Procedimiento Nº: A/00122/2018

RESOLUCIÓN: R/00881/2018

En el procedimiento A/00122/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad MÁRMOLES IBARS, S.L., vista la denuncia presentada por Doña ***A.A.A.*** y en virtud de los siguientes,

-

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 20 de noviembre de 2017 tiene entrada en esta Agencia una denuncia presentada por Doña ***A.A.A.*** (en lo sucesivo, la denunciante), en la que manifiesta lo siguiente:

Con fecha 25 de noviembre de 2016, la denunciante y su hija menor de edad acudieron a MÁRMOLES IBARS, S.L., para solicitar un servicio de dicha tienda, dejando el teléfono de la menor y su nombre para que le enviasen información. A las pocas horas, la menor comenzó a recibir llamadas y mensajes vejatorios e insultos de dos teléfonos correspondientes a dicha tienda.

Ese mismo día presentaron denuncia ante la Comisaría de Policía, la cual dio lugar a actuaciones en el Juzgado de Instrucción número X1 de ***LOC.1, donde quedó probado que dichas llamadas habían sido realizadas por una persona relacionada con dicha entidad.

Se anexa la siguiente documentación:

Copia de la denuncia ante la Policía
Copia de la Sentencia, de fecha 15 de marzo de 2017, del Juzgado de Instrucción número X1 de ***LOC.1.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados (Informe E/06774/2017), teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

Con fecha 27 de febrero de 2018, se recibe escrito de MÁRMOLES IBARS, S.L., en el que pone de manifiesto que:

a. Los datos de la menor no se llegaron a incorporar a los ficheros de la entidad, simplemente se anotaron en una libreta de la oficina, siendo éstos: nombre, teléfono y correo electrónico, con el fin de informarle sobre un producto solicitado. El procedimiento habitual es anotar el teléfono en una libreta para avisar a los clientes. No obstante, si finalmente no se realiza el pedido, los datos no se incorporan al fichero y se destruyen.

b. La empresa no tiene fichero automatizado, únicamente una libreta donde se recogen los datos. Una vez finalizado el pedido se procede a su destrucción.

Dicha libreta se guarda en un cajón bajo llave. Los datos de los clientes que solicitan factura sí se introducen en un ordenador, donde se encuentran registrados bajo una contraseña que solamente conoce el señor ***B.B.B.***.

c. El teléfono ***E.E.E.***, uno desde los que se realizaron las llamadas y envío de *whatsapps*, es el antiguo número del difunto señor ***B.B.B.***, desde cuyo fallecimiento es utilizado por la señora ***C.C.C.***, pareja del señor ***B.B.B.***, motivo por el que sigue a nombre de la empresa. El otro teléfono, ***D.D.D.***, es el de la oficina, tal y como consta en el acta de la vista del procedimiento judicial seguido ante el Juzgado de Instrucción número X1 de ***LOC.1, que se adjunta.

d. La señora ***C.C.C.*** no tiene ninguna vinculación con la entidad, sino que aprovechó su relación personal con el señor ***B.B.B.*** para utilizar el teléfono de la oficina y para abrir la libreta de los encargos con los números de teléfono. Dichas llamadas se realizaron por la señora ***C.C.C.*** tras una discusión con su pareja, pero se equivocó de persona.

TERCERO: Consultada el 20 de marzo de 2018 la aplicación de la AEPD que gestiona la consulta de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, a la entidad denunciada no le constan registros previos.

CUARTO: Con fecha 4 de abril de 2018, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00122/2018. Dicho acuerdo fue notificado a la entidad denunciada.

QUINTO: Con fecha 27 de abril de 2018, se recibe en esta Agencia escrito de la entidad denunciada en el que comunica que, para que la situación que ha dado lugar al presente procedimiento no se vuelva a producir, ha adoptado, entre otras, las siguientes medidas de protección de los datos personales:

a. Con fecha 11 de abril de 2018 ha suscrito con una tercera mercantil un contrato de adaptación de su actividad a la LOPD-LSSICE y mantenimiento online. Ajunta copia del contrato y de la factura.

b. Ha realizado una auditoría de protección de datos. Adjunta copia

c. Así mismo, adjunta copia de una relación de medidas de seguridad adoptadas y de los acuerdos de confidencialidad y secreto profesional firmados por los dos administrativos de la entidad denunciada.

d. Por último, aporta copia de la cláusula modelo para recabar el consentimiento para el tratamiento de datos personales, así como del aviso legal y de la política de privacidad incluidos en su página web.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 25 de noviembre de 2016, Doña ***A.A.A.*** y su hija menor de edad acudieron a MÁRMOLES IBARS, S.L., para solicitar un servicio de dicha tienda, dejando el teléfono de la menor y su nombre para que le enviasen información. A las pocas horas, la menor comenzó a recibir llamadas y mensajes vejatorios e insultos desde dos teléfonos correspondientes a dicha tienda.

SEGUNDO: Según las actuaciones practicadas por el Juzgado de Instrucción número X1 de ***LOC.1, que dieron lugar a Sentencia, de fecha 15 de marzo de 2017, dichas llamadas fueron sido realizadas por una persona relacionada con la entidad denunciada.

TERCERO: Los datos personales de la menor se apuntaron en una libreta que se guardó en un cajón bajo llave en la oficina de la entidad denunciada.

CUARTO: El teléfono ***E.E.E.***, uno desde los que se realizaron las llamadas y envío de *whatsapps*, es el antiguo número del difunto señor ***B.B.B.***, desde cuyo fallecimiento es utilizado por la señora ***C.C.C.***, pareja del señor ***B.B.B.***, motivo por el que sigue a nombre de la empresa. El otro teléfono, ***D.D.D.***, es el de la oficina.

QUINTO: La señora ***C.C.C.*** no tiene ninguna vinculación con la entidad denunciada, sino que aprovechó su relación personal con el señor ***B.B.B.*** para utilizar el teléfono de la oficina y para abrir la libreta de los encargos con los números de teléfono. Dichas llamadas se realizaron por la señora ***C.C.C.*** tras una discusión con su pareja, pero se equivocó de persona.

SEXTO: MÁRMOLES IBARS, S.L., ha adoptado una serie de medidas destinadas a evitar que la situación que ha dado lugar al presente procedimiento se vuelva a producir, entre otras, las siguientes:

a. Con fecha 11 de abril de 2018 ha suscrito con una tercera mercantil un contrato de adaptación de su actividad a la LOPD-LSSICE y mantenimiento online. Ajunta copia del contrato y de la factura.

b. Ha realizado una auditoría de protección de datos. Adjunta copia

c. Así mismo, adjunta copia de una relación de medidas de seguridad adoptadas y de los acuerdos de confidencialidad y secreto profesional firmados por los dos administrativos de la entidad denunciada.

d. Por último, aporta copia de la cláusula modelo para recabar el consentimiento para el tratamiento de datos personales, así como del aviso legal y de la política de privacidad incluidos en su página web.

SÉPTIMO: La entidad denunciada no ha sido sancionada o apercibida con anterioridad por esta Agencia.

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 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (en lo sucesivo, LOPD).

II

En el presente caso, se imputa a MÁRMOLES IBARS, S.L., la comisión de una infracción del artículo 9 de la LOPD, que 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 artículo 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".*

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 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, prevé para garantizar que no se produzcan accesos no autorizados a los ficheros.

El citado Reglamento define en su artículo 5.2.ñ) "*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*". El artículo 5.1.k), por su parte, define "*Fichero*" como "*todo conjunto organizado de datos de carácter personal, que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso*". En este sentido, cabe señalar que la libreta donde se recogen los datos de carácter personal de los clientes (nombre, teléfono, correo electrónico) y que, según lo alegado por la entidad denunciada, se guarda en un cajón bajo llave, constituye un "fichero", pues es un conjunto organizado de datos personales que permite el acceso a éstos con arreglo a criterios determinados.

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 107, respecto de los dispositivos de almacenamiento, que:

"*Los dispositivos de almacenamiento de los documentos que contengan datos de carácter personal deberán disponer de mecanismos que obstaculicen su apertura. Cuando las características físicas de aquéllos no permitan adoptar esta medida, el responsable del fichero o tratamiento adoptará medidas que impidan el acceso de personas no autorizadas*".

MÁRMOLES IBARS, S.L., debió, por ello, adoptar las medidas necesarias para impedir el acceso de personas no autorizadas a los documentos con datos de carácter personal, en este caso, la libreta donde se consignaron los datos personales de la hija menor de edad de la denunciante. Tales medidas no fueron adoptadas totalmente en el presente caso. Prueba de ello es el hecho de que la señora ***C.C.C.***, persona no autorizada, accediera a los mismos, realizando las llamadas y enviando los mensajes que han dado lugar al presente procedimiento.

En el presente caso, ha quedado por tanto acreditado que MÁRMOLES IBARS, S.L., 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 los mismos.

III

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 por parte de MÁRMOLES IBARS, S.L., se considera que ha incurrido en la infracción grave descrita.

IV

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".

Trasladando las consideraciones expuestas al supuesto que nos ocupa, se observa que la infracción de la LOPD de la que se responsabiliza a la entidad denunciada es “grave”; que la entidad denunciada no ha sido sancionada o apercibida por esta Agencia en ninguna ocasión anterior; y que concurren de manera significativa varias de las circunstancias descritas en el artículo 45.5 de la LOPD: el hecho de que la entidad denunciada no tenga como actividad principal el tratamiento de datos, su volumen de negocio o actividad y la ausencia de beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción. Todo ello, unido a la naturaleza de los hechos que nos ocupan, justifica que la AEPD no acuerde la apertura de un procedimiento sancionador y que opte por aplicar el artículo 45.6 de la LOPD.

Ahora bien, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que sobre el apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD y a propósito de su naturaleza jurídica advierte que “*no constituye una sanción”* y que se trata de “*medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción”* que *sustituyen* a la sanción. La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la AEPD una “*potestad”* diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella y cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando no se requieran medidas correctoras, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

En este caso concreto, atendida la naturaleza de la infracción y vistas las medidas ya adoptadas por el responsable de la misma, debe procederse, en consecuencia, a resolver el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, en aplicación de la interpretación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica. Recordando que la reiteración en conductas como la denunciada constituye un supuesto sobre el que concurren las circunstancias previstas para la aplicación del régimen sancionador contemplado en la LOPD.

A la vista del pronunciamiento recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) de acuerdo con lo señalado se debe proceder al archivo de las actuaciones.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. **ARCHIVAR (A/00122/2018)** las actuaciones practicadas MÁRMOLES IBARS, S.L., 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 su artículo **9.1**, en relación con el artículo 107 del Real Decreto

1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, tipificada como **grave** en el artículo **44.3.h)** de la LOPD.

2. **NOTIFICAR** el presente Acuerdo a MÁRMOLES IBARS, S.L.,

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

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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.

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