento hayan infringido lo dispuesto en el presente Reglamento;*  
[...]

i) *imponer una multa administrativa con arreglo al artículo 83, además o en lugar de las medidas mencionadas en el presente apartado, según las circunstancias de cada caso particular;*  
[...].”

La reclamada ha solicitado en sus alegaciones al acuerdo de inicio y en sus alegaciones a la propuesta que no se le imponga una sanción de contenido económico sino un apercibimiento (artículo 58.2 RGPD) argumentando que no concurre ninguna de las agravantes que se apreciaron en el acuerdo de apertura y que la infracción en

la que podría haber incurrido es leve. Subsidiariamente, solicita que se reduzca significativamente el importe de la sanción.

En sus alegaciones a la propuesta añade que el RGPD pone a disposición de la AEPD (artículo 58) una pluralidad de potestades que no son la sanción económica; que, en el presente caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes, no procede imponer una sanción económica sino tan solo dirigirle un apercibimiento conforme al artículo 58.2.b) y que de existir alguna infracción ésta sería leve en el sentido que tiene el concepto de infracción leve a la luz del Dictamen 2016/679, WP 253, del Grupo de Trabajo del artículo 29.

Esta Agencia discrepa de la opinión de la reclamada ya que ni la infracción del RGPD de la que se le responsabiliza puede ser calificada de “leve”, ni menos aún es aceptable la sustitución de la multa administrativa por un apercibimiento. Como se dijo en la propuesta de resolución la infracción atribuida a la reclamada en este expediente sancionador no es leve y tal consideración nada tiene que ver con la clasificación de las infracciones que hace la LOPDGDD en muy graves, graves y leves, conforme a la cual, artículo 72.1.b), la infracción cometida tiene la consideración, a los efectos de la prescripción, de infracción muy grave.

Se reitera ahora lo dicho entonces, que la gravedad de la conducta de la reclamada resulta del riesgo que entraña; riesgo para los derechos de las personas, en particular para los clientes de la entidad financiera. Esto, porque en su actividad empresarial se ha apreciado una grave falta de diligencia en el preceptivo y riguroso examen que debe hacer del poder exhibido por un tercero a fin de concluir si este es bastante para acreditar la representación que afirma ostentar. Y en la valoración del riesgo debe tenerse en cuenta que la entidad reclamada -tanto la entidad absorbida como su sucesora y actual reclamada- son entidades con un importantísimo volumen de clientes.

El dictamen 2016/679, WP 253, del Grupo de Trabajo del artículo 29 que la reclamada invoca hace estas consideraciones que vienen a ratificar la decisión de imponer una sanción de multa:

*“[...]mediante la evaluación de los hechos del caso a la luz de los criterios generales previstos en el artículo 83, apartado 2, la autoridad de control competente puede decidir que en un caso concreto es más o menos necesario imponer una medida correctiva en forma de multa.*

*[...]*

*En el considerando 148 se presenta la noción de «infracciones leves». Dichas infracciones pueden constituir violaciones de una o varias disposiciones del Reglamento citadas en el artículo 83, apartados 4 o 5. No obstante, la evaluación de los criterios previstos en el artículo 83, apartado 2, puede dar lugar a que la autoridad de control estime, por ejemplo, que en las circunstancias concretas del caso la violación no entraña un riesgo importante para los derechos de los interesados y no afecta a la esencia de la obligación en cuestión. En tales casos, la multa puede ser sustituida (aunque no siempre) por un apercibimiento.[...]*

*El considerando 148 no obliga a la autoridad de control a sustituir siempre una multa por un apercibimiento en caso de infracción leve [...] sino que más bien*

*ofrece esa posibilidad, tras una evaluación concreta de todas las circunstancias del caso.*

*[...]*

*No obstante, la reacción efectiva, proporcionada y disuasoria ante una violación del artículo 83, apartado 5, dependerá de las circunstancias del caso.”*

”

Por lo expuesto debe confirmarse que no procede adoptar la medida correctiva de apercibimiento siendo lo procedente en este caso, artículo 58.2.i) del RGPD, la imposición de una sanción de multa administrativa.

2. A tenor del Reglamento (UE) 2016/679 en la determinación de la multa que deba imponerse por la infracción del artículo 6.1 del RGPD de la que se responsabiliza a la reclamada, infracción tipificada en el artículo 83.5.a RGPD, deben observarse las previsiones de los artículos 83.1 y 83.2 del RGPD, preceptos que señalan:

*“Cada autoridad de control garantizará que la imposición de las multas administrativas con arreglo al presente artículo por las infracciones del presente Reglamento indicadas en los apartados 4, 9 y 6 sean en cada caso individual efectivas, proporcionadas y disuasorias.”*

*“Las multas administrativas se impondrán, en función de las circunstancias de cada caso individual, a título adicional o sustitutivo de las medidas contempladas en el artículo 58, apartado 2, letras a) a h) y j). Al decidir la imposición de una multa administrativa y su cuantía en cada caso individual se tendrá debidamente en cuenta:*

*a) la naturaleza, gravedad y duración de la infracción, teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento de que se trate, así como el número de interesados afectados y el nivel de los daños y perjuicios que hayan sufrido;*

*b) la intencionalidad o negligencia en la infracción;*

*c) cualquier medida tomada por el responsable o encargado del tratamiento para paliar los daños y perjuicios sufridos por los interesados;*

*d) el grado de responsabilidad del responsable o del encargado del tratamiento, habida cuenta de las medidas técnicas u organizativas que hayan aplicado en virtud de los artículos 25 y 32;*

*e) toda infracción anterior cometida por el responsable o el encargado del tratamiento;*

*f) el grado de cooperación con la autoridad de control con el fin de poner remedio a la infracción y mitigar los posibles efectos adversos de la infracción;*

*g) las categorías de los datos de carácter personal afectados por la infracción;*

*h) la forma en que la autoridad de control tuvo conocimiento de la infracción, en particular si el responsable o el encargado notificó la infracción y, en tal caso, en qué medida;*

*i) cuando las medidas indicadas en el artículo 58, apartado 2, hayan sido ordenadas previamente contra el responsable o el encargado de que se trate en relación con el mismo asunto, el cumplimiento de dichas medidas;*

*j) la adhesión a códigos de conducta en virtud del artículo 40 o a mecanismos de certificación aprobados con arreglo al artículo 42, y*

*k) cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios financieros obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción.”*

Respecto al apartado k) del artículo 83.2 del RGPD, la LOPDGDD, artículo 76, “Sanciones y medidas correctivas”, dispone:

*“2. De acuerdo a lo previsto en el artículo 83.2.k) del Reglamento (UE) 2016/679 también podrán tenerse en cuenta:*

- a) El carácter continuado de la infracción.*
- b) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos personales.*
- c) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
- d) La posibilidad de que la conducta del afectado hubiera podido inducir a la comisión de la infracción.*
- e) La existencia de un proceso de fusión por absorción posterior a la comisión de la infracción, que no puede imputarse a la entidad absorbente.*
- f) La afectación a los derechos de los menores.*
- g) Disponer, cuando no fuere obligatorio, de un delegado de protección de datos.*
- h) El sometimiento por parte del responsable o encargado, con carácter voluntario, a mecanismos de resolución alternativa de conflictos, en aquellos supuestos en los que existan controversias entre aquellos y cualquier interesado.”*

La reclamada comienza sus alegaciones a la propuesta reiterando consideraciones que ya hizo en sus alegaciones al acuerdo de apertura referentes al carácter accesorio que, a su juicio, tienen para esta Agencia las circunstancias concurrentes en el caso en aras a fijar el importe de la sanción. Argumenta que para la AEPD la presencia de las circunstancias es “*meramente accesoría*” pues, según sostiene, la Agencia coincide en imponer la misma sanción de multa -60.000 euros- para cualquier infracción que no merezca un reproche sancionador especialmente elevado.

La reclamada añade en las alegaciones a la propuesta que en la determinación del importe de la multa que deba imponerse se debe aplicar el principio de proporcionalidad y cita a tal fin la STS de 20 de noviembre de 2001 (recurso de casación 7686/1997) en cuyos fundamentos se apoya para concluir que “*es necesario que por el órgano sancionador se proceda a evaluar meticulosamente las circunstancias concurrentes en el presente procedimiento*”.

Conforme al transcrito artículo 83.1 del RGPD la proporcionalidad es una exigencia legal a la que está sujeto este órgano regulador en la determinación del importe de la multa. Precepto que también obliga a esta Agencia a que la multa que se imponga en cada caso sea “*efectiva*” y “*disuasoria*”. El principio de proporcionalidad implica una correspondencia entre la gravedad de una conducta y la consecuencia sancionadora que se le atribuye, por lo que la vulneración de dicho principio se producirá cuando tal correspondencia no exista. Sin embargo, a la luz de la conducta infractora, y vistas las circunstancias concurrentes en el caso, no hay falta de proporcionalidad en la sanción de multa de 60.000 euros que se fijó en el escrito de propuesta y que confirma esta resolución. Ello, pese a que la reclamada afirma taxativamente en sus alegaciones a la propuesta -sin precisar en qué funda tales afirmaciones- que la actuación de la AEPD “*está muy lejos de la objetividad e imparcialidad que le son per se requeridas normativamente*.”

En el presente caso, de acuerdo con las previsiones del artículo 83.2 del RGPD y de los hechos expuestos, se estima que concurren los siguientes factores que revelan una mayor antijuridicidad o culpabilidad de la conducta que es objeto de valoración:

-Artículo 83.2.a) del RGPD: *“la naturaleza, gravedad y duración de la infracción teniendo en cuenta la naturaleza, alcance o propósito de la operación de tratamiento [...]”*.

Esta circunstancia tiene una gran significación en el asunto analizado pues se encuadran en ella diversos aspectos que inciden en la antijuridicidad de la conducta y en la culpabilidad de la reclamada: la duración de la infracción y su gravedad.

Respecto a la duración de la infracción atribuida a la reclamada se destaca que, en este caso, la conducta infractora participa de la naturaleza propia de las denominadas infracciones permanentes, en las que la consumación se proyecta en el tiempo más allá del hecho inicial y se extiende, vulnerando la normativa de protección de datos, durante todo el periodo de tiempo en el que el dato es objeto de tratamiento. Se pronuncian en tal sentido las sentencias de la Audiencia Nacional de 16/09/2008 (rec.488/2006) y del Tribunal Supremo de 17/04/2002 (rec. 466/2000)

En el informe emitido por el Departamento de Conducta de Entidades del Banco de España que obra en el expediente consta que la reclamada abrió la cuenta a nombre de la reclamante el 26 de julio de 2018 y le comunicó por escrito que en fecha 26 de febrero de 2020 causaba baja como titular. Por tanto, el tratamiento ilícito de los datos de la reclamante se mantuvo en el tiempo, al menos, durante un año y siete meses.

Las objeciones que la reclamada ha esgrimido rechazando la aplicación de esta circunstancia como agravante no pueden prosperar. Argumenta la entidad que

*“En este sentido, no se puede considerar una infracción de carácter permanente, en tanto que se procedió a causar baja de propio contrato en que la reclamante era titular en un periodo de tiempo limitado.*

*BANKIA, en atención a la solicitud de baja y finalización del contrato de la cuenta interesada, presentada por la reclamante con fecha 05/02/2020, procedió a ejecutar dicha orden el 26/02/2020; es decir, cursó la baja de la reclamante en la cuenta en un periodo inferior al mes desde que se solicitó la misma. Así mismo, las circunstancias del procedimiento que nos ocupan solo afectarían, en todo caso, y de manera exclusiva, a la reclamante, ya que se trata de la interpretación del contenido de un concreto poder, no un fallo de los sistemas de admisión y proceso de bastateo de poderes de representación.”*

El artículo 83.2.a) del RGPD contempla como factor que incide en la determinación del importe de la multa la duración de la infracción. Y, como se ha dicho, es consustancial a la naturaleza permanente de la infracción, en contraposición a las de mera actividad, que la conducta ilícita se comete durante todo el tiempo en el que se mantiene el tratamiento contrario al RGPD, en este caso durante diecinueve meses. Cuestión que nada tiene que ver con el tiempo que tardó la reclamada en dar de baja a la reclamante como titular de la cuenta, sobre lo que cabría añadir, por otra parte, que

para que procediera a darle de baja fue necesario que la reclamante acudiera al Banco de España.

Respecto a la gravedad de la conducta infractora en aplicación del artículo 83.2.a) del RGPD, reproducimos lo que se dijo en la propuesta de resolución: Que deberá valorarse en conexión con los siguientes factores que inciden en la operación de tratamiento: su *“naturaleza, alcance o propósito”*. Resulta así que la infracción cometida es “grave” en tanto se produce en el desenvolvimiento de la actividad propia de un banco privado para el que es esencial que se haga una perfecta y correcta identificación de los sujetos que son titulares de las operaciones bancarias, operaciones que, además, tienen trascendencia en otros ámbitos, como el fiscal. La conducta infractora se produjo como consecuencia de no acreditar la contratación de la cuenta a nombre de la reclamada mediante la intervención de un supuesto representante y una indebida valoración del alcance del poder exhibido lo que conecta esa conducta con un incumplimiento de las obligaciones inherentes a su actividad empresarial.

La reclamada ha objetado frente a lo manifestado en el párrafo precedente, idéntico al de la propuesta de resolución, que *“en ningún caso es una situación que afecte la totalidad de las contrataciones por medio de representante, puesto que, tal y como se ha argumentado y probado en el Acuerdo de Inicio, mi mandante cuenta con un sistema de bastanteo fiable y robusto, en el que se cumplen todas las medidas para analizar y verificar el contenido de cualquier poder notarial y de las facultades que se puedan otorgar a través del mismo.”* (El subrayado es nuestro) Y hay que advertir que así es, que de ningún modo se afirma ni en la propuesta ni en esta resolución que se hayan visto afectadas ni la totalidad de las contrataciones ni ninguna otra contratación que aquella sobre la que versan los hechos objeto de este procedimiento.

-Artículo 83.2.b) *la intencionalidad o negligencia de la infracción;*

Como se ha expuesto en los fundamentos precedentes, la conducta de la reclamada adolece de una “grave” falta de diligencia, como nos lo recuerda la citada STS de 15 de julio de 1988. Forma parte de la diligencia que es exigible, pues es inherente a su actividad, que la reclamada constate que el poder que el representante exhibe sobre la representación que dice ostentar le habilita efectivamente para actuar en nombre del titular de los datos en el concreto negocio que se pretende celebrar.

Conectada también con el grado de diligencia que el responsable del tratamiento está obligado a desplegar en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la normativa de protección de datos puede citarse la SAN de 17/10/2007 (Rec. 63/2006). Si bien se dictó antes de la vigencia del RGPD su pronunciamiento es perfectamente extrapolable al supuesto que analizamos. La SAN, después de aludir a que las entidades en las que el desarrollo de su actividad conlleva un continuo tratamiento de datos de clientes y terceros han de observar un adecuado nivel de diligencia, precisaba que *“(…)el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el infractor no se comporta con la diligencia exigible. Y en la valoración del grado de diligencia ha de ponderarse especialmente la profesionalidad o no del sujeto, y no cabe duda de que, en el caso ahora examinado, cuando la actividad de la recurrente es de constante y abundante manejo de datos de carácter personal ha de insistirse en el rigor y el*

*exquisito cuidado por ajustarse a las prevenciones legales al respecto". (El subrayado es nuestro)*

La reclamada ha objetado a la estimación de esta agravante que la AEPD vulnera con ello el artículo 24.2 de la C.E. pues, afirma, que esta Agencia ha establecido "una presunción, carente por completo de ningún tipo de soporte probatorio" "al considerar que un CONCRETO poder con un contenido susceptible de interpretación controvertida, implica que la gestión y proceso de bastanteos en la Entidad es deficiente per se, sin que ofrezca garantía alguna a los poderdantes; lo que supone una manifiesta vulneración del principio de presunción de inocencia y atribuir a mi mandante una palmaria falta de diligencia que queda desmentida por el procedimiento interno habilitado al efecto que nos ocupa."

Sin embargo, la supuesta presunción que la reclamada denuncia no se ha establecido en ningún caso.

- La evidente vinculación entre la actividad empresarial del reclamado y el tratamiento de datos personales (artículo 83.2.k, del RGPD en relación con el artículo 76.2.b, de la LOPDGDD) En la actividad empresarial de la entidad reclamada es imprescindible el tratamiento de datos de carácter personal de sus clientes por lo que, habida cuenta del importantísimo volumen de negocio de la entidad financiera reclamada -de la entidad absorbida- cuando acontecen los hechos (entre julio de 2018 y febrero de 2020) la trascendencia de la conducta infractora objeto de la presente reclamación es innegable.

Operan como circunstancias que atenúan la gravedad de la infracción, las siguientes:

-El artículo 83.2.k, RGPD, en relación con el artículo 76.2.e) de la LOPDGDD: "*La existencia de un proceso de fusión por absorción posterior a la comisión de la infracción que no puede imputarse a la entidad absorbente.*"

En fecha 26/03/2021 -por tanto, con posterioridad a la comisión de la infracción- se inscribió en el Registro Mercantil la escritura pública con el acuerdo de fusión por absorción entre BANKIA, S.A., (como entidad absorbida) y CAIXABANK, S.A., (como entidad absorbente).

Esta circunstancia se apreció tanto en el acuerdo de inicio como en la propuesta de resolución, ello pese a que la reclamada niega que haya sido así.

La reclamada critica que la Agencia no haya tomado en consideración como atenuante que "*no ha habido ningún beneficio para mi mandante derivado de la actividad objeto de reproche, así como que no ha existido ningún perjuicio*" y solicita su aplicación.

Efectivamente la AEPD rechazó en la propuesta de resolución la petición de la reclamada de que se apreciara como atenuante la circunstancia prevista en el artículo 83.2.k) del RGPD en conexión con el artículo 76.2.c) LOPDGDD. Se indicó a ese respecto que la decisión de no estimar la atenuante invocada de contrario estaba en consonancia con el criterio seguido por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, entre otras, en la SAN de 17 de abril de 2018 (rec. 254/2017) que consideramos extrapolable al caso pese a que se dictó bajo la vigencia de la LOPD.

En la SAN mencionada el Tribunal rechazó la pretensión de la parte demandante, sancionada por la AEPD, de que se aplicara como atenuante el artículo 45.5.e) LOPD por *“ausencia de beneficios.”* Argumenta el Tribunal (Fundamento Jurídico tercero) que *“En cuanto a la ausencia de beneficios, no cabe sino reiterar lo argumentado por la resolución recurrida, respecto a que lo relevante es que la actuación de A sí estuvo motivada por la búsqueda de beneficio económico, por lo que el hecho de que aquél no llegara finalmente a obtenerse no puede servir de fundamento a una atenuación de culpabilidad o antijuridicidad de su conducta”.* (El subrayado es nuestro)

La pretensión de la reclamante, que reitera en sus alegaciones a la propuesta, de que se aprecie como atenuante la circunstancia del artículo 76.2.c) LOPDGDD, en conexión con el artículo 83.2.k) del RGPD, no puede admitirse. Esta Agencia estima que la correcta aplicación de ambas disposiciones conduce inequívocamente a rechazar que tal circunstancia pueda aplicarse como factor atenuante, de modo que únicamente puede ser aplicada en calidad de agravante.

El artículo 83.2.k) del RGPD se refiere a *“cualquier otro factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias del caso, como los beneficios obtenidos o las pérdidas evitadas, directa o indirectamente, a través de la infracción”* y el artículo 76.2.c) de la LOPDGDD dispone que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 83.2.k) del RGPD, también podrán tenerse en cuenta: *“c) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.”*

La admisión de la “ausencia” de beneficios como una atenuante estaría en contradicción con el artículo 76.2.c) de la LOPDGDD, toda vez que el presupuesto de hecho sobre el que se construye esa circunstancia es, exclusivamente, la “obtención de beneficios” ya que menciona estrictamente los *“beneficios obtenidos”*.

Al mismo tiempo, el artículo 83.2 del RGPD -que relaciona las circunstancias que se tendrán debidamente en cuenta en la imposición de una multa y su cuantía- sobre cuya base se aplica, en conexión con el apartado k), el artículo 76.2.c) de la LOPDGDD, debe interpretarse necesariamente a la luz de los principios que se detallan en el apartado 1 del artículo 83: las sanciones deberán ser *“en cada caso individual” “efectivas”, “proporcionadas” y “disuasorias”*.

Admitir la “ausencia” de beneficios como una atenuante estaría en total contradicción con el carácter disuasorio que debe tener la multa conforme al artículo 83.1 del RGPD. Al valorar la “ausencia” de beneficios como una atenuante, en la medida en que se minorara el efecto que el conjunto de circunstancias tienen en la cuantificación del importe de la multa, se restringe su efecto disuasorio y se reporta al responsable un beneficio del que no se ha hecho merecedor. Sería una rebaja artificial de la sanción que puede llevar a entender que infringir la norma sin obtener beneficios, financieros o del tipo que fuere, implica una disminución de la antijuridicidad o de la culpabilidad de la conducta infractora.

Apreciada la concurrencia, en calidad de agravantes, de las circunstancias de los apartados a), b) y k) del artículo 83.2 del RGPD, la última en relación con el artículo 76.2.b) de la LOPDGDD, y de la atenuante del artículo 83.2.k) de ese texto legal en relación con el artículo 76.2.e) de la LOPDGDD, se fija en 60.000€ el importe de la



multa que corresponde imponer a la reclamada por la infracción del artículo 6.1. del RGPD, tipificada en su artículo 83.5.a).

Por lo tanto, de acuerdo con la legislación aplicable y valorados los criterios de graduación de la sanción cuya concurrencia ha quedado acreditada,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

PRIMERO: IMPONER A CAIXABANK, S.A., con NIF A0866\*\*\*CUENTA.119, por una infracción del artículo 6.1 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD, una multa 60.000 € (sesenta mil euros)

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a CAIXABANK, S.A., con NIF A0866\*\*\*CUENTA.119.

TERCERO: Advertir al sancionado que deberá hacer efectiva la sanción impuesta una vez que la presente resolución sea ejecutiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), en el plazo de pago voluntario establecido en el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el artículo 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso, indicando el NIF del sancionado y el número de procedimiento que figura en el encabezamiento de este documento, en la cuenta restringida nº **ES00 0000 0000 0000 0000 0000**, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en la entidad bancaria CAIXABANK, S.A. En caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la LPACAP, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución o directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

938-260122

Mar España Martí  
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos