



**Procedimiento Nº PS/00450/2009**

**RESOLUCIÓN: R/00254/2010**

En el procedimiento sancionador PS/00450/2009, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad BANCO SANTANDER, S.A., vista la denuncia presentada por A.A.A. y en base a los siguientes,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO:** Con fecha de 02/12/2009 tiene entrada en esta Agencia un escrito remitido por D<sup>a</sup>. B.B.B. en representación de su hijo menor A.A.A.( el denunciante menor, en adelante) manifestando lo siguiente:

- El día 4/12/2004 recibió por correo ordinario un extracto de cuenta de posición procedente del Banco Santander Central Hispano (oficina 2565 Sant Celoni) relativo a un fondo de inversión en el que aparecía como titular (además de C.C.C.) su hijo, el menor denunciante, figurando ella como su representante legal.
- Que no habiendo contratado en ningún momento dicho fondo ni conociendo a C.C.C., se dirigió a la sucursal del banco donde tiene su residencia a fin de que procedieran a corregir el error material que entendió se había cometido, poniéndose en contacto su directora Doña D.D.D. con la oficina de Sant Celoni, en la que se comprometieron a darle una respuesta rápida.
- No habiendo obtenido la contestación prometida, en fecha 13 de Enero de 2005 remitió carta a la sucursal del Banco Santander Central Hispano, requiriéndole para que de forma inmediata procediera a subsanar el error existente, excluyendo a su hijo y a ella del citado fondo y de cualquier responsabilidad que del mismo pudiera derivarse y eliminara cualquier dato informático de su persona y de la de su hijo que pudiera tener en su sucursal, para cuya incorporación nunca había dado permiso. Aporta copia del citado burofax al que se adjunta grapado resguardo de Correos acreditativo de su envío.
- Tras dicha gestión recibió de la sucursal referida de! Banco Santander Central Hispano Certificado comprensivo de que quién suscribe no tenía depositado ningún Fondo de Inversión en la entidad BSCH habiéndose titulado por error a su nombre siendo el titular Don E.E.E. (a quien insisto no conoce). Aporta copia del mencionado Certificado. Entendiendo que con dicho documento se había rectificado convenientemente el error cometido, dando por zanjada la cuestión.
- A finales del año 2006 recibió por correo del Banco Santander Central Hispano oficina de Sant Ceioní Información Fiscal a nombre de su hijo,

relativa a una supuesta ganancia patrimonial derivada de un Fondo de Inversión Santander Ahorro, por lo que comprobando que la rectificación que en su día interesó no se había producido me dirigí nuevamente a la entidad bancaria en cuestión mediante carta remitida el 26 de Noviembre de 2006 a fin de anulara todos los apuntes relativos a mi hijo e informara a Hacienda de dicha corrección, requiriéndole nuevamente para que subsanara los datos erróneos tanto en su oficina como ante la correspondiente Administración Tributaria remitiéndole copia de dicha subsanación y nueva certificación acreditativa de que no ha habido en su sucursal fondo ni cuenta a nombre de mi hijo y, que en la actualidad no aparece en la misma dato alguno relativo a su persona ni a su hijo y advirtiéndole que de no hacerlo me vería obligada a interponer denuncia ante la Agencia de Protección de Datos. Aporta copia de la citada carta a la que no tuvo contestación.

- En fecha 28/04/2008 y 25/08/2008, recibe una carta de la entidad financiera Santander dirigida a su hijo solicitándole el número de Identificación Fiscal necesario para todos los que realicen o participen en obligaciones de naturaleza tributaria. Dado que su **hijo no tiene abierta cuenta alguna, fondo ni imposición en dicha entidad** y a la vista de los antecedentes expuestos, resulta evidente que sus datos siguen figurando en algún archivo del Banco Santander como cliente y ello no sólo sin su permiso sino con su expresa oposición tal y como ha quedado acreditado, por lo que a la vista de la indefensión en que se encuentro y de la gravedad de los hechos que afectan a un menor de edad, SOLICITA el amparo de la Agencia de Protección de Datos a fin de que sea ella quien se dirija al Santander para obtener la cancelación inmediata de dichos datos con notificación a esta parte del resultado de la misma, ello sin perjuicio de la imposición de las sanciones de la que los hechos sean merecedores.

**SEGUNDO:** A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se solicita información a la entidad BANCO SANTANDER, S.A., teniendo conocimiento de que:

Se solicita información al BANCO DE SANTANDER, SA (en adelante SANTANDER), y de la información facilitada se desprende lo siguiente:

- Respecto de los productos contratados por el menor denunciante manifiestan que tienen el contrato número \*\*\*CONTRATO1, aunque el que está en vigor es el contrato marco (que por ley tienen que mantener en vigor) de la cuenta ahorro diaria \*\*\*CCC1 dada de baja el 14/01/05. Adjuntan impresión de pantalla donde consta la siguiente información asociada a una consulta de movimientos de fondos de inversión:
  - o Número de contrato \*\*\*CCC1 cuyo titular se encuentra marcado con “\*\*”
  - o Tipo de producto “Santander ahorro diario 2, Fi”
  - o Como domicilio de correspondencia del cliente A.A.A. tienen el (C/ .....C1).
- Respecto al contrato asociado a la cuenta consta un fondo de inversión de titularidad conjunta. Los titulares son E.E.E. y el menor denunciante Hijo de B.B.B. como titulares y A.A.A. como represen.



- El SANTANDER no aporta copia de los contratos suscritos por los titulares de la cuenta que justifiquen el envío de las cartas aportadas por la denunciante y dirigidas a su hijo.
- Según manifiesta el SANTANDER no constan en su departamento de Atención al cliente comunicaciones de ninguno de los titulares del fondo dado de alta. Así como tampoco consta en la oficina ninguna reclamación presentada por los titulares del citado producto.

**TERCERO:** En fecha de a BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A. con arreglo a lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por la presunta infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 d) de la citada Ley Orgánica.

**CUARTO:** Notificado el acuerdo de inicio, BANCO SANTANDER, S.A. mediante escrito de fecha formuló alegaciones, significando, que todo ha sido producto de un error, consistente en relacionar el producto en cuestión con el menor cuyo representante formula la denuncia, deriva del hecho de que en la época en que se formaliza el producto los menores carecían de DNI cuya obligación de obtenerlo se estableció para los mismos en fecha muy reciente, por cuyo motivo se utilizaba para identificarlos como numero de identificación fiscal la fecha de nacimiento, que en el caso de estas actuaciones resulta que era coincidente para ambos menores. (7/2/1995).

El producto era de F.F.F., siendo a partir del año 2004, como consecuencia del error derivado de la inexistencia de DNI, aparece en escena un documento elaborado por el Banco sobre información fiscal, el menor A.A.A. en lugar de la menor F.F.F..

**QUINTO:** Con fecha de 20 de octubre de 2009, se inició el período de práctica de pruebas, acordándose, las siguientes:

Se dan por reproducidos a efectos probatorios la denuncia interpuesta por A.A.A. y su documentación, los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección ante BANCO SANTANDER, S.A., y el Informe de actuaciones previas de Inspección que forman parte del expediente E/00822/2009.

Asimismo, se da por reproducido a efectos probatorios, las alegaciones al acuerdo de inicio PS/00450/2009 presentadas por BANCO SANTANDER, S.A., y la documentación que a ellas acompaña.

Se requiere a BANCO SANTANDER, S.A., para que acredite, sin perjuicio del error expuesto en sus alegaciones en lo referente a la fecha de nacimiento como identificador de menores sin DNI, el origen de los datos personales de A.A.A.y de su representante legal B.B.B. (*nombre apellidos y dirección completa*)

**SEXTO:** En fecha de 11 de noviembre de 2009, el Instructor del Procedimiento emitió Propuesta de Resolución en el sentido de que por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos se sancione a BANCO SANTANDER, S.A. con multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euro con veintidós céntimos de euro) por la infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 45 de dicha norma.

**SEPTIMO:** En fecha de 4 de diciembre de 2009, la representación de BANCO SANTANDER, S.A., presentó alegaciones reiterándose en las ya formuladas anteriormente y solicitando una menor gravedad de la sanción a imponer en base a la inexistencia de perjuicios causados y beneficios obtenidos.

**OCTAVO:** De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento, han quedado acreditados los siguientes

#### HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El día 4/12/2004 la denunciante recibió por correo ordinario un extracto de cuenta de posición procedente del Banco Santander Central Hispano (oficina 2565 Sant Celoni) relativo a un fondo de inversión en el que aparecía como titular (además de C.C.C.) su hijo, el menor denunciante, figurando ella como su representante legal (folio 14)

SEGUNDO.- La denunciante niega la contratación de dicho producto por parte de ella o por su hijo, poniéndose en contacto con la entidad a fin de solucionar tal confusión. (Folio 12).

TERCERO.- En fecha de 20/01/2005, la entidad denunciada expide certificación negativa de productos contratados por la denunciante, manifestando el acaecimiento del error informático pero sin explicar nada de la tenencia de los datos personales del menor.

CUARTO.- En el año 2006, la denunciante recibe por correo del Banco Santander Central Hispano, información fiscal a nombre del menor relativo a una ganancia patrimonial del citado fondo de inversión. (Folio 10). Ante lo cual, la denunciante afirma que se dirigió nuevamente en noviembre de 2006 a la entidad para que cancelaran todos los datos de su hijo.

QUINTO.- En fecha 28/04/2008 y 25/08/2008, recibe una carta de la entidad denunciada dirigida a su hijo solicitándole el número de Identificación Fiscal necesario para todos los que realicen o participen en obligaciones de naturaleza tributaria. Dado que su hijo no tiene abierta cuenta alguna, fondo ni imposición en dicha entidad y a la vista de los antecedentes expuestos, resulta evidente que sus datos seguían figurando en algún archivo del Banco Santander como cliente y ello no sólo sin su permiso sino con su expresa oposición.

SEXTO.- Ante la ausencia de NIF, la aplicación informativa de la entidad denunciada toma como registro la fecha de nacimiento, por lo que confundió la identidad del verdadero titular del depósito ( F.F.F.) con la del menor denunciante.



SEPTIMO: A requerimiento de esta Agencia, se solicitó a Banco Santander, prueba alguna relativa al origen de los datos del menor denunciante, confundidos con los de la verdadera titular del fondo ( Folio 48) , sin que por parte de aquella se acreditará ningún producto o cualquier otra circunstancia que permita tener los datos del menor en sus sistemas.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **I**

Es competente para resolver este procedimiento el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

#### **II**

Uno de los pilares básicos de la normativa reguladora del tratamiento automatizado de datos, es el principio del consentimiento o autodeterminación, cuya garantía estriba en que el afectado preste su consentimiento consciente e informado para que la recogida de datos sea lícita. Se trata de una garantía fundamental legitimadora del régimen de protección establecido por la Ley, en desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución Española, dada la notable incidencia que el tratamiento automatizado de datos tiene sobre el derecho a la privacidad en general, y que solo encuentra como excepciones al consentimiento del afectado, aquellos supuestos que, por lógicas razones de interés general, puedan ser establecidos por una norma con rango de ley. La Audiencia Nacional ha venido entendiendo, entre otros, en el recurso 619/2002, que *“no puede exigirse para la obtención del consentimiento de los afectados, a la hora de tratar o ceder sus datos personales, que tal consentimiento se otorgue ni en forma escrita ni mediante correo certificado, al no estipularlo así ningún precepto de la normativa de aplicación. Se ha entendido también que la persona física o jurídica que pretenda obtener tal consentimiento si deberá arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que efectivamente tal consentimiento ha sido prestado, es decir, que la obtención de datos personales ha sido consentida de modo claro y terminante.”*

Tal como se desprende del artículo 6 de la LOPD, Banco Santander, S.A. no puede efectuar el tratamiento de los datos de carácter personal sin el consentimiento *“inequívoco”* del interesado, o sin la concurrencia de algunos de los supuestos que el apartado 2 lo dispensa. Por ello, una vez acreditado el tratamiento de los datos por la Agencia, y negado por el interesado, dicho consentimiento inequívoco, corresponde a la parte imputada que efectúa el tratamiento justificar que contaba con el repetido consentimiento que sirviera de cobertura al tratamiento realizado. Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11/05/2001 dispone que *“...quien gestiona la base, debe estar en condiciones de acreditar el consentimiento del afectado, siendo carga de la prueba del mismo su justificación, y la entidad recurrente en ningún momento ha realizado esfuerzo probatorio tendente a la acreditación del consentimiento de las personas en las que se basa la sanción”* (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

En aquellos supuestos en que resulta necesario el consentimiento inequívoco para el tratamiento de los datos personales, pero la prestación de dicho consentimiento

se niega por el titular de los datos, se traslada al responsable del fichero/tratamiento, la carga de acreditar que cuenta con el consentimiento del interesado para dicho tratamiento, o que concurren alguno de los supuesto que el apartado 2 del artículo 6 de la LOPD. Ello dado que es tal responsable del fichero quién debe asegurarse de que aquel a quien solicita los datos para ser tratados por el efectivamente los presta con consentimiento inequívoco, y asimismo que esa persona que esta dando el consentimiento, efectivamente es la titular de los datos personales en cuestión.

### III

Dispone el artículo 6 de la LOPD:

*“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.*

*2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.*

*3. El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos.*

*4. En los casos en los que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una Ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal. En tal supuesto, el responsable del fichero excluirá del tratamiento los datos relativos al afectado”.*

El tratamiento de datos sin consentimiento constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, (F.J. 7 primer párrafo), *“...consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)”.*

Son pues elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales, los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y tratamiento de sus datos personales y a saber de los mismos.



Se puede afirmar, tal y como tiene sentado consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo - por todas las Sentencias de 8 de febrero de 1.964, 26 de mayo de 1.986 y 11 de junio de 1.991 - en interpretación del artículo 1.253 del Código Civil, que existen tres modos o formas básicas del consentimiento: expreso, manifestado mediante un acto positivo y declarativo de la voluntad; tácito, cuando pudiendo manifestar un acto de voluntad contrario, éste no se lleva a cabo, es decir, cuando el silencio se presume o se presupone como un acto de aquiescencia o aceptación; y presunto, que no se deduce ni de una declaración ni de un acto de silencio positivo, sino de un comportamiento o conducta que implica aceptación de un determinado compromiso u obligación. A efectos de la Ley Orgánica 15/1999 y con carácter general, son admisibles las dos primeras formas de prestar el consentimiento.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de noviembre de 2007 ( Rec 356/2006) en su Fundamento de Derecho Quinto señala que *“ por lo demás, en cuanto a los requisitos del consentimiento, debemos señalar que estos se agotan en la necesidad de que este sea “inequívoco”, es decir, que no exista duda alguna sobre la prestación de dicho consentimiento, de manera que en esta materia el legislador, mediante el artículo 6.1 de la LO de tanta cita, acude a un criterio sustantivo, esto es, nos indica que cualquiera que sea ,la forma que revista el consentimiento éste ha de aparecer como evidente, inequívoco – que no admite duda o equivocación- , pues éste y no otro es el significado del adjetivo utilizado para calificar al consentimiento. Por tanto, el establecimiento de presunciones o la alusión a la publicidad de sus datos en otro lugar resulta irrelevante, pues dar carta de naturaleza a este tipo de interpretaciones pulverizaría esta exigencia esencial del consentimiento, porque dejaría de ser inequívoco para ser “equivoco”, es decir, su interpretación admitiría varios sentidos y, por esta vía, se desvirtuaría la naturaleza y significado que desempeña como garantía en la protección de los datos, e incumpliría la finalidad que está llamado a verificar, esto es, que el poder de disposición de los datos corresponde únicamente a su titular”*

#### IV

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (art. 43), concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d). Este precepto, innovando respecto de la Ley Orgánica 5/1992, incluye en el concepto de responsable tanto al que lo es del fichero como al del tratamiento de datos personales. Conforme al artículo 3.d) de la LOPD, el responsable del fichero o del tratamiento es *“la persona física o jurídica (...) que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”*. El propio artículo 3 en su apartado c) delimita en qué consiste el tratamiento de datos, incluyendo en tal concepto las *“operaciones o procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”*.

En el presente caso estamos ante un tratamiento de datos personales del menor en los ficheros que Banco Santander S.A. gestiona. Por lo que se puede afirmar que Banco Santander, S.A. ostenta una posición jurídica, cuya conducta puede ser fiscalizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 antes citado.

## V

En el presente caso, estamos ante un tratamiento de datos personales de un menor, por lo que no se puede hacer ninguna valoración al margen de esta circunstancia.

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, que si bien no estaba en vigor a la fecha de producción de los hechos, recoge el criterio mantenido en las Resoluciones e Informes de esta Agencia, en lo referente al tratamiento de datos personales de menores.

En su artículo 13 a este respecto que: “1. Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.

2. En ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior.

3. Cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos, con expresa indicación de lo dispuesto en este artículo.

4. Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales.

Del precepto aquí transcrito se establece la obligación de la autorización de los progenitores del menor de 14 años, para todo tratamiento de datos personales de éste, así como un deber de información *ad hoc*, atendiendo a las características del menor, y en todo caso la obligación del responsable del fichero o tratamiento de imponer una serie de cautelas cuando trate datos de menores, así como la verificación del consentimiento otorgado por sus padres.

En este sentido, se pronunció el Servicio Jurídico de esta Agencia, en su informe 2000-0000 sobre el “Consentimiento otorgado por menores de edad”, señala que “Respecto de los restantes menores de edad (menores de 14 años), no puede ofrecerse una solución claramente favorable a la posibilidad de que por los mismos pueda prestarse el consentimiento al tratamiento, por lo que la referencia deberá buscarse en el artículo 162 1º del Código Civil, tomando en cuenta, fundamentalmente, sus condiciones de madurez.

En consecuencia, a la vista de lo anteriormente señalado, será necesario recabar el consentimiento de los menores para la recogida de sus datos, con expresa información de la totalidad de los extremos contenidos en el artículo 5.1 de la Ley, recabándose, en caso de menores de catorce años cuyas condiciones de madurez no garanticen la plena comprensión por los mismos del consentimiento prestado, el consentimiento de sus representantes legales.”





## VI

En el presente caso, Banco Santander, S.A., trató los datos personales del menor, aduciendo en su descargo que en atención a que antes los menores no tenían DNI, se les inscribía con el número que resultaba de las cifras de su fecha de nacimiento, así las cosas, por similitud con la fecha de nacimiento de otra menor, la aplicación informática “confundió” tales valores, asignando en los datos personales del menor denunciante, a un producto bancario de otro menor cliente de la entidad.

Para clarificar estos extremos en el trámite de prueba se requirió a Banco Santander, para que aportara el origen de los datos del denunciante en sus sistemas, contestando a través de escritos en los que figuraba la madre del menor como titular de diversos productos bancarios.

Así las cosas, Banco Santander no ha acreditado el origen de los datos del menor, es decir, sin perjuicio del error que aduce que se produjo, con los que afirma que confundió la fecha de nacimiento de la menor cliente.

Por tanto, acreditado el tratamiento de datos personales del menor en los sistemas de Banco Santander S.A., no ha presentado ninguna prueba que pueda evidenciar que contaba con su consentimiento, procede citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21/12/2001 en la que declara que *“de acuerdo con el principio que rige en materia probatoria (art. 1214 del Código Civil) la Agencia de Protección de Datos probó el hecho constitutivo que era el tratamiento automatizado de los datos personales de D. ... (nombre, apellidos y domicilio), y a la recurrente incumbía el hecho impeditivo o extintivo, cual era el consentimiento del mismo. Es decir, ... debía acreditar el consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de datos personales, o justificar que el supuesto examinado concurre alguna de las excepciones al principio general del consentimiento consagrado en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 5/1992. Y nada de esto ha sucedido”*.

Banco Santander, S.A., trató datos personales del menor sin poder acreditar ninguna circunstancia que legitime dicho tratamiento de datos, por tanto la actuación de Banco Santander, S.A., no es incardinable en ningún supuesto a la excepción a la prestación del consentimiento que recoge el artículo 6.2 de la LOPD.

## VII

El artículo 44.3.d) de la LOPD, dispone:

*“3. Son infracciones graves:”*

*“d) Tratar los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley o con incumplimiento de los preceptos de protección que impongan las disposiciones reglamentarias de desarrollo, cuando no constituye infracción muy grave.”*

En el presente caso, la descripción de conductas que establece el artículo 44.3.d) de la LOPD cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cuál es la conducta prohibida. El tipo aplicable considera infracción grave *“tratar los datos de carácter personal o usarlos*

*posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la presente Ley”, por tanto, se está describiendo una conducta - el tratamiento automatizado de datos personales o su uso posterior – que precisa, para configurar el tipo, que dicha conducta haya vulnerado los principios que establece la LOPD.*

El principio del consentimiento se configura como principio básico en materia de protección de datos. Concretamente, por lo que ahora interesa, el artículo 6 de la LOPD recoge el citado principio.

La conducta ilícita por la que se sanciona a Banco Santander S.A., vulnera el citado principio, toda vez que ha quedado acreditado que los datos del menor resultaron tratados en sus ficheros sin su consentimiento.

En consecuencia, Banco Santander, S.A., ha incurrido en la infracción grave descrita pues trató datos sin consentimiento en sus propios ficheros cuando no procedía, ya que no ha acreditado el origen lícito de los mismos, lo que supone una vulneración del principio de consentimiento que consagra el artículo 6 de la LOPD.

*La Audiencia Nacional ha manifestado en su Sentencia de 22/10/2003 que “la descripción de conductas que establece el artículo 44.3. d) de la Ley Orgánica 15/1999 cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, a juicio de esta Sala, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cual es la conducta prohibida. En efecto, el tipo aplicable considera infracción grave <<tratar de forma automatizada los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la Ley>>, por tanto, se está describiendo una conducta –el tratamiento automatizado de datos personales o su uso posterior- que precisa, para configurar el tipo, que dicha conducta haya vulnerado los principios que establece la Ley Orgánica. Ahora bien, estos principios no son de aquellos que deben inferirse de dicha regulación legal, sino que aparecen claramente determinados y relacionados en el título II de la Ley, concretamente, por lo que ahora interesa, en el artículo 6 se recoge un principio que resulta elemental en la materia, que es la necesidad de consentimiento del afectado para que puedan tratarse automatizadamente datos de carácter personal. Por tanto, la conducta ilícita por la que se sanciona a la parte recurrente como responsable del tratamiento consiste en usar datos sin consentimiento de los titulares de los mismos, realizando envíos publicitarios.”*

En este caso, Banco Santander, S.A., ha incurrido en la infracción descrita, ya que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales es un principio básico del derecho fundamental a la protección de datos, recogido en el artículo 6 de la LOPD. La entidad mencionada ha tratado los datos del denunciante sin contar con su consentimiento, lo que supone una vulneración de este principio, conducta que encuentra su tipificación en este artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

## VIII

De acuerdo con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la LOPD: “2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 60.101,21 € a 300.506,05 € (...)

4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad, a la reincidencia, a los daños y



*perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas, y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.*

*5. si en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho, el órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso que se trate.” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)*

En cuanto la aplicación del art. 45.5 de la LOPD, conviene señalar que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 24/05/2002, ha señalado en cuanto a la aplicación del apartado 5 del citado precepto que *“... la presente regla debe aplicarse con exquisita ponderación y sólo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas atendidas las circunstancias del caso concreto, de forma que repugne a la sensibilidad jurídica, siempre guiada por el valor justicia, la imposición de la sanción correspondiente al grado. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos y concretos”.*

Conviene recordar que desde el punto de vista material, la culpabilidad consiste en al capacidad que tiene el sujeto obligado para obrar de modo distinto y, por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Por tanto, lo relevante es la diligencia desplegada en la acción por el sujeto, lo que excluye la imposición de una sanción, únicamente en base al mero resultado, es decir al principio de responsabilidad objetiva.

No obstante lo anterior, la Sentencia de la Audiencia Nacional dictada el 21 de septiembre de 2005, Recurso 937/2003, establece que *“Además, en cuanto a la aplicación del principio de culpabilidad resulta que (siguiendo el criterio de esta Sala en otras Sentencias como la de fecha 21 de enero de 2004 dictada en el recurso 113/2001) que la comisión de la infracción prevista en el art. 77.3 d) puede ser tanto dolosa como culposa. Y en este sentido, si el error es muestra de una falta de diligencia, el tipo es aplicable, pues aunque en materia sancionadora rige el principio de culpabilidad, como se infiere de la simple lectura del art. 130 de la Ley 30)1992, lo cierto es que la expresión “simple inobservancia” permite la imposición de la sanción, sin duda en supuestos doloso, y asimismo en supuestos culposos, bastando la inobservancia del deber de cuidado”*

Banco Santander, S.A., no ha acreditado el origen lícito de los datos personales del denunciante, cuya importancia va más allá de la mera confusión con los de otro menor, ya que sin perjuicio del error que cometió, no ha explicado ha esta Agencia, en virtud de que título tenía los datos del menor objeto de valoración en este procedimiento, además no se puede olvidar la minoría de edad del titular de los datos objeto de tratamiento, exige de un lado una mayor diligencia y de otro un mayor nivel de protección. Asimismo la denunciante se puso en contacto con la entidad en varias ocasiones para solventar el problema, sin obtener solución satisfactoria alguna por parte de aquella.

Asimismo en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, manifestó que de conformidad con los perjuicios causados y beneficios obtenidos no es merecedora de la sanción que señala en la citada propuesta.

Sin embargo, reiterada jurisprudencia de la Audiencia Nacional ha dispuesto que ni la ausencia de perjuicios y beneficios obtenidos son parámetros para aplicar el citado

precepto. En este sentido la SAN de 19/10/2005, declara que *“Los perjuicios directamente causados o beneficios obtenidos por la entidad recurrente son circunstancias que no admiten ser incluidas dentro de los que deben ser objeto de valoración al amparo de lo previsto por el artículo 45 de la LO 15/1999”*.

Por tanto, Banco Santander, S.A. no ha mostrado un celo y diligencia, que debe ser de notable entidad en atención a su actividad mercantil, de la que se infiere un continuo tratamiento de datos personales, así la Sentencia de la Audiencia Nacional Recurso 104/2006 señala que *“la entidad demandante por la actividad que realiza debe tratar un gran volumen de datos personales en sus ficheros, lo que hace que deba extremar el cuidado en el manejo de dichos datos para lograr una protección eficaz, pues está en juego un derecho fundamental autónomo, el derecho a la protección de datos personales según la STS 292/2000”*.

En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional, Recurso 143/2006 señala que *“ así es, no se aprecia la disminución de la culpabilidad del sancionado o de la antijuridicidad del hecho, pues la naturaleza de la actividad desarrollada por la entidad recurrente, y su permanente relación con los datos personales, determina que el comportamiento exigible a quien habitualmente está en contacto con este tipo de datos sea de distinguido y exquisito cuidado sobre el cumplimiento de las exigencias impuestas por la LOPD, porque está en juego la protección de derechos fundamentales-art. 18.4 CE-.”*

Por tanto, no se considera que concurren las circunstancias necesarias para que pueda aplicarse, en el presente supuesto, lo dispuesto en el artículo 45.5. de la LOPD.

Teniendo en cuenta los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD y, en especial, la falta de intencionalidad, procede proponer que se imponga las sanciones en su cuantía mínima.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

**PRIMERO: IMPONER** a la entidad BANCO SANTANDER, S.A., por una infracción del artículo 6 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 d) de dicha norma, una multa de 60.101,21 € (sesenta mil ciento un euro con veintiún céntimos de euro) de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la citada Ley Orgánica.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución a BANCO SANTANDER, S.A. y a A.A.A..

**TERCERO:** Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0000 0000 00 0000000000 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación 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 recibe la notificación 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 apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director 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 del referido texto legal.

Madrid, 16 de febrero de 2010  
EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA  
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte