

Expediente N°: E/06166/2014

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades BANCO MARE NOSTRUM, S.A., CAJAS RURALES UNIDAS, LINEA DIRECTA ASEGURADORA, S.A. y ORANGE ESPAGNE SAU en virtud de denuncia presentada por D. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 30 de septiembre de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que denuncia que en fecha 23/09/2013, ejerció su derecho de acceso ante Experian, recibiendo contestación con fecha 30/09/2013, apareciendo una deuda comunicada por Banco Mare Nostrum, sin que en ningún momento le hubiera sido reclamada, ni le haya sido informada su inclusión en el fichero de morosos.

La deuda se refiere a un préstamo hipotecario con garantía personal del denunciante, suscrito por la mercantil Ingeniería Murciana de Aguas, S.L.

El fichero ha sido Badexcug que ha sido consultado en los últimos seis meses por las siguientes entidades: Cajamar. Línea Directa y Orange, sin que tenga vinculación con dichas entidades.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. Con fecha 29 de enero de 2015, tiene entrada en esta Agencia un correo electrónico remitido por Línea Directa, en el que pone de manifiesto que, estos mismos hechos fueron archivados en el marco del E/ 06477/2013, con fecha 10/09/2014. Se adjunta copia de la solicitud de información así como contestación y Resolución del Archivo de las Actuaciones.
2. Con fecha 2 de febrero de 2015, se recibe en esta Agencia escrito de la entidad Orange Espagne, S.A.U (anteriormente France Telecom España, S.A.), en el que manifiesta que con fecha 18 de noviembre de 2013, se les solicitó información por parte de esta Agencia por los mismos hechos, en el marco del E/ 06478/2013, las cuales fueron archivadas. Se adjunta copia de la contestación y de la Resolución de Archivo de las Actuaciones.
3. Con fecha 5 de febrero de 2015, se recibe en esta Agencia escrito de la entidad Cajamar, en el que pone de manifiesto que ya facilitó la información relacionada con estos mismos hechos, con fecha 29/11/2013, habiéndoles notificado la Resolución del Archivo de las Actuaciones con fecha

27/08/2014.

4. Con fecha 9 de febrero de 2015, se recibe en esta Agencia escrito de la entidad Banco Mare Nostrum, en el que pone de manifiesto que, esta Agencia inició el Procedimiento Sancionador con referencia PS/00494/2014, contra Mare Nostrum, por la denuncia presentada por el denunciante por inclusión en ficheros de solvencia sin haberle sido requerido al pago previamente.
5. Con fecha 11 de febrero de 2015, tiene entrada en esta Agencia escrito de Experian Bureau de Crédito, S.A, con el que adjunta, entre otros la siguiente información:
 - 5.1. A fecha 05/02/2015, en que se realiza la búsqueda, los datos del denunciante se encuentran incluidos en el fichero Badexcug, por dos entidades: Mare Nostrum y Caixa Catalunya.
 - 5.2. Existen dos notificaciones de inclusión relativas a Mare Nostrum, con fechas: 20/3/2012 y 07/01/2014.
 - 5.3. Se adjunta documentación a dos derechos de acceso ejercidos por el denunciante, uno de fecha 23/09/2013, en el que se le remite, entre otros las empresas que han consultado sus datos en los últimos seis meses, coincidiendo con el documento que adjunta el denunciante con su escrito de denuncia de fecha 23/09/2013, y donde constan las entidades investigadas. Asimismo, adjunta, copia de la documentación remitida al denunciante en contestación a su ejercicio de acceso de fechas 10/12/2014, entre la que figuran las entidades que han consultado sus datos en los últimos seis meses, donde figuran las siguientes entidades: Banco de Santander, Banco de Sabadell, Mare Nostrum, Caixa Catalunya, y Cajamar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

El artículo 6 de la LOPD, determina:

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

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

El tratamiento de datos de carácter personal tiene que contar con el consentimiento del afectado o, en su defecto, debe acreditarse que los datos provienen de fuentes accesibles al público, que existe una Ley que ampara ese tratamiento o una relación contractual o negocial entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento que sea necesaria para el mantenimiento del contrato.

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) señala que:

“...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. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, 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 resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele”.

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.

III

En el presente caso, del escrito de la denuncia y de la diferente documentación de los agentes intervinientes en este proceso se desprende que, en relación con la entidad Línea Directa los hechos denunciados fueron investigados y resueltos en el expediente número E/6477/2013, en cuya resolución de fecha 8 de septiembre de 2014 se investigaron los hechos citados

Ha continuación se transcribe la anterior resolución:

“En el caso presente, el denunciante manifiesta que la entidad Línea Directa ha consultado sus datos sin que tenga ninguna relación con esa compañía.

*La entidad denunciada ha indicado que 1 de junio de 2013 se solicitó a través de Internet precio para la contratación de un seguro asociado al NIF ***NIF.1. Con motivo de la solicitud del presupuesto citado, la entidad procedió a consultar el fichero de solvencia patrimonial y crédito para evaluar la solvencia económica del afectado, tal y como prevé el artículo 42.1.c del RD 1720/2007.*

Como acreditación de lo indicado, la entidad aporta impresión de pantalla con los datos facilitados por Internet para la solicitud del presupuesto donde se encuentran, entre otros datos, el nombre, apellidos y NIF del denunciante.

Por ello, se puede determinar que la actuación realizada por Línea Directa se encuentra amparada en el artículo 6 de la LOPD (mantener una relación contractual con la entidad denunciada) y el supuesto del citado artículo 42 1.c) del Reglamento.

No existe, por tanto, vulneración en materia de protección de datos en la actuación de Línea Directa”.

IV

En relación a la entidad Orange Espagne, S.A.U. los hechos denunciados fueron investigados y resueltos en el expediente número E/06478/2013, cuya resolución de fecha 8 de septiembre de 2014 ha continuación se transcribe:

“En el caso presente, el denunciante manifiesta que la entidad Orange ha consultado sus datos sin que tenga ya ninguna relación contractual desde hace tres años.

La entidad enunciada ha indicado que el denunciante mantiene con ORANGE una deuda de 118 euros por el impago de una factura de telefonía móvil de fecha 26 de diciembre de 2012, emitida tras la baja por portabilidad de la línea el 14 de diciembre de 2010.

La entidad ha aportado impresión de pantalla de sus sistemas en los que consta la baja por portabilidad y la factura pendiente de pago.

Por ello, se puede determinar que la actuación realiza por Orange se encuentra amparada en el artículo 6 de la LOPD (mantener una relación contractual con la entidad denunciada) y el supuesto del citado artículo 42 1.b) del Reglamento:

“1. Los datos contenidos en el fichero común sólo podrán ser consultados por terceros cuando precisen enjuiciar la solvencia económica del afectado. En particular, se considerará que concurre dicha circunstancia en los siguientes supuestos:

a) Que el afectado mantenga con el tercero algún tipo de relación contractual que aún no se encuentre vencida.”

No existe, por tanto, vulneración en materia de protección de datos en la actuación de Orange, ya que la relación contractual no estaba vencida”.

V

En relación con la entidad Mare Nostrum los hechos denunciados fueron investigados y resueltos en el expediente sancionador PS/00494/2014, en cuya resolución de fecha 27 de febrero de 2015 que a continuación se transcribe:

“Se imputa a BMN en el presente la comisión de una infracción del artículo 4.3 de la LOPD, que dispone que: “Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”.

La Directiva 95/46 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que traspone la LOPD, por su parte, establece en su artículo 6. 1. d) que “Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean....d) exactos, y cuando sea necesario, actualizados. Deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompatibles, con respeto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificados”, indicando el apartado 6.2 que: “Corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1”.

La obligación establecida en el artículo 4 transcrito impone la necesidad de que los datos personales que se recojan en cualquier fichero sean exactos y respondan, en todo momento, a la situación actual de los afectados, siendo los responsables de los ficheros quienes responden del cumplimiento de esta obligación.

El artículo 29 de la LOPD regula de forma específica los ficheros establecidos para prestar servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, y distingue dentro de ellos dos supuestos. En los ficheros en los que se tratan datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias los datos son facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. Así, dispone en este sentido, en su apartado 2 el citado artículo: “Podrán tratarse también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés. En estos casos se notificará a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal en ficheros, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos y se les informará de su derecho a recabar información

de la totalidad de ellos, en los términos establecidos por la presente Ley". Y el punto 4 de este mismo artículo 29 de la LOPD dispone también que: "Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos".

Por su parte, el artículo 37.1 y 3 del RLOPD establece que:

"1. El tratamiento de datos de carácter personal sobre solvencia patrimonial y crédito, previsto en el apartado 1 del artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, se someterá a lo establecido, con carácter general, en dicha ley orgánica y en el presente reglamento.

(...)

3. De conformidad con el apartado 2 del artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, también podrán tratarse los datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés.

Estos datos deberán conservarse en ficheros creados con la exclusiva finalidad de facilitar información crediticia del afectado y su tratamiento se regirá por lo dispuesto en el presente reglamento y, en particular, por las previsiones contenidas en la sección segunda de este capítulo".

De este modo, el artículo 38 del mismo Reglamento de Desarrollo de la LOPD determina que:

"1. Sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada (...).

b) Que no hayan transcurrido seis años desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquélla fuera de vencimiento periódico.

c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación.

2. (...).

3. El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés estará obligado a conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección de Datos documentación suficiente que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo y del requerimiento previo al que se refiere el artículo siguiente".

Y el artículo 39 del RLOPD, sobre "Información previa a la inclusión":

"El acreedor deberá informar al deudor, en el momento en que se celebre el contrato y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento al que se refiere la letra c) del apartado 1 del artículo anterior, que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos previstos en el citado artículo, los datos relativos al impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias".

Es, por tanto, el acreedor el responsable de que los datos cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4 de la LOPD, puesto que como acreedor es el único que tiene la posibilidad de incluir los datos en el fichero y de instar la cancelación de los mismos, toda vez que es quien conoce si la deuda realmente existe o si ha sido saldada.

De lo dicho hasta el momento, se infiere que se consuma la infracción por la inclusión en el fichero de datos inexactos, y por la inclusión de los datos sin haber observado las precauciones establecidas al objeto de garantizar su exactitud, como sucede en el caso de no haberse realizado el requerimiento previo de pago.

Por otra parte, la notificación de los requerimientos previos de pago deben efectuarse a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, que le permita acreditar la efectiva realización de los envíos. En este sentido, la forma más conocida es a través de Correos mediante el envío certificado y con acuse de recibo que utilizan de forma habitual entes públicos y privados.

Ahora bien, nada impide que se realice por otros medios. En ese caso, se ha de certificar por aquella entidad que los escritos de notificación, que la entidad acreedora debe enviar, se han impreso, ensobrado y enviado de forma que se pueda identificar dicho escrito en todo el trayecto, desde que lo genera la responsable del fichero hasta que lo recibe o lo devuelve el destinatario. Para que los indicios pudieran suplir la prueba indubitada de ese acuse de recibo, debe certificarse por la empresa de servicios que el documento identificable ha sido, sin lugar a dudas, enviado a la dirección correcta y que no ha sido devuelto.

La Audiencia Nacional en sentencia de fecha 23/05/2007, establece que “Pues bien, el requerimiento ha de realizarse de manera que se tenga constancia de su recepción por los destinatarios, pues solo así puede tenerse certeza de su recepción, si estos niegan la misma. En todo caso ha de realizarse el requerimiento expresando el concepto y el importe de la deuda determinante de la remisión de los datos al fichero de solvencia patrimonial... la carga de acreditar la comunicación corre de cuenta del que comunica los datos al fichero, pues se trata de salvaguardar un derecho fundamental -artículo 18.4 de la CE bajo la referencia al uso de la informática- que extiende su protección bajo la fórmula del respeto a los principios que establece la LO 15/1999, entre los que se encuentra la exactitud del dato, mediante la previa comprobación en el requerimiento previo”.

En ese mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19/09/2007, que en su Fundamento de Derecho Tercero señala: La solución contraria, presumiendo cumplida la exigencia del requerimiento previo con la mera alegación de que el mismo se envió, supondría vaciar de contenido dicha intimación legal y reglamentariamente impuesta, pues bastaría con la simple afirmación de su existencia para que hubiera de entenderse realizada. Con tal proceder se privaría a los interesados del conocimiento y, en su caso, de la posibilidad de formular reparos a la exactitud, o no, del dato personal que va a acceder al fichero de responsabilidad patrimonial” que es precisamente la finalidad del principio que se pretende salvaguardar”.

Por ello, y seguimos con la misma sentencia, es necesario exigir que el

requerimiento se haga “de manera que se tenga constancia de su recepción por los destinatarios, pues la exhibición de una carta, en relación con las cuales no consta ya su recepción sino, ni siquiera, su envío, no permite tener por cumplida la citada exigencia”.

La misma Audiencia Nacional incide en este asunto en sentencia más reciente de fecha de 22/04/2009 (recurso 54/2008): “De la documentación obrante en el procedimiento no se constata la realización del citado requerimiento previo de pago ni su recepción por los afectados. Consta una serie de anotaciones registradas en el sistema informático de la entidad referentes a las reclamaciones de pago de las facturas, pero no se ha aportado documentación alguna que permita constatar que esos avisos de pago que constan como realizados en los registros de la entidad fueran materialmente llevados a cabo y recibidos por los afectados, por lo que conforme reiterada doctrina de la Sala sobre el particular no puede considerarse acreditado el citado requerimiento previo de pago”.

Más recientemente en fecha 20/10/2009 (Recurso 225/2009), que señala: “Se ha acreditado que existe un procedimiento estandarizado y automático de envío de cartas y requerimientos de pago a los deudores para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de pago tan pronto se produce el incumplimiento. Sin embargo, la existencia del procedimiento no constituye prueba de que en este caso concreto se haya producido la efectiva remisión y recepción por el destinatario”.

En este caso, BMN incorporó a su sistema de información de clientes los datos del denunciante en relación con un préstamo hipotecario en el que éste interviene como fiador. Posteriormente, informó sobre una deuda derivada de este préstamo al fichero de morosidad Badexcug sin haber requerido previamente el pago con advertencia sobre la posibilidad de dicha inclusión en caso de impago.

De los elementos de prueba aportados y sin realizar pronunciamientos sobre la existencia de la deuda que en todo caso correspondería a la jurisdicción civil, existe en un principio apariencia de deuda cierta, vencida y exigible. No obstante, en cuanto a los requerimientos de pago exigibles, el denunciante manifestó a esta Agencia que BMN había procedido a la inclusión sin requerimiento previo de pago de sus datos de carácter personal en el fichero de solvencia patrimonial y crédito Badexcug.

Recordemos que, en efecto, los datos del denunciante, en su condición de “avalista”, fueron incluidos por Caja de Ahorros de Murcia (actualmente BMN) en el fichero badexcug con fecha de alta 17/04/2011 y baja el 18/09/2011, por un importe impagado de 738,20 euros, y posteriormente por la entidad BMN, que instó una nueva anotación en el mismo fichero y por el mismo importe, con fecha de alta 18/03/2012, la cual continúa vigente.

Por su parte, BMN no ha aportado a esta Agencia prueba suficiente que acredite que, ella misma o la entidad Caja de Ahorros de Murcia, llevaran a cabo requerimiento de pago al denunciante por la deuda reseñada, con carácter previo a la inclusión de sus datos de carácter personal en Badexcug.

Para justificar el cumplimiento de esta exigencia, BMN ha aportado a las actuaciones la documentación detallada en los Hechos Probados Sexto, Octavo y Décimo.

En primer lugar, se refiere BMN a las comunicaciones remitidas al denunciante por la entidad Caja de Ahorros de Murcia mediante burofax de fechas 9 y 14/03/2011. Sin embargo, en estas comunicaciones no figura ninguna advertencia sobre la inclusión de los datos personales del denunciante en ficheros de solvencia patrimonial y crédito en caso de no cancelar la deuda, el importe al que se refieren no coincide con el anotado en el fichero de solvencia y constan como devueltas.

Asimismo, se aportó copia de un requerimiento de pago, de fecha 05/05/2011, emitido por la entidad Caja de Ahorros de Murcia a nombre del denunciante. En este caso sí se advierte sobre la inclusión de sus datos en ficheros de solvencia en caso de no cancelar la deuda, pero no se tiene constancia de su recepción por el denunciante, sin que conste siquiera su envío o devolución (dicho requerimiento se dirige a un domicilio distinto al señalado en la denuncia y la entidad imputada no ha aportado a las actuaciones ninguna documentación justificativa del envío y recepción del mismo).

Los burofaxes mencionados y este requerimiento de 05/05/2011, posterior a la anotación de los datos personales del denunciante en el fichero Badexcug por la entidad Caja de Ahorros de Murcia, que tuvo lugar el 17/04/2011, no justifican el cumplimiento de los requisitos establecidos para que esta anotación pueda considerarse conforme a la LOPD y sus normas de desarrollo. No obstante, por razones temporales, no procede pronunciarse respecto de esta infracción, que se encontraba prescrita cuando se recibe en esta Agencia la denuncia que ha motivado las actuaciones.

Finalmente, en cuanto al requerimiento fechado el 04/04/2012, emitido por la entidad BMN por importe de 738,20 euros a nombre del denunciante, además de los reparos señalados en relación con el de fecha 05/05/2011, cabe añadir que este otro de 04/04/2012 es posterior a la anotación de los datos personales del denunciante en el fichero Badexcug por la entidad BMN, que tuvo lugar el 18/03/2012.

En resumen, no existe documentación suficiente en el expediente que acredite la realización de los requerimientos previos de pago a los denunciantes por parte de la entidad imputada, pues los documentos apartados a esta Agencia no constituyen prueba de que en este caso concreto se haya llevado a cabo dicho requerimiento de pago con anterioridad a la inclusión en ficheros de morosidad; ello en sintonía con la doctrina fijada por la propia Audiencia Nacional que se ha citado más arriba.

Los hechos anteriormente relatados son contrarios al principio de calidad del dato consagrado en el artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD y en relación también con los artículos 38 y 39 del RLOPD, toda vez que BMN incorporó indebidamente al fichero de solvencia los datos del denunciante, sin que dicha inscripción hubiese respondido a su situación de entonces ("actual") al no cumplir con los requisitos establecidos en la normativa precitada sobre protección de datos de carácter personal, esto es, requerimiento previo de pago de la deuda que motiva la inclusión con información de que el impago de la misma puede conllevar la inclusión del deudor en fichero de solvencia.

III

Consta acreditado en esta Agencia que las entidades asociadas a ficheros de morosidad suministran periódicamente las relaciones de las altas, bajas y modificaciones de los datos de sus clientes para que tales actualizaciones queden registradas en el citado fichero, siendo las entidades informantes las que deciden sobre el alta o la cancelación de los datos de sus clientes del fichero de morosidad.

Los datos personales del denunciante son datos que figuran en sus propios ficheros automatizados. Adicionalmente son comunicados al responsable del fichero de solvencia a través de procedimientos que implican un tratamiento automatizado de los datos tratados, cedidos, e incorporados al fichero común de información sobre solvencia patrimonial. 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 este sentido se pronunciaba la Audiencia Nacional en su sentencia de 18 de enero de 2006: "Y qué duda cabe que la LOPD comprende bajo su régimen sancionador, al que suministra los datos al responsable del fichero, que es quien en realidad sabe la situación en que se encuentra el crédito, si ha sido o no satisfecho, en qué condiciones y en qué momento ha tenido lugar. En definitiva es el conocedor de la situación de solvencia en que se encuentra el afectado. Y en caso de que se produzca una modificación de dicha situación, debe informar al responsable del fichero para que este refleje con veracidad la situación actual del afectado"

Es preciso, por tanto, determinar si en el presente caso la actividad desarrollada por BMN puede subsumirse o no en tales definiciones legales.

Y ello tanto es así, puesto que la entidad imputada trató automatizadamente en sus propios ficheros los datos relativos al denunciante y a la deuda; datos de los que es responsable conforme al artículo 3.d) citado. Adicionalmente, decidió sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento y resolvió autónomamente sobre su incorporación a unos ficheros comunes de solvencia patrimonial y crédito. Dicha comunicación se realizó, a mayor abundamiento, mediante un procedimiento que implicaba un tratamiento automatizado de datos cuyo destino era, a su vez, un tratamiento automatizado por parte de los responsables de los ficheros de solvencia, siendo dados de alta al culminar el proceso descrito.

De lo expuesto se deduce que BMN ha sido responsable del tratamiento de datos del denunciante en sus propios ficheros, de su comunicación a través de tratamientos automatizados al responsable del fichero común y de que el tratamiento automatizado de la información relativa a los mismos no responda a los principios de calidad de datos recogidos en el artículo 4.3 de la LOPD (exigencia de que los datos

sean exactos y respondan a la situación actual de los afectados).

Conforme a lo expuesto, la entidad imputada no se ha limitado a transmitir la información al responsable del fichero común sobre solvencia patrimonial, sino que ha tratado automatizadamente los datos de solvencia en sus propios ficheros, los ha comunicado a través de tratamientos automatizados al fichero común, y, particularmente, ha decidido sobre la finalidad del tratamiento (la calificación en sus ficheros como deudor), el contenido de la información (una supuesta deuda), y el uso del tratamiento (la incorporación a un fichero común de información sobre solvencia patrimonial y crédito, al que pueden acceder terceras entidades para realizar una evaluación o perfil económico de las personas incorporadas al mismo).

Todo ello, sin que los datos mantenidos en el fichero de BMN respondieran a la situación actual del denunciante, pues esta entidad incluyó sus datos personales en Badexcug sin el preceptivo requerimiento previo de pago con advertencia al momento de realizarlo de que podía producirse dicha inclusión como morosos.

Esto supone una vulneración del principio de calidad del dato de la que debe responder BMN por ser responsable de la veracidad y calidad de los datos existentes en sus ficheros y de los que suministra para que se incluyan y mantengan en el fichero de solvencia patrimonial y crédito.

La conclusión, que se desprende de los hechos y fundamentos de derecho expuestos, es que BMN es responsable de la infracción del principio de calidad del dato, recogido en el artículo 4.3 de la LOPD, en relación con el 29.4 de la misma norma y en relación también con los artículos 38 y 39 del RLOPD, y en los términos del artículo 43, en relación con el artículo 3, apartados c) y d), también de la citada Ley Orgánica.

IV

El artículo 44.3.c) de la LOPD establece como infracción grave “Tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave”.

La Agencia Española de Protección de Datos como ya se ha indicado más arriba ha resuelto numerosos procedimientos sancionadores por incumplimiento de calidad de datos en relación con ficheros de morosidad, tanto por alta improcedente, por ser una deuda incierta o por mantener los mismos una vez abonada la deuda (requisito material: exactitud del dato), o por una deuda no requerida previamente de pago por el acreedor al deudor (requisito formal: requerimiento previo), como se trata en el presente caso.

Por su parte, la Audiencia Nacional decía en su sentencia de fecha 16 de febrero de 2001: “... la inclusión equivocada o errónea de una persona en el registro de morosos, es un hecho de gran trascendencia de la que se pueden derivar consecuencias muy negativas para el afectado, en su vida profesional, comercial e incluso personal, que no es necesario detallar. En razón de ello, ha de extremarse la diligencia para que los posibles errores no se produzcan”.

Es criterio compartido que aquél que utiliza un medio extraordinario de cobro, como es el de inclusión en registros de morosos, debe garantizar el cumplimiento de todos los requisitos materiales y formales ya vistos, y así permitir el empleo de este modo accesorio para conseguir el cobro de la deuda. No aplicar estas exigencias supondría, por lo contrario, utilizar este medio de presión al ciudadano sin las suficientes garantías mínimas para los titulares de los datos personales objeto de anotación en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito.

El principio de calidad del dato, por lo tanto, se configura como principio básico en materia de protección de datos, y así se recoge en numerosas sentencias de la Audiencia Nacional, que excusa cita.

No obstante, dadas las alegaciones presentadas y la documentación presentada, es obligado incidir en algunos aspectos concretos. Así, la sentencia de 23 de mayo de 2007, que ha venido a decir que el requerimiento debe expresar “el concepto y el importe de la deuda determinante de la remisión de los datos al fichero de solvencia patrimonial”.

En cuanto al rigor de la inclusión, a su vez, esta misma sentencia ha manifestado que “es esta falta de diligencia lo que configura el elemento culpabilístico de la infracción administrativa y resulta imputable a la recurrente. Debemos insistir que comprobar la exactitud del dato, es decir, de la insolvencia que se pretende registrar coincide con una cantidad debida es una circunstancia que ha de hacerse previamente y de modo riguroso antes de enviar los datos de una persona a un fichero de responsabilidad patrimonial”.

La inclusión como morosos del denunciante en Badexcug, en consecuencia, debería de haberse realizado con todo rigor por la entidad imputada para salvaguardar la veracidad de la información a transmitir a los ficheros de solvencia económica que la Ley Orgánica y su Reglamento exigen.

En el presente caso BMN no aportado documentación suficiente que acredite que realizara el preceptivo requerimiento previo de pago. Por lo tanto, BMN ha incurrido en la infracción descrita, ya que el principio de la calidad del dato es básico del derecho fundamental a la protección de datos. La entidad mencionada ha tratado los datos del denunciante infringiendo tal principio, lo que supone una vulneración del artículo 4.3, en relación con el 29.4, ambos de la LOPD, y en relación también con su desarrollo reglamentario, conducta que encuentra su tipificación en el artículo 44.3.c) de la citada Ley Orgánica.

V

El artículo 45 de la LOPD, en sus apartados 2, 4 y 5, establece lo siguiente:

“2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros”.

*“4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:
a) El carácter continuado de la infracción.*

- b) El volumen de los tratamientos efectuados.*
- c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.*
- d) El volumen de negocio o actividad del infractor.*
- e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
- f) El grado de intencionalidad.*
- g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.*
- h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.*
- i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.*
- j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora”.*

“5. 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 de que se trate, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.*
- b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.*
- c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.*
- d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*
- e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente”.*

En cuanto a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 45.5 de la LOPD, la Sentencia de 21/01/2004 de la Audiencia Nacional, en su recurso 1939/2001, señaló que dicho precepto <<...no es sino manifestación del llamado principio de proporcionalidad (artículo 131.1 de la LRJPAC), incluido en el más general del prohibición de exceso, reconocido por la jurisprudencia como principio general del Derecho. Ahora bien, 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. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos (de aquí la expresión “especialmente cualificada”) y concretos”.

El citado apartado 45.5 de la LOPD deriva del principio de proporcionalidad de la sanción y permite establecer “ 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 de que se trate”, pero para ello es necesario la concurrencia de una cualificada disminución de la culpabilidad el imputado, o bien de la antijuridicidad del hecho, o bien alguna otra de las circunstancias que el mismo precepto cita. Así, el citado artículo 45.5 de la LOPD debe aplicarse de forma excepcional y

cuando se den suficientes circunstancias para ello.

En el presente caso, se estima que no concurren las circunstancias necesarias para que pueda establecerse la sanción aplicando la escala relativa a las infracciones leves. En concreto, se valora que BMN ha conocido la irregularidad que se le imputa y no ha llevado a cabo ninguna actuación para su subsanación, manteniendo el alta de los datos personales del denunciante en el fichero de solvencia patrimonial y crédito. Por otra parte, considerando que los trámites que han determinado la anotación de los datos del denunciante en dicho fichero en fecha 18/03/2012 se realizaron directamente por BMN, no resulta aplicable la circunstancia prevista en la letra e) del citado artículo 45.5 de la LOPD, referida a infracciones anteriores a un proceso de fusión que no fuesen imputables a la entidad absorbente.

Por lo que respecta a la graduación de la sanción y tomando en consideración, en particular, el carácter continuado de la infracción, la vinculación de la actividad de la entidad denunciada con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, el volumen de negocio del infractor y la especial diligencia que se ha de exigir a las entidades profesionales cuando, como ocurre con la entidad imputada, el tratamiento de datos personales constituye parte habitual y esencial de su actividad (las empresas que por su actividad están habituadas al tratamiento de datos personales deben ser especialmente diligentes y cuidadosas al llevar a cabo estas tareas), que operan todas ellas como agravantes, procede imponer una multa de 50.000 euros por la infracción del artículo 4.3 de la LOPD.

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 MARE NOSTRUM, S.A., por una infracción del artículo 4.3 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.c) de dicha norma, una multa de 50.000 euros (cincuenta mil euros) de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 4 de la citada Ley Orgánica."

VI

En relación a la entidad CajaMar, de conformidad con el art. 122.4 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, las actuaciones previas tendrán una duración máxima de doce meses a contar desde la fecha en la que la denuncia o petición razonada a las que se refiere el art. 2 hubieran tenido entrada en el Agencia Española de Protección de Datos o, en caso de no existir aquellas, desde que la Directora de la Agencia acordase la realización de dichas actuaciones.

El vencimiento del plazo sin que haya sido dictado y notificado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador producirá la caducidad de las actuaciones previas.

En el presente caso, el escrito de denuncia que motivó la apertura del expediente se recibió en esta Agencia en fecha 30/09/2013. Pese a las actuaciones previas de

inspección ya realizadas hasta el momento, éstas deben declararse caducadas conforme a lo dispuesto en el precepto citado.

No obstante, al objeto de contrastar la adecuación a la normativa en materia de protección de datos, se dan instrucciones a la Subdirección General de Inspección de Datos para que inicien nuevas actuaciones de investigación respecto a la entidad CajaMar y se abra el expediente E/5806/2015, toda vez que los hechos objeto de denuncia y susceptibles de infracción administrativa no se encuentran prescritos procede el inicio de una nueva actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados en relación con CajaMar, en el marco del nuevo expediente E/5806/2015, dado que analizado de nuevo el documento aportado por la Entidad CajaMar del mismo no se desprende la información suficiente para determinar la condición de cliente del recurrente (productos contratados, etc) y dada las manifestaciones del mismo que entran en clara contradicción con lo argumentado por el denunciante, se estima conveniente ordenar la apertura de un nuevo E/5806/2015 a los efectos legales oportunos.

VII

Por todo lo cual, se ha de concluir, que la denuncia presentada frente a las entidades, BANCO MARE NOSTRUM, S.A., LINEA DIRECTA ASEGURADORA, S.A. y ORANGE ESPAGNE SAU, ya fueron investigadas por los mismos hechos denunciados, en el PS/00494/2014, y en los expedientes de referencia, E/06477/2013 y E/06478/2013, por lo que se procede al archivo del presente expediente.

No obstante, al objeto de contrastar la adecuación a la normativa en materia de protección de datos, se dan instrucciones a la Subdirección General de Inspección de Datos para que inicien nuevas actuaciones de investigación en relación con CAJAS RURALES UNIDAS (CajaMar) y se abra el expediente E/5806/2015, toda vez que los hechos objeto de denuncia y susceptibles de infracción administrativa no se encuentran prescritos.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones respecto. BANCO MARE NOSTRUM, S.A., LINEA DIRECTA ASEGURADORA, S.A. y ORANGE ESPAGNE SAU.
2. **DECLARAR LA CADUCIDAD** de las actuaciones previas de investigación señaladas con el número E/06166/2014 respecto CAJAS RURALES UNIDAS (CajaMar) y **ORDENAR** el inicio de una nueva fase de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, en el marco del nuevo expediente **E/05806/2015**.
3. **NOTIFICAR** la presente Resolución a BANCO MARE NOSTRUM, S.A., LINEA DIRECTA ASEGURADORA, S.A., ORANGE ESPAGNE SAU y CAJAS RURALES UNIDAS y a D. **A.A.A.**

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 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 del referido texto legal.

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