

Procedimiento nº.: PS/00329/2018
180-100519

Recurso de reposición Nº RR/00387/2019

Examinado el recurso de reposición interpuesto por FINANCIERA ESPAÑOLA DE CRÉDITO A DISTANCIA, EFC, S.A., contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00329/2018 y en consideración a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 10 de abril de 2019, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00329/2018 en virtud de la cual se impuso a FINANCIERA ESPAÑOLA DE CRÉDITO A DISTANCIA, EFC, S.A., una sanción de 40.010 euros (cuarenta mil diez euros) por vulneración de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la LOPD, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada a FINANCIERA ESPAÑOLA DE CRÉDITO A DISTANCIA, EFC, S.A., en fecha 10 de abril de 2019, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00329/2018, se dejó constancia en la resolución recurrida de los siguientes:

<<PRIMERO: A.A.A. denuncia que FINDIRECT ha efectuado consultas asociadas a su NIF al fichero BADEXCUG sin estar legitimada para ese tratamiento. Las consultas a estos ficheros de solvencia patrimonial se realizan utilizando como identificador el número de NIF. (Folio 1)

*SEGUNDO: A.A.A. es titular del NIF ***NIF.1, cuya copia ha facilitado y obra, entre otros, en los folios 12, 15, 16,17 y 18 del expediente administrativo.*

TERCERO: Obran en el expediente, aportadas por el denunciante, dos cartas que le remitió el Servicio de Protección al Consumidor del fichero BADEXCUG, de fechas 13/10/2017, referencia C20171013000197 (folio 7) y 23/10/2017, referencia C20171023000191 (folio 21).

*En ambas le comunican que el identificador "***NIF.1 ha sido consultado en los últimos seis meses por las siguientes entidades: (...) FINDIRECT, Avda. Fuente de la Mora, 4, Madrid, 28050, Madrid"*

CUARTO: FINDIRECT manifestó que el motivo por el cual había accedido a la información relativa al titular del NIF *****NIF.1** contenida en los ficheros de solvencia "... no es otro que proceder a la valoración de la concesión de un préstamo tras la solicitud de información realizada el día 4 de octubre de 2017 por el Sr. **A.A.A.** a través de un landing de esta entidad (.. .) a la que pudo acceder desde una comunicación que había recibido de la mercantil Arvato y en la que el propio interesado a través del link puesto a su disposición cumplimentó los datos de DNI, nombre, fecha de nacimiento, teléfono fijo y teléfono móvil y se los facilitó a mi representada." (Folio 46)

QUINTO: En sus alegaciones al acuerdo de inicio del expediente sancionador FINDIRECT manifestó que "para realizar la consulta en ficheros de solvencia, es imprescindible que el interesado acceda de forma previa a las Condiciones Generales y a la política de privacidad de la página, siendo informado en ese momento que la aceptación de dichas condiciones y políticas conllevan a la aceptación y autorización por parte del interesado a que la empresa pueda proceder a la consulta en tales ficheros de solvencia. En caso de que el interesado no acepte los mentados términos y condiciones, la propia "landing page" no permite la continuación del proceso y, por tanto, la posterior consulta en ficheros de solvencia del interesado". (Folio 63)

SEXTO: Con la rúbrica "Flujo del proceso de landing Findirect octubre 2017" (folios 105 a 108) la denunciada facilitó las siguientes explicaciones y documentación:

1. El cliente recibe un email (se aporta captura de pantalla) con una imagen y un link que informa sobre la posibilidad de solicitar un préstamo de 3.000 euros.
2. Si el cliente entra en el link se procede a una simulación del préstamo y si está de acuerdo con tal simulación continúa accediendo a través del botón "solicítelo ahora"
3. Entra en el primer formulario de datos que debe llenar para continuar el proceso, además de aceptar las condiciones: "Acepto las Condiciones Generales, el uso de Vedacon y la Política de privacidad". (Folio 110)
4. "El sistema procede a realizar consultas internas para evaluar si admite la operación, entre ellas está la consulta a Experian, la cual fue realizada automáticamente; en el caso del cliente DNI *****NIF.1**, fue el día 04/10/2017 a las 13:45.36 horas"
5. "El sistema al NO admitir la operación emite el siguiente mensaje informativo al cliente: Lo sentimos..."

SÉPTIMO: FINDIRECT ha aportado una captura de pantalla del formulario de solicitud del préstamo cumplimentada con los datos personales que facilitó el solicitante del préstamo:

En la parte superior del documento aparece subrayada la leyenda: "2. Envíe la solicitud web".

En un recuadro y debajo de la rúbrica "Solicitud", dice: "Ha elegido un préstamo de 3.000 €. Está a menos de 10 minutos de cumplir sus sueños". Seguidamente incorpora el nombre y apellidos "**B.B.B.**"; la fecha 10/12/1972; aparece activada la casilla "Hombre"; el NIF *****NIF.1**; el teléfono móvil *****TELEFONO.1** y el fijo *****TELEFONO.2**.

En la línea inferior aparece activada la casilla con la indicación "Acepto las condiciones generales, el uso de Vedacon y la Política de Privacidad".

No consta ni se hace mención al dato de la dirección electrónica del solicitante.
(Folio 102)

OCTAVO: FINDIRECT ha aportado una copia con “los datos del LOG guardado del formulario que llenó el cliente en el momento de aceptar condiciones y solicitar financiación” (folio 109)

En ese documento y en la columna “Descripción del dato” se precisan los tipos de datos recogidos. Entre ellos figuran todos los que aparecen en la captura de pantalla a la que hace mención el Hecho probado séptimo (es decir, “DNI/NIF”; “Nombre”; “Primer apellido”; “Segundo Apellido”; “Fecha de nacimiento”; “Teléfono 1”; “Teléfono 2”) y a otros distintos, entre los que cabe mencionar los relativos a “Fecha y hora de creación, momento en que acepta condiciones y solicita financiación con el primer formulario lleno”; “Importe solicitado” y “Plazos solicitados”.

No hay ningún campo de datos destinado a la dirección electrónica del solicitante del préstamo.

NOVENO: La denunciada ha aportado la “Auditoría Landing Page”, de fecha 22/10/2018, realizada por la empresa SECOND WINDOW, S.L., con CIF B85872109. (Folios 111 a 124).

La Auditoría concluye que “un usuario, a través de su navegador web y haciendo uso normal del sitio web, no podría haber hecho click en el link recibido en el email y realizar una solicitud por error o desconocimiento, sin antes rellenar los campos obligatorios del formulario y aceptar las Condiciones Generales y la política de privacidad de la página, marcando la casilla prevista al efecto”. (Folio 124)

DÉCIMO: FINDIRECT manifiesta que en caso de que hubiera aceptado la solicitud de préstamo recibida, asociada al NIF *****NIF.1**, el interesado debería haber facilitado copia de su documentación para hacer efectiva la contratación del crédito por lo que se habría producido una nueva validación. (Folio 63)

UNDÉCIMO: FINDIRECT declara que, habida cuenta de que la operación de crédito no fue autorizada, “los datos facilitados en su día en dicha solicitud no fueron incorporados a la base de clientes de FINDIRECT, manteniéndose únicamente la información de las transacciones realizadas a los efectos acreditativos oportunos”. (Folio 64)

DUODÉCIMO: El documento denominado Condiciones Generales (folios 90 a 96), que FINDIRECT afirmó que habían sido aceptadas por el solicitante del crédito, prevén en su estipulación 19 (“Protección de Datos Personales”):

“El Cliente queda informado del tratamiento automatizado del que van a ser objeto sus datos y los datos a los que FINDIRECT tenga acceso como consecuencia de la ejecución del contrato y de consulta, solicitud o... de cualquier transacción u operación realizada por cualquier vía., (...) Asimismo, actuando en nombre propio tanto el Cliente como el tercero en su caso, cuyos datos se hayan facilitado en el marco del contrato suscrito, y en aras de una correcta evaluación de la financiación solicitada y de la información remitida, quedan informados en el acto, del derecho que asiste a FINDIRECT a consultar los ficheros de solvencia patrimonial”. (Folio 91)>>

TERCERO: FINANCIERA ESPAÑOLA DE CREDITOS A DISTANCIA, EFC, S.A. (en lo sucesivo la recurrente o FINDIRECT) interpuso recurso de reposición en esta Agencia Española de Protección de Datos mediante correo administrativo de fecha 10 de mayo de 2019, escrito que tuvo entrada en el organismo en fecha 21 de mayo de 2019.

La recurrente solicita que se proceda al archivo de las actuaciones “*por no haber incurrido en comportamiento u omisión constitutivos de infracción de ningún tipo*”.

Como cuestión previa el recurso plantea el “*manifiesto error material*” en el que ha incurrido la resolución recurrida habida cuenta de que en ella se hizo constar -según declaraciones de la recurrente- que “*no se han aportado por esta parte alegaciones a la Propuesta de Resolución*”, pese a que “*la realidad es que se enviaron en fecha 2/4/19, siendo recibidas en la Agencia el 5/4/19, por lo que entendemos que no han sido tenidas en cuenta a la hora de dictar Resolución, por lo que se interesaba la revisión del expediente a los efectos de tener por presentadas las alegaciones en plazo, escrito al que no hemos tenido respuesta*”.

Seguidamente invoca los argumentos en los que funda la impugnación de la resolución sancionadora. Ahora bien, tales argumentos son en esencia una reiteración de los expuestos en el curso del procedimiento sancionador, hasta el punto de que muchos de ellos figuran en la relación de Hechos Probados, pero en particular son una reproducción casi exacta del escrito de alegaciones a la propuesta de resolución. Este escrito, por las razones que más adelante se explican, es objeto de análisis a través del presente recurso de reposición. Así pues, por razones de economía procesal, nos remitimos a la transcripción que se hace en el Fundamento Jurídico II, apartado B, de esta resolución que versa sobre las alegaciones a la propuesta de resolución formulada por FINDIRECT y a la contestación a tales alegatos, habida cuenta de que los mismos argumentos son los invocados como fundamento del recurso de reposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

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

II

A. En primer término, es preciso responder a la cuestión previa planteada por la recurrente: Que la resolución impugnada no tomó en consideración las alegaciones a la propuesta de resolución y el “*manifiesto error material*” (según expresión de la recurrente) en el que ha incurrido la resolución por cuanto en ella se afirma que “*no se han aportado por esta parte alegaciones a la Propuesta de Resolución*”.(El subrayado es de la AEPD)

La afirmación que la recurrente atribuye a la AEPD no coincide exactamente con

lo señalado en la resolución impugnada. Así, el Antecedente séptimo de la resolución -después de referirse a la fecha en la que la denunciada había aceptado la notificación de la propuesta y, por ende, al plazo que para hacer alegaciones le otorgaban los artículos 73.1 y 30.2 de la LPACAP y a que el citado plazo terminaba el día 04/04/2019- decía: “A fecha 09/04/2019 no se tiene noticia de que la denunciada haya formulado alegaciones a dicha propuesta”. (El subrayado es de la AEPD)

Conviene recordar, además, que entre la fecha en la que finalizó el plazo para hacer alegaciones a la propuesta y la fecha en la que la AEPD dictó la resolución, que fue firmada el 10/04/2019, transcurrieron seis días naturales.

El escrito de alegaciones a la propuesta se presentó por correo administrativo el 02/04/2019 y tuvo entrada en el Registro de la AEPD el 05/04/2019. Se ha constatado, tras realizar un examen de los registros informáticos internos, que por razones tecnológicas relacionadas con el funcionamiento deficiente del sistema de la organización, hasta el día 10/04/2018 no se volcó la información relativa a la presentación de las alegaciones en la aplicación a la que tiene acceso la Subdirección de Inspección. Hasta esa fecha no existió ninguna referencia ni alusión en la aplicación informática a que la denunciada hubiera presentado alegaciones a la propuesta de resolución y en esa fecha y hora la resolución que se impugna ya había sido firmada por la Directora de la AEPD.

B. No obstante lo anterior, en aras de garantizar el respeto al principio de contradicción que inspira el procedimiento administrativo sancionador, pasamos a examinar las alegaciones a la propuesta de resolución que la denunciada formuló en el curso del PS/329/2018 dentro del plazo otorgado por la LPACAP y que no pudieron ser tomadas en consideración por la razón expuesta. Se procede al análisis de tales alegaciones por si ofrecen nuevos elementos que permitan en vía de recurso estimar las pretensiones de la denunciada.

En la primera de sus alegaciones a la propuesta de resolución la entonces denunciada y actual recurrente reiteraba que en el desarrollo de su actividad había desarrollado una campaña promocional sobre direcciones electrónicas procedentes de una base de datos puesta a su disposición por una determinada Agencia (ARVATOS, en virtud del contrato que suscribió con la entidad propietaria, Leads the Leads) y que no tuvo acceso a esa base de datos, de manera que los emails que los destinatarios recibían incluían un link desde el cual, si lo deseaban, podían acceder a la “*landing page*” de FINDIRECT.

En su alegación segunda explicó de nuevo que obraba en el procedimiento – pues fue aportado a requerimiento de la Inspección de Datos- el formulario cumplimentado desde la *landing page* con datos del reclamante; el flujo de todo el proceso de la *landing page* (auditado por un perito independiente) y los datos del log recuperado. Añadió que, con los datos que recabó en el mismo acto de la persona que recibió el email y, con el único propósito de analizar la viabilidad de la contratación del préstamo que se interesaba, procedió a consultar el fichero de solvencia.

En defensa de la licitud del tratamiento de datos efectuado invocó de nuevo la

presunción de “verosimilitud” de los datos ofrecidos por el interesado que cumplimentó el formulario de solicitud del préstamo y el “*deber de ponderación y adecuación*” en la petición de información, consecuencia del principio de minimización de datos. Concluyó de ello que *“parece correcto no requerir mayor información para una solicitud inicial que en ningún caso puede completarse sin el resto de los trámites necesarios (contrato firmado, copia nómina, cuenta bancaria de destino, fotocopia DNI, etc)”*

Esgrimió de nuevo el alegato de que ostentaba un interés legítimo en el tratamiento efectuado. Argumenta que, como expuso en el curso del expediente, *“en este caso, con independencia de que no existiera una relación contractual o precontractual con el reclamante, en tanto habría sido suplantado, según denuncia, mi representada habría tenido en todo caso un interés legítimo en efectuar esa consulta a los efectos de poder verificar si los datos recibidos eran correctos y habilitaban el desarrollo de la posterior relación contractual”*.

En la alegación tercera, expuso que, a su entender, a la vista de la documentación aportada, *“no se ha valorado de forma adecuada que el tratamiento de datos realizado por FINDIRECT fue llevado a cabo empleando una diligencia razonable y exigible, ya que la entidad desarrolla su consulta en aras de asegurarse de que quien facilita como propios datos personales es quien dice ser, no pudiendo completarse la contratación sin dicho cotejo, que se completaría en última instancia con el abono en una cuenta bancaria necesariamente titularidad del solicitante.”*(El subrayado es de la AEPD)

Explicó que el acceso que realizó al fichero Experian se limitó a consultar si los datos recibidos se encontraban en dicho fichero con el fin de estudiar la contratación solicitada y que el resultado de dicha consulta evitó que la contratación pretendida se llevase a cabo sin recibir ni ofrecer en ningún caso mayor información sobre las razones de la desestimación.

Afirmó que en la actualidad *“ha implementado un procedimiento para dejar debida constancia de la IP desde la que se cumplimenta la información que se recaba en las distintas “landing page” (...) en todo caso, esta medida facilitará en su caso la búsqueda o identificación de terceros en caso de suplantación, pero no podrá impedir tampoco en este momento inicial que los datos facilitados pudieran provenir de un tercero cuyos datos han sido obtenidos de alguna forma fraudulenta. Igualmente, mi representada está estudiando la posibilidad de validar los datos recibidos de DNI y nombre y apellidos de los interesados sobre la propia información censal de la página de la Agencia Tributaria”*.

A propósito de la diligencia desplegada manifestó que la diligencia desarrollada para la perfecta identificación del interesado es adecuada para la fase inicial de la consulta en la que se encontraba el proceso de contratación y añade: *“resulta palmario que este nivel de identificación es distinto en un momento previo, preparatorio de la contratación que a la hora de suscribir el contrato.”*

En la alegación cuarta solicitó que por la AEPD *“se oficie a ARVATOS, con domicilio en (...) a fin de que certifiquen el origen del mail del Sr. A.A.A. para acreditar*

los datos del mail que dio origen a la relación precontractual y en su caso, el verdadero titular de dicho mail al objeto de llevar a cabo las acciones judiciales oportunas”.

Pues bien, en contestación a las alegaciones a la propuesta de resolución que formuló la entonces denunciada -sin dejar de insistir en que los hechos que en ellas se mencionan hasta tal punto fueron tenidos en cuenta por esta Agencia que la mayoría de ellos se recogieron en la relación de Hechos Probados de la propuesta y de la resolución- se han de hacer estas consideraciones:

Por lo que atañe a la alegación primera -que es en esencia una descripción del procedimiento a través del cual se desarrolló la campaña de captación de clientes en cuyo marco recibió una solicitud de contratación de la persona que facilitó como propio el NIF del denunciante- nada cabe añadir salvo insistir en que estamos ante una reiteración de explicaciones ya ofrecidas y que, en cualquier caso, se trata de aspectos que no tienen relevancia a efectos de determinar si existió o no una conducta contraria a la LOPD de la que sea responsable la denunciada.

La explicación ofrecida por la denunciada es que, con los datos recabados a través de quien cumplimentó el formulario descargado de la entidad al recibir el *mail* “a los efectos de analizar la viabilidad de la contratación interesada” se procedió a la consulta previa al fichero. Explicación que, como sucede con los restantes detalles facilitados en sus alegaciones a la propuesta, no aporta nada nuevo.

El acceso a los datos de una persona que constan en un fichero de solvencia patrimonial (recordemos que en este tipo de ficheros la información está vinculada exclusivamente al NIF de la persona, por lo que es ese dato el que se ve obligado a tratar ineludiblemente quien formula la consulta) sin recabar su consentimiento (como exige el artículo 6.1 LOPD) únicamente puede hacerse en los términos del artículo 42 del Reglamento de desarrollo de la LOPD (RLOPD), de acuerdo con la interpretación que de esta disposición ha hecho la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (ver Fundamento de Derecho III de la resolución) en el sentido de que la relación de supuestos del precepto no es una categoría cerrada y que ha de concurrir en quien efectúa la consulta a ficheros de esa naturaleza un interés legítimo que no necesariamente ha de derivar de un contrato.

Como se expuso en la resolución recurrida ninguna duda existe de que quien recibe una solicitud de préstamo está legitimado, ex artículo 42 RLOPD, para consultar los datos de los que es titular el solicitante de dicho préstamo. Pero para ello será preciso que la entidad, que es a quien incumbe la carga de la prueba, esté en condiciones de acreditar que el “solicitante” del préstamo es quien dice ser o, al menos, que la entidad, responsable del tratamiento, desplegó (obviamente antes de llevar a cabo la consulta) una diligencia mínima a fin de acreditar que quien se identificó como titular de unos datos lo era efectivamente. Esta exigencia es consecuencia directa de los principios que inspiran la normativa de protección de datos y de no proceder así el resultado sería, en la práctica, admitir que pueden hacerse consultas a los ficheros de esa naturaleza de forma indiscriminada.

Respecto a los principios de presunción de veracidad y de minimización que la recurrente invocó en sus alegaciones a la propuesta, señalar que la presunción de

veracidad se predica (artículo 8.5 del RLOPD) de aquellos datos que han sido recogidos del “titular”. Y la entidad denunciada no ha aportado ninguna prueba ni ha acreditado haber desarrollado ningún tipo de actividad a fin de verificar si la persona que le facilitó el DNI al cumplimentar el formulario era su verdadero titular, máxime cuando el paso inmediato que estaba previsto en su protocolo una vez que recibía el formulario cumplimentado por el solicitante en el que constaba el dato del DNI, era consultar, utilizando como criterio de búsqueda de la información exclusivamente el NIF, el fichero de solvencia patrimonial.

No sólo no se desplegó ninguna actividad a fin de verificar la identidad de la persona que ofreció como propio el dato del DNI; lo que resulta más preocupante es que la denunciada y ahora recurrente ha venido defendiendo que no es necesario hacer más indagaciones en esa fase precontractual habida cuenta de que, dice, más adelante, al tiempo de suscribir el contrato, se recabará la copia de diversos documentos, entre ellos el DNI. Tal explicación sería admisible si la conducta objeto de la denuncia hubiera de valorarse desde otros ámbitos normativos -por ejemplo las normas sobre solvencia de entidades financieras- distintos de aquél que regula las funciones de esta Agencia, que se centra en el respeto a las normas que regulan el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

FINDIRECT ha invocado el principio de minimización a cuyo amparo dice: “*no parece correcto requerir mayor información para una solicitud inicial que en ningún caso puede completarse sin el resto de trámites necesarios (contrato firmado, copia nómina, cuenta bancaria de destino, fotocopia DNI etc)*”.

Con esta explicación la denunciada prescinde, intencionadamente, de una circunstancia determinante, de tal modo que si no se cae en la cuenta de ello podemos erróneamente creer que la pretensión de la entidad es ajustada a Derecho.

FINDIRECT menciona la “solicitud inicial” y pasa seguidamente a referirse a los diversos documentos que exige para completar la operación de micro préstamo. Sin embargo, no puede obviarse que, a tenor de su protocolo de actuación, nada más recibir esa solicitud inicial y, por tanto, antes de recabar ningún documento, el NIF así obtenido (es decir, el que consta en la solicitud) es objeto de tratamiento con una finalidad específica: la consulta a ficheros de solvencia patrimonial.

Por tanto, la consulta a ficheros de esa naturaleza se efectúa sobre un NIF del que FINDIRECT no ha desplegado ninguna actividad para confirmar que pertenece a quien lo facilita como propio, el solicitante del micro préstamo. En otras palabras, en tanto la denunciada no esta en condiciones de acreditar al tiempo de efectuar la consulta al fichero de solvencia patrimonial que el solicitante del préstamo es el titular de los datos personales facilitados, no puede predicarse de esa consulta, de ese tratamiento de datos específico, el principio de veracidad ni cabe tampoco sostener la existencia de un interés legítimo en dicho tratamiento, pues el interés legítimo existe respecto a la persona que efectivamente “solicita” un micro préstamo pero no respecto a datos de terceros que el solicitante del préstamo facilita como propios. Por idéntica razón tampoco cabe amparar el tratamiento efectuado en el principio de minimización pues, a diferencia de lo que sostiene la denunciada, habida cuenta de que “antes” de recabar algún tipo de documentación trató el dato del NIF que figuraba en la solicitud para consultar el fichero BADEXCUG no ha desarrollado ninguna

actividad de la que se pueda inferir que cumplió las obligaciones que le impone la LOPD.

El tratamiento efectuado -la consulta a BADEXCUG- exigiría contar con el consentimiento del titular del NIF, que es el dato objeto de tratamiento. Para ello la entidad debería haber realizado una mínima actividad encaminada a verificar que quien facilitó como suyo el dato era su verdadero titular; actividad que, evidentemente ni ha existido ni parece tampoco a la vista de las explicaciones ofrecidas, que la denunciada piense en cambiar su *modus operandi*. Bastaría con que la consulta al fichero se hiciera en un momento posterior del curso de la contratación del micro préstamo; por ejemplo, cuando después de recibir la solicitud se hubiera recabado del solicitante alguno de los documentos que la denunciada viene exigiendo para suscribir el contrato. Medida garantista y más respetuosa con la normativa de protección de datos pero que no se acoge. Parece que si tal medida no se acoge es por razones de eficiencia empresarial, por el inconveniente que le reporta a la denunciada que muchos de los trámites efectuados, de los documentos recabados se revelen inútiles finalmente, si al verificar la solvencia el resultado fuera negativo obligando a denegar la contratación. Sin embargo, como se ha expuesto, nuestro ordenamiento jurídico reconoce y garantiza el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y los responsables del tratamiento de datos de terceros están sujetos a las obligaciones que esa normativa les impone de la misma manera que están sujetos a las obligaciones que les impone la normativa sectorial de solvencia económica o de contratación que con tanto detalle fue invocada por la denunciada en dos de sus escritos.

Las reflexiones precedentes evidencian que, pese a lo manifestado por FINDIRECT, la denunciada no desplegó una mínima diligencia ni menos aún la diligencia que era exigible atendidas las circunstancias del caso.

Mencionó también la entidad en sus alegaciones a la propuesta que había implementado los siguientes procedimientos:

- a) un procedimiento para *"...dejar debida constancia de la IP desde la que se cumplimenta la información que se recaba en las distintas "landing page" (...) en todo caso, esta medida facilitará en su caso la búsqueda o identificación de terceros en caso de suplantación, pero no podrá impedir tampoco en este momento inicial que los datos facilitados pudieran provenir de un tercero cuyos datos han sido obtenidos de alguna forma fraudulenta."*

A propósito de esta medida damos por reproducidos los comentarios precedentes. Basta señalar que es evidente que existe la posibilidad de que se produzca una suplantación de personalidad pero, en tal caso, lo relevante, de lo que se hace depender que tal conducta antijurídica genere o no responsabilidad administrativa sancionadora, será que esté o no presente el elemento culpabilístico de la infracción, necesario en tanto la C.E. proscribe la responsabilidad objetiva. Así pues, en la medida en que la responsable del tratamiento de datos que no pertenecen a quien los facilita como suyos sino a un tercero hubiera desarrollado una actuación mínimamente diligente para garantizar que los datos recabados pertenecen a quien se identifica con ellos no podrá quedar sujeta a responsabilidad administrativa sancionadora.

- b) Anuncia también FINDIRECT que está en estudio la implantación de una nueva medida que consistirá, dice, en *“... validar los datos recibidos de DNI y nombre y apellidos de los interesados sobre la propia información censal de la página de la Agencia Tributaria”*.

Ante ese anuncio, la AEPD se limita a recordar a la recurrente la obligación que le incumbe de respetar la normativa reguladora del derecho a la protección de datos de carácter personal.

Por último, en la alegación cuarta de las alegaciones a la propuesta de resolución FINDIRECT solicitó que por la AEPD *“se oficie a ARVATOS, con domicilio en (...) a fin de que certifiquen el origen del mail del Sr. A.A.A. para acreditar los datos del mail que dio origen a la relación precontractual y en su caso, el verdadero titular de dicho mail al objeto de llevar a cabo las acciones judiciales oportunas”*.

Con relación a tal cuestión se ha indicar, por una parte, que el momento procesal oportuno para la proposición de pruebas es el escrito de alegaciones al acuerdo de inicio. En todo caso, incluso en la hipótesis de que se hubiera solicitado este oficio en el trámite procesal adecuado, necesariamente debería haberse desestimado por ser *“manifiestamente improcedente”*. Las indagaciones que solicita que la AEPD lleve a efecto tendrían relevancia en procedimientos de naturaleza distinta del que nos ocupa, por lo que deberá acudir a la instancia administrativa o judicial que sea competente.

Por tanto, analizadas las alegaciones que la ahora recurrente formuló a la propuesta de resolución del PS/329/2018 -alegaciones que no pudieron ser valoradas por esta Agencia por cuanto no tuvo noticia de su presentación hasta después de firmada la resolución sancionadora- se comprueba que no se han aportado en ellas nuevos argumentos jurídicos que permitan reconsiderar el sentido de la resolución sancionadora dictada en fecha 10/04/2019.

III

Por lo que atañe a los Fundamentos del recurso de reposición que la recurrente esgrime se advierte que consisten en una reiteración de las alegaciones ya formuladas a lo largo del procedimiento sancionador, en particular son casi una reproducción idéntica del escrito de alegaciones a la propuesta de resolución que ha sido objeto de análisis en el Fundamento Jurídico precedente.

Así pues, se transcriben a continuación los Fundamentos de Derecho II a IV, ambos inclusive, de la resolución impugnada en los que -completados con las consideraciones hechas en el Fundamento Jurídico precedente- se analizan todas las cuestiones planteadas por la ahora recurrente:

<< 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. La Audiencia Nacional, en diversas sentencias (entre otras SSAN de 24/03/2004 y 7/07/2006) ha señalado que los principios generales descritos en dicho Título definen las pautas a las que debe atenderse la recogida, el tratamiento y el uso de los datos de carácter personal.

En esa línea, la SAN de 25/07/2006 manifiesta: “...dichos principios sirven para delimitar el marco en el que debe desenvolverse cualquier uso o cesión de los datos de carácter personal y para integrar la definición de los tipos de infracción definidos en el artículo 44 de la LOPD, pues este precepto aborda la tipificación de las distintas infracciones mediante una remisión a los principios definidos en la propia Ley”. (El subrayado es de la AEPD)

La LOPD en su artículo 6 se refiere al principio del consentimiento en el tratamiento de los datos de carácter personal y dispone bajo la rúbrica “Consentimiento del afectado”:

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

2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento;(...)

El artículo 4 de la LOPD, “Calidad de los datos”, establece en su 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”.

Por otra parte, el Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2017 (RLOPD), en el capítulo I del Título IV, que lleva por rúbrica “Ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito”, se ocupa en su artículo 42 del “Acceso a la información contenida en el fichero” y dispone:

“1. Los datos contenidos en el fichero común sólo podrán ser consultados por terceros cuando precisen enjuiciar la solvencia económica del afectado. En particular, se considerará que concurre dicha circunstancia en los siguientes supuestos:

- a) Que el afectado mantenga con el tercero algún tipo de relación contractual que aún no se encuentre vencida.*
- b) Que el afectado pretenda celebrar con el tercero un contrato que implique el pago aplazado del precio.*
- c) Que el afectado pretenda contratar con el tercero la prestación de un servicio de facturación periódica.*

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

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

La infracción del principio del consentimiento se tipifica como grave en el artículo 44.3.b) LOPD, que dispone: “Son infracciones graves: (...) “Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo”.

III

El objeto del expediente sancionador que nos ocupa es el tratamiento realizado por FINDIRECT del dato del NIF del denunciante. El tratamiento de este dato personal se materializó, entre otras conductas, en la consulta a la información que, asociada a él, constaba en el fichero de solvencia patrimonial BADEXCUG.

*A) Obran en el expediente sendos documentos emitidos por Experian Bureau de Crédito, S.A., responsable del fichero BADEXCUG, de fechas 13/10/2017 y 23/10/2017, que informan de que en los seis meses anteriores la entidad "FINDIRECT, Avda. Fuente de la Mora, 4, Madrid, 28050, Madrid" realizó consultas a ese fichero de solvencia relativas al identificador *****NIF.1** (Hecho probado tercero).*

Asimismo, la denunciada ha reconocido que en fecha 04/10/2017 a las 13:45:36 horas se realizó la consulta a BADEXCUG asociada al citado NIF (folio 108) y ha aportado un documento denominado "Datos del LOG guardado en Base de datos de la respuesta de Experian" que ofrece idéntica información (folio 104).

*Que el NIF *****NIF.1** es titularidad del denunciante, **A.A.A.**, ha quedado plenamente acreditado en el expediente a través de la abundante documentación aportada al efecto, entre ella varias copias del DNI (ver Hecho probado primero).*

*En respuesta al requerimiento informativo que la Inspección de Datos de la AEPD hizo a FINDIRECT en el curso de las actuaciones de investigación previa sobre el motivo por el cual había consultado el NIF del denunciante en el fichero BADEXCUG, la entidad denunciada respondió: "...no es otro que proceder a la valoración de la concesión de un préstamo tras la solicitud de información realizada el día 4 de octubre de 2017 por el Sr. **A.A.A.** a través de un landing de esta entidad (...) a la que pudo acceder desde una comunicación que había recibido de la mercantil Arvato y en la que el propio interesado a través del link puesto a su disposición cumplimentó los datos de DNI, nombre, fecha de nacimiento, teléfono fijo y teléfono móvil y se los facilitó a mi representada." (Hecho probado cuarto. El subrayado es de la AEPD)*

*La denunciada ha aportado dos documentos en los que constan los datos que le facilitó el solicitante del crédito cuando cumplimentó el formulario de petición de préstamo desde la landing-page de FINDIRECT: Por una parte, nos facilita una captura de pantalla del mencionado formulario (se describe en el Hecho probado séptimo de esta resolución) en la que figuran tanto el nombre de **B.B.B.** como el NIF *****NIF.1**. Por otra, aporta un documento con los "datos del LOG guardado del formulario que llenó el cliente en el momento de aceptar condiciones y solicitar financiación", obrante al folio 109, que se describe en el Hecho probado octavo de esta resolución. En este documento consta igualmente que el solicitante del préstamo se identificó con el NIF *****NIF.1** y el nombre de **B.B.B.**.*

*Se concluye de lo expuesto que el dato del NIF *****NIF.1** tratado por FINDIRECT, quien realizó una consulta al fichero BADEXCUG asociada a ese identificador, no pertenece a la persona que lo facilitó como propio y se identificó como **B.B.B.**, sino que su titular es el denunciante, quien niega haber solicitado a la denunciada la contratación de un préstamo o algún otro producto que la habilitara para consultar los ficheros de solvencia patrimonial.*

La denunciada en defensa de la legitimidad del tratamiento realizado -la consulta

a BADEXCUG asociada al dato del NIF del denunciante- invoca el artículo 42 del Reglamento de desarrollo de la LOPD. En este sentido, en sus alegaciones al acuerdo de inicio (folio 63), a propósito de la remisión a esta Agencia de la documentación relativa al formulario de solicitud de préstamo, declaró: “Se acompaña la concreta y completa información recabada que fue recibida por mi representada y que originó la consulta al fichero de solvencia BADEXCUG de conformidad con el art. 42 del Real Decreto 1720/2017 en tanto se pretendía celebrar un contrato con un tercero que implicaba el pago aplazado del precio.”

El artículo 42 del RLOPD, reproducido en el Fundamento precedente, habilita a consultar los datos contenidos en un fichero común -dispensando así, para ese tratamiento específico, de la obligación de recabar el consentimiento del titular de los datos- cuando existe una circunstancia particular que es exponente del interés legítimo que asiste a quien hace la consulta: la necesidad de enjuiciar la solvencia económica del titular de los datos personales tratados.

Si bien el precepto, artículo 42.1, RLOPD, relaciona tres casos en los que está presente el interés legítimo de valorar la solvencia económica de una persona -entre ellos el invocado por la denunciada, la pretensión del “titular de los datos” de celebrar un contrato que implique el pago aplazado del precio- la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso administrativo, ha precisado que la relación de supuestos recogidos en la norma tiene carácter de *numerus apertus*, siendo por ello bastante que exista un interés legítimo de quien accede al fichero que no necesariamente debe derivar de la existencia de una relación contractual o precontractual, siendo indispensable en todo caso que exista una finalidad legítima para las consultas que en ningún caso pueden ser indiscriminadas (por todas SSAN de 26/10/2018, Rec. 130/2017 de 15/02/2019, Rec. 32/2018 y de 09/07/2015, Rec. 40/2014, F.J. quinto)

En el asunto que nos ocupa no existe controversia alguna acerca de si la solicitud de un préstamo sería encuadrable en la habilitación para consultar datos en ficheros de solvencia que deriva del artículo 42.1 del RLOPD. Ninguna duda existe de que quien recibe una solicitud de préstamo está legitimado ex artículo 42.1 RLOPD para consultar los “datos de los que es titular el solicitante”.

Sin embargo, la cuestión controvertida que aquí se plantea es otra: si la entidad financiera que consulta un fichero común ostenta la habilitación legal del artículo 42 del RLOPD pese a que el tercero que solicitó el préstamo le facilitó como propio un NIF que no le pertenecía, del que no era titular y habida cuenta de que la entidad financiera no había adoptado ninguna medida para verificar que el solicitante del préstamo era efectivamente quien decía ser y titular del NIF facilitado para su identificación.

FINDIRECT argumenta en su defensa que en la fase de “solicitud” del préstamo no procede pedir ningún documento ni adoptar ninguna medida para comprobar la veracidad de los datos personales facilitados y afirma que “desplegó la diligencia que era exigible atendidas las circunstancias del caso” (folio 64). Manifiesta a ese respecto (folio 63, penúltimo párrafo) que “En dicho momento y sobre las bases de presunción de veracidad de los datos ofrecidos por el interesado, así como el deber de ponderación y adecuación a la hora de solicitar información, parece correcto no requerir mayor información para una solicitud inicial”.

Efectivamente el artículo 8 del RLOPD - “Principios relativos a la calidad de los datos”- dispone en el punto 5: “Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del

afectado. Si los datos fueran recogidos directamente del afectado, se considerarán exactos los facilitados por éste”

Esta presunción de veracidad del inciso último del precepto parte de una premisa que la condiciona, como no podría ser de otro modo habida cuenta de que uno de los principios que configuran el contenido del derecho fundamental a la protección de datos personales es el de exactitud, manifestación del principio de calidad del dato, que exige que “Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”.

Es presupuesto indispensable para poder aplicar la presunción de veracidad del artículo 8.5 del RLOPD que se tenga una mínima certeza de que el afectado es quien dice ser. Cuando, como sucede en el caso examinado, la denunciada no ha desplegado ninguna actividad encaminada a constatar que quien se identificó con determinados datos era efectivamente su titular, ni podemos utilizar el término “afectado” para quien ha facilitado como propios los datos de un tercero ni por ende predicar de tales datos la presunción legal del artículo 8.5 del RLOPD.

El principio de calidad del dato obliga al responsable del fichero o tratamiento a desplegar una diligencia adecuada a fin de garantizar que los datos personales tratados son exactos y veraces. Y ninguna exactitud o veracidad puede predicarse de un dato que no pertenece a quien lo ha facilitado. La presunción del artículo 8.5 del RLOPD y la habilitación legal del artículo 42.1 RLOPD sólo pueden entenderse en ese contexto.

En defensa de su pretensión de archivo del expediente, FINDIRECT añade a la afirmación de que en la fase de “solicitud inicial” del préstamo parece correcto no requerir mayor información esta declaración: “Evidentemente, en caso de haber resultado aceptada la solicitud, el interesado debería haber facilitado copia de su documentación para poder efectuar, en su caso, efectiva contratación del crédito y posterior transferencia, por lo que se habría producido una nueva validación”. (Folio 63, último párrafo)

Es indispensable, por ello, subrayar que el tratamiento de los datos personales realizado por FINDIRECT no se inicia en la fase en la que la entidad ha decidido -previa consulta a los ficheros de solvencia patrimonial- conceder el préstamo y requerir entonces al solicitante que le aporte los documentos que acrediten su identidad. La única cuestión sobre la que esta Agencia ha de pronunciarse es sobre el respeto y cumplimiento de la denunciada a las obligaciones que le impone la normativa de protección de datos de carácter personal; obligaciones a las que está sujeta desde que inicia el tratamiento de los datos de un tercero. Ese tratamiento no comienza ni con la aceptación de una solicitud de préstamo ni con la firma del contrato -que es el momento en el que el protocolo de actuación de la denunciada prevé desplegar una actuación diligente para verificar la identidad del solicitante-, sino mucho antes, con la cumplimentación del formulario y solicitud del préstamo.

Además, se debe de destacar, ante el argumento que la denunciada ofrece para justificar que no haya adoptado, ni tenga previsto hacerlo, ninguna medida de diligencia encaminada a verificar la identidad del solicitante -nos referimos a la invocada “ponderación y adecuación” de la información que es exigible al solicitante de un préstamo- que la ponderación a la que alude obliga a tomar en consideración un elemento como la finalidad para la que FINDIRECT tratará los datos personales

que recoge de quien solicita el préstamo, pues el Condicionado General menciona entre las finalidades del tratamiento la consulta a diversos ficheros, entre ellos, a los ficheros de solvencia patrimonial.

Como ha explicado con reiteración la denunciada, en esa fase de solicitud del préstamo en la que a su juicio no procedía medida alguna para verificar la identidad del solicitante, éste aceptó las Condiciones Generales en las que se estipula que sus datos (los que ha facilitado como propios) serán consultados en ficheros de solvencia patrimonial (Hechos probados quinto, séptimo y duodécimo)

En definitiva, la denunciada trató un dato personal del denunciante, su NIF, dato personal por excelencia toda vez que identifica a la persona de forma indubitada, sin que sea admisible estimar que ese tratamiento estuviera habilitado por Ley (ex artículo 6.1 LOPD, inciso último) al amparo del artículo 42 del RLOPD, tal y como ha sostenido la denunciada en sus alegaciones al acuerdo de inicio.

B. Conforme al artículo 6.1 de la LOPD el tratamiento de los datos personales de un tercero exige contar con el consentimiento inequívoco del titular “salvo que la Ley disponga otra cosa”. Excluida la posibilidad de que el tratamiento sobre el que versa la denuncia éste habilitado por el artículo 42 del RLOPD procede analizar las otras hipótesis expuestas por la entidad denunciada: la dispensa del consentimiento prevista en el artículo 6.2 LOPD -la norma dispensa al responsable del fichero de recabar el consentimiento del titular para tratar sus datos personales, entre otros supuestos, cuando el tratamiento se refiere a las partes de un precontrato y es necesario para su mantenimiento o cumplimiento- y en el consentimiento expreso otorgado al aceptar el condicionado general.

No obstante, para que el tratamiento de los datos personales pueda ampararse en alguna de esas disposiciones -el consentimiento prestado o la dispensa del consentimiento en atención a que el afectado es parte en un precontrato- resulta imprescindible que quien otorgue el consentimiento en el primer supuesto o quien suscriba el precontrato, en el segundo, sea efectivamente el titular de los datos personales objeto del tratamiento. Así lo expresa con toda claridad el artículo 3.h) de la LOPD que, al definir el consentimiento, se refiere a la manifestación de voluntad que el interesado hace respecto a los “datos que le conciernan”. Exigencia que es también consecuencia del principio de exactitud de los datos a tenor del cual los datos objeto de tratamiento han de ser exactos y veraces (ex artículo 4.3 LOPD)

Es ese el criterio reiteradamente mantenido por la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional. A título de ejemplo podemos citar la SAN de 31/05/2006 (Rec. 539/2004), Fundamento de Derecho Cuarto, que señala:

“(…) es al responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la Ley”.

También la antigua SAN de 11/05/2001 indicaba: “...quien gestiona la base, debe estar en condiciones de acreditar el consentimiento del afectado, siendo carga de la prueba del mismo su justificación, y la entidad recurrente en ningún momento ha realizado esfuerzo probatorio tendente a la acreditación del consentimiento de las personas en las que se basa la sanción”.

*En definitiva, como ya se ha indicado, en el supuesto que se somete a la valoración de esta Agencia el denunciante, titular del NIF ****NIF.1** que fue tratado por FINDIRECT para consultar al fichero BADEXCUG, ni había solicitado un préstamo a dicha entidad, ni era cliente suyo, ni concurría circunstancia alguna que justificara la necesidad de la denunciada en enjuiciar su solvencia económica. Todo lo cual impide amparar el tratamiento del NIF del denunciante en el artículo 42 del RLOPD.*

*Tampoco cabe amparar el tratamiento del NIF del denunciante realizado por la denunciada en el consentimiento prestado por su titular, pues no fue el titular (esto es, el denunciante) sino un tercero, **B.B.B.**, quien facilitó el dato como propio. Por idéntica razón tampoco puede entenderse que el tratamiento del dato del NIF del denunciante encuentre su legitimación en el artículo 6.2 LOPD, pues la solicitud de préstamo no la hizo el afectado sino un tercero y fue también el tercero quien aceptó el Condicionado General, en cuyas estipulaciones se contempla la consulta a ficheros de solvencia patrimonial.*

Así las cosas, la conducta de FINDIRECT sobre la que versa la denuncia constituye una infracción del principio del consentimiento, artículo 6.1 LOPD.

Este ha sido el criterio seguido por la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, en diversas resoluciones entre las que citamos la SAN de 09/07/2015 (Rec. 40/2014) que en su F.J. cuarto decía:

“En el caso de autos consta acreditado que el denunciante ha tenido dos contratos con FT siendo el último de fecha de baja 2/1/2011 sin que a esa fecha existieran facturas pendientes de pago, ni relación alguna con la citada entidad, habiendo manifestado el denunciante que con posterioridad no ha vuelto a tener relación con F.T. (...) . Ante lo cual y habiéndose acreditado que F.T. accedió a los datos que del denunciante figuraban en el fichero Badexcug con posterioridad, entre el 3/10/2011 y el 3/4/2012, correspondía acreditar a la citada entidad que contaba con el consentimiento del denunciante o estaba legitimada para consultar sus datos en el fichero de solvencia patrimonial Badexcug, lo que no ha hecho, sin que conste acredita la concurrencia del citado supuesto previsto en el citado artículo 42.1.c) del RLOPD ni la información prevista en el mismo.

En definitiva, resulta acreditada la vulneración del principio del consentimiento exigido en el artículo 6.1 LOPD, que constituye una garantía fundamental en materia de protección de datos, al haber tratado la operadora recurrente los datos del denunciante sin su consentimiento y sin que concurra ninguna de las causas que eximan de su prestación según el artículo 6.2 LOPD, conducta que integra la infracción.”

C. El nacimiento de responsabilidad sancionadora exige como presupuesto la existencia de culpabilidad en cualquiera de sus manifestaciones: dolo, culpa o culpa levísima. En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador no es posible imponer sanciones basadas en la responsabilidad objetiva del presunto infractor, pues 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 como presupuesto para su imposición (STC 76/1999)

La Ley 40/2015, de “Régimen Jurídico del Sector Público”, dispone en su artículo

28 bajo la rúbrica “Responsabilidad”: “1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas(...), que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”.

En relación al principio de culpabilidad cabe citar la STS de 24/11/2011 (Rec. 258/2009) que señala:

“No obstante, el modo de atribución de la responsabilidad a las personas jurídicas no se corresponde con las formas de culpabilidad dolosas o imprudentes que son imputables a la conducta humana. De modo que, en el caso de infracciones cometidas por personas jurídicas, aunque haya de concurrir el elemento de la culpabilidad, éste se aplica necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Según STC 246/1999 “(...) esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma”

El Tribunal Supremo añade a lo anterior (por todas STS 23/01/1998, transcrita parcialmente en STS de 23/10/2010, Rec. 1067/2006) que “aunque la culpabilidad de la conducta debe también ser objeto de prueba, debe considerarse en orden a la asunción de la correspondiente carga, que ordinariamente los elementos volitivos y cognoscitivos necesarios para apreciar aquella forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos o, en su vertiente normativa, que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta, en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa”

Es necesario, por ello, valorar si en la conducta de FINDIRECT -concretada en el tratamiento del NIF del denunciante vinculado a una solicitud de préstamo y en su consulta al fichero de solvencia BADEXCUG- concurre el elemento subjetivo de la infracción; en definitiva, si se aprecia en la actuación de la denunciada omisión de la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la normativa de protección de datos de carácter personal.

Un análisis del protocolo de actuación que FINDIRECT ha detallado en sus alegaciones al acuerdo de inicio del expediente pone de manifiesto que la entidad no adopta medida alguna para verificar si los datos facilitados con “la solicitud” del préstamo efectivamente pertenecen a su titular.

Por lo que respecta a la copia del documento que identifica al solicitante del préstamo, la denunciada ha declarado reiteradamente que no pide ningún documento hasta que concluye la fase de solicitud inicial. Esto es, una vez recabados los datos, aceptado el condicionado por el solicitante, consultados los ficheros de solvencia por la entidad y cuando ésta responde afirmativamente a la solicitud formulada. Es entonces cuando se recaba del solicitante la firma del contrato y los documentos que acrediten su identidad.

Además de no recabar en la fase de solicitud del préstamo una copia del documento acreditativo de la identidad, FINDIRECT no hace mención a ningún otro

mecanismo implementado para la validación de la identidad de la persona que ha facilitado como propios determinados datos personales.

Si se toman en consideración las finalidades para las que la denunciada tratará el dato personal del NIF durante la denominada fase de "solicitud" del préstamo -entre ellas las consultas a ficheros de solvencia- se revela aún más grave la falta de diligencia demostrada en el tratamiento de datos personales que se somete a la consideración de esta Agencia.

No puede obviarse que cuando FINDIRECT recaba los datos del solicitante del crédito es cuando inicia su tratamiento y, por tanto, cuando debe de asegurarse de que quien ha facilitado como propios determinados datos es su verdadero titular.

Sobre el grado de diligencia que el responsable del fichero está obligado a desplegar en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la LOPD, la SAN de 17/10/2007 (rec. 63/2006) después de referirse a que las entidades en las que el desarrollo de su actividad conlleva un continuo tratamiento de datos de clientes y terceros han de observar un adecuado nivel de diligencia precisó que "...el Tribunal Supremo viene entendiendo que existe imprudencia siempre que se desatiende un deber legal de cuidado, es decir, cuando el infractor no se comporta con la diligencia exigible. Y en la valoración del grado de diligencia ha de ponderarse especialmente la profesionalidad o no del sujeto, y no cabe duda de que, en el caso ahora examinado, cuando la actividad de la recurrente es de constante y abundante manejo de datos de carácter personal ha de insistirse en el rigor y el exquisito cuidado por ajustarse a las prevenciones legales al respecto".

Especialmente significativa es también la SAN de 29/04/2010 que, en su Fundamento Jurídico sexto, indicó: "La cuestión no es dilucidar si la recurrente trató los datos de carácter personal de la denunciante sin su consentimiento, como si empleó o no una diligencia razonable a la hora de tratar de identificar a la persona con la que suscribió el contrato".

En atención a las consideraciones precedentes, el tratamiento efectuado por FINDIRECT del dato personal del denunciante, su NIF, sin legitimación para ello constituye una infracción del artículo 6.1 LOPD y es subsumible en el tipo infractor del artículo 44.3.b) LOPD.

IV

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

- "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.»*

Teniendo la infracción tipificada en el artículo 44.3.b) LOPD, de la que se responsabiliza a FINDIRECT, el carácter de infracción grave la sanción a imponer será la prevista en el artículo 45.2. LOPD.

En el presente asunto no se aprecian elementos que justifiquen la aplicación de ninguna de las atenuantes privilegiadas del artículo 45.5 LOPD, razón por la cual la graduación de la sanción se hará, dentro de los límites que fija el artículo 45.2, tomando en consideración, exclusivamente, los criterios del artículo 45.4 LOPD.

En particular, se estima, como ya hiciera el acuerdo de inicio del expediente sancionador, que concurre en calidad de agravante la circunstancia descrita en el apartado c) del artículo 45.4 LOPD: "La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal". Esto, porque la actividad empresarial de FINDIRECT -con ocasión de la cual se vulneró la LOPD- exige, por su propia naturaleza, un continuo tratamiento de datos personales.

Valorada la ausencia de circunstancias atenuantes de la antijuridicidad o la culpabilidad de la denunciada y valorada la concurrencia de la agravante descrita en el apartado c) del artículo 45.4 LOPD, se acuerda sancionar la infracción del artículo 6.1 LOPD, tipificada como infracción grave en el artículo 44.3.b) LOPD, de la que es responsable FINDIRECT, con una multa de 40.010 euros, cuantía próxima al mínimo previsto en el artículo 45.2 para la sanción de las infracciones graves.>>

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, pese a que el plazo de un mes para resolver el presente recurso finalizó el 21 de junio de 2019, procede emitir la resolución del recurso de reposición interpuesto.

V

En consecuencia, a tenor de la exposición precedente, la recurrente no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por FINANCIERA ESPAÑOLA DE CREDITOS A DISTANCIA EFC, S.A., contra la resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 10 de abril de 2019, en el procedimiento sancionador PS/00329/2018.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad FINANCIERA ESPAÑOLA DE CREDITOS A DISTANCIA, EFC, S.A., con NIF A84101682.

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