



Procedimiento nº.: PS/00154/2016

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00733/2016

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **BANKINTER, S.A.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00154/2016, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 21 de septiembre de 2016, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00154/2016, en virtud de la cual se imponía a la entidad BANKINTER, S.A., una sanción consistente en multa de 50.000 € (cincuenta mil euros) por la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, en relación con el artículo 42 del RLOPD; infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la LOPD y de conformidad con lo establecido en el artículo 45. 2 y 4 de esa misma Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 23 de septiembre de 2016, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00154/2016, quedó constancia de los siguientes:

<<**PRIMERO:** Que con fecha 28 de abril de 2015 D. **A.A.A.** manifestó a esta Agencia Española de Protección de Datos que la entidad BANKINTER, S.A. había realizado una consulta indebida de sus datos personales en el fichero BADEXCUG sin su consentimiento (folio 1).

SEGUNGO: Que, para acreditar estos hechos, el denunciante aportó adjunto al escrito de denuncia copia de una carta del fichero común de solvencia patrimonial y crédito EXPERIAN-BADEXCUG de fecha 14 de abril de 2015, en la que se le comunicaba que entre las entidades que habían consultado sus datos en los seis últimos meses se encontraba BANKINTER (folios 2 y 3).

TERCERO: Que con fecha 18 de febrero de 2016 se realizó por parte de la Inspección de Datos de esta Agencia una inspección a la entidad EXPERIAN BUREAU DE CRÉDITO, S.A. (fichero común de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG), Acta de Inspección E/3793/2015-I/1 (folios 29 a 59); constatándose que: "Se realiza una búsqueda por el DNI: **B.B.B.** correspondiente a D. **A.A.A.**, comprobándose que existen consultas realizadas por BANKINTER desde el 01/01/2012 hasta el 12/07/2015, encontrándose entre ellas tres consultas de mayo de 2014, que dieron lugar a la comunicación errónea de la información al Sr. **A.A.A.**" (folio 30); y de manera concreta que se llevaron a cabo tres consultas realizadas por BANKINTER, S.A. con fechas 7 de julio de 2015 con 7 registros; 8 de julio de 2015 con 3 registros y 12 de julio de 2015 con



un solo registro de acceso a las 3:31:28 (folios 50 y 68).

CUARTO: Que BANKINTER, S.A. manifestó a esta Agencia que las tres consultas de mayo de 2014 y las tres de julio de 2015 se debieron “a las investigaciones llevadas a cabo por esta entidad para dar cumplida respuesta a los distintos requerimientos” de la Agencia y que “se realizaron por el usuarios <<Bk *****>> que corresponde a un empleado que desempeña sus funciones en el departamento de riesgos, concretamente en la oficina de <<Control y Validación de Riesgos>>” (folios 79 y 80).

QUINTO: Que BANKINTER, S.A. no ha acreditado ante esta Agencia que D. A.A.A. mantuviese durante el periodo analizado con dicha entidad algún tipo de relación contractual que aún no se encontrara vencida; que pretendiese celebrar con la entidad un contrato que implicara el pago aplazado del precio o que pretendiera contratar la prestación de un servicio de facturación periódica; así como que no ha acreditado ante esta Agencia que contase con el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos personales, que se ha detallado en los puntos anteriores>>.

TERCERO: BANKINTER, S.A. ha presentado en fecha 24 de octubre de 2016, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en que se han vulnerado los principios de tipicidad y culpabilidad, así como la no existencia de la infracción imputada; y que en cualquier caso no se ha tenido en cuenta ninguna atenuación., en especial, por aplicación de lo previsto en el apartado 5 del artículo 45 de la LOPD.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por BANKINTER, S.A., reiterándose básicamente, en las alegaciones ya presentadas a lo largo del procedimiento sancionador, debe señalarse que todas ellas ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho del II a IV, ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<II

El artículo 6.1 de la LOPD dispone lo siguiente:

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



No obstante, el apartado 2 del mencionado artículo contiene una serie de excepciones a la regla general contenida en aquel apartado 1, estableciendo que: “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.”

Por otra parte, el artículo 6 del Reglamento general de protección de datos, Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 94/46/CE, establece que el tratamiento de datos personales “solo será lícito si se cumple la menos una de las siguientes condiciones”: “a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno varios fines específicos; b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que le interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales”; norma en vigor y aplicable a partir del 25 de mayo de 2018.

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados 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 uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

En consecuencia, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste, así, en este sentido la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 31 de mayo de 2006 señalaba: “Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la ley”.

“Respecto al consentimiento – dice la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2009 - , es de interés reseñar que el apartado 1 del Art. 6 LOPD exige el consentimiento inequívoco del afectado para el tratamiento de sus datos de carácter personal. El adjetivo “inequívoco” que califica al consentimiento, significa según el Diccionario de la Real Academia Española “que no admite duda o equivocación” y, por contraposición, a equívoco, lo que no puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o que no puede dar ocasión a juicios diversos.

La exigencia de que sea inequívoco está relacionada con la forma de prestar el consentimiento, pues el citado precepto no establece ni requiere que tenga que prestarse de forma determinada, ni de forma expresa o por escrito. Esta Sala viene considerando que no es necesario que dicho consentimiento se preste de forma expresa, con base a que no tendría sentido la exigencia de consentimiento expreso para el tratamiento de los datos especialmente protegidos a que se refiere el Art. 7 LOPD.

Ahora bien, el consentimiento, como ha dicho esta Sala de forma reiterada, entre otras en la sentencia de 20 de septiembre 2006, tiene que ser inequívoco por parte del titular de los datos pues es él y no un tercero quien tiene el poder de disposición y control sobre sus datos personales, aun cuando no se requiere que se produzca de forma expresa o por escrito pero sí debe reunir los requisitos previstos en el artículo 3h) y 6.1 de la LOPD”.

En relación con los ficheros de solvencia patrimonial y de crédito, la Sección segunda del Capítulo I del Título IV del del Reglamento de Desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD) establece un régimen específico, fijando una serie de requisitos previos que deberá tener la deuda para su inclusión en el fichero, los deberes de información de la entidad acreedora y del titular del fichero común en relación con la inclusión del dato y los supuestos en los que procedería el acceso por las restantes entidades a los datos contenidos en el fichero.

Concretamente, el artículo 37.3 de este Reglamento, al referirse a la finalidad de estos ficheros, señala lo siguiente:

“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”.

Así, el artículo 42 del RLOPD, “Acceso a la información contenida en el fichero”, determina que:

“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.

b) Que el afectado pretenda celebrar con el tercero un contrato que implique el pago aplazado del precio.



c) Que el afectado pretenda contratar con el tercero la prestación de un servicio de facturación periódica.

2. Los terceros deberán informar por escrito a las personas en las que concurran los supuestos contemplados en las letras b) y c) precedentes de su derecho a consultar el fichero.

En los supuestos de contratación telefónica de los productos o servicios a los que se refiere el párrafo anterior, la información podrá realizarse de forma no escrita, correspondiendo al tercero la prueba del cumplimiento del deber de informar”.

Hay que recordar también lo que estipula el artículo 29.3 de la LOPD en relación con lo que antecede, pues, “cuando el interesado lo solicite, el responsable del tratamiento le comunicará los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre el mismo hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado los datos”.

En este caso concreto BANKINTER, S.A. no ha aportado prueba documental suficiente que acredite que contara con el consentimiento inequívoco del denunciante para poder llevar a cabo el tratamiento de datos personales realizado (un acceso a BADEXCUG sin habilitación legal para ello), antes bien, los documentos que obran en el procedimiento evidencian que no contaba con dicho consentimiento.

En este sentido, con fecha 28 de abril de 2015 D. **A.A.A.** manifestó a esta Agencia que la entidad BANKINTER, S.A. había realizado una consulta indebida de sus datos personales en el fichero BADEXCUG sin su consentimiento (folio 1).

Para acreditar estos hechos, el denunciante aportó adjunto al escrito de denuncia copia de una carta del fichero común de solvencia patrimonial y crédito EXPERIAN-BADEXCUG de fecha 14 de abril de 2015, en la que se le comunicaba que entre las entidades que habían consultado sus datos en los seis últimos meses se encontraba BANKINTER (folios 2 y 3).

En efecto, como consta acreditado en el expediente, con fecha 18 de febrero de 2016 se realizó por parte de la Inspección de Datos de esta Agencia una inspección a la entidad EXPERIAN BUREAU DE CRÉDITO, S.A. (fichero común de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG), Acta de Inspección E/3793/2015-I/1 (folios 29 a 59); constatándose que: “Se realiza una búsqueda por el DNI: **B.B.B.** correspondiente a D. **A.A.A.**, comprobándose que existen consultas realizadas por BANKINTER desde el 01/01/2012 hasta el 12/07/2015, encontrándose entre ellas tres consultas de mayo de 2014, que dieron lugar a la comunicación errónea de la información al Sr. **A.A.A.**” (folio 30); y de manera concreta que se llevaron a cabo tres consultas realizadas por BANKINTER, S.A. con fechas 7 de julio de 2015 con 7 registros; 8 de julio de 2015 con 3 registros y 12 de julio de 2015 con un solo registro de acceso a las 3:31:28 (folios 50 y 68).

Por su parte, BANKINTER, S.A. manifestó a esta Agencia que las tres consultas de mayo de 2014 y las tres de julio de 2015 se debieron “a las investigaciones llevadas a cabo por esta entidad para dar cumplida respuesta a los distintos requerimientos” de la Agencia y que “se realizaron por el usuarios <<Bk *****>> que corresponde a un empleado que desempeña sus funciones en el departamento de riesgos, concretamente en la oficina de <<Control y Validación de Riesgos>>” (folios 79 y 80).

Y BANKINTER, S.A. no ha acreditado ante esta Agencia que D. **A.A.A.** mantuviese durante el periodo analizado con dicha entidad algún tipo de relación

contractual que aún no se encontrara vencida; que pretendiese celebrar con la entidad un contrato que implicara el pago aplazado del precio o que pretendiera contratar la prestación de un servicio de facturación periódica; así como no ha acreditado ante esta Agencia que contase con el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos personales, que se ha detallado en los puntos anteriores.

El Grupo de Protección de Datos del Artículo 29, creado en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, como órgano consultivo europeo independiente en materia de protección de datos y derecho a la intimidad (Comité Europeo de Protección de Datos, de acuerdo con el considerando 139 y el artículo 68.1 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea), en su Dictamen 15/2011 sobre la definición del consentimiento adoptado el 13 de julio de 2011, dice en relación al asunto que estamos analizando que:

“Como se describe a continuación, este requisito obliga a los responsables del tratamiento a crear procedimientos rigurosos para que las personas den su consentimiento; se trata de, o bien buscar un claro consentimiento expreso o bien basarse en determinados tipos de procedimientos para que las personas manifiesten un claro consentimiento deducible. El responsable del tratamiento debe además asegurarse suficientemente de que la persona que da su consentimiento es efectivamente el interesado. Esto tiene especial importancia cuando el consentimiento se autoriza por teléfono o en línea.

La prueba del consentimiento plantea una cuestión relacionada con lo anterior. Los responsables del tratamiento que se basen en el consentimiento pueden desear o necesitar demostrar que el consentimiento se ha obtenido, por ejemplo, en el contexto de un litigio con el interesado. Efectivamente, en algunos casos se les podrá pedir que aporten estas pruebas en el marco de medidas ejecutivas. Como consecuencia de ello y como cuestión de buena práctica los responsables del tratamiento deben crear y conservar pruebas de que el consentimiento fue efectivamente dado, lo que significa que el consentimiento debería ser demostrable”.

El citado Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea 2016/679 en su artículo 7.1) sintetiza, por su parte, en relación con el consentimiento del interesado que “el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales”.

Cabe decir por tanto que, ante la falta de acreditación por parte de la entidad imputada del consentimiento inequívoco del denunciante para el tratamiento de sus datos personales, y ante la ausencia de cobertura legal que amparase dicho tratamiento sin consentimiento, se estima vulnerado por la entidad imputada el artículo 6.1 de la LOPD, en este caso concreto, en relación con el artículo 42 del RLOPD.

Abundando en este sentido, procede citar la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21 de diciembre de 2001 en la que se declaraba 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”.

Reiterar que, en todo caso, BANKINTER, S.A. manifestó a esta Agencia que las tres consultas de mayo de 2014 y las tres de julio de 2015 se debieron “a las investigaciones llevadas a cabo por esta entidad para dar cumplida respuesta a los distintos requerimientos” de la Agencia y que “se realizaron por el usuarios <<Bk *****>> que corresponde a un empleado que desempeña sus funciones en el departamento de riesgos, concretamente en la oficina de <<Control y Validación de Riesgos>>” (folios 79 y 80).

Y ello sin que BANKINTER, S.A. haya acreditado que D. **A.A.A.** mantuviese durante el periodo analizado con dicha entidad algún tipo de relación contractual que aún no se encontrara vencida; que pretendiese celebrar con la entidad un contrato que implicara el pago aplazado del precio o que pretendiera contratar la prestación de un servicio de facturación periódica; así como que no ha acreditado ante esta Agencia que contase con el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos personales, que se ha detallado en los puntos anteriores.

En consecuencia, por todo lo que antecede, se considera infringido el artículo 6.1 de la LOPD, en relación con el artículo 42 del RLOPD, por parte de BANKINTER, S.A. y que es responsable de dicha infracción al artículo citado, por lo que se desestiman sus alegaciones al respecto.

III

El artículo 44.3.b) de la LOPD considera infracción grave:

“Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”.

En el presente caso, BANKINTER, S.A. ha tratado los datos personales del denunciante sin su consentimiento y ha conculcado el principio de consentimiento regulado en el artículo 6.1 de la LOPD que encuentra su tipificación en el artículo 44.3.b) de dicha norma, en el presente caso, en relación con lo establecido en el artículo 42 del RLOPD.

IV

El artículo 45 de la LOPD, en sus apartados 2 a 5, establece, según también la nueva redacción dada por la Ley 2/2011, que:

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

3. Las infracciones muy graves serán sancionadas con multa de 300.001 a 600.000 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.»

El nuevo apartado 5 del artículo 45 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, o bien una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado, o bien de la antijuridicidad del hecho, o bien de alguna otra de las circunstancias que el mismo precepto cita.

Las citadas circunstancias no se dan en el presente caso, lo que impide apreciar la existencia de motivos para la aplicación de la facultad contemplada en el artículo 45.5, debido, por un lado, a que no obra en el expediente ningún elemento que lleve a apreciar la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas del referido artículo y, por otro, a la especial diligencia y conocimiento de la normativa de protección de datos 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 realizar operaciones con ellos y deben optar siempre por la interpretación más favorable a la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos (como de forma reiterada sostiene la



Audiencia Nacional, entre otras en sentencia de 26 de noviembre de 2008).

Asimismo, la sentencia de 21 de enero de 2004 de la Audiencia Nacional ha señalado que dicho precepto "...no es sino manifestación del llamado principio de proporcionalidad (artículo 131.1 de la LRJPAC), incluido en el más general de la 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 calificada") y concretos" (rec. núm. 1939/2001).

E incidiendo en este aspecto, la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 20 de noviembre de 2013, respecto a la solitud de aplicación del apartado 5 del artículo 45 de la LOPD, dice que:

"Si ello lo relacionamos con que para aminorar la sanción, a tenor del apartado 5 del artículo 45 LOPD, deben concurrir dos o más circunstancias del apartado 4 del mismo artículo 45, y además de manera "significativa", concurrencia significativa que no se da en el presente supuesto y que por otra parte, en el mismo apartado 4, se prevé como circunstancia agravante la reincidencia, y es un hecho notorio la reiteración de conductas infractoras en materia de protección de datos por parte de (...), de todo ello concluimos que el artículo 45.5 LOPD no puede ser aplicado en el caso" (R. núm. 279/011).

Por lo que respecta a los criterios de graduación de las sanciones que contempla el artículo 45.4 de la LOPD, hay que considerar que en el presente caso concreto están presentes varias circunstancias que operan como agravantes, a saber:

1. En relación con el carácter continuado de la infracción (apartado 4.a), los datos personales del denunciante fueron consultados, sin justificación legal para ello, en ficheros de morosidad, en varias ocasiones, en especial, tres consultas realizadas con fechas 7 de julio de 2015 con 7 registros; 8 de julio de 2015 con 3 registros y 12 de julio de 2015 con un solo registro de acceso a las 3:31:28 (folios 50 y 68). Asimismo, recordar que con fecha 10 de agosto de 2016 el denunciante aportó a esta Agencia un informe del fichero común ASNEF-EQUIFAX de fecha 10 de agosto de 2016, en la que se le comunicaba que entre las entidades que habían consultado sus datos en los seis últimos meses se encontraba BANKINTER, en concreto, en fecha 5 de mayo de 2015, 12:50:49.1.

2. Por la vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de carácter personal (apartado 4.c), pues la actividad empresarial de la entidad imputada exige un continuo tratamiento de datos de carácter personal, tanto de sus clientes como de terceros, que se traduce en un deber de extremar la diligencia a fin de garantizar una tutela efectiva del derecho fundamental que nos ocupa.

La sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006) exige a estas entidades que observen un adecuado nivel de diligencia, e indica a este respecto: "...el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el infractor no se comporta con la diligencia exigible. Y en la valoración del grado de diligencia ha de ponderarse especialmente la profesionalidad o no del sujeto, y no cabe duda de que, en el caso ahora examinado, cuando la actividad de la recurrente es de constante y



abundante manejo de datos de carácter personal ha de insistirse en el rigor y el exquisito cuidado por ajustarse a las prevenciones legales al respecto”.

3. Por el volumen de negocio (apartado 4.d), toda vez que estamos ante uno de los grandes bancos del país.

4. En relación con el grado de intencionalidad (apartado 4.f), recordar con la Audiencia Nacional en su sentencia de 12 de noviembre de 2007 (Rec 351/2006), el siguiente criterio: “Cuando concurre una falta de diligencia, como aquí acontece, existe culpabilidad y la conducta merece sin duda un reproche sancionador sin que el hecho de que no exista actuación dolosa deba conllevar necesariamente una disminución aún mayor de la sanción cuando ésta ha sido impuesta en su grado mínimo”. Por tal razón, si bien es cierto que no es posible sostener en el presente caso que la entidad hubiera actuado intencionadamente o con dolo, no cabe ninguna duda de que incurrió en una grave falta de diligencia. Extremo este que se evidencia del relato de hechos probados, que pone de manifiesto que, de manera especial y concreta, se llevaron a cabo tres consultas realizadas por BANKINTER, S.A. con fechas 7 de julio de 2015 con 7 registros; 8 de julio de 2015 con 3 registros y 12 de julio de 2015 con un solo registro de acceso a las 3:31:28 (folios 50 y 68); sin haberse acreditado habilitación legal para ello o el consentimiento del denunciante.

5. Por las medidas adoptadas (apartado 4.i), no se acredita que en los hechos concretos se hubieran tomado ninguna medida, que de haberse producido, habría evitado los hechos como el denunciado. En el presente caso concreto hay que añadir que la ausencia de medidas se pone de manifiesto por el hecho de que la entidad fue sancionada en su día en otro procedimiento sancionador (el PS/00245/2014), a instancias de una denuncia previa interpuesta por el mismo denunciante, por consultas indebidas anteriores a las aquí analizadas.

Por todo ello, procede imponer una multa cuyo importe se encuentre entre 40.001 € y 300.000 €, en aplicación de lo previsto en el apartado 2 del citado artículo 45, al tener la infracción imputada la consideración de grave en cualquier caso.

En el presente caso, por tanto, teniendo en consideración los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 45.4, en particular, el carácter continuado de la infracción (apartado 4.a), la vinculación de la actividad de la entidad infractora con la realización de tratamientos de datos de carácter personal (apartado 4.c), el volumen de negocio de la misma, al tratarse de una gran empresa (apartado 4.d), el grado de intencionalidad (apartado 4.f) y en relación con las medidas adoptadas (apartado 4.i), procede imponer una multa de cuantía muy próxima al mínimo de 50.000 € por la infracción cometida>>.

III

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, **BANKINTER, S.A.** no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,



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

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **BANKINTER, S.A.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 21 de septiembre de 2016, en el procedimiento sancionador **PS/00154/2016**.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **BANKINTER, S.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 reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto según lo previsto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

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