



Procedimiento nº.: PS/00407/2016

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00357/2017

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE, AG** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00407/2016, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 16 de marzo de 2017, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00407/2016, en virtud de la cual se imponía a la entidad INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE, AG, una sanción consistente en multa de 50.000 € (cincuenta mil euros) por la infracción del artículo 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), en relación con el artículo 29.4 de la misma norma y en relación también con los artículos 38 y 43 del RLOPD; infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.c) de la LOPD y de conformidad igual modo con lo establecido en el artículo 45. 2 y 4 de esa misma Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 21 de marzo de 2017, 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/00407/2016, quedó constancia de los siguientes:

<<PRIMERO: Que con fecha 23 de octubre de 2015 D. A.A.A. manifestó a esta Agencia Española de Protección de Datos que se había producido la inclusión de sus datos de carácter personal en ficheros de solvencia patrimonial y crédito de forma indebida por parte de las entidades ORANGE ESPAGNE, S.A.U. y INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE, AG pese a tratarse de una deuda incierta (folios 1 y 2).

SEGUNDO: Que el denunciante recibió un requerimiento de pago de fecha 7 de noviembre de 2010 emitido por ORANGE en relación con una factura de fecha 16 de octubre de 2010 por importe de 177 € (folio 6).

TERCERO: Que el denunciante manifestó igualmente que, por discrepancia con esa factura, interpuso reclamación ante la Secretaria de Estado para las Telecomunicaciones y la Sociedad de Información (SETSI), declarando ORANGE, en el seno de dicho procedimiento, que se encontraba al corriente de pago (folios 1 y 2).

*CUARTO: Que, como ya se ha indicado en el punto 3º anterior, ORANGE manifestó por escrito de fecha 10 de diciembre de 2010 ante la SETSI, expediente de reclamación ***RECLAMACION.1, que se había procedido, por política comercial, a la*

devolución al denunciante del importe facturado de 177 €, quedando al corriente de pago (folios 8, 9 y 28).

QUINTO: Que INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE DEBT, AG compró a ORANGE, entonces FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., en fecha 25 de enero de 2013 una cartera de créditos, en la que se incluía la asociada al denunciante por importe de 177 €, que se detalla en los puntos anteriores (folios 32 a 97).

SEXTO: Que los datos personales de D. **A.A.A.** fueron incluidos en el fichero de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG a instancias de ORANGE con fecha de alta inicial el 2 de enero de 2011 por importe de 177 € por un producto de telecomunicaciones (folio 109), siendo dada de baja definitiva esta incidencia en fecha 24 de febrero de 2013 en un proceso automático semanal de actualización de datos (folios 100 y 110); y tras dos bajas anteriores habidas como consecuencia del ejercicio del derecho de cancelación por parte del denunciante en fechas 3 de febrero de 2011 y 22 de marzo de 2011, respectivamente (folio 100).

SÉPTIMO: Que ORANGE ESPAGNE, S.A.U. ha manifestado a esta Agencia que, pese a la tramitación de la reclamación ante la SETSI, se produjo “un error puntual de carácter involuntario” al no realizarse correctamente un ajuste en el registro de la deuda imputada por el impago de una factura (folios 28 y 284).

OCTAVO: Que los datos personales de D. **A.A.A.** fueron incluidos en el fichero de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG a instancias de INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE DEBT, AG con fecha de alta el 18 de marzo de 2015 por importe de 177 € por un producto de otros, siendo dada de baja esta inclusión en fecha 8 de junio de 2015, por falta de respuesta por parte de la entidad informante (folio 152) al ejercicio del derecho de cancelación por parte del denunciante, para lo que aportó la documentación detallada en el 4º anterior, en relación a la improcedencia de la deuda (folios 100 y 145 a 151).

NOVENO: Que nuevamente en fecha 12 de julio de 2015 se produjo una nueva alta de esta incidencia por parte de INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE DEBT, AG, con baja en fecha 17 de diciembre de 2015 (folios 4, 111 y 112).

DÉCIMO: Que los datos personales del denunciante fueron incluidos en el fichero de solvencia patrimonial y crédito INFODEUDA a instancias de INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE DEBT, AG con fecha de alta el 18 de marzo de 2015 por importe de 177 € por un producto de otros, siendo dada de baja esta inclusión en fecha 8 de junio de 2015, por falta de respuesta por parte de la entidad informante (folio 163) al ejercicio del derecho de cancelación por parte del denunciante, para lo que aportó la documentación detallada en el 4º anterior, en relación a la improcedencia de la deuda (folios 100 y 156 a 162).

UNDÉCIMO: Que nuevamente, en fecha 12 de julio de 2015 se produjo una nueva alta de esta incidencia por parte de INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE DEBT, AG con baja en fecha 17 de diciembre de 2015 (folios 4, 111 y 112)>>.

TERCERO: INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE, AG ha presentado en fecha 12 de abril de 2017, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en reiterar las alegaciones realizadas en el procedimiento sancionador tramitado (PS/00407/2016), con la documentación aportada, insistiendo en que procede la estimación del recurso, aunque, de forma subsidiaria, se

debe aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 45 de la LOPD, pues la inclusión en ficheros de morosidad estuvo debida a un error humano puntual.

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 INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE, AG, 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 VII, ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

<<II

Por lo que respecta a la alegación hecha por ORANGE ESPAGNE, S.A.U. sobre la apreciación de la prescripción de la infracción imputada, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 47 de la LOPD, que establece, en sus apartados 1, 2 y 3 lo siguiente:

“1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año.

2. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.

3. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviere paralizado durante más de seis meses por causas no imputables al presunto infractor”.

Dado que la infracción imputada a la operadora es constitutiva de una infracción continuada (en el caso de la infracción del artículo 4.3 de la LOPD, que no en el caso de la correspondiente al artículo 11 de la misma norma por la cesión indebida), caracterizada porque la conducta merecedora de reproche administrativo se mantiene durante un espacio de tiempo prolongado, el cómputo del plazo de prescripción no llega a iniciarse hasta tanto dicha conducta se interrumpe.

De este modo, y dado que la cesión de datos se llevó a cabo por parte de ORANGE a INTRUM JUSTITIA en fecha 25 de enero de 2013 (folios 32 a 97), la prescripción en el caso de la infracción correspondiente al artículo 11 de la LOPD se vendría a producir en fecha 25 de enero de 2015.

Por otro lado, respecto de la infracción imputada a ORANGE, el plazo de

prescripción de la misma en el caso de la infracción del artículo 4.3 de la LOPD, como infracción continuada, comenzaría a computarse desde el día en que los datos personales del denunciante dejaron de estar indebidamente en ficheros de morosidad a instancias de dicha ORANGE, en su condición de acreedora inicial, concretamente en BADEXCUG en fecha 24 de febrero de 2013 (folio 110), esto es, la infracción reprochada prescribiría el 24 de febrero de 2015.

En relación con la cuestión de si nos encontramos con una infracción continuada o no, que es una infracción de estado, la Audiencia Nacional en sentencia de 2 de marzo de 2006, nos puede responder a esta cuestión:

“Añadir, para concluir que tampoco la falta imputada pueda considerarse prescrita a pesar de lo que también se aduce en la demanda.

Tal recurrente parte del error de computar el “dies a quo” del plazo prescriptivo del Art. 47 de la LOPD a partir del hecho determinante de la vulneración del deber de exactitud de los datos. Pero esta Sala entiende, por el contrario, que nos hallamos ante una falta o infracción continuada, dado que la lesión al bien jurídico protegido (que en definitiva consiste en la exactitud, veracidad y actualidad de los datos personales) se ha prolongado en el tiempo, durante todo el periodo en el que el denunciante permaneció indebidamente inscrito (...). Tal prescripción se computa mientras se mantienen los efectos lesivos de dicho eventual comportamiento infractor, y por tanto la invocada excepción no puede ser apreciada (...).”

A lo que se puede añadir lo que una sentencia más reciente de esta Audiencia Nacional dice: “... la infracción se comete mientras se mantienen los datos en el registro, quebrantando la correspondencia que debe mediar entre dichos datos incluidos en el fichero y la situación real del afectado, esto es, durante el tiempo en el que los datos permanecen en el fichero infringiendo tal principio de calidad.

(...)

Esta solución es la única que resulta acorde con la naturaleza del instituto de la prescripción que se encuentra concebida, según reiteradamente ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como un instituto fundado en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, cuya aplicación se hace depender de la concurrencia del elemento subjetivo de abandono o dejadez en el ejercicio de la propia acción. Esta presunción no se aprecia en el presente caso, pues permanece indemne mientras perdure el acceso de datos personales por una deuda inexacta, sea cual sea el tiempo que ha permanecido en el fichero” (sentencia de 23 de enero de 2008; en parecidos términos la sentencia de 27 de febrero de 2008).

Por lo expuesto, hay que concluir que en la fecha de la notificación del Acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, en fecha 10 de octubre de 2016 (folio 284), habían transcurrido los dos años de prescripción señalados en el artículo transcrito para las infracciones graves, tanto en el caso de la infracción del artículo 4.3 de la LOPD como en el caso de la correspondiente al artículo 11 de la misma norma.

En consecuencia, las referidas alegaciones de ORANGE deben ser estimadas.

III

Antes de continuar con el análisis de los hechos, indicar que de las sentencias del Tribunal Supremo sobre el RLOPD se desprende que los reproches al artículo 38.1.a) no se deben a su legalidad, digamos intrínseca, sino a la indeterminación de su dicción, porque la sentencia que se pronuncia sobre el recurso interpuesto de ASNEF-

EQUIFAX, que es la que se reproduce en las restantes (y que es la única en que existe realmente estimación del recurso –en los otros casos la estimación es “por extensión”-) en este tema concreto manifiesta que el artículo 38.1.a) entiende que obviamente una deuda litigiosa no puede ser considerada “cierta” a los efectos de garantizar la calidad de los datos, pero que tal y como está expresado el artículo, cualquier reclamación, planteada por cualquiera de las partes implicadas en la relación contractual, y sobre cualquier aspecto, incluso cuando no afectase a esa “certeza” de la deuda, ampararía el no incluir el dato en el fichero. Es decir, lo litigioso sí debería impedir esa inclusión, pero sólo si afecta a la “certeza” de la deuda y la plantea el deudor.

Teniendo en cuenta estos razonamientos, cumpliendo la sentencia, en realidad se cumpliría lo que dice con una eventual reforma o interpretación de este artículo al decir: Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada y respecto de cuya existencia o cuantía no haya entablado el deudor reclamación judicial, arbitral o administrativa.

Resulta conveniente pues hacer una breve referencia a dicha STS de 15 de julio de 2010 que declara la nulidad, por ser disconforme a Derecho, del inciso último del artículo 38.1.a) del R.D. 1720/2007.

El Fundamento de Derecho decimocuarto, en el que se examina y valora la impugnación del citado precepto, precisa cuáles son los términos de la controversia planteada en relación a éste. Manifiesta la STS que “procede indicar que la exigencia al inicio del apartado 1 a) del artículo 38 de que la deuda sea “cierta” responde al principio de veracidad y exactitud recogido en el artículo 4.3 de la Ley 15/1999(...) Siendo el adjetivo <cierto> sinónimo de irrefutable, incontestable, indiscutible, etc,..el tema de debate se circunscribe a si es posible sostener con éxito que, en aquellos casos en que se hubiera entablado con respecto a la deuda un procedimiento de los expresados en el artículo 1 a) , puede hablarse de una deuda cierta antes de que recaiga resolución firme o se emita, en los supuestos previstos en el Reglamento de los Comisionados, el informe de correspondiente”.

La Sala Tercera del TS contesta a esta pregunta indicando que lo relevante es “decidir si el apartado 1 a) del artículo responde a la previsión legal del artículo 4.3, y la respuesta debe ser negativa en atención a la defectuosa redacción del precepto reglamentario por una inconcreción en su texto no sólo de aquellos procedimientos que justifican la no inclusión en los ficheros de las deudas a que aquellos se refieren, sino también porque esa vaguedad permite considerar que incluso cuando la reclamación se formule por el acreedor exista la imposibilidad de inclusión de los datos en el fichero”. Termina manifestando que el conflicto de intereses debe resolverse “exigiendo una mayor concreción en el precepto reglamentario que pondere los intereses en presencia en atención a las circunstancias concretas”.

Del tenor literal de los fragmentos de la STS de 15 de julio de 2010 que se reproducen se evidencia, por una parte, como ya se ha indicado más arriba, que es la inconcreción del texto del último inciso del artículo 38.1.a) del RLOPD lo que justifica su anulación y por otra, que el Tribunal estima ajustada a Derecho la exigencia de este artículo 38.1.a) de que la deuda sea “cierta”, adjetivo que es sinónimo de irrefutable e indiscutible y que es consecuencia del principio de veracidad y exactitud que consagra el artículo 4.3 de la LOPD.

A tenor de las consideraciones precedentes procede estimar que la impugnación de una deuda cuestionando su existencia o certeza, ante órganos administrativos, arbitrales o judiciales competentes para declarar la existencia o inexistencia de la misma

a través de resoluciones de obligado cumplimiento para las partes, impedirá que pueda hablarse de una deuda cierta hasta que recaiga resolución firme; y por tanto, la inclusión de la misma en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito.

IV

Se imputa a INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE, AG 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 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.

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 los dispuesto en el apartado 1”.

Por otra parte, el artículo 5 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, en su apartado 1.d) establece que los datos personales serán: “exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas la medidas necesarias todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos que sean inexactos con respecto a los fines para los se tratan (<<exactitud>>); norma en vigor y aplicable a partir del 25 de mayo de 2018.

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”.

Así lo expuesto, el artículo 37.1 y 3 del Reglamento de Desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (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 concurran 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”.

A lo que hay que añadir lo que determina el artículo 43 del RLOPD, en relación con la responsabilidad en la inclusión en ficheros de morosidad:

“1. El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés deberá asegurarse que concurren todos los requisitos exigidos en los artículos 38 y 39 en el momento de notificar los datos adversos al responsable del fichero común.

2. El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés será responsable de la inexistencia o inexactitud de los datos que hubiera facilitado para su inclusión en el fichero, en los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre”.

En este caso, INTRUM JUSTITIA incorporó a su sistema de información de clientes los datos del denunciante como deudor por una facturación de ORANGE, que esta entidad había cedido en una operación de compraventa de créditos, e incluyó sus datos personales en ficheros de morosidad pese a tratarse de una deuda incierta como se está analizando.

En este sentido, con fecha 23 de octubre de 2015 D. **A.A.A.** manifestó a esta Agencia que se había producido la inclusión de sus datos de carácter personal en ficheros de solvencia patrimonial y crédito de forma indebida por parte de las entidades ORANGE ESPAGNE, S.A.U. y INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE, AG pese a tratarse de una deuda incierta (folios 1 y 2).

Y, puesto que había recibido un requerimiento de pago de fecha 7 de noviembre de 2010 emitido por ORANGE en relación con una factura de fecha 16 de octubre de 2010 por importe de 177 € (folio 6) y en discrepancia con esa factura, interpuso reclamación ante la Secretaría de Estado para las Telecomunicaciones y la Sociedad de Información (SETSI), declarando ORANGE, en el seno de dicho procedimiento, que se encontraba al corriente de pago (folios 1 y 2).

En efecto, como ya se ha indicado y queda acreditado en el expediente, ORANGE manifestó por escrito de fecha 10 de diciembre de 2010 ante la SETSI, expediente de reclamación ***RECLAMACION.1, que se había procedido, por política comercial, a la devolución al denunciante del importe facturado de 177 €, quedando al corriente de pago (folios 8, 9 y 28).

Por otro lado, INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE DEBT, AG compró a ORANGE, entonces FRANCE TELECOM ESPAÑA, S.A., en fecha 25 de enero de 2013 una cartera de créditos, en la que se incluía la asociada al denunciante por importe de 177 €, que se detalla en los puntos anteriores (folios 32 a 97).

Pese a todo lo expuesto, los datos personales de los datos personales de D. **A.A.A.** fueron incluidos en el fichero de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG a instancias de ORANGE con fecha de alta inicial el 2 de enero de 2011 por importe de 177 € por un producto de telecomunicaciones (folio 109), siendo dada de baja definitiva esta incidencia en fecha 24 de febrero de 2013 en un proceso automático semanal de actualización de datos (folios 100 y 110); y tras dos bajas anteriores habidas como consecuencia del ejercicio del derecho de cancelación por parte del denunciante en fechas 3 de febrero de 2011 y 22 de marzo de 2011, respectivamente (folio 100).

ORANGE ha manifestado por esto a esta Agencia que, pese a la tramitación de la reclamación ante la SETSI, se produjo “un error puntual de carácter involuntario” al no realizarse correctamente un ajuste en el registro de la deuda imputada por el impago de una factura (folios 28 y 284).

A ello, hay que añadir que los datos personales del denunciante fueron incluidos además en el fichero de solvencia patrimonial y crédito BADEXCUG a instancias de INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE DEBT, AG con fecha de alta el 18 de marzo de 2015 por importe de 177 € por un producto de otros, siendo dada de baja esta inclusión en fecha 8 de junio de 2015, por falta de respuesta por parte de la entidad informante (folio 152) al ejercicio del derecho de cancelación por parte del denunciante, para lo que aportó la documentación que venía a demostrar que la deuda era incierta, citada más



arriba (folios 100 y 145 a 151).

Y nuevamente, pese a ello, en fecha 12 de julio de 2015 se produjo una nueva alta de esta incidencia por parte de INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE DEBT, AG, con baja en fecha 17 de diciembre de 2015 (folios 4, 111 y 112).

También los datos personales del denunciante fueron incluidos en el fichero de solvencia patrimonial y crédito INFODEUDA a instancias de INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE DEBT, AG con fecha de alta el 18 de marzo de 2015 por importe de 177 € por un producto de otros, siendo dada de baja esta inclusión en fecha 8 de junio de 2015, por falta de respuesta por parte de la entidad informante (folio 163) al ejercicio del derecho de cancelación por parte del denunciante, para lo que aportó la documentación detallada acreditativa de la improcedencia de la deuda (folios 100 y 156 a 162).

Y de igual modo, nuevamente, también pese a ello, en fecha 12 de julio de 2015 se produjo una nueva alta de esta incidencia por parte de INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE DEBT, AG con baja en fecha 17 de diciembre de 2015 (folios 4, 111 y 112).

Los hechos anteriormente relatados más arriba por tanto 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 con los artículos 38 y 43 del RLOPD, toda vez que INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE DEBT, AG mantuvo indebidamente los datos del denunciante en sus propios ficheros y, posteriormente, los comunicó a los ficheros BADEXCUG e INFODEUDA, sobre todo en esa segunda inclusión, sin que dicha inscripción hubiese respondido a su situación de entonces ("actual"), al no cumplir con los requisitos establecidos en la normativa sobre protección de datos de carácter personal, ya detallada más arriba.

V

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 de la persona 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 que 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 que condiciones y en que 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 INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE, AG puede subsumirse o no en tales definiciones legales.

Y ello tanto es así, puesto que dicha entidad trató automatizadamente en sus propios ficheros los datos relativos a la denunciante y a la deuda incierta en el sentido descrito (reconocimiento del acreedor inicial ORANGE ante la SETSI); 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 la entidad imputada ha sido responsable del tratamiento de datos de la persona 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 esa información relativa 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, dicha entidad 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 incluidos en ficheros de morosidad BADEXUG e INFODEUDA respondiera a la situación actual del denunciante, sobre todo en la segunda de las inclusiones, pues la deuda era incierta (dado que ORANGE así lo había manifestado a la SETSI) y el denunciante lo había comunicado debidamente en el ejercicio del derecho de cancelación al fichero común de morosidad, que actuó con diligencia al dar de baja de forma cautelar esa primera inclusión indebida (folios 1, 145 a 151 y 156 a 162).

Ello supone una vulneración del principio de calidad del dato de la que debe responder INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE DEBT, AG 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 INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE, AG es responsable de la

infracción del principio de calidad del dato, recogido en el artículo 4.3, en relación con el 29.4, ambos de la LOPD, y en los términos del artículo 43, en relación con el artículo 3, apartados c) y d), también de la citada norma.

VI

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, como es el caso, 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).

Por su parte, la Audiencia Nacional decía en su sentencia de fecha 16 de febrero de 2001: “Vista la conducta de la hoy actora, cabe apreciar que ha hecho uso de unos datos relativos a la insolvencia de una persona, conculcando los principios y garantías establecidas en la Ley (...) concretamente el de la certeza de los datos, que deben ser exactos, de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado, como exige su artículo 4.3 (...) ha de decirse que 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”. No olvidemos que se trata de algo muy importante: fichar a ciudadanos como morosos.

Es criterio compartido consiguientemente 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.

Tanto es así que el Tribunal Supremo considera “intromisión ilegítima en el derecho al honor” acudir a este medio de presión, pues “la inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar el cobro de las cantidades que estimen pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y denegación a acceso al sistema crediticio” (SSTS. 176/2013 de 6 de marzo y 12/2014 de 22 de enero).

El principio de calidad de 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.

En cuanto al rigor de la inclusión, a su vez, la Audiencia Nacional ha manifestado reiteradamente 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 morosa del denunciante en BADEXCUG e INFODEUDA 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 y su Reglamento exigen.

Por lo tanto, INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE, AG ha incurrido en la infracción descrita, ya que el principio de calidad del dato es básico del derecho fundamental a la protección de datos. La entidad mencionada ha tratado los datos de la persona 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.

VII

El artículo 45 de la LOPD, en sus apartados 2 a 5, establece 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 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" (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 solicitud 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), y según doctrina reiterada de la Audiencia Nacional al respecto, los datos personales del denunciante fueron incluidos, sin justificación legal para ello, en ficheros de morosidad, BADEXCUG e INFODEUDA, por la deuda de 177 € (incierto así determinado en el procedimiento administrativo habido) con fecha de alta en una segunda inclusión por parte de INTRUM JUSTITIA el 12 de julio de 2015 (folio 111), pues el denunciante lo había comunicado debidamente en el ejercicio del derecho de cancelación (folios 1, 145 a 151 y 156 a 162). Sobre el carácter continuado de la infracción indicar que ya se ha hablado en los fundamentos jurídicos anteriores al analizar la prescripción en relación con ORANGE.*

2. Por el volumen de negocio (apartado 4.d), toda vez que estamos ante uno de los grandes grupos internacionales de gestión de carteras de deuda.

3. 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".

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 INTRUM JUSTITIA procedió a informar a los ficheros de solvencia BADEXCUG e INFODEUDA pese a tratarse de una deuda incierta, sobre todo en esa segunda inclusión, pues se reitera aquí que el denunciante lo había comunicado

debidamente en el ejercicio del derecho de cancelación al fichero común de morosidad, que actuó con diligencia al dar de baja de forma cautelar esa primera inclusión indebida (folios 1, 145 a 151 y 156 a 162).

5. En lo que respecta a la falta de perjuicios causados al denunciante (apartado 4.h), y en relación con la importancia de la inclusión y mantenimiento de los datos personales en ficheros de morosidad, el tema ha sido tratado en numerosas sentencias por parte de la Audiencia Nacional. Así, reiterar la doctrina que en la sentencia dictada el 16 de febrero de 2002 (recurso 1144/1999), por todas, se recoge: "... 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 a ello, ha de extremarse la diligencia para que los posibles errores no se produzcan, ...". Y hay que recordar que los datos del denunciante fueron inscritos en BADEXCUG e INFODEUDA por INTRUM JUSTITIA, esto es, dos ficheros de morosidad, lo que suponía una mayor difusión de esa indebida consideración de persona morosa.

6. 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. Sobre todo porque INTRUM JUSTITIA estaba en condiciones de conocer la improcedencia de la deuda antes de proceder a la segunda de las inclusiones realizabas bajo su responsabilidad.

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 un grupo internacional (apartado 4.d), el grado de intencionalidad (apartado f), el perjuicio causado (apartado 4.h) y en relación con las medidas adoptadas (apartado 4.i), procede imponer por ello a INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE, AG 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, INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE, AG 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 **INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE, AG** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de

Datos dictada con fecha 16 de marzo de 2017, en el procedimiento sancionador **PS/00407/2016**.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **INTRUM JUSTITIA DEBT FINANCE, AG**.

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