Procedimiento Nº: A/00087/2015

RESOLUCIÓN: R/02251/2015

En el procedimiento A/00087/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad AVILA COMUNICACIONES SL, vista la denuncia presentada por D. ***A.A.A.*** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 5 de diciembre de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. ***A.A.A.*** en el que declara que tenía arrendado un local comercial a la mercantil ÁVILA COMUNICACIONES S.L., comercializadora de los productos de MOVISTAR y que en dicho local, la mercantil señalada, abandonó documentación que contenía datos personales de sus clientes.

Aporta el denunciante la documentación encontrada, en la que se observa que constan contratos de diversas prestaciones de servicios de telecomunicaciones de Movistar en los que figura el nombre de la entidad denunciada y que contienen datos personales de los clientes. También se aportan contratos de solicitud de crédito y copias del DNI de los clientes.

TERCERO: Con fecha 14 de abril de 2015, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00087/2015. Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado.

CUARTO: En fecha 21 de abril de 2015, se intentó la notificación del citado acuerdo de audiencia previa al apercibimiento al denunciado, por medio del servicio de correos, con el resultado de "*Desconocido*".

Con fecha 20 de mayo de 2015, se envió para su notificación el citado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador al denunciado, mediante su exposición en el Tablón de edictos del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria. El edicto estuvo expuesto en el Tablón de edictos del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria desde el día 27 de mayo al 15 de junio de 2015. El día 30 de mayo de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado, otorgándose al denunciado plazo para efectuar alegaciones a dicho acuerdo.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: El propietario del local comercial situado en la calle Manuel Hernández Muñoz 2 de Santa Brígida, Las Palmas, ha informado a esta Agencia de Protección de Datos, con fecha 5 de diciembre de 2014, del abandono de documentación en dicho local con datos personales de los clientes de la entidad AVILA COMUNICACIONES SL a quien tenía alquilado el local.

SEGUNDO: Aporta el denunciante una muestra de la documentación encontrada, en la que se observa que constan contratos de diversas prestaciones de servicios de telefonía con datos identificativos y bancarios de los clientes, en los que figura el nombre de la entidad denunciada. También se aportan contratos de solicitud de crédito y copias del DNI de los clientes.

Manifiesta el denunciante que se han puesto en contacto con Telefónica de España SAU y les han solicitado la entrega de la documentación. Aporta constancia del envío de la documentación encontrada a Movistar por correo postal, en total 7, 5 kilos de documentos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

II

Dispone el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en cuanto a la práctica de las notificaciones: *" Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el Boletín Oficial del Estado*, *de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cuál sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó."*

En el presente caso se han observado las prescripciones legales, tal como se ha señalado en el Antecedente Cuarto de la presente Resolución.

III

El artículo 9 de la LOPD, dispone:

"1. El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento,

deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.

2. No se registrarán datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a su integridad y seguridad y a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas.

3. Reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros y las personas que intervengan en el tratamiento de los datos a que se refiere el artículo 7 de esta Ley."

El art. 9 de la LOPD *establece* el principio de *"seguridad de los datos"* imponiendo la obligación de adoptar las medidas de índole técnica y organizativa que garanticen aquélla, añadiendo que tales medidas tienen como finalidad evitar, entre otros aspectos, el *"acceso no autorizado".*

Para poder delimitar cuáles sean los accesos que la Ley pretende evitar exigiendo las pertinentes medidas de seguridad es preciso acudir a las definiciones de *"fichero"* y *"tratamiento"* contenidas en la LOPD.

En lo que respecta a los ficheros el art. 3.a) los define como *"todo conjunto organizado de datos de carácter personal"* con independencia de la modalidad de acceso al mismo.

Por su parte la letra c) del mismo artículo permite considerar tratamiento de datos cualquier operación o procedimiento técnico que permita, en lo que se refiere al objeto del presente expediente, la *"comunicación"* o *"consulta"* de los datos personales tanto si las operaciones o procedimientos de acceso a los datos son automatizados como si no lo son.

Para completar el sistema de protección en lo que a la seguridad afecta, el art. 44.3.h) de la LOPD tipifica como infracción grave el "*mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen".*

Sintetizando las previsiones legales puede afirmarse que:

a) Las operaciones y procedimientos técnicos automatizados o no, que permitan el acceso –la comunicación o consulta- de datos personales, es un tratamiento sometido a las exigencias de la LOPD.

b) Los ficheros que contengan un conjunto organizado de datos de carácter personal así como el acceso a los mismos, cualquiera que sea la forma o modalidad en que se produzca están, también, sujetos a la LOPD.

c) La LOPD impone al responsable del fichero la adopción de medidas de seguridad, cuyo detalle se remite a normas reglamentarias, que eviten accesos no autorizados.

d) El mantenimiento de ficheros carentes de medidas de seguridad que permitan accesos o tratamientos no autorizados, cualquiera que sea la forma o modalidad de éstos, constituye una infracción tipificada como grave.

Es necesario analizar las previsiones que el R. D. 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, prevé para garantizar que no se produzcan accesos no autorizados a los ficheros.

El citado Reglamento define en su artículo 5.2 ñ) el *"Soporte"* como el "*objeto físico que almacena o contiene datos o documentos, u objeto susceptible de ser tratado en un sistema de información y sobre el cual se pueden grabar y recuperar datos*".

Por su parte, en el artículo 81.1 del mismo Reglamento se establece que "*Todos los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal deberán adoptar las medidas de seguridad calificadas de nivel básico*".

Las medidas de seguridad de nivel básico están reguladas en los artículos 89 a 94, las de nivel medio se regulan en los artículos 95 a 100 y las medidas de seguridad de nivel alto se regulan en los artículos 101 a 104.

Las medidas de seguridad se clasifican en atención a la naturaleza de la información tratada, esto es, en relación con la mayor o menor necesidad de garantizar la confidencialidad y la integridad de la misma.

El Reglamento citado, distingue entre medidas de seguridad aplicables a ficheros y tratamientos automatizados (Capítulo III Sección 2ª del Título VIII) y las medidas de seguridad aplicables a los ficheros y tratamientos no automatizados (Capítulo IV Sección 2ª del Título VIII).

Entre las medidas de seguridad de nivel básico, el Reglamento expone en su artículo 92, respecto de la gestión de soportes y documentos, que:

"1. Los soportes y documentos que contengan datos de carácter personal deberán permitir identificar el tipo de información que contienen, ser inventariados y solo deberán ser accesibles por el personal autorizado para ello en el documento de seguridad.

Se exceptúan estas obligaciones cuando las características físicas del soporte imposibiliten su cumplimiento, quedando constancia motivada de ello en el documento de seguridad.

2. La salida de soportes y documentos que contengan datos de carácter personal, incluidos los comprendidos y/o anejos a un correo electrónico, fuera de los locales bajo el control del responsable del fichero o tratamiento deberá ser autorizada por el responsable del fichero o encontrarse debidamente autorizada en el documento de seguridad.

3. En el traslado de la documentación se adoptarán las medidas dirigidas a evitar la sustracción, pérdida o acceso indebido a la información durante su transporte.

4. Siempre que vaya a desecharse cualquier documento o soporte que contenga datos de carácter personal deberá procederse a su destrucción o borrado, mediante la adopción de medidas dirigidas a evitar el acceso a la información contenida en el mismo o su recuperación posterior.

5. La identificación de los soportes que contengan datos de carácter personal que la organización considerase especialmente sensibles se podrá realizar utilizando sistemas de etiquetado comprensibles y con significado que permitan a los usuarios con acceso autorizado a los citados soportes y documentos identificar su contenido, y que dificulten la identificación para el resto de personas."

La entidad AVILA COMUNICACIONES SL, debió, por ello, adoptar las medidas necesarias para impedir cualquier recuperación posterior de la información que contenían dichos documentos. Tales medidas no fueron adoptadas totalmente en el presente caso. Prueba de ello es el hecho de que la documentación fue encontrada por el propietario del local comercial que tenían arrendado para ejercer su actividad en la calle Manuel Hernández Muñoz 2, de Santa Brígida, Las Palmas.

En el presente caso y teniendo en cuenta la documentación encontrada por el propietario del local, ha quedado acreditado que la entidad AVILA COMUNICACIONES SL, no adoptó las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garantizasen la seguridad de los datos de carácter personal de sus ficheros, de manera que se evitase el acceso no autorizado a los datos de carácter personal que se encontraban en los mismos.

IV

El artículo 44.3.h) de la LOPD, considera infracción grave:

"Mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que por vía reglamentaria se determinen."

Dado que ha existido una vulneración en las medidas de seguridad de la entidad AVILA COMUNICACIONES SL, se considera que la citada entidad ha incurrido en la infracción grave descrita.

V

El artículo 10 de la LOPD establece que*: "El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo."*

El deber de confidencialidad obliga no sólo al responsable del fichero sino a todo aquel que intervenga en cualquier fase del tratamiento.

Dado el contenido del precepto, ha de entenderse que el mismo tiene como finalidad evitar que por parte de quienes están en contacto con los datos personales almacenados en ficheros se realicen filtraciones de los datos no consentidas por los titulares de los mismos. Así el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha declarado en su Sentencia de 19 de julio de 2001: "*El deber de guardar secreto del artículo 10 queda definido por el carácter personal del dato integrado en el fichero, de cuyo secreto sólo tiene facultad de disposición el sujeto afectado, pues no en vano el derecho a la intimidad es un derecho individual y no colectivo. Por ello es igualmente ilícita la comunicación a cualquier tercero, con independencia de la relación que mantenga con él la persona a que se refiera la información (...)".*

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 18 de enero de 2002, recoge en su Fundamento de Derecho Segundo, y tercer párrafo: "*El deber de secreto profesional que incumbe a los responsables de ficheros automatizados, recogido en el artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, comporta que el responsable –en este caso, la entidad bancaria recurrente- de los datos almacenados –en este caso, los asociados a la denunciante- no puede revelar ni dar a conocer su contenido teniendo el "deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo" (artículo 10 citado). Este deber es una exigencia elemental y anterior al propio reconocimiento del derecho fundamental a la libertad informática a que se refiere la STC 292/2000, y por lo que ahora interesa, comporta que los datos tratados automatizadamente, como el teléfono de contacto, no pueden ser conocidos por ninguna persona o entidad, pues en eso consiste precisamente el secreto.*

Este deber de sigilo resulta esencial en las sociedades actuales cada vez mas complejas, en las que los avances de la técnica sitúan a la persona en zonas de riesgo para la protección de derechos fundamentales, como la intimidad o el derecho a la protección de los datos que recoge el artículo 18.4 de la CE. En efecto, este precepto contiene un "instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos" (STC 292/2000). Este derecho fundamental a la protección de los datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino" (STC 292/2000) que impida que se produzcan situaciones atentatorias con la dignidad de la persona, "es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida"

En el caso que nos ocupa, la entidad AVILA COMUNICACIONES SL es responsable del fichero en el que constan los datos de sus clientes, así como de la custodia de la documentación relativa a los mismos y que apareció en el local comercial que tenían arrendado como local del negocio. Se comprueba por tanto la existencia de un incumplimiento del deber de secreto, produciéndose una ausencia de confidencialidad por el acceso a los datos personales de sus clientes por parte de un tercero no autorizado, por lo que se considera que se ha cometido una infracción del transcrito artículo 10 de la LOPD.

VI

El artículo 44.3.d) de la LOPD, califica como infracción grave:

*"*La vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal al que se refiere el artículo 10 de la presente Ley.*"*

De acuerdo con los fundamentos anteriores, entendemos que por parte de la entidad AVILA COMUNICACIONES SL se ha producido una vulneración del deber de secreto que procede calificar como infracción grave.

VII

La disposición final quincuagésima sexta de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible (BOE 5-3-2011) ha añadido un nuevo apartado 6 al artículo 45 de la Ley 15/1999 de Protección de Datos en lugar del existente hasta su promulgación del siguiente tenor:

"*Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador, y en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:*

a) que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.
b) Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento".

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 14) recoge "*los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia*"- consagra el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable estableciendo en el artículo 128.2 que "*las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor*".

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado punto 6. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constan beneficios obtenidos como

consecuencia de la comisión de la infracción.

De acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (**A/00087/2015**) a la entidad AVILA COMUNICACIONES SL con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con relación a la denuncia por infracción de los artículos 9.1 y 10 de la LOPD, tipificadas como graves en los artículos 44.3.h) y 44.3.d) respectivamente, de la citada Ley Orgánica.

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 la Directora 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 esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

2.- REQUERIR a la entidad AVILA COMUNICACIONES SL de acuerdo con lo establecido en el apartado 6 del artículo 45 de la Ley 15/1999 para que en el plazo de un mes desde este acto de notificación:

2.1.- CUMPLA lo previsto en el artículo 9.1 de la LOPD. En concreto se insta al denunciado a que adopte las medidas de seguridad necesarias para evitar la sustracción, pérdida o acceso indebido a la información que contenga datos de carácter personal, así como que adopte las medidas de seguridad que eviten el acceso o la recuperación de la información contenida en los documentos o soportes que contengan datos personales y vayan a desecharse, procediendo a su destrucción o borrado.

2.2.- INFORME a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando aquellos documentos en los que se ponga de manifiesto el cumplimiento de lo requerido en el apartado anterior.

Se le advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, para cuya comprobación se abre el expediente de investigación **E/05935/2015**, podría incurrir en una infracción del artículo 37.1.f) de la LOPD, que señala que "*son funciones de la*

Agencia de Protección de Datos: f) Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones.", tipificada como grave en el artículo 44.3.i) de dicha norma, que considera como tal, *"No atender los requerimientos o apercibimientos de la Agencia Española de Protección de Datos o no proporcionar a aquélla cuantos documentos e informaciones sean solicitados por la misma",* pudiendo ser sancionada con multa de **40.001 € a 300.000 €,** de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a la entidad AVILA COMUNICACIONES SL.

4.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a D. ***A.A.A.*** .

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

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