Expediente Nº: E/00797/2006

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas de oficio por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **SWIFT IBERIA, S.L.,** y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 28 de junio de 2006 el Director de la Agencia ordena la realización de las oportunas actuaciones de inspección al respecto de los hechos de los que se han hecho eco diversos medios de comunicación, relativas al acceso, por parte de las autoridades de los Estados Unidos de América, a información financiera de ciudadanos europeos, a través de las distintas filiales de la compañía SWIFT.

SEGUNDO: En el marco de las actuaciones de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, con fecha 18 de julio de 2006, se realizó visita de Inspección a la sede de SWIFT en (.....). De la visita y de la documentación requerida durante la misma, se tuvo conocimiento de los siguientes extremos:

1. SWIFT IBERIA, S.L. no interviene en el tratamiento de datos personales relativos a transferencias financieras realizadas por entidades financieras españolas. Actúa como agente de ventas de S.W.I.F.T, SCRL, con sede en (.....).

A este respecto, durante la visita de Inspección efectuada en la sede de SWIFT IBERIA, S.L., sus representantes manifestaron que la compañía *"actúa en territorio español como agente de ventas de la compañía matriz radicada en (.....)"* y *"no trata ni tiene acceso a datos de carácter personal relativos a transacciones financieras realizadas desde territorio español"*.

2. S.W.I.F.T., SCRL no dispone en España de ningún equipo técnico de acceso físico a la red SWIFT.

Durante la visita de Inspección, y a través de SWIFT IBERIA, S.L., se requirió a S.W.I.F.T., SCRL información sobre la ubicación exacta de cada uno de los puntos de acceso físico a la red SWIFT establecidos en territorio español, con indicación, en su caso, de las entidades que ostentan la propiedad de los equipos técnicos correspondientes. En su

contestación, S.W.I.F.T., SCRL manifestó que los equipos se hallan bajo el control exclusivo de los operadores de telecomunicaciones con los que las entidades financieras españolas han suscrito los respectivos contratos de prestación de servicios (Colt, BT Infonet, Orange Business Services o AT&T), no disponiendo la compañía belga en territorio español de ningún equipo de telecomunicaciones destinado a permitir el acceso al "*servicio de mensajería financiera SWIFT"*. S.W.I.F.T., SCRL añadió que, por tanto, no lleva a cabo en España ningún procesamiento relacionado con este servicio.

3. S.W.I.F.T., SCRL actúa en calidad de encargado de tratamiento. Del contenido de la cláusula 4.5.3 del modelo de contrato de prestación de servicios *"General Terms and Conditions"* ("*...when the processing of personal data is incidental to the provision of the SWIFT Services and Products (typically, personal data in messages or files sent by the Customer using the SWIFT Services and Products), SWIFT acts on instructions from the Customer as the data processor (in the sense of the Data Protection Directive 95/46/EC) only*") se desprende que actúa como encargado de tratamiento, es decir, trata los datos por cuenta de las entidades financieras que deciden suscribir dicho contrato con S.W.I.F.T., SCRL.

Por tanto, S.W.I.F.T., SCRL no decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, por lo que las distintas circunstancias que la Autoridad belga alega en su informe (el hecho de que la compañía no preste servicio sólo a un tercero sino a millares de entidades financieras; el margen de maniobra de que dispone la compañía para tomar ciertas decisiones; el hecho de que la compañía determine las modalidades de prestación del servicio a través de estándares; el hecho de que la dirección de la compañía decide sobre la instalación de los centros de tratamiento y distribución; la autonomía de la compañía para imponer su propia política de protección de datos) no alteran dicho planteamiento.

4. En los contratos suscritos entre S.W.I.F.T., SCRL y las entidades financieras no se contempla la transferencia de datos a un centro de operaciones en Estados Unidos.

La arquitectura técnica de la red SWIFT cuenta con un "*centro principal de operaciones*" en Europa y una "*réplica*" en Estados Unidos. En su informe, S.W.I.F.T., SCRL ha declarado que, desde el 11 de septiembre de 2001, esta circunstancia era "*confidencial"*.

5. Las entidades financieras no habían sido informadas de la comunicación de datos a las autoridades estadounidenses.

La comunicación de datos a las autoridades estadounidenses (Oficina de Control Financiero del Departamento del Tesoro) se ha venido produciendo con posterioridad al 11 de septiembre de 2001 desde la filial de SWIFT en Estados Unidos.

La compañía reconoce que, precisamente en cumplimiento de la política de la compañía ("Data Retrieval Policy"), no se informó a los clientes (las entidades financieras), aunque sí al grupo de control constituido por los Bancos Centrales que coordinan las operaciones de SWIFT.

El hecho de que S.W.I.F.T., SCRL hubiese tomado la "*decisión crucial*" de transferir datos de carácter personal al Departamento del Tesoro Estadounidense sin informar a sus

7.800 clientes supone, a juicio de la Subdirección General de Inspección de Datos, un incumplimiento de las estipulaciones contractuales suscritas con las entidades financieras, en virtud de las cuales actuaba, en todo momento, como encargado del tratamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

En primer lugar, es necesario señalar que las presentes Actuaciones Previas de Investigación se iniciaron, de oficio, como consecuencia de las noticias aparecidas en distintos medios de comunicación referentes al acceso, por parte de las autoridades de los Estados Unidos de América, a información financiera de ciudadanos europeos, a través de las distintas filiales de la compañía SWIFT. Ante la difusión de la noticia, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos ordenó a la Subdirección General de Inspección de Datos que se procedieran a realizar las actuaciones oportunas de inspección, en orden a determinar si de tales hechos se desprende algún incumplimiento de la legislación española en materia de protección de datos.

En relación con la actuación de Swift Iberia, S.L., se realizó visita de inspección, y de las actuaciones e inspección realizadas se ha concluido que la sociedad Swift Iberia, S.L. no interviene en el tratamiento de datos personales relativos a transferencias financieras realizadas por entidades financieras españolas, actuando como agente de ventas de la compañía Swift SCRL, con sede en Bélgica.

En cuanto a la actividad que lleva a cabo la compañía Swift SCRL, a través de la empresa filial ubicada en España y de sus comunicaciones, puso de manifestado que su actividad es la de encargado de tratamiento, de acuerdo con la cláusula 4.5.3 del modelo de contrato de prestación de servicios, de la que se desprende que actúa como encargado de tratamiento, es decir, trata los datos por cuenta de las entidades financieras que deciden suscribir dicho contrato con S.W.I.F.T., SCRL.

S.W.I.F.T., SCRL no decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, a pesar de que la compañía no preste servicio sólo a un tercero sino a millares de entidades financieras; el margen de maniobra de que dispone la compañía para tomar ciertas decisiones; el hecho de que la compañía determine las modalidades de prestación del servicio a través de

estándares; el hecho de que la dirección de la compañía decide sobre la instalación de los centros de tratamiento y distribución; y la autonomía de la compañía para imponer su propia política de protección de datos.

El artículo 12 de la LOPD dispone:

"1. No se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento.

2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de esta Ley que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

3. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

4. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado, también, responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente."

III

El Grupo del artículo 29 de la Directiva 95/46 ha analizado el llamado caso SWIFT, que tiene su origen en los acuerdos existentes entre Swift y las autoridades del Tesoro estadounidense para el acceso por éstas a datos de transferencias cursadas a través de dicho sistema. El dictamen de este Grupo señala la responsabilidad respecto del tratamiento de datos personales de los clientes, debiendo adecuar su actividad a las exigencias de la Directiva 95/46. En lo referente al deber de información, el Dictamen del Grupo 29 concluye que las instituciones financieras son responsables de conocer las características técnicas y legales de los sistemas de pago, así como de si es probable o seguro que tengan lugar transferencias internacionales a países sin nivel de protección adecuados, considerando fundamental que informen a sus clientes en los términos previstos en el artículo 5 de la LOPD.

El artículo 5 de la LOPD, que transpone al derecho interno lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 95/46/CE, dispone que:

"1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de tránsito, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.

2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior.

3. No será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban.

4. Cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo.

5. No será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior cuando expresamente una Ley lo prevea, cuando el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos, o cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la Agencia de Protección de Datos o del organismo autonómico equivalente, en consideración al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias.

Asimismo, tampoco regirá lo dispuesto en el apartado anterior cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o

prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten".

En España, la Asociación Española de Banca, ha sometido a informe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos la cláusula informativa siguiente:

> *"Las entidades de crédito y demás proveedores de servicios de pago, así como los sistemas de pago y prestadores de servicios tecnológicos relacionados a los que se transmitan los datos para llevar a cabo la transacción pueden estar obligados por la legislación del Estado donde operen, o por Acuerdos concluidos por éste, a facilitar información sobre la transacción a las autoridades u organismos oficiales de otros países, situados tanto dentro como fuera de la Unión Europea, en el marco de la lucha contra la financiación del terrorismo y formas graves de delincuencia organizada y la prevención del blanqueo de capitales".*

De este modo, el objeto de la cláusula propuesta consiste en informar al afectado acerca de las posibles cesiones ulteriores de los datos que podrán derivarse de la realización de la transacción, así como de las finalidades que justificarán dichas transmisiones, dado que el citado precepto exige el conocimiento no sólo de los destinatarios, sino de las finalidades en cuyo marco se producirá el tratamiento ulterior, en su caso, de los datos.

La cláusula sometida a informe, que será incorporada en los documentos a los que se refiere la consulta, y en particular, a los contratos celebrados con el afectado cuyos datos son objeto de comunicación se refiere a los posibles cedentes de los datos intervinientes en la operación, definidos por el papel desempeñado por los mismos. Asimismo, delimita claramente a los cesionarios, que podrán ser las autoridades u organismos públicos del estado en que operen los cedentes. Por último, la finalidad de la comunicación queda limitada a *"la lucha contra la financiación del terrorismo y formas graves de delincuencia organizada y la prevención del blanqueo de capitales".*

Teniendo todo ello en cuenta, el informe concluye que la cláusula da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPD, dando así cumplimiento las entidades asociadas a la consultante al deber de información que les es exigible y al que se refiere el Dictamen 10/2006 del Grupo de Trabajo creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.

2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **SWIFT IBERIA, S.L.**, con domicilio en (c/.....).

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente 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 del referido texto legal.

Madrid, 27 de julio de 2007

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: Artemi Rallo Lombarte