Expediente Nº: E/02946/2018

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante Don ***A.A.A.*****,** y la entidad Vida y Salud, Mejora tu Vida, S.L., en virtud de denuncia presentada por Club Internacional del Libro, Marketing Directo, S.L., y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 18 de mayo de 2018, tuvo entrada en esta Agencia una notificación de quiebra de seguridad, remitida por Club Internacional del Libro, Marketing Directo, S.L., en el que señala lo siguiente: "*Un antiguo trabajador con derechos de acceso, quebrantando su obligación de confidencialidad, habría copiado ficheros de las llamadas entrantes recibidas en los teléfonos de CILMD y vendido estos datos a terceros. Este fichero solo contiene el teléfono del cliente, a quien pueden haber llamado, al parecer bajo la marca de CILMD*". Posteriormente, la entidad denunciante informó que estaba completando la interposición de una querella criminal contra los autores de los hechos comunicados, identificando a las empresas que podían estar usando los teléfonos obtenidos por CILMD como Vida y Salud, Mejora tu vida, S.L., y Cuidamos tu salud, vive la vida, S.L.U., ambas gestionadas por Don ***B.B.B.***, así como el empleado de la empresa que pudo extraer la información sin autorización: Don ***A.A.A..***

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, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

1. La mercantil Vida y Salud, Mejora tu Vida, S.L., alegó que no es cierto que haya tenido acceso a ningún dato extraído de ninguna mercantil, ni ha abonado cantidad alguna a ninguna persona física o jurídica por ese concepto. En relación al listado que les habría sido entregado, observan que corresponden a supuestas llamadas o contactos efectuados durante varios días de mes de abril de 2015; fecha en la cual no existía la sociedad Vida y Salud, que se constituyó en escritura de fecha 27 de abril de 2015.

2. Don ***A.A.A.*** indicó que el documento con el listado de teléfonos que se le ha enviado, él no lo ha usado ni impreso ni directa ni indirectamente; tampoco ha realizado las anotaciones que se indican. Añade que es consultor de marketing y no realiza tratamiento de datos personales. Nunca ha realizado cesiones a terceros de datos personales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora 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

Club Internacional del Libro, Marketing Directo, S.L., notificó la quiebra de seguridad que pudo haber sucedido el día 11 de marzo de 2015, cuando un antiguo trabajador se pudo haber llevado ficheros con datos de teléfonos de llamadas entrantes y los estuviese vendiendo a terceros, y que ellos detectaron el 16 de mayo de 2018.

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), (en lo sucesivo RGPD) indica que las violaciones de la seguridad de los datos personales pueden entrañar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales para las personas físicas. Por consiguiente, tan pronto como el responsable del tratamiento tenga conocimiento de que se ha producido una violación de la seguridad de los datos personales debe, sin dilación indebida y, de ser posible, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de ella, notificar la violación de la seguridad de los datos personales a la autoridad de control competente, a menos que el responsable pueda demostrar, atendiendo al principio de responsabilidad proactiva, la improbabilidad de que la violación de la seguridad de los datos personales entrañe un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas.

El responsable del tratamiento debe comunicar al interesado sin dilación indebida la violación de la seguridad de los datos personales en caso de que puede entrañar un alto riesgo para sus derechos y libertades, y permitirle tomar las precauciones necesarias. La comunicación debe describir la naturaleza de la violación de la seguridad de los datos personales y las recomendaciones para que la persona física afectada mitigue los potenciales efectos adversos resultantes de la violación. Dichas comunicaciones a los interesados deben realizarse tan pronto como sea razonablemente posible y en estrecha cooperación con la autoridad de control, siguiendo sus orientaciones o las de otras autoridades competentes, como las autoridades policiales. Así, por ejemplo, la necesidad de mitigar un riesgo de daños y perjuicios inmediatos justificaría una rápida comunicación con los interesados, mientras que cabe justificar que la comunicación lleve más tiempo por la necesidad de aplicar medidas adecuadas para impedir violaciones de la seguridad de los datos personales continúas o similares.

En el artículo 33 del RGPD establece la forma en que ha de notificarse una violación de la seguridad de los datos personales a la autoridad de control, determinando lo siguiente:

"1. En caso de violación de la seguridad de los datos personales, el responsable del tratamiento la notificará a la autoridad de control competente de conformidad con el artículo 55 sin dilación indebida y, de ser posible, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de ella, a menos que sea improbable que dicha violación de la seguridad constituya un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas. Si la notificación a la autoridad de control no tiene lugar en el plazo de 72 horas, deberá ir acompañada de indicación de los motivos de la dilación.

2. El encargado del tratamiento notificará sin dilación indebida al responsable del tratamiento las violaciones de la seguridad de los datos personales de las que tenga conocimiento.

3. La notificación contemplada en el apartado 1 deberá, como mínimo:

a) describir la naturaleza de la violación de la seguridad de los datos personales, inclusive, cuando sea posible, las categorías y el número aproximado de interesados afectados, y las categorías y el número aproximado de registros de datos personales afectados;

b) comunicar el nombre y los datos de contacto del delegado de protección de datos o de otro punto de contacto en el que pueda obtenerse más información;

c) describir las posibles consecuencias de la violación de la seguridad de los datos personales;

d) describir las medidas adoptadas o propuestas por el responsable del tratamiento para poner remedio a la violación de la seguridad de los datos personales, incluyendo, si procede, las medidas adoptadas para mitigar los posibles efectos negativos.

4. Si no fuera posible facilitar la información simultáneamente, y en la medida en que no lo sea, la información se facilitará de manera gradual sin dilación indebida.

5. El responsable del tratamiento documentará cualquier violación de la seguridad de los datos personales, incluidos los hechos relacionados con ella, sus efectos y las medidas correctivas adoptadas. Dicha documentación permitirá a la autoridad de control verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo."

Por otro lado, el artículo 34 del Reglamento mencionado indica cuando es necesario informar de una violación de la seguridad de los datos personales al interesado, señalando lo siguiente:

1. Cuando sea probable que la violación de la seguridad de los datos personales entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento la comunicará al interesado sin dilación indebida.

2. La comunicación al interesado contemplada en el apartado 1 del presente artículo describirá en un lenguaje claro y sencillo la naturaleza de la violación de la seguridad de los datos personales y contendrá como mínimo la información y las medidas a que se refiere el artículo 33, apartado 3, letras b), c) y d).

3. La comunicación al interesado a que se refiere el apartado 1 no será necesaria si se cumple alguna de las condiciones siguientes:

a) el responsable del tratamiento ha adoptado medidas de protección técnicas y organizativas apropiadas y estas medidas se han aplicado a los datos personales afectados por la violación de la seguridad de los datos personales, en particular aquellas que hagan ininteligibles los datos personales para cualquier persona que no esté autorizada a acceder a ellos, como el cifrado;

b) el responsable del tratamiento ha tomado medidas ulteriores que garanticen que ya no exista la probabilidad de que se concretice el alto riesgo para los derechos y libertades del interesado a que se refiere el apartado 1;

c) suponga un esfuerzo desproporcionado. En este caso, se optará en su lugar por una comunicación pública o una medida semejante por la que se informe de manera igualmente efectiva a los interesados.

4. Cuando el responsable todavía no haya comunicado al interesado la violación de la seguridad de los datos personales, la autoridad de control, una vez considerada la probabilidad de que tal violación entrañe un alto riesgo, podrá exigirle que lo haga o podrá decidir que se cumple alguna de las condiciones mencionadas en el apartado 3."

Club Internacional del Libro, Marketing Directo, S.L., notificó a esta autoridad de control la quiebra de seguridad que se había detectado, en fecha 16 de mayo de 2018. La quiebra fue detectada con anterioridad a la plena aplicación del RGPD, que se produjo el día 25 de mayo de 2018, no siendo obligatoria su notificación.

Club Internacional del Libro, Marketing Directo, S.L., ha expuesto, detalladamente, todas las actuaciones realizadas tras la detección de la quiebra de seguridad.

Club Internacional del Libro, Marketing Directo, S.L., ha cumplido lo establecido en el RGPD, al notificar la brecha de seguridad detectada en la Tesorería del mismo; aún con anterioridad a ser plenamente aplicable el mencionado Reglamento. El plazo establecido de las 72 horas para notificar se ha cumplido.

III

Por otro lado, en cuanto al posible tratamiento de los datos contenidos en los listados que se pudo llevar el ex empleado de Club Internacional del Libro, Marketing Directo, S.L., l artículo 6.1 de la LOPD dispone lo siguiente: *"El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa".*

Por su parte, el apartado 2 del mencionado artículo contiene una serie de excepciones a la regla general contenida en aquel apartado 1, estableciendo que: *"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; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un*

interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado".

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 7 primer párrafo) *"…consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)".*

Son, pues, elementos característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

En el presente caso, la utilización de un listado de clientes o potenciales clientes de CILMD por otra entidad supondría un tratamiento de datos de carácter personal que exige disponer del consentimiento inequívoco de los autores o que concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD.

IV

El artículo 44.3.b) de la LOPD, con la redacción de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, considera infracción grave:

"b) Tratar los 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."

El principio del consentimiento, se ha configurado como principio básico en materia de protección de datos, hasta la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Protección de Datos, y así se recoge en numerosas Sentencias de la Audiencia Nacional.

El posible tratamiento inconsetido de los datos es una infracción tipificada como grave; no teniendo constancia de su tratamiento posterior al mes de abril de 2015.

El artículo 47 de la LOPD establece lo siguiente:

1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año.

2. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.

3. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento de interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviere paralizado durante más de seis meses, por causas no imputables al presunto infractor.

En el presente caso, debe considerarse que la comunicación de los datos del listado de SILMD se produjo en el mes de marzo de 2015, no habiendo constancia de su tratamiento posterior al mes de abril de 2015; por lo que cuando se han iniciado las actuaciones previas de investigación, los hechos presuntamente sancionables habían prescrito, al tratarse de infracción tipificada como grave y haber transcurrido más de cinco años desde que se tiene constancia del tratamiento de datos personales.

V

El artículo 126.1, apartado segundo, del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD) establece:

"Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso."

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

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

2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a Don ***A.A.A.*****,** a Vida y Salud, Mejora tu Vida, S.L., y a Club Internacional del Libro, Marketing Directo, 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 este 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