



Procedimiento nº.: PS/00469/2013

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00177/2014

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **A.A.A.** contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00469/2013, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 17 de enero de 2014, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00469/2013, en virtud de la cual se imponía a la entidad

Por una infracción del **artículo 6.1** de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3 b) de dicha norma, una sanción de **3000 € (tres mil un euros)** de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 5 de la citada Ley Orgánica.

Por una infracción del **artículo 4.3** en relación con el **29.4 de la LOPD**, tipificada como grave en el artículo 44.3 c) de dicha norma, una sanción de **3.000 € (tres mil euros)** de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 5 de la citada Ley Orgánica

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha **24 de enero de 2014**, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00469/2013, quedó constancia de los siguientes:

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: **D.A.A.A.** con DNI *****DNI.1** manifiesta que BANCO DE SABADELL S.A. ha dado de alta una cuenta corriente, contratado tarjetas a su nombre y realizado transferencias sin su consentimiento. Esta operativa irregular, manifiesta el denunciante, ha derivado en su inclusión en ficheros de solvencia patrimonial. (folio 1 a 3)

SEGUNDO: Se acredita la existencia de un contrato de cuenta corriente **sin firmar** a nombre del denunciante con fecha **17 de septiembre de 2010**. La cuenta tiene el siguiente CCC *****CCC.1**. (folios 5 al 10 y 114 a 117). Se acredita el registro de los datos del denunciante asociados a la cuenta corriente citada en los ficheros de Banco de Sabadell (folio 313)

TERCERO: Queda acreditado la existencia de un contrato de tarjeta BS CARD MASTERCARD de fecha 23 de septiembre de 2010, cuyo número de tarjeta es *****CCC.2** asociado a la cuenta del denunciante. El contrato está sin firmar. (folios 19 a 22 y 121 a 124)

CUARTO: Queda acreditado la existencia de un contrato de servicio de banca a



distancia sin firmar. Así mismo constan una solicitud de recepción de correspondencia a través de banca a distancia y un servicio de avisos por móvil sin firmar por el denunciante. Todos estos servicios aparecen asociados a la cuenta *****CCC.1**. La fecha que consta en estos contratos es el **17 de septiembre de 2010** (folios 118 a 120 ; 126 a 134 y 202)

QUINTO: Consta en la documentación un poder general otorgado por el denunciante a favor de D. **B.B.B.** de fecha **23 de noviembre de 2010** con amplios poderes entre los que destacamos abrir y cancelar cuentas corrientes y de crédito, dar y tomar dinero a préstamo, transferir depósitos provisionales y definitivos. (folios 192, 193 y 196)

SEXTO: Queda acreditada la solicitud de transferencias realizadas con una firma que no coincide con la del DNI del denunciante con cargo a la cuenta corriente *****CCC.1**. Las fechas de valor de los cargos van desde el **8 de octubre de 2010** hasta el **18 de noviembre de 2010**. En todos ellos aparece como ordenante el denunciante, aunque no consta su firma y como beneficiario **B.B.B.**. (folios 321 a 350)

SEPTIMO: Queda acredita la existencia de documentos de liquidación de dichas transferencias entre el **8 de octubre de 2011** hasta el **18 de noviembre de 2011**. En todos ellos aparece como ordenante el denunciante y como beneficiario **B.B.B.**. (folios 351 a 370)

OCTAVO: La entidad denunciada manifiesta que con fecha **24 de noviembre de 2010**, fue concedido al denunciante y terceros del grupo familiar, una póliza de préstamo por la cantidad de 2.643.000,00 euros cuyo destino fue precisamente regularizar la operativa de transferencias asentada en la cuenta nº *****CCC.1** del denunciante y otras cuentas titularidad de otros familiares. (folio 464)

NOVENO: BANCO SABADELL aporta copia de una **Sentencia** dictada el **16 de mayo de 2011** por el Juzgado de lo Social número uno de Valencia, declarando procedente el despido del Director de la Sucursal que tramitó las antedichas transferencias. Según consta en el fundamento jurídico quinto el fundamento del despido fue la concesión de activo a una serie de personas y entidades vinculadas entre sí, que suponen la existencia de un grupo asumiendo unos riesgos más allá de los que tenía concedidos, es decir la falta de cumplimiento de las mínimas normas de gestión de riesgos, realizando operaciones fuera de su atribución. (folios 285 y 312)

DECIMO: Resulta acreditado que BANCO SABADELL informó al fichero ASNEF los datos personales del denunciante por un saldo deudor de 15.617 €. La incidencia se dio de **alta el 1 de abril de 2011** y a fecha **17 de abril de 2013 seguía activa**, siendo la última fecha de actualización **el 12 de abril de 2013**. (folio 82). El importe coincide con los gastos producidos por el descubierto en la cuenta corriente, sin los céntimos (folios 320).

DECIMOPRIMERO: Resulta acreditado que BANCO SABADELL informó al fichero BADEXCUG los datos personales del denunciante por un saldo deudor de 15.617 €. La incidencia se dio de **alta el 3 de abril de 2011** y a fecha **19 de abril de 2013 seguía activa**. (folios 82). El importe coincide con los gastos producidos por el descubierto en la cuenta corriente, sin los céntimos (folios 98 y 106).



DECIMOSEGUNDO: Con fecha 16 de enero de 2013 Banco de Sabadell recibió una reclamación interpuesta ante el Banco de España por el denunciante donde se expone la problemática descrita en los antecedentes.(folio 205). Consta como fecha de recepción de solicitud de alegaciones el **18 de enero de 2013**.

TERCERO: **A.A.A.** ha presentado en fecha 22 de febrero de 2014, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en los mismos fundamentos establecidos en la denuncia, el denunciante manifiesta que los hechos ocurrieron sin su consentimiento y aprobación, señalando que varios datos personales están incorrectos.

Así mismo señala que intentar dar por probado que la existencia de un poder convalida mi consentimiento como pretende la denunciada en un atropello a los derechos del reclamante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto 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 (en lo sucesivo LRJPAC).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por **A.A.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 la resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

>>II

En orden a precisar el alcance antijurídico de los referidos hechos, procede analizar las siguientes disposiciones de la LOPD:

El artículo 6, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica 15/1999, relativo al "consentimiento del afectado", dispone:

"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 la 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.

Este precepto debe integrarse con la definición legal de “tratamiento de datos” y “consentimiento del interesado” que ofrecen, respectivamente, los artículos 3, c) y 3, h) de la LOPD: “operaciones y 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”; “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

El artículo 6 de la LOPD consagra el principio del consentimiento o autodeterminación, piedra angular en la construcción del derecho fundamental a la protección de datos que alude a la necesidad de contar con el consentimiento del afectado para que puedan tratarse sus datos personales. De acuerdo con el citado precepto el tratamiento de datos sin consentimiento del titular o sin otra habilitación amparada en la Ley constituye una vulneración de este derecho, pues sólo el consentimiento, con las excepciones contempladas en la ley, legitima el tratamiento de los datos personales.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (Fundamento Jurídico 7), se refiere al contenido esencial de este derecho fundamental y expone 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 (...)”

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

De acuerdo con las disposiciones trascritas, el tratamiento de los datos personales de un tercero exige contar con el consentimiento previo e inequívoco de su titular, exigencia de la que se dispensa al responsable del tratamiento,- entre otros supuestos previstos en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999-, cuando éste se refiera a un contrato suscrito entre las partes y sea necesario para su mantenimiento o cumplimiento.

III

Procede analizar si BANCO DE SABADELL contaba con el consentimiento del denunciante para tratar sus datos personales pues salvo aquellas excepciones establecidas en el artículo 6.2 de la LOPD, solamente el consentimiento legitima el



tratamiento.

En primer término debemos subrayar que corresponde a BS la carga de la prueba del consentimiento del titular de los datos sometidos a tratamiento. Este es el criterio que de forma constante ha mantenido la Audiencia Nacional. Muy significativa es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2001, en la que el Tribunal expuso lo siguiente:

“ 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, cuál 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”.

En la misma línea cabe citar la STAN de 31 de mayo de 2006, Recurso 539/2004, en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto se indica: “Por otra parte es al 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” (El subrayado es de la AEPD).

Más recientemente la STAN de 27 de enero de 2011, (Rec 349/2009), ratifica el criterio precedente y en su Fundamento de Derecho Tercero expone: “...constituye doctrina reiteradísima y consolidada de la Sala, derivada del calificativo de inequívoco que acompaña en el artículo 6 LOPD a la prestación del consentimiento por el titular de los datos, que la negativa del afectado, en el sentido de no haber cumplimentado ningún contrato con la entidad que trata dichos datos personales, traslada a este último la carga de la prueba”. (El subrayado es de la AEPD).

La LOPD exige que el titular de los datos preste su consentimiento inequívoco, pues a él, y no a un tercero, le corresponde el poder de disposición sobre ellos. Con toda claridad el artículo 3.h de la LOPD, al definir el consentimiento, se refiere a la manifestación de voluntad que el interesado hace respecto a los “datos que le conciernan”.

En el supuesto que examinamos, como se desprende de los hechos probados, ha quedado acreditado que los datos personales del denunciante, fueron tratados por BANCO DE SABADELL al haber dado de alta una cuenta corriente sin su consentimiento , haber realizado transferencias en su cuenta corriente sin contar con su autorización y contar con contratos de gestión con sus datos personales sin firmar, sin su consentimiento (hechos probados segundo a cuarto)

En conclusión ha quedado acreditado que se realizaron transferencias sin el consentimiento del denunciante, ya que aunque en dichas transferencias figura como ordenante el denunciante, él no firmó dichas transferencias y la cuenta corriente desde



la que se emitían no figuraba tampoco firmada por él.

*La representación de BANCO DE SABADELL alega que el 24 de noviembre de 2010, concedió al denunciante y terceros del grupo familiar, una póliza de préstamo por la cantidad de 2.643.000,00 euros cuyo destino fue precisamente regularizar la operativa de transferencias asentada en la cuenta nº *****CCC.1** del denunciante y otras cuentas titularidad de otros familiares.*

*A la representación de Banco de Sabadell le parece evidente que la suscripción de dicha póliza de préstamo por parte del Sr. **A.A.A.** (denunciante) ante Notario, ratificó cuanto había realizado en su nombre su apoderado el Sr. **B.B.B.** y, por tanto, el consentimiento para el tratamiento de sus datos.*

En primer lugar el hecho de que el denunciante firmara una póliza de crédito con posterioridad, es un asunto distinto al tratamiento de datos sin consentimiento del denunciante por la entidad bancaria con anterioridad. Es decir el denunciante no consintió el tratamiento de sus datos cuando la denunciada apertura su cuenta corriente y más productos, aunque con posterioridad consintiera asumir como cotitular otro producto bancario.

No existe una convalidación del consentimiento, sino la contratación de un producto diferente con posterioridad.

La representación de BANCO DE SABADELL alega así mismo que aunque la documentación contractual no se halla suscrita, es evidente que ello solamente obedeció a una actuación irregular de un empleado del citado banco.

En contestación a ésta alegación debemos indicar que a efectos de determinar la imputación de una infracción a una persona determinada, lo relevante es la indagación previa de la titularidad de la obligación que subyace al tipo.

El art. 43 de la LOPD, establece como responsables de las infracciones en la LOPD a los responsables del fichero o tratamiento y a los encargados del tratamiento, figuras éstas no incardinables en la figura del empleado.



El Tribunal Supremo, se ha pronunciado, sobre éste asunto entre otras, en la sentencia de 3/05/1993 (RJ 1993, 3698): La doctrina del Tribunal Supremo, en relación con la responsabilidad administrativa de las empresas, ya sean sus titulares personas físicas o jurídicas, por hechos realizados por sus empleados o dependientes en el desempeño de sus funciones o empleos, ha sido radicalmente corregida por el propio Tribunal Supremo a partir de la Sentencia, de fecha 20-5-1992 (RJ 1992\3655), pronunciada en recurso extraordinario de revisión por la Sección Primera de esta Sala Tercera, y seguida por las dictadas por esta misma Sección Sexta con fechas 25 mayo y 21 septiembre 1992 (RJ 1992\3723 y RJ 1992\6844). Conforme a esta última doctrina jurisprudencial, las entidades bancarias y crediticias son responsables administrativamente por la negligencia de sus empleados en el uso de las medidas de seguridad obligatoriamente instaladas en cumplimiento de las disposiciones vigentes, salvo cuando tal proceder no es consecuencia de la desatención sino de circunstancias o situaciones de riesgo personal grave para los propios empleados o terceras personas. Ni el principio de tipicidad de la infracción ni el de personalidad de la sanción se vulneran con tal interpretación porque, en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad por la actuación de sus dependientes, sin que puedan excusarse, como regla, en la conducta observada por éstos

En el mismo sentido la STS 30 de noviembre de 1993 “El incumplimiento de las normas que deben cumplir las entidades bancarias se imputan a su titular, no a sus dependientes o empleados, que en caso de no atender las instrucciones impartidas sobre el correcto funcionamiento de las medidas instaladas podrán incurrir en responsabilidad frente a su principal (la persona jurídica titular del establecimiento) pero no frente a la Administración”.

*En consecuencia, dado que la denunciada no ha aportado prueba alguna de la que pueda desprenderse el consentimiento del denunciante en aras la contratación de la cuenta corriente y demás productos bancarios descritos en los hechos probados segundo, tercero y cuarto y dado que se trataron datos personales realizando operaciones sin su consentimiento (hechos probados sexto y séptimo), la conducta de BANCO DE SABADELL constituye una vulneración del principio del consentimiento que consagra el **artículo 6.1 de la LOPD** y se encuadra en el tipo sancionador previsto en el artículo **44.3.b)** de la citada Ley Orgánica.*

IV

El artículo 4.3 de la LOPD, referente a la “calidad de los datos”, establece:

“3. Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”.

El artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999 señala en sus apartados 2 y 4:

“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 en la presente Ley”.

“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 aquellos”.

Estos preceptos deben integrarse con la definición legal de “tratamiento de datos” y “consentimiento del interesado” que ofrecen, respectivamente, los artículos 3, c) y 3, h) de la LOPD: “operaciones y 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”; “toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen”.

Por su parte, el R.D. 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, (en lo sucesivo RLOPD), en su artículo 38 y bajo la rúbrica “Requisitos para la inclusión de los datos” dispone:

“1. Solo 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 (...).”

V

Por lo que respecta a la infracción del artículo 4.3 de la LOPD que se imputa a BS deben hacerse las siguientes consideraciones:

A) Los principios generales de protección de datos regulados en los artículos 4 a 12, que integran el Título II de la Ley Orgánica 15/1999, constituyen el contenido esencial de este derecho fundamental. La Audiencia Nacional en diversas sentencias (entre otras SAN de 24 de marzo de 2004 y 7 de julio de 2006) ha señalado que los principios generales contenidos en el Título II de la LOPD definen las pautas a las que debe atenerse la recogida, tratamiento y uso de los datos de carácter personal. En este sentido, la STAN de 25 de julio de 2006 manifiesta: “...dichos principios sirven para delimitar el marco en el que debe desenvolverse cualquier uso o cesión de los datos de carácter personal y para integrar la definición de los tipos de infracción definidos en el artículo 44 de la LOPD, pues este precepto aborda la tipificación de las distintas infracciones mediante una remisión a los principios definidos en la propia Ley”. Entre tales principios se recoge –artículo 4.3- el de exactitud o veracidad, a través del cual se trata de garantizar y proteger la calidad de la información sometida a tratamiento -exacta y puesta al día- por la que debe velar quien recoge y trata datos de carácter personal.

La Directiva 95/46 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que traspone la LOPD, establece en su artículo 6. I. 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 rectificadas”, indicando el apartado 6.2 que “Corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado I”

B) *Las normas jurídicas reproducidas ponen de manifiesto que la comunicación de los datos de un tercero a un fichero de solvencia patrimonial exige, por una parte, que la deuda sea cierta, vencida, exigible y que haya resultado impagada, y por otra, que se haya requerido de pago al deudor antes de informar los datos a la entidad responsable de la gestión del fichero. Conviene recordar, además, que es el acreedor el responsable de comprobar que los datos que se comunican se ajustan a los requisitos establecidos en el artículo 4 de la LOPD y su normativa de desarrollo.*

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

C) *En el asunto que nos ocupa resulta probado que BANCO DE SABADELL incorporó a sus sistemas informáticos datos personales del denunciante (nombre, apellidos, número de DNI) asociados a una cuenta corriente sin su consentimiento (hecho probado segundo).*

Además con posterioridad, trató esos datos materializándolos en la emisión de transferencias que el denunciante no consintió, haciendo que el Banco de Sabadell le imputara una deuda que, respecto al denunciante, no era cierta, ni vencida ni exigible. (hechos probados segundo, sexto y séptimo)

*Posteriormente, comunicó al fichero de solvencia patrimonial ASNEF una incidencia asociada a los datos personales del denunciante por un importe de 15.617 euros. La incidencia se dió de **alta el 1 de abril de 2011** siguiendo esa deuda activa el **17 de abril de 2013**. (hecho probado décimo)*

*Así mismo BANCO DE SABADELL comunicó al fichero de solvencia patrimonial BADEXCUG una incidencia asociada a los datos personales del denunciante por un importe de 15.617 euros. La incidencia se dió de **alta el 3 de abril de 2011** siguiendo esa deuda activa el **19 de abril de 2013**. (hecho probado undécimo)*

En consecuencia, los datos personales del denunciante fueron incluidos por BANCO DE SABADELL en el fichero de solvencia patrimonial ASNEF y BADEXCUG vinculados a una deuda que no era cierta, ni vencida ni exigible desde la perspectiva del afectado, por cuanto no tenía la condición de deudor ya que él no había prestado su consentimiento.

Por ello la información comunicada por BS a los ficheros Badexcug y Asnef, no se ajustó al principio de exactitud y veracidad, que inspiran el principio de calidad del dato que proclama el artículo 4.3 de la LOPD.

*La conducta anteriormente descrita, **vulnera el principio de calidad del dato consagrado en el artículo 4.3 en relación con el 29.4 de la LOPD**, infracción tipificada en el artículo **44.3.c)** de la citada norma, que dispone: “Son infracciones*



graves, (...) c) 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”.

VI

Procede a continuación abordar si la conducta observada por el BANCO SABADELL a cuyo examen se dedican los Fundamentos Jurídicos precedentes y que estimamos vulnera los artículos 6.1 y 4.3 de la LOPD, puede subsumirse en los tipos sancionadores contemplados en los artículos 44.3.b y 44.3.c y si, en tal caso, ambas infracciones son imputables a la operadora mencionada.

A) Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, constatado que la entidad realizó la acción típica – infracción de los principios del consentimiento y de calidad del dato–, debemos analizar si concurre el elemento subjetivo de la culpabilidad cuya presencia es esencial para exigir en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador responsabilidad por el ilícito cometido, pues no cabe en este marco imponer sanciones basadas en la responsabilidad objetiva del presunto infractor.

En STC 76/1999 el Alto Tribunal afirma que las sanciones administrativas participan de la misma naturaleza que las penales, al ser una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado y que, como exigencia derivada de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal consagrados en los artículos 9.3 y 25.1 de la CE, es imprescindible la presencia de este elemento para imponerlas.

El artículo 130.1 de la LRJPAC recoge el principio de culpabilidad en el marco del procedimiento administrativo sancionador y dispone: “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia. Del tenor del artículo 130.1 de la LRJPAC se concluye que bastará la “simple inobservancia” para apreciar la presencia de culpabilidad a título de negligencia, expresión que alude a la omisión del deber de cuidado que exige el respeto a la norma.

Conviene traer a colación en este caso la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2007 (Rec. 63/2006), en la que el Tribunal expone que “...el ilícito administrativo previsto en el artículo 44.3.d) de la LOPD se consuma, como suele ser la norma general en las infracciones administrativas, por la concurrencia de culpa leve. En efecto, el principio de culpabilidad previsto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 dispone que solo pueden ser sancionadas por hechos constitutivos de infracciones administrativas los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia. Esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en Derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva ...”

La jurisprudencia exige a aquellas entidades en las que el desarrollo de su actividad conlleva un continuo tratamiento de datos de clientes y terceros que observen un adecuado nivel de diligencia. En la STAN anteriormente citada la Audiencia Nacional precisó que “...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”.

En el supuesto que nos ocupa el elemento subjetivo de la culpabilidad se concreta en la falta de diligencia observada por BS en dos ocasiones distintas:

1.- No adoptó ninguna medida, a la que viene obligada por la normativa de protección de datos a fin de garantizar el consentimiento del titular de los datos tratados; no existe ningún documento o soporte que acredite el consentimiento prestado por el denunciante.

2.- Y posteriormente informando los datos personales del denunciante al fichero de solvencia patrimonial.

Es decir no solo no se acredita el consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos personales sino que además con posterioridad , se le incluye en ficheros de solvencia patrimonial.

Esto implica una grave falta de diligencia de la entidad denunciada, que aún no habiendo prestado el denunciante el consentimiento a la contratación de la cuenta corriente, se hicieron operaciones (transferencias) en nombre del denunciante sin su consentimiento y además se le incluyó en dos ficheros de solvencia patrimonial, persistiendo el alta en estos ficheros en abril del 2013.

B) *Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, la Ley Orgánica 15/1999 en su artículo 43.1 indica que “los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley”. Por su parte, el artículo 3 d) del citado texto legal considera “responsable del fichero o tratamiento” a la “persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”.*

VII

La entidad denunciada en las alegaciones a la propuesta de resolución mantiene que se ha infringido el principio non bis in idem, señalando que de ser objeto mi representado de una sanción no debe ser dual.

A este respecto hay que señalar que la Audiencia Nacional se ha pronunciado en infinidad de ocasiones rechazando la existencia del concurso de infracciones en supuestos análogos a los que son objeto de valoración en este expediente sancionador.

La interpretación que da a lo señalado en la propuesta de resolución la denunciada no se corresponde con el supuesto que nos ocupa, por cuanto la “comunicación de los datos de la afectada a un fichero de solvencia patrimonial” no deriva necesariamente del hecho de que no se haya acreditado el consentimiento en la contratación del servicio, sino que es fruto de una conducta distinta y posterior realizada libremente por la denunciada.

La Audiencia Nacional en Sentencia de 28 de enero de 2009 (Rec 151/2007) se pronunció en un supuesto análogo al que nos ocupa rechazando la existencia del concurso medial invocado. El Fundamento Jurídico quinto de la citada Sentencia indica lo siguiente:



“ Basta con señalar que el artículo 4.4 del Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, exige, para la aplicación del concurso medial, una necesaria derivación de unas infracciones respecto de otra u otras y viceversa, por lo que resulta indispensable que las unas no puedan cometerse sin ejecutar las otras, tal es el sentido que ha de conferirse a la expresión reglamentaria de que <<una infracción derive necesariamente la comisión de otra>>. Solo en tal caso puede seguirse la consecuencia propia del concurso medial y es que únicamente se imponga la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida. Lo que no concurre en el caso examinado pues ninguna de las contravenciones administrativas sancionadas es un medio para la perpetración de la otra. Ambas pueden realizarse con independencia absoluta, porque protegen principios diferentes, en un caso el consentimiento (artículo 6.1 de la Ley 15/1999), y, en otro, la calidad el dato (artículo 4.3 de la citada LO), para la salvaguarda del poder de disposición del titular de los datos personales que integra el derecho fundamental a la protección de los datos.”

Frente al argumento expuesto por BANCO DE SABADELL en su escrito de alegaciones a la propuesta, basta señalar que la infracción del artículo 4.3 de la LOPD que se le imputa no deriva necesariamente de la del artículo 6.1 de la citada norma, puesto ambas pueden cometerse con independencia. Cometida la infracción del artículo 6.1 de la LOPD, BANCO DE SABADELL optó por incluir los datos del denunciante en el fichero de morosidad; conducta distinta e independiente del anterior que es fruto de la libre voluntad de la entidad denunciada.

Por cuanto antecede, esta pretensión de la denunciante debe ser rechazada.

VIII

El artículo 45 de la LOPD, apartados 1 a 5, según redacción introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, dispone:

- “1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 a 40.000 euros.*
- 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 apartado 45.5 de la LOPD deriva del principio de proporcionalidad de la sanción y permite fijar "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 circunstancias mencionadas no se dan para la aplicación de la facultad contemplada en el artículo 45.5 d) y e) , tampoco la contemplada en el 45.5 b) debido, 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.

BANCO SABADELL ha solicitado la graduación de la sanción alegando que dicha conducta se debió a la actuación irregular del Director de la oficina. A ello se respondió en los fundamentos de derecho anteriores, señalando que las entidades bancarias y crediticias son responsables administrativamente por la negligencia de sus empleados en el uso de las medidas de seguridad obligatoriamente instaladas en cumplimiento de las disposiciones vigentes.

*No obstante concurre una **circunstancia con entidad suficiente para apreciar una disminución de la culpabilidad de la entidad denunciada y la antijuridicidad de los hechos imputados** y es el comportamiento del denunciante con respecto a la intervención de un tercero (D. **B.B.B.**) que consta como beneficiario de las transferencias realizadas a través de la cuenta abierta sin consentimiento del*



denunciante (folios 352 a 370).

A éste mismo tercero (D. B.B.B.) le fue otorgado un poder general por el denunciante el 23 de noviembre de 2010 con amplios poderes entre los que destacamos abrir y cancelar cuentas corrientes y de crédito, dar y tomar dinero a préstamo, transferir depósitos provisionales y definitivos, y ello se realizó sólo dos meses después de la fecha que consta como formalización de la cuenta corriente a través de la que se operó sin consentimiento.

Así mismo en el préstamo otorgado el **24 de noviembre de 2010** por la entidad denunciada al grupo familiar, para cubrir los descubiertos de las cuentas (según manifiesta BS) constan como prestatarios tanto el denunciante, como el tercero (D. B.B.B.) que con posterioridad a la apertura de la cuenta (dos meses después) fue nombrado apoderado del denunciante. (hecho probado décimo y folio 417)

Esta circunstancia ha podido influir en los hechos valorados y aunque no exime a la entidad denunciada de responsabilidad pero permite aplicar las previsiones contenidas en el citado **artículo 45.5 c) de la LOPD**: “Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción”.

Por lo expuesto, procede imponer una multa cuyo importe oscile entre 900€ y 40.000€, en aplicación de lo señalado en el apartado 1 del artículo 45 en relación con el apartado 5 del citado precepto. Como se ha indicado, el artículo 45.5, en el caso de que se aprecie la concurrencia de alguna de las circunstancias contempladas en el mismo, remite a la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerara en el asunto concreto (en este supuesto una infracción grave).

En cuanto a los criterios de graduación de las sanciones contemplados en el artículo 45.4 de la LOPD, consideramos que concurren diversas **circunstancias que operan como agravantes de la conducta que ahora se enjuicia**. Entre ellas cabe citar el importante volumen de negocio de BANCO SABADELL (apartado d, del artículo 45.4), hecho notorio sobre el que no es necesaria prueba. Están presentes también las circunstancias recogidas en los apartados siguientes del artículo 45.4 ya citado: apartado c), que versa sobre la vinculación de la actividad de BANCO SABADELL con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, pues el desarrollo de su actividad empresarial exige un constante tratamiento de datos personales tanto de clientes como de terceros.

En el presente caso, valorados los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4 de la LOPD, cuya presencia ha quedado acreditada, y habida cuenta de que **concorre la contemplada en el apartado c) del artículo 45.5** de esta norma, se impone a BANCO SABADELL S.A. una multa de 3.000 € (tres mil euros) por cada una de las infracciones de la que la entidad es responsable”.



III

Señalar en primer lugar que es potestad de la Agencia Española de Protección de Datos, y no del denunciante, la imposición de sanciones en el ámbito de aplicación de la LOPD, su graduación y la aplicación del principio de proporcionalidad, en su caso.

IV

En segundo lugar, el reclamante alega que intentar dar por probado que la existencia de un poder que convalida su consentimiento como pretende la denunciada es un atropello a los derechos del reclamante.

En primer lugar señalar al reclamante que la entidad denunciada ha sido sancionada por esta Agencia por dos motivos:

1.- Porque no adoptó ninguna medida, a la que viene obligada por la normativa de protección de datos a fin de garantizar el consentimiento del titular de los datos tratados; no existe ningún documento o soporte que acredite el consentimiento prestado por el denunciante.

2.- Y posteriormente por informar los datos personales del denunciante al fichero de solvencia patrimonial.

Es decir no solo no se acredita el consentimiento del afectado para el tratamiento de sus datos personales sino que además con posterioridad , se le incluye en ficheros de solvencia patrimonial.

No obstante , como se manifestó en la resolución que sancionó a la entidad denunciada Banco de Sabadell, se aplicó el principio de proporcionalidad con fundamento en el artículo 45.5 c) de la LOPD, dado que según se desprende de los datos obrantes en el expediente concorre una circunstancia con entidad suficiente para apreciar una disminución de la culpabilidad de la entidad denunciada y la antijuridicidad de los hechos imputados y es el comportamiento del denunciante con respecto a la intervención de un tercero (D. **B.B.B.**) que consta como beneficiario de las transferencias realizadas a través de la cuenta abierta sin consentimiento del denunciante (folios 352 a 370).

A éste mismo tercero (D. **B.B.B.**) le fue otorgado un poder general por el denunciante el 23 de noviembre de 2010 con amplios poderes entre los que destacamos abrir y cancelar cuentas corrientes y de crédito, dar y tomar dinero a préstamo, transferir depósitos provisionales y definitivos, y ello se realizó sólo dos meses después de la fecha que consta como formalización de la cuenta corriente a través de la que se operó sin consentimiento.

Así mismo en el préstamo otorgado el **24 de noviembre de 2010** por la entidad denunciada al grupo familiar, para cubrir los descubiertos de las cuentas (según manifiesta BS) constan como prestatarios tanto el denunciante, como el tercero (D. **B.B.B.**) que con posterioridad a la apertura de la cuenta (dos meses después) fue nombrado apoderado del denunciante. (hecho probado décimo y **folio 417**)

Esta circunstancia ha podido influir en los hechos valorados y aunque no exime a la entidad denunciada de responsabilidad pero permite aplicar las previsiones contenidas



en el citado **artículo 45.5 c) de la LOPD**: “Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción”.

IV

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, **A.A.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,

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

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **A.A.A.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 17 de enero de 2014, en el procedimiento sancionador PS/00469/2013.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **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, 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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos