Procedimiento Nº: A/00019/2015

RESOLUCIÓN: R/01686/2015

En el procedimiento A/00019/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad ***MAJESTIC SMOKING***, vista la denuncia presentada por ***POLICIA MUNICIPAL DE MADRID*** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 24/2/14 tiene entrada en esta Agencia escrito remitido por la Policía Municipal de Madrid por el que se remite Acta de Inspección levantada el día 9/2/14 en el local **Majestic Smoking** sito en la (C/.....1)***de Madrid***.

SEGUNDO: En dicha denuncia se pone de manifiesto que el establecimiento denunciado es una asociación no lucrativa de fumadores con registro en la Comunidad de MADRID REF 33436 DE 22/10/12.

En el momento de la inspección los agentes actuantes dieron cuenta de la presencia de unas octavillas donde se inscriben los nuevos socios, sin numerar y sin tener control del número de hojas que tienen en el momento de la inspección, no garantizándose la seguridad de los datos de carácter personal que pueden sufrir alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.

TERCERO: Con fecha 23/12/2014, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, por virtud de lo dispuesto en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), acordó someter a la entidad MAJESTIC SMOKING trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción del artículo 9 de la LOPD, en relación con los artículos 91 y 93 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 citada Ley Orgánica.

Con tal motivo, se concedió a MAJESTIC SMOKING plazo para formular alegaciones, recibiéndose escrito de fecha 26/2/15, en el que se manifiesta lo siguiente:

* Que cumple con las obligaciones del art. 9 adoptando las medidas técnicas y organizativas descritas en el documento de seguridad del que se aporta una copia.

* Que las octavillas cumplen con la obligación de informar del art5. 5.

* Se manifiesta que no es posible la alteración o pérdida de los datos recogidos en el formulario ya que dichos datos se dan de alta diariamente en la plataforma web mediante un registro de entrada automatizado, procediéndose a su destrucción una vez escaneados..

* Existe en el portal web un control de acceso de socios mediante usuario y contraseña con el fin de garantizar la privacidad de sus datos. Existe además una relación de usuarios y perfiles de usuarios para cada uno de ellos.

* La asociación en la actualidad ha cesado en su actividad procediendo a cerrar el local.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento el Director 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

Se imputa a la entidad MAJESTIC SMOKING el incumplimiento del principio de seguridad de los datos personales que recogen en sus formularios para la inscripción de nuevos socios,

El Art. 7 del Convenio Nº 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, establece:

"Seguridad de los datos:
Se tomarán medidas de seguridad apropiadas para la protección de datos de carácter personal registrados en ficheros automatizados contra la destrucción accidental o no autorizada, o la pérdida accidental, así como contra el acceso, la modificación o la difusión no autorizados".

El Art 17.1 de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, establece:

"Seguridad del tratamiento:
1. Los Estados miembros establecerán la obligación del responsable del tratamiento de aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas, para la protección de los datos personales contra la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida accidental y contra la alteración, la difusión o el acceso no autorizados, en particular cuando el tratamiento incluya la transmisión de datos dentro de una red, y contra cualquier otro tratamiento ilícito de datos personales. Dichas medidas deberán garantizar, habida cuenta de los conocimientos técnicos existentes y del coste de su aplicación, un nivel de seguridad apropiado en relación con los riesgos que presente el tratamiento y con la naturaleza de los datos que deban protegerse"

La LOPD, traspuso al ordenamiento interno el contenido de la Directiva 95/46. En el artículo 9 de la citada LOPD se dispone lo siguiente:

"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 la 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 trascrito 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 dicha seguridad, añadiendo que tales medidas tienen como finalidad evitar, entre otros aspectos, el *"acceso no autorizado"* por parte de terceros.

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 al concepto de "*fichero*" el artículo 3.b) de la LOPD lo define como *"todo conjunto organizado de datos de carácter personal",* con independencia de la modalidad de acceso al mismo.

Por su parte el artículo 3.c) de la citada Ley Orgánica considera tratamiento de datos cualquier operación o procedimiento técnico que permita, en lo que se refiere al objeto del presente procedimiento, la *"comunicación"* o *"consulta"* de los datos personales tanto si las operaciones o procedimientos de acceso a los datos son automatizados o no.

Para completar el sistema de protección en lo que a la seguridad afecta, el artículo 44.3.h) de la LOPD tipifica como infracción grave el mantener los ficheros *"...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.

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. Dichas medidas, en el caso que nos ocupa, deben salvaguardar la confidencialidad y seguridad de los datos de carácter personal contenidos en los ficheros de la entidad DOMO GESTORA DE VIVIENDAS,

correspondiendo adoptar las de nivel bajo en atención al tipo de información que contiene, tal como se especifica en el art. 80 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

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, del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Los artículos 91 y 93 del citado Reglamento, aplicable a todos los ficheros y tratamientos automatizados, establecen:

"Artículo 91. Control de acceso.

1. Los usuarios tendrán acceso únicamente a aquellos recursos que precisen para el desarrollo de sus funciones.
2. El responsable del fichero se encargará de que exista una relación actualizada de usuarios y perfiles de usuarios, y los accesos autorizados para cada uno de ellos.
3. El responsable del fichero establecerá mecanismos para evitar que un usuario pueda acceder a recursos con derechos distintos de los autorizados.
4. Exclusivamente el personal autorizado para ello en el documento de seguridad podrá conceder, alterar o anular el acceso autorizado sobre los recursos, conforme a los criterios establecidos por el responsable del fichero.
5. En caso de que exista personal ajeno al responsable del fichero que tenga acceso a los recursos deberá estar sometido a las mismas condiciones y obligaciones de seguridad que el personal propio".

Este artículo desarrolla las previsiones que deberá establecer el responsable del fichero para garantizar que los usuarios con accesos a datos personales o recursos, por haber sido previamente autorizados, sólo puedan acceder a tales datos y recursos. Para ello es necesario que se implanten mecanismos de control para evitar que un usuario pueda acceder a datos o funcionalidades que no se correspondan con el tipo de acceso autorizado para el mismo, en función del perfil de usuario asignado.

"Artículo 93. Identificación y autenticación.

1. El responsable del fichero o tratamiento deberá adoptar las medidas que garanticen la correcta identificación y autenticación de los usuarios.
2. El responsable del fichero o tratamiento establecerá un mecanismo que permita la identificación de forma inequívoca y personalizada de todo aquel usuario que intente acceder al sistema de información y la verificación de que está autorizado.
3. Cuando el mecanismo de autenticación se base en la existencia de contraseñas existirá un procedimiento de asignación, distribución y almacenamiento que garantice su confidencialidad e integridad.
4. El documento de seguridad establecerá la periodicidad, que en ningún caso será superior a un año, con la que tienen que ser cambiadas las contraseñas que, mientras estén vigentes, se almacenarán de forma ininteligible".

El artículo 5.2.b) del citado Reglamento define la "autenticación" como el procedimiento de comprobación de la identidad de un usuario; y el mismo artículo, letra h), se refiere a la "identificación" como el procedimiento de reconocimiento de la identidad de un usuario.

Corresponde al responsable del fichero o tratamiento comprobar la existencia de la autorización exigida en el citado artículo 91, con un proceso de verificación de la identidad de la persona (autenticación) implantando un mecanismo que permita acceder a datos o recursos en función de la identificación ya autenticada. Cada identidad personal deberá estar asociada con un perfil de seguridad, roles y permisos concedidos por el responsable del fichero o tratamiento.

La vulneración de los preceptos citados aparece tipificada como infracción grave en el artículo 44.3.h) de la LOPD, que considera como tal, *"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"*.

En definitiva, la entidad MAJESTIC SMOKING está obligada a adoptar, de manera efectiva, las medidas técnicas y organizativas necesarias previstas para sus ficheros, y, entre ellas, las dirigidas a impedir el acceso no autorizado por parte de terceros a los datos personales que constan en los mismos. Sin embargo, no ha quedado acreditado que la citada entidad incumpliera esta obligación, ya que dichos formularios, para la inscripción de nuevos socios, son destruidos diariamente, una vez que son escaneados e introducidos sus datos en la página web. De otro lado, las medidas adoptadas, necesidad de utilizar un usuario y contraseña, pueden considerarse suficientes para garantizar que los datos personales no resultaran accesibles a terceros. Ni tampoco se ha comprobado que exista una deficiente implantación de las medidas de seguridad que fuese responsable de la indexación de documentos o información con datos de carácter personal por buscadores de Internet.

En conclusión no se puede deducir que exista una vulneración del art. 9 de la LOPD por parte de la entidad denunciada, debiéndose entender que las medidas adoptadas en el documento de seguridad y la destrucción de la información con datos de carácter personal que recogen en los formularios de registro de nuevos socios, una vez que son escaneados, deben ser suficientes para evitar una vulneración del art. 9. Teniendo en cuenta además que la entidad cesó en su actividad, En este sentido, conviene traer a colación lo señalado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29-11-2013, de acuerdo con cuyo Fundamento Jurídico SEXTO, los procedimientos de apercibimiento que finalizan sin requerimiento se deben resolver como archivo, debiendo estimarse adoptada ya la medida correctora pertinente en el caso por lo que debe procederse a resolver el **archivo de las actuaciones**, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno al denunciado, en aplicación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

En consecuencia, en el presente caso debe procederse a resolver el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada.

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 **MAJESTIC SMOKING** y a ***POLICIA MUNICIPAL DE MADRID*** advirtiéndole la posibilidad de actuar como interesado,

en el caso de cumplir los requisitos previstos en el artículo 31.1.c) de la LRJPAC.

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.

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 lo sucesivo LJCA), 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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos