



Procedimiento nº: PS/00684/2015

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00450/2016

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **ATLANTIA, CORREDURÍA DE SEGUROS Y FINANZAS, S.L.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00684/2015, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 24 de mayo de 2016, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00684/2015, en virtud de la cual se imponía a la entidad **ATLANTIA, CORREDURÍA DE SEGUROS Y FINANZAS, S.L.**, una sanción de 50.000 € (cincuenta mil euros), por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la misma norma, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 26/05/2016, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00684/2015, quedó constancia de los siguientes:

PRIMERO. *En fecha 18/12/2014, tiene entrada en la Agencia Española de Protección de Datos, escrito del afectado en el que denuncia la utilización, sin consentimiento, de sus datos de carácter personal en la emisión de pólizas contratadas con terceros; manifiesta que la correduría ATLANTIA, con la que mantuvo relación contractual, ha utilizado los datos en su día aportados en la contratación de un seguro haciéndolos constar como conductor habitual en pólizas de tomadores de seguros de GENERALI con los que no guarda relación alguna con el objetivo de arrastrar su historial siniestral para conseguir una prima más competitiva de manera irregular y fraudulenta (folio 1 y 2).*

SEGUNDO. *El denunciante aporta copia de su DNI nº G.G.G., domiciliado en C/ B.B.B. (La Coruña), coincidente con el que figura en el escrito de denuncia (folio 3).*

TERCERO. *GENERALI en escrito de fecha 27/10/2015 ha aportado copia de las pólizas donde figuran los datos del denunciante en calidad de primer conductor, con los correspondientes recibos de pago. En todas ellas figura ATLANTIA como mediador (folios 102 a 806); GENERALI señala que "El origen de los datos de carácter personal del denunciante que obran en poder de la compañía es consecuencia directa de la intervención en la contratación de pólizas de la entidad ATLANTIA" (folio 82). También aporta listado con la información de las 68 pólizas de seguros de automóviles en las que figura el denunciante en la condición de conductor habitual, de las cuales 23 se hallan en vigor (folios 84 y 85).*

CUARTO. *Consta aportado Contrato Mercantil de Correduría de Seguros suscrito entre*

GENERALI y ATLANTIA el 01/07/2010, cuyo objeto era la promoción y ofrecimiento por la correduría de la contratación de pólizas de la aseguradora, en su condición de mediador de seguros privados y que en dicha condición se encargara “en todo momento de la correcta formalización de los contratos de seguros que intermedie para GENERALI”; entre sus estipulaciones, la Séptima, relativa al Tratamiento y protección de Datos de carácter personal señala:

“LA CORREDURIA facilitará a GENERALI, al amparo del artículo 11.2 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal y del artículo 63.3 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, los datos de carácter personal de los clientes con el objeto de que estos celebren un contrato de seguro con GENERALI.

La CORREDURIA y GENERALI son Responsables del Tratamiento de sus respectivos ficheros de clientes y, por consiguiente, cada una de ellas decidirá sobre su finalidad, uso y contenido.

Las partes deberán cumplir las obligaciones que, a cada una de ellas, les impone respectivamente la Ley 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal y las demás normas jurídicas dictadas en su desarrollo normativo” (folios 86 y 89).

QUINTO. GENERALI en escrito de fecha 16/11/2015 ha manifestado que “el denunciante no ha sido, ni es, tomador de ninguna póliza de la que Generali sea la compañía aseguradora”, que “teniendo en cuenta que el denunciante no tenía la condición de tomador en ninguna de las pólizas, no se recabó su consentimiento para la emisión de las mismas,...” y que “La compañía mediadora de las pólizas en las que el denunciante constaba como conductor habitual distinto del tomador es ATLANTIA” (folios 825 y 826).

SEXTO. GENERALI en escrito de denuncia ante el Juzgado de Instrucción de la Coruña, el 10/12/2015 señala que el denunciante figura como primer conductor en 50 pólizas de seguro en vigor intermediadas por ATLANTIA (folio 1094).

SEPTIMO. ATLANTIA en escrito de 06/10/2015 señala que “no tiene ningún contrato suscrito con el afectado”; en escrito de 27/10/2015 ha manifestado que “los datos fueron facilitados por el propio denunciante” y en escrito de 18/11/2015 que “Los datos que se incluyen en las pólizas, son aportados por el tomador verbalmente o por escrito (como desee el cliente),... ” (folios 67, 79 y 965).

OCTAVO. ATLANTIA no ha aportado documento alguno, gráfico o sonoro, que acredite que contaba con el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos, para la inclusión en pólizas de seguro mediadas por la correduría en la condición de primer conductor.

NOVENO. GENERALI y NORTESEGUROS suscribieron Contrato Mercantil de Correduría de Seguros, no consta fecha, cuyo objeto es la promoción y ofrecimiento por ATLANTIA de la contratación de pólizas de seguros de GENERALI en su condición de mediador de seguros privados y que en dicha condición se encargara “en todo momento de la correcta formalización de los contratos de seguros que intermedie para GENERALI”. Entre sus estipulaciones, la Séptima, relativa al Tratamiento y protección de Datos de carácter personal incluye idéntico contenido que en la suscrita con ATLANTIA (folios 870 y 873).

DECIMO. NORTESEGUROS ha aportado Carta de Nombramiento, de 01/03/2012, de los tomadores ARTEC y LVG por la que designan y autorizan expresamente a NORTESEGUROS como mediador exclusivo respecto a sus riesgos asegurados y que cualquier gestión relacionada con sus pólizas no sea efectuada ni trasladada al mediador anterior ATLANTIA.

DECIMO PRIMERO. Constan aportadas las Condiciones Particulares de las pólizas de



seguros de automóviles de GENERALI números:

- **D.D.D.**, como tomador figuran los datos personales del tercero LVG, anual prorrogable, vehículo asegurado Toyota Corolla matrícula **H.H.H.**, periodo de cobertura 01/03/2012 al 28/02/2013; como conductor habitual figuran los datos personales del denunciante; como mediador figura ATLANTIA.

En las prórrogas de la póliza con vencimientos posteriores figura como mediador NORTESEGUROS.

- **E.E.E.**, como tomador figuran los datos de la empresa ARTEC, anual prorrogable, vehículo asegurado Citroen C-15 matrícula **F.F.F.**, periodo de cobertura 02/03/2012 al 01/03/2013; como conductor habitual figuran los datos personales del denunciante; como mediador figura ATLANTIA.

En las prórrogas de la póliza con vencimientos 08/05/2012 y posteriores figura como mediador NORTESEGUROS.

- **C.C.C.**, como tomador figuran los datos de la empresa ARTEC, anual prorrogable, vehículo asegurado Seat Inca matrícula **I.I.I.**, periodo de cobertura 07/06/2013 al 28/02/2014; como conductor habitual figuran los datos personales del representante de ARTEC; como mediador figura NORTESEGUROS, así como en las prórrogas de la póliza con vencimientos posteriores.

DECIMO SEGUNDO. Consta que la representación de ARTEC, en escrito de 05/11/2014, ha manifestado que "no conocemos ni hemos tenido nunca relación alguna con el denunciante, el cual figura como conductor habitual en nuestra póliza de Generali nº **E.E.E.** de la que somos tomadores.

Asimismo certificamos que no dimos ni instrucciones ni permiso al mediador de seguros emisor original de dicha póliza: Atlántia, Correduría de Seguros & Finanzas, S.L. (CIF: B-*****), para proceder de esa manera. Tanto es así que fuimos conscientes de la irregularidad una vez que nuestro mediador actual, NorteSeguros Correduría de Seguros, S.L. (CIF: B-*****) nos lo hizo saber" (folio 8).

DECIMO TERCERO. Consta que LVG, en escrito de 05/11/2014, ha manifestado que "no conozco ni he tenido nunca relación alguna con el denunciante, el cual figura como conductor habitual en mi póliza de Generali nº **D.D.D.** de la que soy tomadora.

Asimismo certifico que no di ni instrucciones ni permiso al mediador de seguros emisor original de dicha póliza: Atlántia, Correduría de Seguros & Finanzas, S.L. (CIF: B-*****), para proceder de esa manera. Tanto es así que fui consciente de la irregularidad una vez que nuestro mediador actual, NorteSeguros Correduría de Seguros, S.L. (CIF: B-*****) me lo hizo saber" (folio 9).

DECIMO CUARTO. NORTESEGUROS remitió a la oficina de GENERALI en La Coruña e-mail de fecha 05/11/2014, señalando: "Una vez detectada la grave irregularidad de hacer figurar al denunciante...como conductor habitual en varias de las pólizas traspasadas de ATLANTIA a NORTESEGUROS, cuando dicho conductor no tiene relación alguna con el tomador de la póliza respectiva, te rogaría emitieseis a la mayor brevedad los suplementos correspondientes retirando a dicho conductor. El objeto perseguido por ATLANTIA al incluir este conductor era arrastrar su historial de siniestralidad para obtener una prima más competitiva, una práctica que nos parece del todo reprochable sino ilegal.

(...)

Aprovecho la ocasión para, por si no lo habéis hecho ya, reviséis vuestros registros de las pólizas emitidas por el mediador ATLANTIA, dado que la inclusión de este conductor aparecerá con toda probabilidad en más expedientes que los que a nosotros nos afectan. Asimismo sería conveniente que valoraseis como Compañía que acciones iniciar y si trasladarle a el denunciante en que términos estaba siendo



*utilizado/suplantado por ATLANTIA. Como es lógico dudo mucho que sea consciente de todo esto. De igual manera si queréis que le traslade a los tomadores alguna comunicación por vuestra parte”
(...) (folio 29)*

TERCERO: **ATLANTIA, CORREDURÍA DE SEGUROS Y FINANZAS, S.L.** (en lo sucesivo el recurrente), ha presentado en fecha 23/06/2016, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente, en las alegaciones formuladas con anterioridad: la prescripción de la infracción; la inexistencia de infracción y, además, la suspensión de la ejecución.

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 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 el recurrente, 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 IX ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

II

Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo, procede analizar las excepciones alegadas por las representaciones de GENERALI y ATLANTIA que de prosperar invalidarían las consideraciones de fondo o materiales.

En primer lugar, alega la representación de GENERALI que debería suspenderse el procedimiento sancionador como consecuencia de la existencia de una cuestión prejudicial penal derivada de la denuncia interpuesta por el denunciante ante la policía por presunto delito de falsedad y usurpación del estado civil, en tanto no recaiga sentencia.

El artículo 7 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (REPEPOS), establece:

“1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga la resolución judicial.”

En respuesta a la cuestión planteada, basta hacer las siguientes puntualizaciones. Por una parte, indicar que en ningún caso podría existir la triple identidad, (de sujeto, hecho y fundamento) entre la infracción administrativa que se valora en este expediente sancionador y la posible infracción o infracciones penales que se deriven de las Diligencias Previa practicadas por el órgano jurisdiccional, ni el fundamento jurídico sería el mismo.

Muy significativa resulta a estos efectos la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de abril de 2012, (rec. 78/ 2010), en cuyo Fundamento Jurídico segundo el Tribunal se pronuncia en los siguiente términos frente al alegato de la recurrente de que la AEPD ha infringido el artículo 7 del REPEPOS:

“En este sentido el Art. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, únicamente prevé la suspensión del procedimiento administrativo cuando se verifique la existencia efectiva y real de un procedimiento penal, si se estima que concurre identidad de sujeto, hecho y fundamento de derecho entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder.

No obstante, y para la concurrencia de una prejudicialidad penal, se requiere que ésta condicione directamente la decisión que haya de tomarse o que sea imprescindible para resolver, presupuestos que no concurren en el caso examinado, en el que existe una separación entre los hechos por los que se sanciona en la resolución ahora recurrida y los que la recurrente invoca como posibles ilícitos penales. Así, y aun de haberse iniciado, en el presente supuesto, y por los hechos ahora controvertidos, también actuaciones penales frente a la empresa distribuidora, lo cierto es que tanto la conducta sancionadora como el bien jurídico protegido son distintos en una y otra vía (contencioso-administrativa y penal). En el ámbito penal, el bien jurídico protegido es una posible falsedad documental y estafa, y en el ámbito administrativo, en cambio, la facultad de disposición de sus datos personales por parte de su titular, por lo que tal objeción de la demandada ha de ser rechazada”.

En consideración a lo expuesto esta cuestión previa planteada no puede estimarse.

- En segundo lugar, alega la representación de ATLANTIA la prescripción por haber superado el plazo de dos años desde la finalización del periodo de vigencia de las pólizas intervenidas por ATLANTIA considerando dicha fecha como inicial del cómputo del plazo de prescripción de dos años.

La LOPD, en el artículo 47.1, 2 y 3, señala:

“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”.

Con carácter general, hay que señalar que las infracciones graves prescriben efectivamente a los dos años, ex artículo 47.1 de la LOPD. El citado plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido (ex artículo 47.2 de la LOPD) y cuando la infracción consiste, en una comisión que despliega sus efectos durante un plazo de temporal más o menos dilatado, según el tiempo que transcurra tratando datos indebidamente el “dies a quo” se mantiene hasta que la actividad infractora cesa, en este caso hasta que se produce la finalización del periodo de vigencia de las pólizas intermediadas por ATLANTIA. Y el día final del plazo tiene lugar cuando el interesado tiene conocimiento de apertura del procedimiento sancionador, siendo, por tanto, esta circunstancia una causa de interrupción de la prescripción, ex artículo 47.3 de la Ley Orgánica.

El carácter permanente de la infracción que aquí se imputa es una constante en la Jurisprudencia de la Audiencia Nacional. Criterio que este Tribunal ha confirmado en sus últimas sentencias, entre ellas la SAN de 24 de junio de 2010 (Rec. 539/2010) que F.T. conoce bien, por cuanto fue ella parte recurrente. El Fundamento de Derecho Tercero de la referida Sentencia expone: “Sostiene asimismo la demandante que se ha producido la prescripción de ambas infracciones imputadas, de los artículos 6.1 y 4.3 de la LOPD, argumentándose que han transcurrido más de dos años desde que se cometieron las mismas, (...)”



Nos encontramos en cualquier caso en el supuesto ante las denominadas infracciones permanentes, respecto de las que esta Sala ha declarado con reiteración, ya desde la SAN de 21 de septiembre de 2001 (Rec. 95/200), que (..) se caracterizan porque la conducta constitutiva de un único ilícito se mantiene durante un espacio prolongado de tiempo, lo que implica que el plazo de prescripción no se inicia "al no haber cesado la situación de infracción perseguida" -STS de 18 de febrero de 1985". Criterio que también han seguido, entre otras, las SSAN (1ª) de 22 de febrero de 2006 (Re. 343/2004), 21 de noviembre de 2007 (Rec. 117/2006), 11 de diciembre de 2008 (Rec. 574/2007).

Concepto jurídico plenamente aplicable al supuesto litigioso tomando en consideración que tanto el tratamiento de datos sin consentimiento como la inclusión indebida de los mismos en Asnef se mantuvo durante un periodo prolongado de tiempo, por lo que habrá que estar a la fecha de finalización y no de inicio, de dichas conductas, para el cómputo del plazo de prescripción. Y a tal fin resulta, según se desprende de las actuaciones practicadas que los datos personales del denunciante figuraron de alta, asociados a la misma presunta deuda, hasta el 28 de febrero de 2005, por lo que necesariamente ha de considerarse esta fecha a efectos de comisión de la infracción."

En el presente caso, la infracción imputada es constitutiva de una infracción continuada, es decir, caracterizada porque la conducta merecedora de reproche administrativo se mantiene durante un espacio de tiempo prolongado y el cómputo del plazo de prescripción no llega a iniciarse hasta tanto dicha conducta se interrumpa. Consta que ATLANTIA ha intermediado en un gran número de pólizas de las cuales al menos 21 de ellas contenía el nombre del denunciante como conductor habitual en fecha 27/10/2015 cuando GENRALI lo comunica a la AEPD. Por tanto, dado que la vulneración del principio de consentimiento está considerado como una infracción grave, que, por tanto, prescribe a los dos años, ha quedado acreditado que la misma no había prescrito a 07/12/2015, cuando se acordó la apertura del presente procedimiento sancionador, con conocimiento de la entidad denunciada.

Por lo expuesto, hay que concluir que en la fecha de adopción del acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador, con conocimiento de la denunciada no habían transcurrido los dos años de prescripción señalados para las infracciones graves, a contar desde la interrupción de la conducta infractora.

En consecuencia, la referida alegación debe ser desestimada.

III

Se imputa a ATLANTIA en el presente procedimiento sancionador una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, que determina:

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

Y en su apartado segundo determina que:

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



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

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, (F.J. 7 primer párrafo) “consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...).

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

El presupuesto fáctico de la infracción atribuida a ATLANTIA se concreta en el tratamiento de los datos del denunciante sin contar con su consentimiento inequívoco, materializado en la vinculación con contratos de seguro de automóviles de la compañía aseguradora GENERALI con la que ATLANTIA, como correduría tenía suscrito Contrato Mercantil de Correduría de Seguros, habiendo mediado en la emisión de las citadas pólizas, en las que figura el afectado en la condición de conductor habitual ó primer conductor.

Es cierto, que en el tratamiento de datos de las pólizas intermediadas por ATLANTIA y cuyos tomadores son ARTEC y LVC han prescrito al haber transcurrido más de dos años en la gestión relacionada con las citadas pólizas por el citado mediador. Dichos tomadores han aportado Carta de Nombramiento de 01/03/2012 designando a NORTESEGUROS como mediador exclusivo a partir de dicha fecha.

Sin embargo, GENERALI en escrito de fecha 27/10/2015 ha aportado copia de pólizas donde figuran los datos del denunciante en calidad de primer conductor, con sus correspondientes recibos de pago; en todas ellas figura ATLANTIA como mediador de las mismas en su condición de corredor de seguros (folios 102 a 806). También ha indicado que “El origen de los datos de carácter personal del denunciante que obran en poder de la compañía es consecuencia directa de la intervención en la contratación de pólizas de la entidad ATLANTIA”. Aporta, además de las copias de las pólizas, el listado con la información de 68 pólizas de seguros de automóviles en las que figura el denunciante en la condición de conductor habitual, de las que 23 se hallan en vigor en la fecha del escrito (27/10/2015).

A mayor abundamiento, como consecuencia de los citados hechos GENERLI presentó denuncia ante el Juzgado de Instrucción de la Coruña contra ATLANTIA siendo admitida a trámite, por delito de estafa y falsificación.



En el escrito de denuncia ante el Juzgado en Hecho Segundo del mismo se indica: "Tras el resultado de las primeras investigaciones GENERALI procedió a realizar una comprobación más exhaustiva, confirmando que la correduría denunciada venía llevando a cabo esta práctica irregular con otros supuestos "conductores habituales", a los que se incluía en pólizas respecto de las cuales eran totalmente ajenos, no solo como conductores, sino incluso respecto de las personas aseguradas".

A continuación aporta una tabla con las personas que figuran como conductores habituales distintas y ajenas a los tomadores de las pólizas de autos actualmente vigentes en las que medió ATLANTIA y en lo que parece ser una práctica habitual de la mediadora; en la tabla figura el denunciante en 50 pólizas en tal condición. Además, figuran otras 14 personas cuyo número de inclusión en pólizas en la condición de primer conductor es el siguiente: 73, 57, 12, 12, 9, 8, 5, 5, 2, 1, 1, 1, 1.

GENERALI indica que "En lo que concierne al procedimiento para recabar los datos del conductor habitual, es el corredor quien requiere directamente al tomador, para que indique el nombre del conductor designado, al efecto de que los datos relativos a su nombre sean tratados para el correcto cumplimiento de la relación contractual de aseguramiento" (folio).

Dichos tratamientos de datos vulneran el principio de consentimiento, recogido en el artículo 6.1 de la LOPD, por cuanto el mismo ni se realizó con el consentimiento del denunciante, ni concurre en el supuesto examinado ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD que permitirían a ATLANTIA tratar los datos del denunciante sin su consentimiento.

IV

Con carácter general, la actividad de mediación del seguro privado se encuentra regulada en la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados. En el presente caso interviene un corredor de seguros por lo que hay que traer a colación lo establecido en el artículo 26 de la citada Ley.

El artículo 26 Corredores de seguros, establece:

"1. Son corredores de seguros las personas físicas o jurídicas que realizan la actividad mercantil de mediación de seguros privados definida en el artículo 2.1 de esta Ley sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras, y que ofrece asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestos sus personas, sus patrimonios, sus intereses o responsabilidades.

A estos efectos, se entenderá por asesoramiento independiente, profesional e imparcial el realizado conforme a la obligación de llevar a cabo un análisis objetivo de conformidad con lo previsto en el artículo 42.4 de esta Ley.

2. Los corredores de seguros deberán informar a quien trate de concertar el seguro sobre las condiciones del contrato que a su juicio conviene suscribir y ofrecer la cobertura que, de acuerdo a su criterio profesional, mejor se adapte a las necesidades de aquél; asimismo, velarán por la concurrencia de los requisitos que ha de reunir la póliza de seguro para su eficacia y plenitud de efectos.

3. (...)

4. (...)

El artículo 62 "Condición de responsable o encargado del tratamiento", en lo relativo a los corredores establece:

"1. A los efectos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal:

a) (...)

b) (...)



c) Los corredores de seguros y los corredores de reaseguros tendrán la condición de responsables del tratamiento respecto de los datos de las personas que acudan a ellos.

d) Los colaboradores externos a los que se refiere el artículo 8 de esta Ley tendrán la condición de encargados del tratamiento de los agentes o corredores de seguros con los que hubieran celebrado el correspondiente contrato mercantil. En este caso, sólo podrán tratar los datos para los fines previstos en el apartado 1 de dicho artículo 8”.

Y el artículo 63 “Otras normas de protección de datos”, señala:

“1. En la publicidad que remitan a terceros los mediadores de seguros y los corredores de reaseguros a través de comunicaciones electrónicas deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 21 y 22.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

2. (...)

3. Los corredores de seguros podrán tratar los datos de las personas que se dirijan a ellos, sin necesidad de contar con su consentimiento:

a) Antes de que aquéllos celebren el contrato de seguro, con las finalidades de ofrecerles el asesoramiento independiente, profesional e imparcial al que se refiere esta Ley y de facilitar dichos datos a la entidad aseguradora o reaseguradora con la que fuese a celebrarse el correspondiente contrato.

b) Después de celebrado el contrato de seguro, exclusivamente para ofrecerles el asesoramiento independiente, profesional e imparcial al que se refiere esta Ley o a los fines previstos en su artículo 26.3.

Para la utilización y tratamiento de los datos para cualquier otra finalidad distinta de las establecidas en las dos letras anteriores, los corredores de seguros deberán contar con el consentimiento de los interesados.

4. Resuelto el contrato de seguro en cuya mediación hubiera intervenido un corredor de seguros o un corredor de reaseguros, éste deberá proceder a la cancelación de los datos, a menos que el interesado le hubiera autorizado el tratamiento de sus datos para otras finalidades y, en particular, para la celebración de un nuevo contrato.

En todo caso, el corredor de seguros y el corredor de reaseguros no podrán facilitar los datos del interesado a otra entidad distinta de aquella con la que el interesado hubiera celebrado el contrato resuelto si no media su consentimiento inequívoco para ello”.

Del mismo modo, ha de hacerse referencia a lo previsto en el contrato mercantil celebrado entre GENERALI y ATLANTIA. Entre sus estipulaciones, la Séptima, relativa al Tratamiento y protección de Datos de carácter personal señala:

“LA CORREDURIA facilitará a GENERALI, al amparo del artículo 11.2 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal y del artículo 63.3 de la Ley 26/2006, de 17 de julio, los datos de carácter personal de los clientes con el objeto de que estos celebren un contrato de seguro con GENERALI.

La CORREDURIA y GENERALI son Responsables del Tratamiento de sus respectivos ficheros de clientes y, por consiguiente, cada una de ellas decidirá sobre su finalidad, uso y contenido.

Las partes deberán cumplir las obligaciones que, a cada una de ellas, les impone respectivamente la Ley 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal y las demás normas jurídicas dictadas en su desarrollo normativo”.

Los preceptos anteriores han de ponerse en relación con el artículo 43 de la LOPD que señala:



“Responsables.- 1. “ Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente ley”

La Audiencia Nacional en su Sentencia de 16/10/2003 ha declarado que “se define al “responsable del tratamiento” como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio, o cualquier otro organismo que sólo, o conjuntamente con otros, determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales, por lo que tal figura del responsable se conecta en la Ley con el poder de decisión sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

Se desprende asimismo de los repetidos apartados del art. 3, como ya se ha manifestado, la diferenciación de dos responsables en función de que el poder de decisión vaya dirigido al fichero o al propio tratamiento de datos. Así, el responsable del fichero es quien decide la creación del fichero y su aplicación, y también su finalidad, contenido y uso, es decir, quien tiene capacidad de decisión sobre la totalidad de los datos registrados en dicho fichero. El responsable del tratamiento, sin embargo, es el sujeto al que cabe imputar las decisiones sobre las concretas actividades de un determinado tratamiento de datos, esto es, sobre una aplicación específico. Se trataría de todos aquellos supuestos en los que el poder de decisión debe diferenciarse de la realización material de la actividad que integra el tratamiento”

El propio reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre, en el apartado q) del artículo 5, señala lo siguiente:

q) Responsable del fichero o del tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que solo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente.

Podrán ser también responsables del fichero o del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados”.

En el presente caso, ATLANTIA, es responsable de la infracción que se deriva de la actuación realizada en atención a que como responsable del fichero es quien decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, es decir, quien tiene capacidad de decisión sobre los datos registrados en su fichero.

ATLANTIA ha tratado los datos del denunciante sin su consentimiento, incorporándolos a su fichero y tratándolos de forma automatizada, para volcarlos a través de la web que la aseguradora pone a su disposición y sirviéndose de las claves de acceso facilitadas por ésta para formalizar las solicitudes de emisión de las pólizas e incluirlo en la condición de primer conductor o conductor habitual, debiendo haberse asegurado que aquel a quien se solicita los datos para ser tratados por ella, los presta con su consentimiento inequívoco y que dicha persona que están dando el consentimiento, efectivamente es el titular de los datos personales en cuestión.

V

Alega la representación de ATLANTIA que los datos relativos al denunciante incluidos en las pólizas no fueron facilitados por la correduría a GENERALI.

Sin embargo tal manifestación no puede ser admitida a la luz de los hechos probados en el procedimiento. GENERALI en escrito de 27/10/2015 ha aportado copia y listado de las pólizas mediadas por ATLANTIA en las que figura el denunciante como primer conductor, de las que 23 se hallaban en vigor. Aunque en el escrito de denuncia presentado ante los Juzgados de Instrucción de la Coruña el citado número aumenta hasta las 50, en lo que parece ser práctica común de la correduría. También el denunciante en fecha 08/05/2015 aportó el citado listado declarando con respecto al mismo que él aparecen “las pólizas emitidas sin el consentimiento del compareciente” (denunciante).

La propia aseguradora ha manifestado que “El origen de los datos de carácter personal del denunciante que obran en poder de la compañía es consecuencia directa de la intervención en la contratación de las pólizas de seguro de la entidad ATLANTIA”

La Audiencia Nacional ha señalado con reiteración en numerosas sentencias que la negativa del denunciante, en el sentido de no haber otorgado su consentimiento a la entidad denunciada para el tratamiento de sus datos, traslada a ésta última la carga de probar el mismo.

En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional, de fecha 21 de diciembre de 2001, que señala: “...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”.

Asimismo, la Audiencia Nacional en Sentencia de 01/02/2006, señaló, en cuanto a la prueba de la existencia de un consentimiento inequívoco, lo siguiente: “Es necesario tomar en consideración que lo que la Ley Orgánica 15/99 exige es que el consentimiento para el tratamiento de datos sea prestado de modo inequívoco, adjetivo que debe predicarse tanto de la forma de prestarse (que se preste de forma inequívoca y que no existan dudas sobre que el titular de los datos ha consentido en el tratamiento de los mismos) como de la acreditación de que se ha prestado (que no existan dudas de que el interesado ha consentido en la prestación de su consentimiento)”.

Por tanto, corresponde a ATLANTIA, estar en condiciones de acreditar que había obtenido el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos, pues, salvo aquellas excepciones establecidas en el artículo 6.2 de la LOPD, solamente el consentimiento justifica y legitima dicho tratamiento; en definitiva, le corresponde aportar la prueba de que dicho consentimiento ha sido prestado.

VI

De acuerdo con las previsiones de la LOPD, según modificación introducida por la Ley 21/2011, el artículo 44.3.b) tipifica como infracción grave “b) 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”. Infracción grave que será sancionada con multa de 40.001 a 300.000 euros, tras la nueva redacción dada al artículo 45.2 de la LOPD.

En el presente caso, ATLANTIA han incurrido en la infracción descrita, ya que el consentimiento para el tratamiento de los datos personales es un principio básico del derecho fundamental a la protección de datos, recogido en el artículo 6.1 de la LOPD. La correduría mencionada ha tratado los datos del denunciante sin contar con su consentimiento inequívoco al incluir sus datos en condición de primer conductor en 23 pólizas en vigor, lo que supone todo ello una vulneración del artículo 6.1 de la LOPD, conducta que encuentra su tipificación en este artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica y de la que la citada entidad debe responder.

VII

En segundo lugar, se imputa en el presente procedimiento a NORTESEGUROS la comisión de una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, que establece:

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



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

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

En el presente caso, NORTESEGUROS consta como mediador en pólizas de seguros en dos de las cuales: la nº ***PÓLIZA.1 cuyo tomador es ARTEC y la nº D.D.D. cuyo tomador es LVG, figura el denunciante como conductor habitual; sin embargo, la recogida de los datos para su tratamiento correspondió a ATLANTIA quien a través del portal de la aseguradora incorporo los datos personales que debían ser incluidos en las pólizas de seguros para su contratación.

Tal y como figuran en los hechos probados, las citadas pólizas fueron emitidas por GENERALI con la mediación de ATLANTIA, si bien posteriormente y por decisión de los tomadores la posición mediadora fue modificada autorizándose a NORTESEGUROS para mediar en las mismas mediante mandato conferido por los tomadores de los correspondientes seguros según consta en Carta de Nombramiento de 01/03/2012. Según la correduría fue al revisar las citadas pólizas cuando “detectó que el denunciante figuraba como conductor habitual en muchas de ellas y que, sin embargo, los tomadores de dichas pólizas... no tenían relación alguna con el denunciante; por lo que era inexplicable la inclusión de dicha persona como conductor habitual”.

Hay que señalar que los hechos anteriormente mencionados ya no se producen con la nº C.C.C., póliza gestionada por NORTESEGUROS para ARTEC a raíz de su nombramiento como mediador exclusivo y que al tratarse de nueva contratación fue quien recogió e incorporó a los ficheros los datos necesarios a efectos de emisión de la póliza, en la que figuran como tomador ARTEC y como conductor habitual el representante de ARTEC y no los del denunciante.

Por tanto, correspondía a ATLANTIA A raíz de ello, NORTESEGUROS puso en conocimiento de GENERALI los hechos mediante e-mail de 05/11/2014, señalando: “Una vez detectada la grave irregularidad de hacer figurar al denunciante...como conductor habitual en varias de las pólizas traspasadas de ATLANTIA a NORTESEGUROS, cuando dicho conductor no tiene relación alguna con el tomador de la póliza respectiva, te rogaría emitieseis a la mayor brevedad los suplementos correspondientes retirando a dicho conductor. El objeto perseguido por ATLANTIA al incluir este conductor era arrastrar su historial de siniestralidad para obtener una prima más competitiva, una práctica que nos parece del todo reprochable sino ilegal.

(...)

Aprovecho la ocasión para, por si no lo habéis hecho ya, reviséis vuestros registros de las pólizas emitidas por el mediador ATLANTIA, dado que la inclusión de este conductor aparecerá con toda probabilidad en más expedientes que los que a nosotros nos afectan. Asimismo sería conveniente que valoraseis como Compañía que acciones iniciar y si trasladarle a el denunciante en que términos estaba siendo utilizado/suplantado por ATLANTIA. Como es lógico dudo mucho que sea consciente de todo esto. De igual manera si queréis que le traslade a los tomadores alguna comunicación por vuestra parte”, reenviado posteriormente según consta en el expediente (folios 1277 a 1279).

Por tanto, no cabe imputar a NORETESEGUROS incumplimiento alguno de la normativa en materia de protección de datos, sino todo lo contrario, pues como bien señala la representación de la entidad fue gracias a su actuación como pudo conocerse por GENERALI, los tomadores que le habían conferido el mandato para llevar a cabo operaciones de mediación y el propio denunciante las irregularidades cometidas por ATLANTIA.

VIII

En tercer lugar, se imputa en el presente procedimiento a GENERALI la comisión de una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, que establece:

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

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

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

En el presente caso, hay que volver a traer a colación cual es elemento factico de la infracción atribuida a ATLANTIA que se concreta en el tratamiento sin consentimiento de los datos del denunciante, al ser incluidos en gran número de pólizas de seguros de automóviles de la aseguradora GENERALI, en la condición de primer conductor o de conductor habitual.

Las peculiaridades del caso se centran en la intervención en la contratación de un Corredor de Seguros; la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en el artículo 26 establece:

“1. Son corredores de seguros las personas físicas o jurídicas que realizan la actividad mercantil de mediación de seguros privados definida en el artículo 2.1 de esta Ley sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras, y que ofrece asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestos sus personas, sus patrimonios, sus intereses o responsabilidades”.



Ya se ha señalado con anterioridad que a los efectos previstos en la LOPD, los corredores de seguros tendrán la condición de responsables del tratamiento respecto de los datos de las personas que acudan a ellos. No obstante, también GENERALI ostenta la condición de responsable respecto de los datos incluidos en sus ficheros, tal y como señala en el contrato suscrito con ATLANTIA, en el que correspondía a la correduría facilitar los datos de carácter personal de los clientes a fin de la celebración de un contrato de seguro con la aseguradora, en la que ambas Responsables del Tratamiento de sus respectivos ficheros de clientes decidiendo sobre su finalidad, uso y contenido y que ambas debían cumplir las obligaciones que, a cada una de ellas, les impone la LOPD y su Reglamento. Obligaciones, que en el caso de ATLANTIA han resultado incumplidas infringiendo el artículo 6.1 de la LOPD.

Hay que indicar, en relación con GENERALI, que la Audiencia Nacional en sentencia de 04/07/2007 ha señalado: "Ello, porque en definitiva la controversia planteada consiste en determinar si es exigible o no el "consentimiento inequívoco" del Art. 6.1 de la LOPD, a fin de contratar determinada póliza de seguro, no solo al corredor o mediador que interviene entre la aseguradora y las aseguradas o clientes, en este caso Ebroseguros, sino también a dicha compañía de seguros cuya póliza se contrata, en este caso Arag.

Para ello es necesario poner de manifiesto los siguientes elementos fácticos de trascendencia, que han resultado acreditados en las actuaciones:

(...)

Ha de tomarse en consideración, además, como argumenta con reiteración la aseguradora actora, y así se desprende del hecho probado sexto de la resolución, que la misma recibió los datos personales de las denunciante para la emisión de las pólizas de Defensa Jurídica, a través de un listado de clientes, remitido por Ebroseguros con objeto, precisamente, de proceder a dicha contratación.

Listado en el que se incluía el nombre, apellidos, número de DNI, dirección completa y número de cuenta corriente (así como determinados códigos) de dichas denunciante.

Es por ello que esta Sala considera que lleva razón tal entidad recurrente cuando sostiene que actuó siempre en la creencia de que el corredor de seguros le había cedido (tal y como manifestaba), los datos de aquellos de sus clientes que habían mostrado su efectivo interés en el repetido seguro de defensa jurídica".

Es cierto que ATLANTIA, en su condición de corredor de seguros, actúa de forma absolutamente independiente y sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras; ahora bien, la responsabilidad de GENERALI no decae por esta circunstancia sino que se extiende a la actuación llevada a cabo con posterioridad a la emisión de las pólizas de seguro y una vez tuvo conocimiento de los hechos puestos de manifiesto: la inclusión de los datos del denunciante en las pólizas intermediadas por ATLANTIA incluyendo al denunciante, sin su consentimiento, como conductor habitual ó primer conductor, a través tanto del correo enviado por NORTESEGUROS y de las actuaciones llevadas a cabo con posterioridad a los requerimientos de información de la AEPD que acreditan una razonable diligencia.

Así, GENERALI en escrito de 16/11/2015 ha manifestado que "En cuanto se tuvo conocimiento de esta circunstancia, se dio al mediador instrucciones precisas para resolverla de inmediato. No obstante, no se le envió respuesta escrita a la comunicación recibida, por cuanto la gestión de este asunto requería de una celeridad, confidencialidad y rigor que no se podía conseguir mediante una comunicación escrita".

Con posterioridad y coincidiendo con los requerimientos de información se le envió a ATLANTIA burofax con la decisión de GENERALI de finalizar la relación contractual existente entre las partes. También se le ponía en conocimiento que las pólizas intermediadas por la correduría serían anuladas a su vencimiento a consecuencia de las prácticas fraudulentas llevadas a cabo en su emisión y la solicitud al departamento de autos de la aseguradora para la eliminación de los datos del denunciante de cualquier póliza en vigor en la que estuviera incluido.

En lo que se refiere a los tomadores afectados se les comunicó la circunstancia de la inclusión en las pólizas del denunciante como conductor habitual y se les anunciaba la cancelación de la relación contractual con el mediador y su puesta a disposición para cualquier duda o consulta que les surgiera.

Por último, GENERALI presentó el 10/12/2015 denuncia ante los Juzgados de La Coruña contra la correduría ATLANTIA, puesto que a raíz de las investigaciones llevadas a cabo por la compañía aseguradora para esclarecer los hechos ocurridos, tuvo conocimiento de lo que parece ser una práctica habitual de la correduría, ya que no solo el denunciante había sido incluido en pólizas de tomadores que le eran ajenos en la condición de primer conductor, con la finalidad de servirse de la no siniestralidad del mismo emitiendo un número elevado de pólizas con una prima inferior a las que les hubiera correspondido abonar si se hubieran emitido conforme a la siniestralidad del tomador o verdadero primer conductor, sino que como puso de manifiesto en el escrito de denuncia existían otras catorce personas afectadas por estas prácticas (folio 1094), figurando el denunciante en 50 pólizas en vigor.

IX

El artículo 45.2, 4 y 5 de la LOPD establece que:

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

(...)

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”.

La representación de ATLANTIA ha invocado el principio de proporcionalidad y la aplicación del artículo 45.4 y 5 de la LOPD, graduándose la sanción en función de las circunstancias concurrentes en el presente caso: ausencia de intencionalidad, ausencia de beneficios, ausencia de perjuicios, falta de reincidencia, etc.).

Hay que indicar que el artículo 45.5 de la LOPD deriva del principio de proporcionalidad de la sanción y permite establecer " la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate", pero para ello es necesario la concurrencia de, 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.

En el presente caso, ha quedado acreditado que ATLANTIA han vulnerado el artículo 6.1 de la LOPD, al tratar los datos del denunciante sin su consentimiento inequívoco, asociándolos a contratos de seguro de automóviles de la compañía aseguradora GENERALI con la que la correduría tenía suscrito Contrato Mercantil de Correduría de Seguros, mediando en la emisión de los mismos y en los que figura el afectado en la condición de conductor habitual ó primer conductor, por lo que su actuación ha de ser objeto de sanción.

GENERALI en escrito de fecha 27/10/2015 ha aportado copia de las pólizas donde figuran los datos del denunciante en calidad de primer conductor, en las que figura ATLANTIA como mediador de las mismas en su condición de corredor de seguros, señalando que "El origen de los datos de carácter personal del denunciante que obran en poder de la compañía es consecuencia directa de la intervención en la contratación de pólizas de la entidad ATLANTIA". Además de las copias de las pólizas, aporta el listado con la información de 68 pólizas de seguros de automóviles en las que figura el denunciante en la condición de conductor habitual, de las cuales 23 se hallan en vigor.

ATLANTIA en escrito de 27/10/2015 ha manifestado que "los datos fueron facilitados por el propio denunciante" mientras que GENERALI manifiesta que "es el corredor quien requiere directamente al tomador, para que indique el nombre del conductor designado, al efecto de que los datos relativos a su nombre sean tratados para el correcto cumplimiento de la relación contractual de aseguramiento”.

A mayor abundamiento, como consecuencia de los citados hechos GENERLI presentó denuncia ante el Juzgado de Instrucción de la Coruña contra ATLANTIA siendo admitida a trámite, por delito de estafa y falsificación.



En el escrito de denuncia se indica: "Tras el resultado de las primeras investigaciones GENERALI procedió a realizar una comprobación más exhaustiva, confirmando que la correduría denunciada venía llevando a cabo esta práctica irregular con otros supuestos "conductores habituales", a los que se incluía en pólizas respecto de las cuales eran totalmente ajenos, no solo como conductores, sino incluso respecto de las personas aseguradas".

A continuación aporta una tabla con las personas que figuran como conductores habituales distintas y ajenas a los tomadores de las pólizas de autos actualmente vigentes en las que medió ATLANTIA; en la tabla figura el denunciante en 50 pólizas en tal condición. Además, figuran otras 13 personas cuyo número de veces incluidos en pólizas en la condición de primer conductor es el siguiente: 73, 57, 12, 12, 9, 8, 5, 5, 2, 1, 1, 1, 1.

Por tanto, las circunstancias del artículo 45.5 de la LOPD no se dan en el presente caso, lo que impide apreciar la existencia de motivos para la aplicación de la facultad contemplada en el mismo, debido, por un lado, no obra en el expediente ningún elemento que lleve a apreciar la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en los apartados b, c), d) y e) 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).

La representación de ATLANTIA ha invocado la concurrencia de criterios previstos en el artículo 45.4 LOPD a efectos de la atenuación de la sanción a imponer.

En cuanto a la circunstancia prevista en el apartado f) del artículo 45.4, relativa al grado de intencionalidad, dicha expresión debe entenderse en el sentido del grado de "culpabilidad", esta interpretación ha sido corroborada por la Audiencia Nacional en su sentencia de 12/11/2007 (Rec. 351/2006), señalando "Comienza el recurrente invocando la no intencionalidad de su conducta. (...) 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 asunto que las entidades hubieran actuado intencionadamente o con dolo, hay que señalar que el tipo apreciado no requiere dolo para su perfección, pudiendo ser cometido a título de simple negligencia.

En cuanto a la circunstancia prevista en el apartado h) del artículo 45.4, relativa a la ausencia de daños y perjuicios, tal alegato no puede aceptarse pues parece evidente que estos han existido y, además, en detrimento de la propia entidad aseguradora vinculados al comportamiento que al parecer era común en la entidad, la inclusión como conductor habitual de personas con baja siniestralidad para que la prima a pagar fuera menor de la que hubiera podido corresponder.



Además, la Audiencia Nacional se ha pronunciado en varias sentencias, entre otras la de fecha 11/03/2010, rec. 429/2009, señalando que “Por otra parte, esta Sala también ha declarado con reiteración que son irrelevantes los perjuicios económicos toda vez que, el interés jurídico protegido por la LOPD es la privacidad, sin que sea necesaria lesión o daño patrimonial sino que basta que el comportamiento enjuiciado incida en la esfera privada de los afectados por los datos tratados”.

En cuanto a la circunstancia prevista en el apartado g) del artículo 45.4, la ausencia de reincidencia en la comisión de infracciones de la misma naturaleza, hay que señalar que la citada circunstancia por su propia naturaleza no puede operar como atenuante, premiando la no infracción de la normativa sobre protección de datos y el cumplimiento de deberes que la ley impone, aunque sí podría ser utilizada como agravante de la conducta a enjuiciar e incrementando la sanción a imponer.

En cuanto a la ausencia de beneficio circunstancia prevista en el apartado e) del artículo 45.4 tampoco puede admitirse puesto que estos han existido; ATLANTIA al conseguir para su clientela unas primas más favorables que las que le correspondían, derivados de la baja siniestralidad de los conductores habituales ajenos a los tomadores, permitía atraer a nuevos clientes aumentando sus beneficios.

No obstante, se advierten otras circunstancias que operan como agravantes de la conducta de la entidad que ahora se enjuicia. Entre ellas cabe citar el apartado a) El carácter continuado de la infracción, en lo que parece ser una práctica común en la denunciada, b) El volumen de los tratamientos efectuados, pues no se limitó a la inclusión de los datos del denunciante en una sola póliza sino en un elevado número de ellas; el apartado c) “La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal”, pues es evidente que en el desarrollo de la actividad empresarial que desempeñan las entidades denunciadas se ven obligadas a un continuo tratamiento de datos personales tanto de sus clientes como de terceros; el apartado d) “volumen de negocio o actividad del infractor”, toda vez que se trata de una gran correduría de seguros.

En el presente caso, valorados los criterios de graduación de las sanciones establecidos en el artículo 45.4, tanto favorables como adversos, se propone una sanción de 50.000 € a por haber infringido ambas el artículo 6.1 de la LOPD, de la que ATLANTIA debe responder.



III

En su escrito de recurso, insiste el recurrente en la inexistencia de infracción alegando que no existen pruebas de su responsabilidad en las pólizas emitidas unilateralmente por la aseguradora.

Sin embargo, tal manifestación no puede ser admitida debiendo ser desestimada; es cierto, que el corredor es un asesor que debe tanto informar al cliente como buscarle la cobertura que mejor se adapte a sus intereses, pero también lo es, que no está habilitado para incluir en las pólizas, en la condición de conductor habitual, el nombre y apellidos de una persona totalmente ajena a los tomadores del seguro con la única finalidad de obtener primas más favorables para sus clientes basándose en la baja siniestralidad de aquel y en claro perjuicio de la aseguradora y de sus potenciales competidores.

Y es que una cosa es velar por los intereses de sus asegurados y otra bien distinta incluir en las pólizas, sin su consentimiento, a dicha persona excediéndose de sus funciones de mediación, contratando las pólizas sin haber consultado, asesorado e informado ni al tomador ni al afectado, en su condición de conductor habitual, utilizando para dichos seguros y sin su autorización, los datos contenidos en sus ficheros, y que el afectado había aportado anteriormente en su condición de cliente para la gestión de seguro de automóvil a su nombre.

En definitiva, la conducta descrita, supone una clara infracción del artículo 6.1 de la LOPD según el cual el tratamiento de los datos de carácter personal requiere -salvo excepciones - el consentimiento del afectado.

Además, contrariamente a lo que indica el recurrente de que no existe prueba en el expediente de su responsabilidad en las pólizas emitidas por la aseguradora, es la Correduría la que debe acreditar que existe prueba de que el interesado le autorizó para su inclusión en la condición de conductor habitual en las pólizas emitidas por GENERALI, resultando acreditado que fue la recurrente la que traslado los datos del denunciante a la aseguradora provocando que fueran incluidos en las pólizas de automóviles, sin que haya aportado elemento alguno que permita concluir que contaba con el consentimiento del afectado para su tratamiento.

Más si cabe, cuando el propio denunciante en todo momento ha negado haber prestado su consentimiento para la utilización de sus datos personales en la condición de conductor habitual en la formalización de los seguros de las pólizas de automóviles que la correduría remitió a la aseguradora.

Señala igualmente el recurrente que las pólizas fueron emitidas unilateralmente por la aseguradora; sin embargo, hay que recordar que el corredor es responsable del tratamiento, debiendo traer a colación el artículo 26.1 de la Ley de mediación de seguros que señala *“Son corredores de seguros las personas físicas o jurídicas que realizan la actividad mercantil de mediación de seguros privados definida en el artículo 2.1 de esta Ley sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras, y que ofrece asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestas sus personas, sus patrimonios, sus intereses o responsabilidades”*, y el artículo 55.2.v) de la misma Ley que tipifica como infracción de la actividad de mediación *“La falta de autorización del cliente para la celebración de un contrato de seguro en cuya mediación hubiera intervenido un mediador de seguros”*.



Analógicamente, la Audiencia Nacional en sentencia de 04/07/2007 ha señalado que *“Así y sin perjuicio de que dicho consentimiento inequívoco, en los términos expuestos en el fundamento jurídico tercero, pueda ser exigible o no a Ebroseguros, cuestión que no procede resolver aquí, teniendo en cuenta la especial naturaleza jurídica de la figura del “corredor” o “mediador” de seguros ya mencionada, y las circunstancias concurrentes en el caso, consideramos excesivo exigir también, a la compañía de seguros, la comprobación fehaciente de dicha prestación del consentimiento inequívoco por parte de las aseguradas.*

En definitiva entendemos que Arag actuó con el convencimiento legítimo de que el repetido consentimiento, por parte de las denunciadas, había sido prestado al mediador de seguros, tal y como dicho mediador le dio a entender con la remisión del listado con todos los datos personales de los clientes (incluido su número de cuenta corriente), a los que procedía dar de alta en la repetida póliza de Defensa Jurídica”.

También la recurrente en su escrito de recurso ha solicitado la suspensión de la ejecución de la sanción. Sin embargo, la solicitud ha sido desestimada en virtud de resolución de la Directora de la AEPD de 01/09/2016.

IV

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, el recurrente 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 **ATLANTIA, CORREDURÍA DE SEGUROS Y FINANZAS, S.L.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 24 de mayo de 2016, en el procedimiento sancionador PS/00684/2015.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **ATLANTIA, CORREDURÍA DE SEGUROS Y FINANZAS, S.L.**

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