

Procedimiento nº.: PS/00209/2018
180-100519

Recurso de reposición Nº RR/00865/2018

Examinado el recurso de reposición interpuesto por CAJAMAR Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00209/2018 y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 16/11/2018 se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00209/2018, en virtud de la cual se impuso a CAJAMAR Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, una sanción de 60.000 € (sesenta mil euros) por vulneración de lo dispuesto en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) en relación con el artículo 29.4 de la LOPD y con el artículo 38.1.a, del Reglamento de desarrollo de la citada Ley Orgánica, infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.c) de la LOPD, de conformidad con lo establecido en su artículo 45.2.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 19/11/2018, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de acuerdo 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 (RLOPD)

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00209/2018, se dejó constancia de los siguientes en la resolución recurrida:

*<<PRIMERO: A.A.A., con NIE ***NIF.1, denuncia que CAJAMAR le ha incluido en ficheros de solvencia por la totalidad del préstamo hipotecario pendiente, sin haberle requerido con carácter previo el pago de la deuda informada y sin que tal deuda fuera cierta, vencida y exigible. (Folios 1 a 3)*

SEGUNDO: EXPERIAN BUREAU DE CRÉDITO, S.A. (EXPERIAN) ha aportado documentación acreditativa de que, respecto a la operación identificada con la referencia nº 300716490219129, correspondiente a un préstamo hipotecario, CAJAMAR informó al fichero BADEXCUG los datos personales del denunciante (nombre, apellidos, NIF y domicilio) en tres ocasiones:

- La 1ª incidencia, con fecha de alta 06/04/2014, por un importe de 1.315, 87 euros, se dio de baja el 27/04/2015.
- La 2ª incidencia, con fecha de alta 29/06/2014, por un saldo impagado de 2.697,09 euros, se dio de baja el 20/07/2014.
- La 3ª incidencia, se dio de alta el 17/05/2015 siendo en esa fecha el importe del saldo impagado de 12.138,47 euros. En fecha 31/05/2015 el importe de la deuda informada ascendió a 13.110,85 euros.
En fecha 14/06/2015 el saldo impagado pasó a 257.192,29 euros. Esa

inclusión mantuvo el saldo pendiente de pago por importe, 257.192,29 euros desde el 14/06/2015 hasta la fecha de baja de la anotación, el 14/03/2017.

(Folios 181 y 187 a 189)

TERCERO: *EXPERIAN ha manifestado que dio de baja del fichero BADEXCUG la incidencia asociada a los datos personales del denunciante en relación con la operación número 300716490219129, a raíz de que éste ejercitara el derecho de cancelación.*

EXPERIAN recibió la solicitud del denunciante para que cancelara sus datos el 21/03/2017 quien aportó los siguientes documentos:

-La acreditación de su identidad.

*-La copia del Auto 401/16, del Juzgado de Primera Instancia número 13 de ***LOCALIDAD.1, que resolvió el incidente de oposición a la Ejecución Hipotecaria 881/2015 promovida por CAJAMAR, declaró nulas por abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado y el cobro indebido respecto al tipo de interés aplicado y el que correspondía aplicar según contrato suscrito por las partes, concluyendo que la cantidad reclamada no era líquida y por tanto era errónea, y acordó el sobreseimiento del procedimiento de ejecución. (Folios 192 a 204)*

CAJAMAR accedió a la aplicación eSPaCio -mediante la que el Servicio de Protección al Consumidor de EXPERIAN gestiona las solicitudes de derechos- el 09/03/2017 y denegó la cancelación solicitada por el afectado (folio 205)

EXPERIAN en fecha 14/03/2017 canceló cautelarmente la inclusión asociada a la operación 30071649021912 informada por CAJAMAR (folios 205 a 207)

[1]

CUARTO: *Resulta acreditado que CAJAMAR interpuso en el año 2015 frente al denunciante demanda ejecutiva -ejecución dineraria sobre bienes inmuebles- que dio lugar al procedimiento de Ejecución Hipotecaria 881/2015, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 13 de ***LOCALIDAD.1 (Folios 199 y 309)*

El actual denunciante se opuso a la ejecución acordando el Letrado de la Admón. de Justicia la apertura de pieza separada de Incidente de Oposición a la Ejecución.

Los autos del incidente de Oposición a la Ejecución Hipotecaria 881/2015, sustanciados por los trámites del Juicio Verbal, quedaron resueltos por el Auto 401/2016, de fecha 04/10/2016.

QUINTO: *En el Fallo del referido Auto se estima la oposición deducida por el ejecutado (actual denunciante) en la ejecución promovida por CAJAMAR y se acuerda el sobreseimiento del procedimiento de ejecución con imposición de costas a la ejecutante.*

- El Juzgado funda su decisión en las cláusulas del contrato que se declaran abusivas en aplicación del artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*
- En sus Fundamentos Jurídicos, el Auto afirma que no era procedente*

aplicar al denunciante, como hizo CAJAMAR, la cláusula suelo que contemplaba el contrato de préstamo suscrito por la entidad financiera con el promotor, en el que denunciante se subrogó, pues en la escritura de novación del préstamo las partes (entre ellas el denunciante) modifican y pactan los tipos de interés del préstamo, pero no pactan ninguna cláusula suelo. El Auto afirma que el ejecutante (CAJAMAR) ha cobrado incorrectamente cantidades excesivas al deudor.

- *El Auto declara nula la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo tomando para ello en consideración los parámetros que la STJUE de 14/03/2013 establece para calificar de abusivas cláusulas en contratos de consumo.*
- *El Auto concluye que “como consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado y el cobro indebido respecto al tipo de interés aplicado y el que corresponde aplicar según contrato suscrito por las partes, resulta que la cantidad reclamada no es líquida en los términos y condiciones que se reflejan en la demanda y que por tanto es errónea la cantidad reclamada” (El subrayado es de la AEPD)*

SEXTO: *Obra en el expediente, aportado por el denunciante, una captura de pantalla de la aplicación Lexnet, relativa a la notificación del Auto 401/2016 que resuelve la oposición, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de ***LOCALIDAD.1, que tiene como destinatarios a los procuradores de la parte ejecutante (D.ª **B.B.B.**) y del ejecutado, siendo la fecha de envío el 05/10/2016. En el documento queda acreditada la recepción de la notificación por el procurador del ejecutado en la misma fecha de 05/10/2016 (Folio 197)*

SÉPTIMO: *CAJAMAR ha aportado con su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio los documentos que, a su juicio, acreditan que requirió al denunciante el pago de la deuda informada a BADEXCUG (identificada con el código de operación 0300716490219129) con carácter previo a su inclusión en el fichero de solvencia:*

Adjunta cinco cartas de requerimiento de pago -personalizadas a nombre del denunciante, y referenciadas- que van acompañadas de la documentación acreditativa de las fechas de impresión de cada una de ellas y de su código de referencia, así como de su envío a través del operador postal UNIPOST sin que se tenga constancia de que hayan sido devueltas por los servicios postales.

Las cartas de requerimiento de pago aportadas son las siguientes:

- (i) *De fecha 03/02/2014, por un importe impagado de 953,13 euros (Folios 255 a 259)*
- (ii) *De fecha 06/03/2014, por un importe impagado de 816,50 euros, (Folios 262 a 269)*
- (iii) *De fecha 04/05/2014, por un importe impagado de 911,28 euros (Folios 272 a 277)*
- (iv) *De fecha 04/06/2014, por un importe impagado de 1.598,23 euros (Folios 280 a 284)*
- (v) *De fecha 21/04/2015, por un importe impagado de 11.126,39 euros (Folios 287 a 293)*

OCTAVO: *Obra en el expediente, aportada por el denunciante, la copia del Informe que el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España emitió el 01/09/2017, en relación con la reclamación (expediente con referencia R*

201605911) formulada por el ahora denunciante frente a CAJAMAR en cuyo apartado IV, Conclusión se recoge esta afirmación:

“En cuanto a la inclusión de los datos personales del reclamante en ficheros de morosidad, toda vez que no consta en el expediente documentación acreditativa de que la entidad hubiese informado de forma previa a su cliente de que iba a proceder a ceder sus datos personales al fichero, su actuación ha sido contraria a las buenas prácticas y usos financieros” (El subrayado es de la AEPD) (Folios 6 y 15)

NOVENO: Obran en el expediente copia de diferentes comunicaciones que el denunciante mantuvo con CAJAMAR:

- La copia de un burofax que el denunciante dirige a CAJAMAR, que consta recibido por la entidad el 25/01/2017, en el que pide que se cancelen sus datos del fichero de solvencia BADEXCUG.
- La copia de cuatro emails que el denunciante envía a una empleada de CAJAMAR de fechas 27/05/2016, 31/05/2016, 29/11/2016 y 02/03/2017. En todos ellos solicita que se cancelen sus datos del fichero de solvencia y explica que la deuda no es cierta. En todos ellos se relatan los perjuicios que la inclusión le está ocasionando en el desempeño de su actividad empresarial e insiste en que no fue informado de la inclusión de sus datos en el fichero BADEXCUG. En esa línea, en el email que el denunciante envía el 31/05/2016 dice: “Como te lo comenté por teléfono, desde julio del año pasado tengo escritos del responsable de cuenta de la compañía aseguradora Plus Ultra, que me pide explicaciones por la situación. En su escrito hace referente expresamente que es la entidad CAJAMAR que me tiene inscrito en ficheros de morosos” (Folio 27)

[1. Por error en el número de referencia su último dígito, el “9”]>>

TERCERO: CAJAMAR Caja Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito, (en adelante la recurrente o CAJAMAR) ha presentado por correo administrativo, en fecha 19/12/2018, que tuvo entrada en el Registro de este organismo en fecha 26/12/2018, recurso de reposición.

Los motivos en los que fundamenta la impugnación van precedidos de una alegación previa que, dice la recurrente, tiene por objeto resumir y “clarificar” los hechos denunciados.

Los motivos de impugnación de la resolución que la recurrente esgrime son los siguientes:

1. “Sobre la falta de motivación de la resolución”.
2. “Sobre el incumplimiento del principio de tipicidad de la resolución”
3. “Sobre la inexistencia del elemento subjetivo de culpabilidad”
4. “Sobre los criterios cuantificadores de la sanción”.
- 5.

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 48.1 de la LOPDPGDD.

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por el recurrente, que reiteran en esencia las alegaciones ya formuladas en el curso del procedimiento sancionador, cabe señalar que fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho II a IV ambos inclusive, de la Resolución recurrida. Se hace notar que son cinco y no cuatro los Fundamentos Jurídicos pues por error se asignó dos veces la misma numeración a dos de ellos. Fundamentos que se transcriben seguidamente:

<<II

Los principios generales de protección de datos regulados en los artículos 4 a 12 de la LOPD, que integran el Título II de la citada Ley Orgánica, constituyen el contenido esencial de este derecho fundamental.

El artículo 4 de la LOPD, bajo la rúbrica “Calidad de los datos”, establece en el apartado 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 su apartado 4: “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”.

El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la LOPD se ocupa (capítulo I del Título IV) de los “Ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito” y dispone en el artículo 38, bajo la rúbrica “Requisitos para la inclusión de los datos”:

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

- a) Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada*
- b) (...)*
- c) Requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación”*

El artículo 38 del RLOPD en su apartado 3 añade que “El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés estará obligado a conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección de Datos documentación suficiente que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo y del requerimiento previo al que se refiere el artículo siguiente”.

La vulneración del artículo 4.3 de la LOPD se tipifica como infracción grave en el

artículo 44.3., c), precepto que dispone: “Son infracciones graves:

(...)

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

III

Se imputa a CAJAMAR una infracción del principio de calidad de los datos, en su manifestación del principio de exactitud (ex artículo 4.3 LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.c) LOPD.

El acuerdo de inicio del expediente sancionador que nos ocupa consideró que la conducta infractora atribuida a CAJAMAR se había materializado en la inclusión de los datos personales del denunciante en el fichero de solvencia BADEXCUG sin cumplir los requisitos descritos en los apartados a) y c) del artículo 38.1. RLOPD, a cuya observancia se condiciona que la comunicación de datos personales de terceros a ficheros de esa naturaleza sea ajustada a Derecho.

El artículo 29.2 LOPD permite al acreedor comunicar a ficheros comunes los datos personales del deudor sin recabar su consentimiento, apartándose así de la regla general del artículo 6.1 LOPD, conforme a la cual el tratamiento de los datos personales de terceros requiere contar con su consentimiento inequívoco. Esto explica que, como contrapeso, se articulen limitaciones a la habilitación que el artículo 29.2 otorga al acreedor y que el artículo 29.4 indique que sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados que no se refieran cuando sean adversos a una antigüedad superior a los seis años y “que respondan con veracidad a la situación actual de aquellos”.

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la LOPD (Reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007, en particular el artículo 38.1) insisten en que sólo se pueden incluir en los ficheros comunes los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado y exigen que preceptivamente se cumplan, entre otros, unos requisitos que detalla en los apartados a, b, y c de su artículo 38.1.

A. Por lo que atañe al incumplimiento del apartado a) del artículo 38.1 RLOPD - “Existencia de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada” -, indicar que ese requisito fue incumplido por CAJAMAR desde el 05/10/2016 y hasta la baja de la incidencia informada, el 14/03/2017.

El importe de la deuda que la entidad había incluido en el fichero EXPERIAN asociada a los datos personales del denunciante (fecha de alta de la incidencia el 17/05/2015) se elevó a 13.110,85 euros el 31/05/2015 y subió a 257.192, 29 euros en fecha 14/06/2015, a raíz de que la denunciada resolviera anticipadamente el contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

A propósito del apartado a) del artículo 38.1 RLOPD han de hacerse las siguientes consideraciones:

En primer término, hemos de referirnos a la STS de 15/07/2010 (Rec. 23/2008) que declaró la nulidad, por ser disconforme a Derecho, del inciso último del artículo 38.1.a) del RLOPD, cuyo tenor era el siguiente:

“... y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero”.

El Fundamento de Derecho decimocuarto de la STS precitada, en el que se examinó y valoró la impugnación del artículo 38.1.a, RLOPD, concretó cuáles eran los términos de la controversia planteada respecto a esa disposición y señaló a tal fin:

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

Pues bien, la Sala Tercera del TS respondió a esa pregunta indicando que lo relevante era “decidir si el apartado 1 a) del artículo responde a la previsión legal del artículo 4.3, y la respuesta debe ser negativa en atención a la defectuosa redacción del precepto reglamentario por una inconcreción en su texto no sólo de aquellos procedimientos que justifican la no inclusión en los ficheros de las deudas a que aquellos se refieren, sino también porque esa vaguedad permite considerar que incluso cuando la reclamación se formule por el acreedor exista la imposibilidad de inclusión de los datos en el fichero”. (El subrayado es de la AEPD)

Y terminó declarando a propósito de esta cuestión que el conflicto de intereses debe resolverse “exigiendo una mayor concreción en el precepto reglamentario que pondere los intereses en presencia en atención a las circunstancias concretas”. (El subrayado es de la AEPD)

Del tenor literal de los fragmentos de la STS de 15/07/2010 reproducidos, se evidencia, por una parte, que lo que justificó la anulación del último inciso del artículo 38.1.a) del R.D. 1720/2007 fue la inconcreción de la que adolecía la redacción y, por otra, que el Tribunal consideró ajustada a Derecho la exigencia del artículo 38.1. a) del RLOPD de que la deuda fuera “cierta”, adjetivo que es sinónimo de irrefutable e indiscutible, lo que es congruente con el principio de veracidad y exactitud que consagra el artículo 4.3. de la Ley Orgánica 15/1999.

A tenor de lo expuesto, el criterio seguido desde entonces por esta Agencia -criterio que ha sido confirmando sin fisuras por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional- es entender que la impugnación de una deuda cuestionando su existencia o certeza ante órganos judiciales y arbitrales en todo caso y ante órganos administrativos que tengan competencia para declarar la existencia o inexistencia de aquella a través de resoluciones que sean de obligado cumplimiento para las partes, impedirá que pueda hablarse de una deuda cierta hasta que recaiga resolución firme; y por tanto impedirá su inclusión en los ficheros de solvencia patrimonial y crédito.

CAJAMAR ha aducido en su defensa (alegaciones a la propuesta de resolución) que la Sentencia del Tribunal Supremo mencionada declaró nulo el apartado a) del artículo 38.1 del RLOPD y no, como sostiene esta Agencia, únicamente su inciso último. Añade que la Agencia, vulnerando principios reconocidos constitucionalmente,

ha intentado defender la aplicabilidad del inciso primero del referido apartado a) del artículo 38.1. RLOPD.

En congruencia con esas afirmaciones -en particular la pretendida declaración de nulidad de la disposición que a su juicio hizo la STS de 15/07/2010- concluye, como no podría ser de otro modo, que la disposición que la Agencia ha considerado infringida (apartado a del artículo 38.1. RLOPD) no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, sino que obviamente, en tanto norma nula ha sido expulsada de él. A tal fin ofrece el pertinente apoyo jurisprudencial, tanto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

Asimismo, concluye que la AEPD, al no respetar la pretendida declaración de nulidad de esa disposición, incurre en una vulneración de los principios de legalidad, tipicidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos.

Llama la atención el alegato de la entidad denunciada toda vez que, poco tiempo después de la STS de 15/07/2010 -habida cuenta de que la STS afirmaba que la deuda informada a un fichero de solvencia necesariamente debía ser cierta, esto es, irrefutable e indiscutible, y que la nulidad declarada en la Sentencia afectaba al inciso segundo de la norma por su excesiva vaguedad- las resoluciones de la AEPD, de conformidad con la decisión del Tribunal Supremo, mantuvieron el criterio de que la deuda únicamente dejaba de ser cierta, en el sentido de incumplir el artículo 38.1.a, RLOPD, además de en los casos en los que existiera un procedimiento judicial pendiente que pusiera en duda su existencia -extremo que nadie discutía- en aquellos en los que existía una reclamación arbitral o administrativa entablada ante órganos con facultad para dictar resoluciones de obligado cumplimiento para las partes.

De este modo desaparecía la vaguedad e inconcreción de la que adolecía el inciso segundo del artículo 38.1.a RLOPD, declarado nulo, en el que se mencionaban multitud de supuestos en los que bastaba una reclamación ante un órgano administrativo sin facultades resolutorias (caso de una reclamación ante la OMIC, o una reclamación ante los Comisionados previstos en el Real Decreto 303/2004), e incluso una reclamación formulada por el propio deudor, para cerrar el acceso a los ficheros comunes de las deudas pendientes.

Y decimos que es llamativo ese alegato por cuanto desde finales de 2010 es ese y no otro el criterio de aplicación del apartado a) del artículo 38.1. del RLOPD por la AEPD, interpretación que ha sido confirmada por la Audiencia Nacional sin vacilaciones en los muy numerosos recursos contencioso-administrativos que desde entonces se han interpuesto ante la Sala de lo Contencioso de ese Tribunal frente a las resoluciones de la AEPD.

CAJAMAR, en defensa de su pretensión de archivo del expediente, viene torticeramente a confundir lo que no es sino un requisito de la normativa específica de protección de datos, imprescindible para que los datos personales de un tercero puedan ser incluidos sin su consentimiento por el acreedor en un fichero común vinculados a una deuda pendiente, con la institución de la cosa juzgada.

Esta confusión le lleva a hacer afirmaciones del siguiente calibre: que la Agencia pretende demostrar que “el simple inicio de un procedimiento en el que se impugne la deuda del interesado puede vincular a las partes del mismo fuera del mencionado procedimiento o producir efectos en un procedimiento iniciado con posterioridad...” (El subrayado es de la Agencia)

Sin embargo, esta Agencia ni pretende ni está facultada para declarar o reconocer efectos jurídicos de ninguna naturaleza. Sí es competente, y está obligada a ello, para valorar la adecuación de una conducta a la normativa de protección de datos. La AEPD se ha limitado a constatar lo que es un “hecho”, que de conformidad con el Auto 401/2016, la deuda por importe de 257.192, 29 euros que CAJAMAR comunicó al fichero común vinculada al denunciante no cumplía el requisito de certeza en los términos que lo exige el artículo 38.1.a) RLOPD.

*CAJAMAR muestra su malestar porque los hechos probados no han reflejado que el Auto 401/2016 del Juzgado de Primera Instancia número 13 de *****LOCALIDAD.1** fue recurrido en apelación y que la Audiencia Provincial a fecha de hoy aún no ha resuelto el recurso. La entidad, no obstante, admite que esta circunstancia sí consta en el Antecedente sexto de la propuesta. Pues bien, la existencia de un recurso de apelación interpuesto frente al Auto 401/2016, pendiente de resolución por la Audiencia Provincial, no hace sino mantener en el tiempo la situación de incertidumbre de la deuda que había comunicado a BADEXCUG asociada al denunciante.*

Es precisamente esa controversia sobre la existencia de la deuda (fruto del Auto que pone fin al incidente de oposición a la Ejecución) lo que impide que en tales condiciones pueda ser comunicada al fichero, lo que implicaría atribuir al denunciante la condición de deudor por tal importe sin la certeza que exige el principio descrito en el artículo 4.3 LOPD, norma que estimamos ha sido infringida por CAJAMAR.

Finalmente, por lo que atañe a esta cuestión, basta hacer dos precisiones más:

La primera de ellas, que en contra de lo manifestado por la entidad denunciada esta Agencia, en ningún momento, ha declarado que la deuda que CAJAMAR atribuye al denunciante es incierta. Ni ha hecho tal declaración ni obviamente podría hacerla pues ninguna competencia tiene en esa materia. La AEPD se ha limitado a constatar un hecho: La declaración del Juzgado de Primera Instancia número 13 en la parte dispositiva de su Auto 401/2016: “la cantidad reclamada no es líquida”, “...es errónea la cantidad reclamada”.

La segunda de ellas, que a tenor de la exposición precedente estimamos que carece de sentido dar respuesta al alegato de la denunciada sobre las supuestas infracciones en las que, a su juicio, esta Agencia habría incurrido: Artículos 9.3, 24.1 y 103.1 de la C.E.; artículos 222.4 y 517.2.11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000; artículos 1.1, 1.2, 1.6 y 1.7 del Código Civil.

B. Como se detalla en los Hechos Probados, en particular en el Hecho segundo, CAJAMAR informó al fichero BADEXCUG los datos personales del denunciante, en relación con una operación identificada con la referencia 300716490219129, en tres ocasiones.

La tercera inclusión se produjo (fecha de alta) el 17/05/2015 por un saldo impagado que ascendía en esa fecha a 12.138,47 euros y que en fecha 31/05/2017 pasó a 13.110,85 euros.

*Días más tarde, en fecha 14/06/2015, el saldo impagado informado por CAJAMAR a BADEXCUG era de **257.192,29 euros**. Desde entonces, 14/06/2015, y hasta la fecha de baja de la anotación, el 14/03/2017, el importe impagado atribuido al denunciante fue invariablemente de 257.192,29 euros.*

CAJAMAR había promovido en el año 2015 frente al denunciante un

procedimiento de Ejecución de Bienes Hipotecados para el cobro de deuda (Procedimiento de Ejecución Hipotecaria 881/2015).

El deudor ejecutado -actual denunciante- formuló oposición frente al Auto que despachó ejecución lo que motivó la apertura de pieza separada para resolver el incidente de oposición. El incidente se sustanció por los trámites del Juicio Verbal y terminó con el Auto 401/2016, que estimó la oposición deducida por el ejecutado y acordó el sobreseimiento del procedimiento de Ejecución Hipotecaria 881/2015, con imposición de costas a la entidad ejecutante.

A través de la oposición formulada por el entonces ejecutado se puso en tela de juicio la certeza de la deuda por la que se había despachado ejecución frente al denunciante, deuda que es en esencia la misma que fue informada a BADEXCUG por CAJAMAR y que desde el 14/6/2015 ascendió a 257.192,29 euros.

*El Auto 401/2016, de 04/10/2016, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de ***LOCALIDAD.1, órgano que conocía de la Ejecución Hipotecaria, que estimó la pretensión del ejecutado y acordó el sobreseimiento del procedimiento de Ejecución, fundó su decisión en que CAJAMAR, “ha cobrado incorrectamente cantidades excesivas al deudor” (Fundamento Jurídico primero); en “la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado” (cláusula que había aplicado CAJAMAR y que determinó que el importe de la deuda informada a BADEXCUG se elevara de 13.110,85 euros a 257.192,29 euros , Fundamento Jurídico Tercero) y en la nulidad declarada de las cláusulas de comisiones de reclamación de posiciones deudoras (Fundamentos Jurídicos cuarto y quinto del Auto).*

El Fundamento Jurídico quinto del mencionado Auto dice:

“Como consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado y el cobro indebido respecto al tipo de interés aplicado y el que se corresponde aplicar según contrato suscrito por las partes, resulta que la cantidad reclamada no es líquida en los términos y condiciones que se reflejan en la demanda y que por tanto es errónea la cantidad reclamada. La declaración de nulidad conlleva que la liquidación de la deuda efectuada por el ejecutante no sea correcta en tanto no puede aplicarse la cláusula de vencimiento anticipado...” (El subrayado es de la AEPD)

Por tanto, a raíz del Auto 401/2016, la deuda que CAJAMAR mantenía en BADEXCUG por importe de 257.192,29 euros, vinculada a los datos del denunciante, no cumplía el requisito de certeza exigido por el artículo 38.1.a) RLOPD. La deuda por ese importe se encontraba discutida ante un órgano jurisdiccional, de forma que, hasta que esa resolución no fuera firme, la entidad debía proceder a dar de baja del fichero la incidencia o a rectificar los datos que eran inexactos.

*El citado Auto fue recurrido en apelación por CAJAMAR en fecha 24/11/2016 (tal y como nos informó el Juzgado de Primera Instancia número 13 de ***LOCALIDAD.1 en la fase de prueba) sin que conste que la Audiencia Provincial haya resuelto el citado recurso. Así pues, la controversia sobre la deuda de 257.192,29 euros que CAJAMAR informó a BADEXCUG asociada a sus datos personales sigue adoleciendo de falta de certeza; esto es, no puede calificarse de cierta, vencida y exigible respecto a la persona del denunciante lo que impide en tales condiciones que pueda ser informada a un fichero de solvencia patrimonial.*

El Auto 401/2016 de 04/10/2016, que estimó la pretensión del ejecutado -actual

denunciante- fue notificado por el órgano jurisdiccional, a través de LEXNET, en fecha 05/10/2016, a los procuradores de las partes ejecutante y ejecutada (Folio 197, Hecho probado Sexto). En el expediente tenemos constancia documental, exclusivamente, de la recepción de esa notificación por el Procurador del ejecutado en fecha 05/10/2016, pero habida cuenta de que la notificación del Juzgado se dirigió en la misma fecha a ambos procuradores a través del Colegio de Procuradores, no hay razón para dudar de que también el 05/10/2016, o en el día inmediato, el Auto fue notificado al procurador de CAJAMAR.

Así pues, desde el 05/10/2016 (o el día inmediato) CAJAMAR conoció a través de su representante procesal el texto del Auto 401/2016. Desde esa fecha, la denunciada sabía perfectamente que la deuda por la que los datos personales del denunciante permanecían en el fichero BADEXCUG -de 257.192,29 euros desde el 14/06/2015, consecuencia de aplicar la cláusula de vencimiento anticipado que el Auto había declarado nula y del cobro de cantidades indebidas al deudor- no era cierta, ni vencida ni exigible respecto a la persona del denunciante.

El artículo 8 del RLOPD, en su apartado 5, después de recordar que los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado, concede, en su inciso segundo, al responsable del fichero o tratamiento, un plazo de diez días, computado desde que conoce la inexactitud, para proceder a su rectificación o cancelación. El precepto dispone: “Si los datos de carácter personal sometidos a tratamiento resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados en el plazo de diez días desde que se tuviese conocimiento de la inexactitud, salvo que la legislación aplicable al fichero establezca un procedimiento o un plazo específico para ello”.

En atención a la exposición precedente, concluimos que CAJAMAR mantuvo los datos personales del denunciante en el fichero de solvencia BADEXCUG, por una deuda que no era cierta, ni vencida ni exigible desde la perspectiva del afectado durante cinco meses, periodo de tiempo durante el cual vulneró el principio de calidad de los datos en relación con el artículo 38.1.a) del RLOPD.

Después de conocer que la deuda informada no cumplía el requisito del artículo 38.1.a, RLOPD -a raíz de la notificación del Auto 441/2016, en fecha 05/10/2016- continuó manteniendo los datos del denunciante en BADEXCUG incumpliendo con ello durante casi cinco meses el artículo 38.1.a) del RLOPD, en relación con el artículo 4.3 y 29.4 LOPD.

C. CAJAMAR ha esgrimido diversos argumentos en defensa de su pretensión de que la AEPD proceda al archivo de las presentes actuaciones.

Entre ellos alude a la “pasividad” demostrada por el denunciante que habiendo tenido conocimiento en fecha 05/10/2016 del Auto 401/2016, dice la entidad, no solicitó la cancelación de la inclusión hasta el 07/03/2017, fecha en la que ejerció su derecho ante EXPERIAN. CAJAMAR se refiere con ello a la solicitud de cancelación que el denunciante dirigió a EXPERIAN, de fecha 07/03/2017, a la que la responsable del fichero de solvencia le respondió mediante carta de fecha 09/03/2017 en la que le comunicaba que se había procedido a la cancelación cautelar de la incidencia informada en su fichero.

Llama la atención que CAJAMAR omita toda referencia a su propia conducta, cuando es precisamente ese aspecto el que nos corresponde aquí valorar. Más aún

cuando intencionadamente CAJAMAR omite que EXPERIAN puso a su disposición, a través de la aplicación eSPaCio, la solicitud del denunciante y la documentación adjunta a ella y entró en el expediente desde la citada aplicación y denegó la cancelación de sus datos de BADEXCUG.

Resulta acreditado en el expediente que una vez que la solicitud de cancelación del denunciante se recibe por EXPERIAN, el 07/03/2017, esta entidad puso a disposición de CAJAMAR, valiéndose para ello de su herramienta informática “eSPaCio”, la petición formulada por el denunciante y la documentación que éste adjuntaba a aquélla. Entre la documentación que el denunciante anexó a su solicitud a fin de fundamentar su pretensión de cancelación, consta la siguiente: La copia del Auto 441/2016, del Juzgado de Primera Instancia número 13 de *****LOCALIDAD.1**; la acreditación documental de la notificación del Auto a través de Lexnet y la copia del Informe emitido por el Departamento de Conducta de Mercados y Reclamaciones del Banco de España (expediente con Ref.R201605911) en relación con la reclamación formulada por el denunciante.

Tal y como EXPERIAN ha acreditado documentalmente, CAJAMAR accedió a la aplicación y marcó “No baja”.

Por tanto, CAJAMAR, omitiendo la diligencia que era procedente en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la LOPD y normas de desarrollo, se opuso a la cancelación de los datos del denunciante de la que EXPERIAN le había informado, pese a que entonces ya habían transcurrido casi cinco meses desde la fecha en la que vino obligada a cancelar de oficio el dato inexacto (ex artículo 8.5 RLOPD) sin necesidad de que el afectado ejerciera el derecho de cancelación respecto a los datos comunicados al fichero.

Igualmente habría que señalar que es también exponente de la grave falta de diligencia demostrada por CAJAMAR y muestra de una verdadera grave pasividad el hecho de que, una vez notificado el Auto 441/2016, no procediera de inmediato, en el plazo máximo de diez días -ex artículo 8.5 RLOPD- a cancelar la incidencia informada a BADEXCUG por importe de 257.192,29 euros.

CAJAMAR alega que contra el Auto 441/2016 interpuso recurso de apelación en fecha 24/11/2016, recurso que al día de la fecha no consta que haya sido resuelta aún por la Audiencia Provincial de *****LOCALIDAD.1**. De ello concluye que no siendo firme el Auto precitado no tiene obligación de cumplirlo.

Sin embargo, hasta tanto la apelación promovida por la entidad denunciada no se resuelva, era evidente que la deuda por importe de 257, 192,29 euros por la que el denunciante permaneció incluido en el fichero BADEXCUG a instancia de CAJAMAR desde el 14/06/2015, carecía de certeza, pues se encontraba sometida a una controversia sobre su existencia. De modo que, hasta tanto la resolución no sea firme -se resuelva el recurso de apelación entablado por CAJAMAR- la deuda aludida no podía calificarse de cierta, vencida y exigible desde la perspectiva del afectado y no estaba en condiciones de mantenerse en un fichero de solvencia o de acceder a él.

D. El artículo 43 de la LOPD sujeta a su régimen sancionador a los responsables de los ficheros y a los encargados de tratamiento.

La exigencia de responsabilidad sancionadora presupone la existencia del elemento subjetivo de la culpabilidad, esencial para que nazca responsabilidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador pues no es posible imponer sanciones

basadas en la responsabilidad objetiva del presunto infractor. Las sanciones administrativas participan de la misma naturaleza que las penales, al ser una de las manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y, 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 que este elemento esté presente para imponerlas (STC 76/1999).

El artículo 28 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, 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”. La acción u omisión sancionada administrativamente ha de ser, en todo caso, imputable a su autor a título de dolo o imprudencia, como ha reconocido reiteradamente el Tribunal Supremo que entiende que “existe imprudencia” siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el sujeto infractor no se comporta con la diligencia exigible. Y considera que el grado de la diligencia a observar se determinará en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, tales como el especial valor del bien jurídico protegido o la profesionalidad exigible al infractor.

En el presente caso no cabe duda de que CAJAMAR obró con una grave falta de diligencia al haber mantenido los datos personales de la denunciante en el fichero BADEXCUG incumpliendo el principio de calidad de los datos en relación con el artículo 38.1.a) del RLOPD cuando, pese a tener conocimiento de que la deuda informada al fichero común no era cierta, vencida ni exigible.

En definitiva, está presente en los hechos analizados el elemento subjetivo de la culpabilidad: la falta de diligencia de la infractora se materializa en la ausencia de controles para verificar el cumplimiento las condiciones exigidas por la ley para mantener los datos de un tercero en un fichero de solvencia.

A tenor de lo expuesto, estimamos que la conducta de CAJAMAR sometida a la consideración de esta Agencia vulnera el artículo 4.3, en relación con el 29.4, de la LOPD y el 38.1.a, del RLOPD, y es subsumible en el tipo infractor del artículo 44.3.c) LOPD

IV

En el acuerdo de inicio del expediente sancionador que nos ocupa se imputó a CAJAMAR la vulneración del principio de calidad de los datos, artículo 4.3 LOPD en relación el artículo 29.4 de la Ley Orgánica y en relación con los artículos 38.1.a) y 38.1.c) del RLOPD, pues se estimó que la conducta infractora se había materializado en la inclusión de los datos del denunciante en un fichero de solvencia incumpliendo dos de las condiciones del artículo 38.1 del citado reglamento, los apartados a) y c).

El artículo 38.1.c) alude a la obligación de requerir el pago de la deuda a la persona a quien corresponde su cumplimiento con carácter previo a la comunicación de sus datos al fichero de solvencia

Paralelamente, los artículos 38.3 y 39 del RLOPD establecen, respectivamente:

“El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés estará obligado a conservar a disposición del responsable del fichero común y de la Agencia Española de Protección

de Datos documentación suficiente que acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en este artículo y del requerimiento previo al que se refiere el artículo siguiente”.

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

El artículo 43.1 del RLOPD añade que “El acreedor o quien actúe por su cuenta o interés deberá asegurarse que concurren todos los requisitos exigidos en los artículos 38 y 39 en el momento de notificar los datos adversos al responsable del fichero común”.

El criterio seguido, de manera uniforme, por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, a propósito del alcance de la obligación que el artículo 4.3 de la LOPD -en relación con el 29.4 de la misma norma y el artículo 38.1.c) del RLOPD- impone al responsable de un fichero sobre el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias es que aquél debe estar en condiciones de acreditar que ha practicado el requerimiento previo de pago al deudor utilizando para ello un medio que deje constancia efectiva de haberlo efectuado y de que tal requerimiento ha sido recibido por su destinatario.

La Audiencia Nacional, en Sentencia de 24/01/2003 precisó que “Ningún precepto legal ni reglamentario exige, ciertamente, que la comunicación dirigida a los interesados sobre la inclusión de sus datos personales en el fichero deba cursarse por correo certificado con acuse de recibo o por cualquier otro medio que deje constancia documental de la recepción. Sin embargo, existiendo preceptos legales que imponen como obligatoria esta comunicación (artículos 5.4 y 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999) y que tipifican como infracción grave el incumplimiento de este deber de información (artículo 44.3.1 de la propia Ley Orgánica) debe concluirse que cuando el destinatario niega la recepción, recae sobre el responsable del fichero la carga de acreditar la comunicación. De otro modo, si para considerar cumplida la obligación bastase con la afirmación de tal cumplimiento por parte del obligado, resultaría en la práctica ilusoria y privada de toda efectividad aquella obligación legal de informar al interesado” (El subrayado es de la AEPD)

Durante las Actuaciones de Investigación previa CAJAMAR no facilitó a la Inspección de Datos ningún documento que acreditara haber realizado el preceptivo requerimiento de pago al denunciante previo a la inclusión de sus datos en BADEXCUG. Recordemos que respecto a la deuda a la que se refiere la denuncia (operación identificada con el código 0300716490219129) la entidad efectuó tres inclusiones en el fichero de solvencia, la tercera con fecha de alta 17/05/2015. Ante la ausencia de pruebas aportadas por la denunciada, el acuerdo de inicio del expediente sancionador concretó la conducta infractora en la vulneración de ambos apartados del artículo 38.1 RLOPD.

En su escrito de alegaciones al acuerdo de inicio CAJAMAR adujo que si no aportó la documentación referente al requerimiento de la deuda fue porque la Agencia no específico en su solicitud de información a cuál de las deudas que el denunciante mantuvo con ella se estaba refiriendo. Por ello, en el trámite de alegaciones al

acuerdo de inicio aportó diversa documentación que, a su juicio, acreditaba que efectuó el requerimiento de pago que la AEPD consideró incumplido.

Sin embargo, esos documentos que CAJAMAR nos remite adjuntos al escrito de alegaciones no tienen virtualidad para entender cumplido el requisito del artículo 38.1.c) RLOPD.

Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que los documentos aportados, pese a consistir en cartas referenciadas y personalizadas a nombre del denunciante, dirigidas a su domicilio, a que en ellas la entidad le requiere el pago de un determinado importe y a que van acompañadas de los documentos que permiten seguir su trazabilidad -esto es, el recorrido seguido por la carta desde que se imprime, pasando por el depósito efectuado por Ruta Oeste Mensajeros en UNIPOST, y el certificado de que las cartas no constan devueltas-, no coinciden ni en las fechas ni en los importes requeridos con el importe que se comunicó por CAJAMAR a BADEXCUG en las tres inclusiones relativas al impago de la deuda procedente del préstamo hipotecario concertado con ella.

Recordemos que CAJAMAR informó a BADEXCUG los datos del denunciante asociados a impagos derivados del préstamo hipotecario en tres ocasiones: La primera inclusión, con fecha de alta 06/04/2014, por un saldo impagado de 1.315,87 euros; la segunda, con fecha de alta 29/06/2014, por un impago de 2.697,09 euros y la tercera, con fecha de alta 17/05/2015, por un importe impagado en esa fecha de 12.138,47 euros. Paralelamente, como se recoge en el Hecho Probado séptimo, según la documentación que CAJAMAR nos aporta, los requerimientos de pago se hicieron, respectivamente, en las siguientes fechas y por estos importes: (i) el 03/02/2014, por 953,13 euros; (ii) el 06/03/2014 por un importe de 816,50 euros; (iii) el 04/05/2014 por 911,28 euros; (iv) el 04/06/2014 por 1.598,23 euros y (v) el 21/04/2015 por 11.126,39 euros.

No obstante la consideración precedente, es obligado traer a colación al asunto que nos ocupa el criterio que, a propósito del término inicial del cómputo del plazo de prescripción de la infracción tipificada en el artículo 44.3.c) LOPD, fijó la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en su SAN de 03/11/2011 (Rec. 611/2010) para el caso de que esa infracción derive de haberse omitido el preceptivo requerimiento de pago previo a la inclusión de datos de terceros en un fichero de solvencia. Criterio que la A.N. ha confirmado sin fisuras en Sentencias posteriores hasta la actualidad.

La SAN citada, en su Fundamento Jurídico Tercero, dice que la infracción del principio de calidad del dato, concretado en la inclusión de datos exactos en el fichero de morosos sin haber realizado previamente el requerimiento de pago al deudor "(...) priva al afectado de la posibilidad de hacer frente a la deuda antes de sufrir las consecuencias de que sus datos sean inscritos en dicho fichero. (...)

(...) Y dado que la irregularidad consiste, en este caso, en no haber puesto en conocimiento del deudor que la deuda se iba a inscribir en el fichero de solvencia patrimonial, esta cesa en el momento en el que conste que el deudor tiene conocimiento de que la deuda ha sido inscrita en el fichero de morosos, pues a partir de ese momento tiene conocimiento de la situación y tiene la posibilidad de hacer frente a la misma para evitar el mantenimiento de la inscripción en el fichero, y, por tanto, desde ese momento la infracción deja de producirse y comienza el cómputo del plazo de prescripción". (El subrayado de la AEPD)

Así las cosas, el término inicial para el cómputo del plazo de prescripción de la infracción del artículo 4.3 LOPD en relación con el incumplimiento del requisito del artículo 38.1.c, RLOPD – plazo que es de dos años (ex artículo 47 LOPD en relación con el 44.3.c y el 43.2. de la Ley Orgánica)- se sitúa en la fecha en la que el denunciante parece haber tenido conocimiento de que sus datos habían sido comunicados al fichero, esto es, a BADEXCUG, por CAJAMAR fruto el impago de la deuda derivada del préstamo hipotecario.

No puede obviarse, en tal sentido, que entre la documentación que el denunciante aportó a esta Agencia con su escrito de denuncia figura la copia de un email que dirigió a una empleada de CAJAMAR – D. ^a C.C.C.- el 31/05/2016 (folio 27) en el que el afectado afirma que desde el mes de julio de 2015 conoce la inclusión de sus datos en el fichero de solvencia. El tercer párrafo del documento precitado dice así:

“Como te comenté por teléfono, desde julio del año pasado tengo escritos del responsable de la compañía aseguradora Plus Ultra, que me pide explicaciones por la situación. En su escrito, hace referencia expresamente que es la entidad CAJAMAR que me tiene inscrito en ficheros de morosos” (El subrayado es de la AEPD)

Aun cuando CAJAMAR hubiera incumplido el artículo 38.1.c) del RLOPD, la manifestación del denunciante constituye un indicio de que conocía en la fecha que menciona, julio de 2015, que sus datos figuraban incluidos en el fichero de solvencia BADEXCUG por la denunciada.

Ahora bien, siendo el término inicial del plazo de prescripción, en el mejor de los casos, a tenor de lo manifestado por el denunciante, el 31/07/2015, y siendo el plazo de prescripción de las infracciones graves de dos años (ex artículo 47.1 LOPD), resulta que el incumplimiento del requisito del artículo 38.1.c) RLOPD no puede ser presupuesto fáctico de la infracción del artículo 4.3 LOPD ni generar responsabilidad administrativa sancionadora ya que desde el 31/07/2017, veinticinco días antes de que la denuncia que nos ocupa tuviera entrada en esta Agencia, la presunta infracción en la que era subsumible (artículo 44.3.c) LOPD) estaría prescrita.

Por tal razón, tanto en el Fundamento precedente como en la propuesta de resolución dictada, la conducta infractora subsumible en el artículo 44.3.c) LOPD de la que es responsable CAJAMAR quedó circunscrita a la vulneración del artículo 38.1.a) RLOPD.

Llegados a este punto es importante subrayar que, frente a lo que afirma CAJAMAR en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución – “Mi representa efectuó el preceptivo requerimiento de pago al Sr. A.A.A. tal y como ha quedado acreditado, por lo que no se ha vulnerado el artículo 38.1.c) del RLOPD” (Alegación previa, antecedentes, punto 1.5)- la realidad es bien distinta. La denunciada en ningún caso ha acreditado el cumplimiento de ese requisito. La razón que motiva que la conducta infractora de la que nace la responsabilidad exigible a esa entidad se circunscriba al incumplimiento del apartado a) del artículo 38.1 RLOPD es, como se hizo constar en su momento en la propuesta de resolución, que la infracción en la que fuera subsumible habría prescrito por el juego del artículo 47 RLOPD y el criterio que sobre el término inicial del plazo de prescripción de la infracción del artículo 4.3 LOPD, cuando venga motivada por el incumplimiento del deber de requerir el pago con carácter previo, fijó la SAN de 03/11/2011 (Rec. 611/2010)

En definitiva, resulta acreditado que CAJAMAR mantuvo en el fichero de solvencia BADEXCUG los datos personales del denunciante, asociados a una deuda que no era cierta, durante casi cinco meses, computados desde la fecha en la que la entidad debió de haber procedido de oficio a cancelar esa incidencia (cuando el Juzgado le notifica el Auto 401/2016 dictado en el incidente de oposición a la Ejecución Hipotecaria 881/2015). Conducta que es contraria al artículo 4.3 LOPD, en relación con el artículo 29.4, y en relación con el artículo 38.1.a, RLOPD, subsumible en el tipo sancionador del artículo 44.3.c) LOPD.

IV

El artículo 45 de la LOPD, apartados 1 a 5, establece:

- “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.”

La Sentencia de 21/01/2004 de la Audiencia Nacional, en su recurso 1939/2001, señaló que dicho precepto <<...no es sino manifestación del llamado principio de proporcionalidad (artículo 131.1 de la LRJPAC), incluido en el más general de prohibición de exceso, reconocido por la jurisprudencia como principio general del Derecho. Ahora bien, la presente regla debe aplicarse con exquisita ponderación y sólo en los casos en los que la culpabilidad y la antijuridicidad resulten sustancialmente atenuadas, atendidas las circunstancias del caso concreto. Lo cual insistimos puede darse, por excepción, en casos muy extremos (de aquí la expresión “especialmente cualificada”) y concretos.

En la graduación de la sanción han de valorarse, exclusivamente, las circunstancias descritas en el artículo 45.4 LOPD, pues esta Agencia no aprecia la concurrencia de ninguna de las atenuantes cualificadas del artículo 45.5 LOPD.

A. CAJAMAR, sin embargo, ha mostrado su total desacuerdo con la valoración que la Agencia ha hecho en el presente expediente de las disposiciones de los artículos 45.4 y 45.5 LOPD.

Así, en sus alegaciones al acuerdo de inicio, solicitó que se estimaran a su favor las atenuantes cualificadas de los apartados a, y b, del artículo 45.5 LOPD. Y en su escrito de alegaciones a la propuesta esgrime nuevos argumentos en defensa de su pretensión de que se reconozcan como atenuantes las circunstancias descritas en los apartados b), c), d), e) f) y g) del artículo 45.4 LOPD.

Respecto a la primera pretensión, en particular sobre la solicitud de que se estime la atenuante cualificada del artículo 45.5, apartado b), sólo cabe rechazarla por motivos obvios. El precepto cuya aplicación se solicita alude a que la infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente y, por el contrario, en el asunto que nos ocupa no existe ninguna diligencia en la actuación de CAJAMAR. Recordemos que la baja de la anotación en el fichero BADEXCUG se produjo por decisión de EXPERIAN y pese a la negativa de CAJAMAR, que así lo hizo constar en la aplicación eSPaCio, cuando el afectado ejerció el derecho de cancelación ante la responsable del fichero de solvencia.

En esa línea hemos de recordar que el denunciante remitió a CAJAMAR un burofax el 25/01/2017 (por tanto, mucho antes de que ejercitase el derecho de cancelación ante EXPERIAN), obrante a los folios 21 a 23, en el que solicita la cancelación de sus datos del fichero y explica que la deuda informada no es cierta.

También pueden citarse los email que el denunciante dirigió una empleada de la entidad financiera (dirección **C.C.C.@cajamar.com**) de fecha 02/03/2017, 29/11/2016; 31/05/2016 y 27/05/2016 (folios 27 a 31) en los que solicita la baja de sus datos del fichero de solvencia.

Sobre la invocada aplicación de la atenuante cualificada del apartado a) del artículo 45.5 LOPD, la denunciada justifica su pretensión en la concurrencia, a su juicio, de varias de las circunstancias descritas en el artículo 45.4 que operan en su opinión como atenuantes. Menciona al efecto el artículo 45.4.b), relativo al volumen de

tratamientos efectuados, pues la “presunta infracción (que) afectaría a un solo tratamiento, lo cual es una cifra minúscula en relación con los tratamientos de los que responsable la Compañía”. Cita también como atenuantes las circunstancias de los apartados c), d) y h) del artículo 45.4 LOPD –que la Agencia ha calificado como agravantes, apreciación que la denunciada rechaza- y los apartados e) -ausencia de beneficios- y f) del precepto, -el grado de intencionalidad- pues “...nunca ha pretendido vulnerar los derechos del interesado...”

El apartado b) del artículo 45.4 LOPD, volumen de tratamientos efectuados, no puede operar, por su propia configuración, como atenuante sino exclusivamente como agravante. La pretensión de CAJAMAR de que se aprecie esta circunstancia como atenuante por la única razón de que ha afectado a una única persona o a un único tratamiento no parece lógica, porque en tal caso toda conducta típica prevista en la LOPD que entrañe un tratamiento de datos, por este sólo hecho, llevaría aparejada indefectiblemente esa atenuante.

Añadir a propósito de tal circunstancia que la entidad en sus alegaciones a la propuesta parece dar a entender que la Agencia ha aplicado esa circunstancia como agravante cuando lo cierto es que ni se valora como atenuante ni tampoco se aprecia en calidad de agravante.

La A.N., a propósito de la circunstancia modificativa de la responsabilidad del apartado e) del artículo 45.4, ausencia de beneficios, ha manifestado en su Sentencia de 17/04/2018 (Rec. 254/2017), en la que rechazó la pretensión de la demandante, sancionada por la AEPD, de que se estimara esa circunstancia como atenuante: “En cuanto a la ausencia de beneficios, no cabe sino reiterar lo argumentado por la resolución recurrida, respecto a que lo relevante es que la actuación de Abanca sí estuvo motivada por la búsqueda de beneficio económico, por lo que el hecho de que aquél no llegara finalmente a obtenerse no puede servir de fundamento a una atenuación de culpabilidad o antijuridicidad de su conducta”. Espíritu que también se refleja en la SAN de 31/03/2017 (Rec. 845/2015)

Así pues, pese a que CAJAMAR aduzca en defensa de su pretensión de que opere como atenuante que no obtuvo beneficios con su conducta sino que su actuación tuvo como objetivo minorar el perjuicio que le estaba siendo causado, lo cierto es que la deuda atribuida al denunciante estaba relacionada con un contrato de préstamo concertado con esa entidad, lo que encaja en el espíritu de la interpretación que la A.N. hace de la mentada circunstancia.

Tampoco es admisible la petición de la denunciada de que se aprecie como atenuante el apartado f) del artículo 45.4 LOPD, por más que afirme que no actuó intencionadamente ni intervino culpa por su parte. Señalar sobre la ausencia de intencionalidad que en ningún apartado se ha hecho mención a una actuación dolosa por lo que tal alegato carece de razón de ser. Respecto a la invocada negativa a la omisión de diligencia debida nos remitimos al Fundamento de Derecho II, último apartado.

Además, hemos de advertir que la expresión “grado de intencionalidad” que el apartado f) del artículo 45.4 LOPD utiliza debe interpretarse como equivalente a “grado de culpabilidad”. La SAN de 12/11/2007 (Rec. 351/2006) indicó sobre esta cuestión que “ (...)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”.

B. CAJAMAR afirma en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución que la AEPD ha vulnerado el principio de proporcionalidad que exige, dice, “que una reducción cuantitativa o cualitativa del hecho sancionable se refleje en la valoración de la sanción”. A su juicio tal vulneración se ocasiona porque la sanción que se estableció en el acuerdo de inicio (60.000 euros), en el que la Agencia manifestó que la conducta infractora se concretaba en el incumplimiento de los requisitos de los apartados a) y c) del artículo 38.1 RLOPD, se mantuvo invariable en la propuesta de resolución, pese a que en ella se delimita definitivamente la conducta infractora, exclusivamente, en la vulneración de uno y no dos de los requisitos del artículo 38.1. RLOPD, el apartado a).

Sin embargo, esta Agencia ha actuado con pleno respeto al principio de proporcionalidad de la sanción. Hemos de indicar, en primer lugar, que el acuerdo de inicio del expediente sancionador (Fundamento de Derecho III) recogía que, “sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción”, concurrían en calidad de agravantes tres circunstancias de las descritas en el artículo 45.4 LOPD: los apartados a), c) y d). A diferencia de ello, la propuesta de resolución estima que son cuatro las circunstancias previstas en el artículo 45.4 de la LOPD que operan en el asunto que nos ocupa como agravantes: además de los apartados ya mencionados del artículo 45.4 LOPD el apartado h).

Basta añadir a lo expuesto, de una parte, que a través de cualquiera de dichas conductas -la vulneración del artículo 38.1, apartados a) y c) del RLOPD- se ataca el mismo principio informador del derecho a la protección de datos de carácter personal, la calidad de los datos y, de otra, que la sanción de 60.000 euros está muy próxima al mínimo previsto en el artículo 45.2 LOPD para las infracciones graves.

C. Esta Agencia estima que concurren como agravantes a efectos de fijar el importe de la sanción las siguientes circunstancias de las que detalla el artículo 45.4 LOPD:

- *“El carácter continuado de la infracción” (apartado a.) Es de aplicación en aquellos supuestos en los que la infracción cometida tiene carácter permanente, naturaleza que la Audiencia Nacional ha atribuido a la infracción del artículo 4.3 LOPD. Los datos personales del denunciante se mantuvieron incluidos en el fichero de solvencia patrimonial BADEXCUG sin legitimación para ello desde el 05/10/2016, fecha en la que conoció fehacientemente que la deuda informada al fichero no era cierta y hasta el 14/03/2017.*

CAJAMAR rechaza la aplicación de tal circunstancia como agravante y al hilo de ella pone de manifiesto la valoración arbitraria que ha hecho la Agencia. Indica que en resoluciones por hechos análogos en los que la permanencia en el fichero fue mayor la sanción tuvo una cuantía inferior. Invoca las resoluciones siguientes:

- a. *Resolución 208/2018, de 15/02. Se dicta en el PS447/2017 y difícilmente puede establecerse una correlación con el supuesto que nos ocupa por cuanto la infracción de la LOPD por la que fue sancionada la entidad correspondía al tipo sancionador del artículo 44.3.e)*

- b. Resolución 3526/2017, de 02/01. Corresponde al PS411/2017. También aquí existen diferencias. Además de que la conducta infractora consistió en la falta de requerimiento de pago, se apreció la concurrencia de tres agravantes en tanto que en la propuesta de resolución del presente expediente se apreciaron cuatro circunstancias agravantes de la responsabilidad de la entidad.
 - c. Resolución 2275/2017, de 11/10. Corresponde al PS 239/2017. La conducta infractora fue la falta de requerimiento previo de pago y se apreciaron únicamente dos agravantes.
- “La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal” (apartado c.). La actividad empresarial de CAJAMAR lleva implícita el tratamiento de datos de carácter personal, lo que le obliga a extremar la diligencia en el cumplimiento de la normativa de protección de datos.

Sobre la incidencia que la actividad desarrollada por el infractor tiene en el grado de diligencia que es exigible en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la normativa de protección de datos, hay que indicar que la Audiencia Nacional, en SAN de 17/10/2007 (Rec. 63/2006), ha precisado 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”. (El subrayado es de la AEPD)

CAJAMAR ha alegado frente a la propuesta de resolución que su actividad “no está vinculada al tratamiento infractor de datos de carácter personal” (El subrayado es de la AEPD)

Basta indicar que la actividad de la entidad, por sus particulares características le obliga a recabar datos personales de sus clientes. Si bien afirma que el impago de deuda con el correspondiente procedimiento de reclamación de aquéllas no forma parte de su actividad como empresario es aconsejable recordar que entre sus actividades mercantiles se encuentra la concesión de préstamos por lo que el riesgo de incumplimiento del pago es inherente a la actividad.

- “El volumen de negocio o actividad del infractor” (apartado d.). La cifra de negocio de CAJAMAR revela que estamos ante una gran empresa perteneciente al sector financiero, hecho notorio que no requiere ser objeto de prueba.

CAJAMAR rechaza en sus alegaciones que, en su situación, se pueda aplicar tal circunstancia como agravante y argumenta que “la cuota de mercado de CAJAMAR es mínima”.

Sin embargo, estimamos que lo que el artículo 44.4.d) LOPD toma en consideración es el volumen de negocio por sí mismo, como exponente del

número potencial de afectados que el comportamiento irregular de la entidad puede llegar a generar, pero en ningún caso se refiere al volumen que una determinada entidad tiene en comparación con otras del mismo sector en el que opera. Lo relevante, por tanto, es si estamos ante lo que cabría considerar como una gran empresa, en la que el volumen permite imaginar el número de datos que son objeto de tratamiento, o ante una PYME.

Esa disposición, con independencia de los comentarios que puedan haberse incorporado en las resoluciones dictadas por la AEPD, se refiere al volumen de negocio o actividad. Para la Agencia Estatal de Administración Tributaria tienen la consideración de grandes empresas aquellas en las que el volumen de operaciones de la entidad supera los 6 millones de euros, situación en la que se encuentra CAJAMAR.

- *“La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas”, (apartado h)*

Además de recordar que, como ha declarado la Audiencia Nacional, (SAN de 16/02/2001, Rec. 1144/1999, Fundamento de Derecho Cuarto) “...la inclusión equivocada o errónea de una persona en el registro de morosos, es un hecho de gran trascendencia de la que se pueden derivar consecuencias muy negativas para el afectado, en su vida profesional, comercial e incluso personal, que no es necesario detallar. En razón a ello, ha de extremarse la diligencia para que los posibles errores no se produzcan, ...”, han de valorarse otros aspectos de la conducta denunciada.

A tal efecto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la A.N en sus últimas sentencias viene considerando que se han producido perjuicios al afectado si éste se ha visto obligado a desplegar una actividad, con la consiguiente inversión de medios materiales, a fin de lograr que se restablezca el respeto a su derecho fundamental a la protección de datos.

Llegados a este punto, trasladando este razonamiento al supuesto analizado, se debe recordar la abundante actividad desplegada por el denunciante ante la denunciada para poner fin a la situación irregular provocada por CAJAMAR: emails del denunciante a la empleada de CAJAMAR, burofax dirigido a esa entidad, oposición a la Ejecución Hipotecaria promovida por CAJAMAR frente al denunciante. A lo que se suma el perjuicio profesional que resulta obvio le ha producido la inclusión de sus datos en ficheros de solvencia.

Así las cosas, tomando en consideración, por una parte, que no se aprecia la concurrencia de ninguna de las atenuantes cualificadas del artículo 45.5 LOPD ni se aprecian tampoco atenuantes de entre las circunstancias que recoge el artículo 45.4 LOPD, y por otra, que operan como agravantes las recogidas en los apartados a), c), d) y h) del artículo 45.4 LOPD, se acuerda imponer a CAJAMAR por la infracción del artículo 4.3, LOPD, en relación con el 29.4, y en relación asimismo con el artículo 38.1.a) RLOPD, tipificada como infracción grave en el artículo 44.3.c), una sanción de 60.000 euros, importe próximo al mínimo previsto en la LOPD para las infracciones graves. >>

III

Si bien consideramos que las cuestiones planteadas por la recurrente encuentran respuesta en la resolución impugnada, nos referimos a los motivos invocados como fundamento de su recurso.

A.- Hemos de comenzar refiriéndonos a la alegación previa del recurso cuya finalidad, según afirma la recurrente, es clarificar los hechos denunciados. Los hechos que se relatan en los puntos 1.1 y 1.2 de la alegación previa coinciden con el contenido del Hecho probado cuarto de la resolución impugnada. También, y fundamental, es indicar que en el punto 1.3. de la alegación previa la recurrente hace referencia a la existencia de un recurso de apelación interpuesto por ella frente al Auto 401/2016 del Juzgado de Primera Instancia número 13 de ***LOCALIDAD.1 que resolvió el incidente de oposición a la Ejecución Hipotecaria 881/2015 promovida por CAJAMAR, que estaba pendiente de resolución ante la Audiencia Provincial.

Sobre tal extremo -la existencia de un recurso de apelación, que estaba pendiente de resolución por la Audiencia Provincial, interpuesto por la ahora recurrente contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia que resolvió el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria formulado por el ejecutado- se ha de recordar que si bien no fue incorporado a la relación de Hechos Probados de la Propuesta de resolución ni, por consecuencia, tampoco a la relación de Hechos Probados de la resolución, esto no significa que se haya omitido la mención a él ni en la Propuesta ni en la resolución.

Por el contrario, la existencia de un recurso de Apelación pendiente formulado por la reclamada y ahora recurrente frente al Auto 401/2016 ha sido citado en varios puntos de ambos escritos. A tal efecto nos remitimos al Antecedente sexto de la resolución (idéntico al de la Propuesta) que versa sobre las pruebas practicadas por la instructora del expediente y en cuyo último párrafo se dice:

*<<El Juzgado de Primera Instancia número 13 de ***LOCALIDAD.1 remitió la copia del Auto 401/16 de fecha 04/10/2016. Informó asimismo de que en fecha 24/11/2016 el citado Auto fue recurrido en apelación por el ejecutante siendo remitidos los autos a la Audiencia Provincial el día 28/11/2016 para su resolución. Informó de que no consta que se haya resuelto la apelación por encontrarse el procedimiento en suspensión estando el Juzgado a la espera de dicha resolución para la continuación del pleito (Folios 307 a 315)>>*

También en el Fundamento Jurídico III.A) de la resolución se retomó esta cuestión con la finalidad de responder al malestar mostrado por la ahora recurrente en sus alegaciones a la Propuesta de resolución.

La entidad había expresado su malestar por el hecho de que la Agencia no hubiera incorporado a la relación de Hechos Probados de la Propuesta que el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 13 de -en consideración al cual la Agencia estimaba que desde la fecha en la que se notificó a la entidad ésta era conocedora de que la deuda que figuraba incluida en el fichero carecía de la certeza exigida por el artículo 38.1.a) del RLOPD- había sido impugnado en apelación ante la Audiencia Provincial y que aún no había sido resuelta. Para una mayor claridad reproducimos el siguiente fragmento del Fundamento Jurídico III.A):

*<<CAJAMAR muestra su malestar porque los hechos probados no han reflejado que el Auto 401/2016 del Juzgado de Primera Instancia número 13 de *****LOCALIDAD.1** fue recurrido en apelación y que la Audiencia Provincial a fecha de hoy aún no ha resuelto el recurso. La entidad, no obstante, admite que esta circunstancia sí consta en el Antecedente sexto de la propuesta. Pues bien, la existencia de un recurso de apelación interpuesto frente al Auto 401/2016, pendiente de resolución por la Audiencia Provincial, no hace sino mantener en el tiempo la situación de incertidumbre de la deuda que había comunicado a BADEXCUG asociada al denunciante.*

Es precisamente esa controversia sobre la existencia de la deuda (fruto del Auto que pone fin al incidente de oposición a la Ejecución) lo que impide que en tales condiciones pueda ser comunicada al fichero, lo que implicaría atribuir al denunciante la condición de deudor por tal importe sin la certeza que exige el principio descrito en el artículo 4.3 LOPD, norma que estimamos ha sido infringida por CAJAMAR.

Finalmente, por lo que atañe a esta cuestión, basta hacer dos precisiones más:

La primera de ellas, que en contra de lo manifestado por la entidad denunciada esta Agencia, en ningún momento, ha declarado que la deuda que CAJAMAR atribuye al denunciante es incierta. Ni ha hecho tal declaración ni obviamente podría hacerla pues ninguna competencia tiene en esa materia. La AEPD se ha limitado a constatar un hecho: La declaración del Juzgado de Primera Instancia número 13 en la parte dispositiva de su Auto 401/2016: “la cantidad reclamada no es líquida”, “...es errónea la cantidad reclamada”.>>

Añadir también que se hace mención a la existencia del recurso de Apelación que la ahora recurrente formuló frente al Auto 401/2016 en otros apartados de la Propuesta y de la resolución - Antecedente Quinto, punto 2.4. (que recoge el contenido de las alegaciones al acuerdo de inicio)- y de la resolución -Antecedente Octavo que resume sus alegaciones a la Propuesta de resolución-.

B. Los motivos de impugnación de la resolución dictada en el PS/209/2018 que la recurrente invoca son los siguientes:

B.1.- “Sobre la falta de motivación de la resolución”.

Bajo esa rúbrica la recurrente expone que la AEPD “ha repetido los mismos argumentos esgrimidos en la Propuesta de Resolución” sin detenerse a analizar sus argumentos y que en “los escasos puntos en los que se detiene a analizar” “atribuye alegaciones no realizadas a mi representada, llegando incluso a distorsionar o modificar lo argumentado por esta parte”.

Seguidamente reproduce dos fragmentos de la resolución impugnada. Uno pertenece al Antecedente octavo (si bien la recurrente, por error, lo sitúa en el “Antecedente séptimo”), en el que se recogían las alegaciones que CAJAMAR había formulado a la Propuesta, que dice:

“Añade que la STS de 15/10/2010 declaró nulo el apartado a) del artículo 38.1 RLOPD y que la Agencia ha intentado, contraviniendo dicha Sentencia, defender la aplicabilidad del inciso primero”.

El segundo fragmento de la resolución que la recurrente reproduce pertenece al Fundamento Jurídico III, A. y dice así:

“CAJAMAR ha aducido en su defensa (alegaciones a la propuesta de resolución) que la Sentencia del Tribunal Supremo (...) declaró nulo el apartado a) del artículo 38.1 del RLOPD y no, como sostiene esta Agencia únicamente su inciso último”

La recurrente, después de transcribir los referidos fragmentos, añade que la Agencia ha hecho un análisis sesgado y desnaturalizado de sus alegaciones, pues ella fue *“especialmente clara al pronunciarse sobre la nulidad, únicamente, del segundo inciso del artículo 38.1.a) del RLOPD”*.

En respuesta a este motivo de impugnación, además de manifestar que a nuestro juicio la simple lectura de la resolución evidencia que fue convenientemente motivada, habida cuenta de las consideraciones hechas por la recurrente acerca de que la resolución ha *“distorsionado”* o *“modificado”* el contenido de sus alegaciones parece conveniente reproducir aquellas alegaciones de la recurrente a la propuesta de resolución.

Una lectura de las alegaciones de CAJAMAR revela lo siguiente: en su alegación segunda, folio 6, párrafo quinto, aludía a *“(...) la aplicabilidad de un inciso del apartado uno, letra a), del artículo 38 RLOPD declarado nulo por el Tribunal...”* (El subrayado es de la AEPD). En su alegación segunda, folio 7, párrafo penúltimo, de las alegaciones a la Propuesta, la recurrente decía: *“Por lo tanto, siguiendo el criterio Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, (...) el Tribunal Supremo decidió expulsar del ordenamiento el último inciso del artículo 38.1.a) del RLOPD, siendo únicamente relevante a estos efectos, que la disposición es inexistente...”*. (El subrayado es de la AEPD)

Por tanto, la recurrente cita en sus alegaciones a la Propuesta una vez el *“segundo inciso”* del artículo 38.1.a) del RLOPD y en otro se refiere a *“un inciso”*, sin especificar cuál del artículo 38. 1.a. Pues bien, si como aduce la recurrente el argumento que invocó en sus alegaciones a la propuesta de resolución era que el Tribunal Supremo se había pronunciado sobre la nulidad del inciso segundo del artículo 38.1.a) del RLOPD, toda objeción frente al sentido de la resolución dictada por la Agencia se responde en el Fundamento de Derecho III de dicha resolución.

Así pues, una vez más, reiteramos la remisión al Fundamento de Derecho III, apartado A, de la resolución impugnada.

B.2. *“Sobre el incumplimiento del principio de tipicidad de la resolución”*.

Bajo esta rúbrica cita y transcribe los artículos 4.3 de la LOPD, 29.4 (aunque erróneamente se indica “27.4”) y 38.1.a) del RLOPD. A continuación, la recurrente hace diversas afirmaciones que pasamos a reproducir:

- *“Por lo tanto y según la AEPD, el incumplimiento de la norma citada se habría producido al inscribir CAJAMAR la deuda hipotecaria impugnada por el Sr. [denunciante] sin que ésta fuera cierta, vencida y exigible en la medida que el Sr. [denunciante] se había opuesto a la ejecución hipotecaria”*

*instada por CAJAMAR en el marco del procedimiento 881/2015 sustanciado ante el Juzgado de Primera Instancia número 13 de ***LOCALIDAD.1". (Folio 10 párrafo primero del escrito de recurso de reposición)*

Incluido en el siguiente motivo de impugnación (*"Sobre la inexistencia del elemento subjetivo de la culpabilidad"*) se pronuncia en términos parecidos cuando niega la existencia del elemento subjetivo de la infracción ya que ninguna *responsabilidad* puede atribuírsele por no haber *"dado de baja los datos del Sr. [denunciante] en el momento en el que este se opuso a su demanda de ejecución"*, argumentación que parte también de la incorrecta aplicación que hace la Agencia del artículo 38.1.a), inciso segundo, del RLOPD.

Es totalmente contrario a la verdad que la resolución (como tampoco el acuerdo de inicio ni la propuesta de resolución) haya considerado que se vulneró el artículo 4.3 LOPD, en relación con el artículo 38.1.a) RLOPD (requisito de certeza de la deuda), porque no dio de baja los datos del denunciante del fichero BADEXCUG *"en el momento en el que este se opuso a su demanda de ejecución"*.

Son innumerables las ocasiones, no sólo en la resolución sino también en el escrito del acuerdo de inicio y en la propuesta, en las que se determina con total precisión que el requisito de certeza de la deuda que exige el artículo 38.1.a), del RLOPD desaparece desde que se notifica el Auto que dicta el Juzgado de Primera Instancia que conoció del Incidente de Oposición promovido por el ejecutado.

El Fundamento de Derecho III, apartado A dice en su primer párrafo que este requisito (se refiere al apartado a, del artículo 38.1 del RLOPD) *"fue incumplido por CAJAMAR desde el 05/10/2016 y hasta la baja de la incidencia informada, el 14/03/2017"*. Además, el Hecho probado sexto menciona el documento que acredita la notificación a través de LEXNET al procurador de la entidad ejecutante del Auto que resolvía el incidente de oposición promovido por el ejecutado en fecha 05/10/2016. Paralelamente, el Hecho probado tercero, párrafos último y penúltimo, dejan constancia de que EXPERIAN canceló cautelarmente la incidencia informada por CAJAMAR el 14/03/2017, a raíz de que el afectado ejercitara ante ella el derecho de cancelación y que unos días antes, el 09/03/2017, accedió a la aplicación de EXPERIAN y confirmó la incidencia.

En idéntico sentido se pronuncia la resolución en el Fundamento III, apartado B), en los párrafos séptimo, noveno, undécimo, duodécimo y último.

Respecto al argumento de que la AEPD ha vulnerado el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por cuanto *"al no ser el Auto firme, carece de consideración de cosa juzgada y, en consecuencia, no puede resultar vinculante en el presente procedimiento"*, nos limitamos a recordar que el mismo alegato se hizo en el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución por lo que nos remitimos de nuevo al Fundamento III de la resolución, apartado A.

B.3. "Sobre los criterios cuantificadores de la sanción":

La recurrente subraya, como hiciera en sus alegaciones a la Propuesta, que la AEPD ha acordado mantener la sanción de 60.000 euros que fijó en el acuerdo de inicio pese a que en dicho acuerdo *“se proponía sancionar a [CAJAMAR] por el presunto incumplimiento de dos obligaciones -la prevista en los preceptos a) y c) del artículo 38.1 RLOPD”* y a que en la resolución se le sanciona *“por el incumplimiento de una sola obligación”*.

La resolución recurrida dedicó el apartado B) del Fundamento de Derecho IV (segundo de los Fundamentos identificados como IV) a responder a tal cuestión y a explicar las razones por las que no se había vulnerado el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción.

Sorprendentemente, el resultado de las explicaciones ofrecidas por la Agencia ha sido el párrafo del escrito de interposición del recurso que no ocupa en el que se afirma que la AEPD ha imputado una nueva infracción a la entidad. El folio 26 del escrito de interposición, párrafo segundo, dice así:

“No obstante, no es el anterior argumento el que más sorprende a esta parte. En el último párrafo de la letra B del Fundamento de Derecho IV, la Agencia justifica el mantenimiento de la cuantía en que la infracción del artículo 38.1.a) no solo vulnera el principio de calidad de los datos, como se había tenido en cuenta al inicio del procedimiento, sino que vulnera también el principio informador (...)

- (i)
- (ii) *La vulneración del deber de información no ha sido objeto del procedimiento y, por tanto, provoca indefensión a esta parte...”*

La perplejidad que provoca tal afirmación no es mayor que la curiosidad de saber cómo lo afirmado en la resolución puede derivar en esta interpretación. Estimamos que el comentario de la entidad queda absolutamente desvirtuado con la mera lectura de lo que dijo la Agencia en su resolución, Fundamento de Derecho IV (el segundo de los identificados con esta numeración) apartado B), que reproducimos íntegramente para evitar interesadas interpretaciones:

“B. CAJAMAR afirma en su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución que la AEPD ha vulnerado el principio de proporcionalidad que exige, dice, “que una reducción cuantitativa o cualitativa del hecho sancionable se refleje en la valoración de la sanción”. A su juicio tal vulneración se ocasiona porque la sanción que se estableció en el acuerdo de inicio (60.000 euros), en el que la Agencia manifestó que la conducta infractora se concretaba en el incumplimiento de los requisitos de los apartados a) y c) del artículo 38.1 RLOPD, se mantuvo invariable en la propuesta de resolución, pese a que en ella se delimita definitivamente la conducta infractora, exclusivamente, en la vulneración de uno y no dos de los requisitos del artículo 38.1. RLOPD, el apartado a).

Sin embargo, esta Agencia ha actuado con pleno respeto al principio de proporcionalidad de la sanción. Hemos de indicar, en primer lugar, que el acuerdo de inicio del expediente sancionador (Fundamento de Derecho III) recogía que, “sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción”, concurrían en calidad de agravantes tres circunstancias de las descritas en el artículo 45.4 LOPD: los apartados a), c) y d). A diferencia de ello, la propuesta de resolución estima que son cuatro las circunstancias previstas en el artículo 45.4 de la LOPD que operan en el asunto que nos ocupa como agravantes: además de los apartados ya mencionados del artículo 45.4 LOPD el

apartado h).

Basta añadir a lo expuesto, de una parte, que a través de cualquiera de dichas conductas -la vulneración del artículo 38.1, apartados a) y c) del RLOPD- se ataca el mismo principio informador del derecho a la protección de datos de carácter personal, la calidad de los datos y, de otra, que la sanción de 60.000 euros está muy próxima al mínimo previsto en el artículo 45.2 LOPD para las infracciones graves.”

En definitiva, a la luz de la resolución, y pese a los términos del recurso de reposición, queda patente que la resolución impugnada expuso con claridad los fundamentos en los que se apoya y el sentido de la STS de 15/07/2010 que anuló determinados preceptos del RLOPD, entre ellos el inciso segundo del artículo 38.1.a), sin que parezca justificado que a tenor de tal resolución puedan suscitarse controversias como las que la recurrente plantea en su recurso.

El tenor de la resolución que se impugna enerva los argumentos esgrimidos por la entidad recurrente y deja patente y sin género de duda cuál es el sentido de la STS de 15/07/2010; cuál es la conducta contraria a la LOPD en la que se materializa la infracción de la citada Ley Orgánica de la que se responsabiliza a la recurrente; que de los dos apartados del artículo 38.1. RLOPD - apartados a) y c)- en relación con el artículo 4.3 LOPD y 29.4, cuya infracción se atribuyó a la entidad en el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, la Propuesta mantuvo exclusivamente el incumplimiento del artículo 4.3 en relación con el apartado a) del artículo 38.1 RLOPD; que en todo caso ambos apartados del artículo 38.1 RLOPD vulneraban el mismo principio informador de la LOPD: el principio de calidad de los datos (ex artículo 4.3); que insistentemente esta Agencia ha señalado que la falta de certeza de la deuda y el incumplimiento del requisito del artículo 38.1.a9 RLOPD se produjo desde el 05/10/2016 -que es la fecha en la que se notificó al procurador de CAJAMAR el Auto 401/2016, del Juzgado de Primera Instancia número 13 de ***LOCALIDAD.1, que resolvió el incidente de oposición en el procedimiento de Ejecución Hipotecaria 881/2015; que el citado Auto declaró que no era procedente aplicar la cláusula suelo al ejecutado (denunciante), que el ejecutante (CAJAMAR) había cobrado incorrectamente cantidades excesivas al deudor, que la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo era nula (según parámetros de la STJUE 14/03/2013) y concluyó que la cantidad reclamada por CAJAMAR en el procedimiento de ejecución no era líquida en los términos y condiciones que se reflejan en la demanda y que por tanto era errónea la cantidad reclamada; que desde el 14/06/2015 el saldo impagado atribuido al denunciante en el fichero BADEXCUG, informado por CAJAMAR ascendía a 257.192,29 euros; que la resolución respeta el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción toda vez que la infracción subsumible en el tipo infractor (ex artículo 44.3.c, LOPD) continúa siendo la misma y además se apreció en la Propuesta una circunstancia agravante que no se había reflejado en el acuerdo de inicio del expediente.

IV

Debido a razones de funcionamiento del órgano administrativo, por ende, no atribuibles al recurrente, hasta el día de la fecha no se ha emitido el preceptivo pronunciamiento de esta Agencia respecto a la pretensión del interesado.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

(LPACAP) el sentido del silencio administrativo en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones es desestimatorio.

Con todo, y a pesar del tiempo transcurrido, la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación, según dispone el art. 21.1 de la citada LPACAP. Por tanto, procede emitir la resolución que finalice el procedimiento del recurso de reposición interpuesto.

V

Como se expone en los Fundamentos Jurídicos precedentes, los motivos de impugnación invocados por el recurrente no pueden prosperar.

Así pues, no habiendo aportado el recurrente hechos nuevos ni 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 CAJAMAR CAJA RURAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, con NIF F-04743175, contra la resolución de la Agencia Española de Protección de Datos dictada el 16 de noviembre de 2018 en el procedimiento sancionador PS/00209/2018.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad CAJAMAR CAJA RURAL, SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, con NIF F-04743175.

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº ES00 0000 0000 0000 0000, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si se encuentra entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDPGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art.

48.6 de la LOPDPGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), los interesados podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 de la referida Ley.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada LPACAP. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

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