



Roj: **SAN 293/2017 - ECLI:ES:AN:2017:293**

Id Cendoj: **28079230012017100014**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/01/2017**

Nº de Recurso: **379/2015**

Nº de Resolución: **42/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FELISA ATIENZA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN PRIMERA

Núm. de Recurso: 0000379 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00853/2015

Demandante: BANCO SANTANDER, S.A.

Procurador: ALBERTO HIDALGO MARTINEZ

Demandado: AGENCIA PROTECCIÓN DE DATOS

Codemandado: Vidal

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EDUARDO MENÉNDEZ REXACH

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. FELISA ATIENZA RODRIGUEZ

D. FERNANDO DE MATEO MENÉNDEZ

D^a. NIEVES BUISAN GARCÍA

Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil diecisiete.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo 379/2015 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador D.Alberto Hidalgo Martín, en nombre y representación de Banco Santander, S.A, frente a la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra la Resolución de 11 de diciembre de 2014 (que después se describirá en el primer Fundamento de Derecho), siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dña FELISA ATIENZA RODRIGUEZ. Ha sido co-demandado en el siguiente recurso don Vidal .

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO .- El presente recurso tienen por objeto la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de 11 de diciembre de 2014, dictada en el procedimiento sancionador PS/00355/2014, que impone a la entidad BANCO DE SANTANDER S.A. una multa de 2.300 euros por una infracción del artículo 5 de la Ley Orgánica de protección de Datos , tipificada como leve en el art. 44.2 c) , de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1 y 4 de la citada Ley Orgánica.

SEGUNDO.- Admitido el recurso y previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a las partes actoras para que, en el término de veinte días formalizara la demanda, lo que se llevó a efecto mediante escrito presentado el día 13 de mayo de 2015, en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron oportunos, terminaron solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso anulando el acto impugnado en el presente recurso, o, subsidiariamente, la reducción de las sanciones en los términos alegados.

TERCERO.- Formalizada la demanda se dio traslado de la misma a la parte demandada para que la contestara en el plazo de veinte días, lo que realizó el representante del Estado, mediante el pertinente escrito, presentado el 13 de julio de 2015, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, solicitando la desestimación del recurso, y que se declarara la plena adecuación a derecho del acto administrativo impugnado.

El co-demandado, debidamente representado presentó su escrito de contestación en fecha 25 de septiembre de 2015, en cuyo Suplico solicitaba se dicte sentencia en que se declare la inadmisibilidad o, en caso de no estimar los defectos procesales alegados, la desestimación del recurso y al confirmación del acto impugnado.

CUARTO .- Mediante Diligencia de ordenación de 13 de octubre de 2015, se concedieron diez días a las partes para la formulación de conclusiones. Presentados los correspondientes escritos, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 17 de enero del presente, fecha en que tuvo lugar.

SIENDO PONENTE la Magistrada Ilma. Sra. D^a FELISA ATIENZA RODRIGUEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo por la representación procesal de la entidad BANCO DE SANTANDER S.A., la resolución de 12 de marzo de 2014, del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se le impone una sanción a la citada entidad de 2.300 euros por una infracción del art. 5 de la Ley Orgánica 15/1999 , de 13 de diciembre (en adelante LOPD), tipificada como leve en el art. 44.2.c) de la citada norma , que considera tal el incumplimiento del deber de información al afectado acerca del tratamiento de sus datos cuando sean recogidos del mismo.

Los hechos por los que ha sido sancionada la sociedad recurrente, son por recabar directamente de usuarios de los servicios de Leasing y Rentig, sus datos personales, sin facilitarles previamente, en el momento de la recogida de los datos, de modo expreso, preciso e inequívoco la información preceptiva en materia de protección de datos personales.

La imposición de las sanciones a la demandante y a la sociedad TRANSCOM (que había suscrito un contrato de arrendamiento de servicios de teleasistencia, promoción y ventas, cobro y asistencia de clientes, servicios técnicos de organización, asesoramiento y gestión) por la infracción del art. 5 de la LOPD , se fundamenta en que, durante la Inspección realizada por los Servicios de la AEPD en los locales de la entidad Transcom, el 11 de abril de 2014, los representantes de la misma, manifestaron que Transcom realiza las grabaciones de las conversaciones telefónicas mantenidas entre los teleoperadores y los clientes de Banco de Santander, todas relacionadas con asistencia en carretera y un porcentaje aleatorio del resto, conservándose todas las grabaciones desde el inicio de la prestación del servicio. Añaden que dichas grabaciones se utilizan por Transcom para auditorias de calidad y sesiones con los responsables y que, por otra parte, Baco de Santander solicita las grabaciones cuando se produce alguna incidencia o reclamación del cliente. Manifiestan que la información de la grabación se hace en el contrato suscrito con la entidad financiera.

En el hecho probado segundo de la resolución combatida, se hace constar que los servicios de la AEPD accedieron a una de las grabaciones realizadas en ese mismo día, verificando que durante la conversación mantenida con un cliente del servicio de Leasing y Renting del Banco de Santander no se informó sobre la grabación de la misma.

Debe recordarse que el procedimiento sancionador incoado por la AEPD tiene su origen en las denuncias que en fechas 20 de junio y 8 de noviembre tuvieron entrada en la AEPD formuladas por el hoy codemandado, D. Vidal , en calidad de representante sindical de la Confederación General del Trabajo (CGT) de la empresa



Trascom Worlwide Spain S.L.U, manifestando que en fecha 16 de mayo de 2013, dicha entidad recordó mediante una circular a todos los trabajadores del servicio telefónico de Leasing y Renting de su cliente Banco de Santander, la prohibición que rige de informar a los usuarios de que las llamadas son grabadas.

Se aduce, en síntesis, por la parte recurrente lo siguiente:

1º) La generalidad de los clientes son personas jurídicas, aunque quienes llaman sean personas físicas en calidad de mandatarios.

2º) Quienes contratan los productos de Leasing y Renting deben suscribir el contrato Multicanal, en cuyas cláusulas se pacta que el cliente a través de los canales puede gestionar sus cuentas realizando cualquier operación, y de igual manera que el cliente autoriza al banco para la grabación de las conversaciones telefónicas con el mismo y para que cree los registros informáticos que estime oportunos.

3º) El correo electrónico enviado por Transcom que ha dado lugar al expediente sancionador, se envía por una empleada de Transcom y desde una cuenta interna de esta entidad, dirigiéndose al marco interno de dicha empresa y a los coordinadores del servicio telefónico que se presta por la referida empresa a Banco de Santander, no constando ninguna evidencia de que dicha actuación responda a un mandato del Banco.

4º) El artículo 12 de la ley no menciona en ninguno de sus apartados de forma expresa que el responsable del fichero sea responsable de las infracciones que cometa el encargado del tratamiento y tampoco resulta tal conclusión del art. 43 que se limita a decir que tanto el responsable del fichero como el encargado del tratamiento están sujetos al régimen sancionador que establece la ley. Considera que los hechos solo son imputables a la empresa que efectúa los contactos telefónicos y la grabación de las llamadas.

El Abogado del Estado en su escrito de contestación aduce que conforme a lo establecido en el art. 5 de la LOPD el responsable del tratamiento o del fichero debe informar sobre los extremos establecidos en el art. 5.1, suministrando a los afectados una información expresa, precisa e inequívoca.

Rechaza la alegación de la recurrente de que la información es facilitada en el contrato Multicanal, dado que dicho contrato tiene por objeto servicios distintos a los de Leasing y Renting, como son los de acceso a banca a distancia.

Considera que el art. 43 de la LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros y a los encargados del tratamiento y en el presente caso Banco de Santander es el responsable del fichero, ex art. 3.d) LOPD y 5.1 q del Reglamento y Transcom el encargado del tratamiento ex art. 3 g) LOPD y 5.1.i) del Reglamento. Afirma que Banco de Santander no ha acreditado haber proporcionado a Transcom instrucciones precisas sobre la información que ha de facilitar a los afectados en relación con las grabaciones o tratamiento de datos, ni consta que haya adoptado cautela alguna para verificar el cumplimiento de este deber de información. . Cita sentencias de esta Sala.

El codemandado en su escrito de contestación, aduce, en primer término, que no resulta acreditado que todos los clientes de Leasing y Renting sean personas jurídicas. En segundo término, sostiene que estamos ante dos responsables, el responsable del tratamiento y el encargado del tratamiento, sin que en ningún caso, suponga una exoneración del responsable del tratamiento el hecho de que el encargado utilice los datos inadecuadamente, y ello porque en última instancia es el responsable del tratamiento y de que el procedimiento se haga adecuadamente.

SEGUNDO .- El art. 44.2.c) de la LOPD tipifica como infracción leve: *"El incumplimiento del deber de información al afectado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando los datos sean recabados del propio interesado"* .

Dicho precepto que hay que conectarlo con el art. 5 de la LOPD que recoge la información en la recogida de los datos personales, dedicando los apartados 1 a 3 al contenido de la exigencia de información previa, en el caso de que dichos datos sean recabados del interesado: *"1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados, de modo expreso, preciso e inequívoco.*

a) *De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.*

b) *Del carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas a las preguntas que les sean planteadas.*

c) *De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.*

d) *De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.*

e) *De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.*



2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.

3. No será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban".

La exigencia de dicha información constituye un derecho del afectado que es objeto de protección por sí mismo, aunque también es, lógicamente, un complemento previo de la prestación del consentimiento. El derecho a la información constituye el pilar necesario para el ejercicio de otros derechos que la Ley reconoce.

El Tribunal Constitucional en la STC 292/2000 ha resaltado la relevancia de este derecho a la información, señalando que "son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos" y que "... es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de estos, pues solo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos personales (...) De suerte que sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia".

Así lo hemos declarado en nuestra Sentencia de 15 de junio de 2001 -recurso nº. 158/2000 - al señalar que se trata de un "derecho importantísimo porque es el que permite llevar a cabo el ejercicio de otros derechos, y así lo valora el texto positivo al pormenorizar su contenido, y establecer la exigencia de que el mismo sea expreso, preciso e inequívoco".

TERCERO.- En el supuesto enjuiciado, hemos de partir como hechos probados que Banco de Santander había suscrito un contrato con Transcom, de prestación de servicios de teleasistencia y otros, entre los que se encuentran la gestión de los servicios de Leasing y Renting en cuya cláusula cuarta se contempla la utilización de equipos de voz y grabación digital, comprometiéndose la empresa contratante a cumplir las obligaciones legales en materia de protección de datos, pero sin incluir instrucciones específicas sobre la información a facilitar a los clientes en esta materia.

Resulta asimismo probado que durante la inspección realizada por los servicios de la AEPD en los locales de la entidad Transcom, el 11 de abril de 2014, se pudo constatar que dicha empresa realiza las grabaciones de las conversaciones telefónicas mantenidas entre los teleoperadores y los clientes del Banco de Santander conservándose todas las grabaciones.

En dicha visita también se constató en una de las grabaciones efectuadas en el mismo día con un cliente del servicio de Leasing y Renting del Banco de Santander, no se le informó sobre la grabación de la conversación.

Finalmente, consta en el expediente que en fecha 16 de mayo de 2013, la entidad Transcom, remitió un correo electrónico a los coordinadores del servicio telefónico de Leasing y Renting de su cliente Banco de Santander, en donde informaban de la prohibición de informar a los clientes que las llamadas se grababan.

Partiendo de estos datos, considera la Sala que la entidad bancaria Banco de Santander, resulta responsable, de conformidad con los apartados d) del art. 3 de la LOPD, que establece que el responsable del fichero o del tratamiento es "la persona física o jurídica que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento" así como del art. 5.1 q) del Reglamento, que define como responsable del fichero o del tratamiento a "la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que solo o conjuntamente con otros, decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realice materialmente", del tratamiento de los datos de las personas afectadas, sin que quepa aceptar la interpretación que dicho precepto hace la parte actora, dada la claridad de los textos transcritos.

En consecuencia la entidad recurrente, resulta responsable del tratamiento automatizado de los datos personales de sus clientes de Leasing y Renting así como del fichero en que se registran dichos datos, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la entidad encargada del tratamiento, en este caso Transcom, que también ha resultado sancionada por la misma resolución combatida, aun cuando no consta que la haya impugnado.

Debe rechazarse la alegación de que el consentimiento ya se otorgaba por los afectados en el momento de suscribir el contrato Multicanal, puesto que dicho contrato tiene por objeto servicios distintos a los de Leasing o Renting, como son el acceso al banco a distancia, a lo que cabe añadir que en dicho contrato Multicanal



tampoco se contiene referencia alguna específica a la grabación de las llamadas relativas a los contratos de leasing.

Del mismo modo debe rechazarse la alegación de que las personas que llaman, aún siendo personas físicas, lo hacen como mandatarios de personas jurídicas, pues a tenor del resultado de las actividades de investigación efectuadas por la Agencia Española de Protección de Datos, se ha podido constatar que las personas que llaman aportan sus datos identificativos, por lo que el tratamiento y grabación de dichos datos se configura como un tratamiento de datos de carácter personal objeto de protección y por tanto sometido a los preceptos de la LOPD. Por otro lado, no resulta acreditado por la recurrente que todos los clientes de Leasing y Renting sean personas jurídicas, sino que en el protocolo de procedimiento de atención de llamadas, se contempla la posibilidad de clientes personas físicas, cuando indica que se solicite el DNI o CIF.

La parte actora no cuestiona el importe de la sanción impuesta, que por ello debe ser confirmada.

En virtud de lo expuesto, el recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado.

CUARTO. - De conformidad con el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción procede imponer las cotas procesales a las partes actoras.

En atención a lo expuesto, y en nombre de Su Majestad El Rey, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de BANCO DE SANTANDER S.A., frente a la resolución de 11 de diciembre de 2014, del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se le impone una sanción de 2.300 euros por una infracción del art. 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, tipificada como leve en el art. 44.2.c) de la citada norma, y declarar que la expresada resolución es conforme a derecho.

Con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA