



Procedimiento Nº: A/00380/2016

RESOLUCIÓN: R/00344/2017

En el procedimiento A/00380/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a D. **A.A.A.**, vista la denuncia presentada por la Dirección General de la Guardia Civil, Puesto de Posada, y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 21 de julio de 2016, tuvo entrada en esta Agencia Española de Protección de Datos un escrito de la Dirección General de la Guardia Civil, Cuartel de Posada, en el que formula denuncia contra D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciado), indicando que el día 03/07/2016 se personó en las dependencias oficiales de Guardia Civil de la localidad de Posada de Llanes a fin a de que se le sellase la Hoja-registro de entrada de viajeros del establecimiento que regenta, "**B.B.B.**", y que al no haber nadie en el acuartelamiento optó por dejar en la valla externa del mismo, a la vista de todo el mundo, las hojas de registro de viajeros y una nota con el texto "*el lunes vengo a recogerlo*".

Con la denuncia se aportan dos fotografías en las que puede verse el lugar en el que fueron depositados los documentos y el detalle de una de ellos. En el mismo se hacen constar los "datos del viajero" con indicación de su nombre, apellidos, DNI, sexo, fecha de nacimiento, nacionalidad y firma del afectado.

SEGUNDO: Con fecha 11/11/2016, la Directora 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 D. **A.A.A.** a trámite de audiencia previa al apercibimiento por la presunta infracción del artículo 9 de dicha norma, en relación con el artículo 108 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.

TERCERO: Iniciado el procedimiento, el denunciado presentó escrito de alegaciones en el que solicita el archivo del expediente en base a las consideraciones siguientes:

. Se consideró que los hechos no infringían la normativa, dado que la valla de las dependencias de la Guardia Civil no se halla inmediatamente contigua a la vía pública, existiendo un pasillo interior antes de acceder a la cancela, por lo que la posibilidad de que las hojas dejadas en dicha valla fuesen interceptadas no era fácil, como lo prueba el hecho de que fueron recogidas de forma inmediata por la Guardia Civil a su llegada al cuartel y que no se haya evidenciado incidencia alguna.

. Una vez advertido el error cometido, ha tomado las medidas correctoras pertinentes a iniciativa propia, no reiterándose la conducta.

HECHOS PROBADOS

1. Con fecha 21 de julio de 2016, tuvo entrada en esta Agencia Española de Protección de Datos un escrito de la Dirección General de la Guardia Civil, Cuartel de Posada, en el que formula denuncia contra D. **A.A.A.**, indicando que el día 03/07/2016 se personó en las dependencias oficiales de Guardia Civil de la localidad de Posada de Llanes a fin a de que se le sellase la Hoja-registro de entrada de viajeros del establecimiento que regenta, “**B.B.B.**”, y que al no haber nadie en el acuartelamiento optó por dejar en la valla externa del mismo, a la vista de todo el mundo, las hojas de registro de viajeros y una nota con el texto “*el lunes vengo a recogerlo*”.

En estas hojas de registro se hacen constar los “datos del viajero” con indicación de su nombre, apellidos, DNI, sexo, fecha de nacimiento, nacionalidad y firma del afectado.

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

El Título VII sobre *Infracciones y sanciones*, en el artículo 43, de la LOPD establece:

“1. Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley.”

El artículo 3 de la LOPD establece la definición de responsable de fichero o tratamiento:

“d) Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”.

III

El artículo 18.4 de la Constitución Española establece en que: *“la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*, consagrándose así el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo, incluso del propio derecho a la intimidad, tal y como ha indicado la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre.

El artículo 1 de la LOPD dispone: *“La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.*

En cuanto al ámbito de aplicación de la citada norma, el artículo 2.1 de la misma señala que *“La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”*; definiéndose el concepto de dato de carácter



personal en el artículo 3.a) de la citada LOPD como *“Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 2.a) de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento y del Consejo, de 24/10/1995, 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 (en lo sucesivo la Directiva), según el cual se entiende por dato personal *“toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”*.

En el presente caso, ha quedado acreditado que los listados a los que se refiere la incidencia denunciada el fichero accedido, atendiendo a su contenido (nombre, apellidos, DNI, sexo, fecha de nacimiento, nacionalidad y firma de los afectados), se encuentran incluidos dentro del ámbito de aplicación establecido en la LOPD y sus normas de desarrollo.

IV

Se imputa al denunciado el incumplimiento del principio de seguridad de los datos personales que constan en sus ficheros.

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 transcrito 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 del denunciado, con nivel de seguridad básico considerando la naturaleza de los datos registrados.

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. Tratándose de ficheros y tratamientos no automatizados son aplicables, asimismo, los artículos 105 y siguientes del citado Reglamento (RLOPD).

El artículo 108 del RLOPD, aplicable a todos los ficheros y tratamientos no automatizados, establece:

“Artículo 108. Custodia de los soportes.

Mientras la documentación con datos de carácter personal no se encuentre archivada en los dispositivos de almacenamiento establecidos en el artículo anterior, por estar en proceso de revisión o tramitación, ya sea previo o posterior a su archivo, la persona que se encuentre al cargo de la misma deberá custodiarla e impedir en todo momento que pueda ser accedida por persona no autorizada”.

En definitiva, según las normas expuestas, el denunciado está obligado a adoptar las medidas técnicas y organizativas para garantizar la seguridad de los datos e impedir el acceso no autorizado por parte de terceros a los mismos. Sin embargo, ha quedado acreditado que el mismo incumplió esta obligación, en relación con la posibilidad de que por parte de terceros pudiera accederse sin restricción a la Hoja-registro de entrada de viajeros del establecimiento que regenta el denunciado, “**B.B.B.**”, confeccionada en soporte papel con indicación de los datos personales de estos clientes relativos a nombre, apellidos, DNI, sexo, fecha de nacimiento, nacionalidad y firma del afectado, la cual fue depositada por el mismo en una valla exterior de las dependencias de la Guardia Civil de la localidad de Posada de Llanes a la vista de los viandantes.

Así, los datos personales de los clientes del denunciado resultaron accesibles por parte de terceros a través de las hojas de registro que el mismo elabora para su entrega a la Guardia Civil, que no fueron debidamente custodiadas por el denunciante, conforme a lo indicado en el artículo 108 del RLOPD, siendo ello consecuencia de una insuficiente o ineficaz implementación de las medidas de seguridad. Dado que ha existido vulneración del “*principio de seguridad de los datos*”, se considera que el denunciado ha incurrido en la infracción tipificada como 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*”.

V

En esta materia se impone una obligación de resultado, que conlleva la exigencia de que las medidas implantadas deben impedir, de forma efectiva, el acceso a la información por parte de terceros. Esta necesidad de especial diligencia en la custodia de la información por el responsable ha sido puesta de relieve por la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 11/12/08 (recurso 36/08), fundamento cuarto: “*Como ha dicho esta Sala en múltiples sentencias...se impone, en consecuencia, una obligación de resultado, consistente en que se adoptan las medidas necesarias para evitar que los datos se pierdan, extravíen o acaben en manos de terceros...la recurrente es, por disposición legal una deudora de seguridad en materia de datos, y*



por tanto debe dar una explicación adecuada y razonable de cómo los datos han ido a parar a un lugar en el que son susceptibles de recuperación por parte de terceros, siendo insuficiente con acreditar que adopta una serie de medidas, pues es también responsable de que las mismas se cumplan y se ejecuten con rigor”.

El principio de culpabilidad es exigido en el procedimiento sancionador y así la STC 246/1991 considera inadmisibles en el ámbito del Derecho administrativo sancionador una responsabilidad sin culpa. Pero el principio de culpa no implica que sólo pueda sancionarse una actuación intencionada y a este respecto el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone *“sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”*

El Tribunal Supremo (STS 16 de abril de 1991 y STS 22 de abril de 1991) considera que del elemento culpabilista se desprende *“que la acción u omisión, calificada de infracción sancionable administrativamente, ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable.”* El mismo Tribunal razona que *“no basta...para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa”* sino que es preciso *“que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia.”* (STS 23 de enero de 1998).

A mayor abundamiento, la Audiencia Nacional en materia de protección de datos de carácter personal, ha declarado que *“basta la simple negligencia o incumplimiento de los deberes que la Ley impone a las personas responsables de ficheros o del tratamiento de datos de extremar la diligencia...”*(SAN 29 de junio de 2001).

En definitiva, ha de señalarse que es el denunciado el obligado a garantizar la efectividad de las medidas adoptadas para la seguridad de los datos.

VI

Por otra parte, se tuvo en cuenta que el denunciado no ha sido sancionado o apercibido con anterioridad por esta Agencia. En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.6 de la LOPD, se acordó someter al mismo a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción del artículo 9 de la LOPD.

El citado apartado 6 del artículo 45 de la LOPD establece lo siguiente:

“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 concurren 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”.

A este respecto, procede considerar lo establecido en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD, que establece lo siguiente:

“4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

- a) El carácter continuado de la infracción.*
- b) El volumen de los tratamientos efectuados.*
- c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.*
- d) El volumen de negocio o actividad del infractor.*
- e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
- f) El grado de intencionalidad.*
- g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.*
- h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.*
- i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.*
- j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.*

5. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.*
- b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.*
- c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.*
- d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*
- e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente”.*

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado artículo 45.6 de la LOPD. Junto a ello, se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado por la concurrencia de los criterios de los enunciados en el artículo 45.4 de la LOPD, concretamente, la no vinculación de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal y su volumen de negocio o actividad, así como el volumen de datos personales afectados por la incidencia y la ausencia de perjuicios distintos a los que derivan de la misma.

Todo ello, justifica que la AEPD no acordara la apertura de un procedimiento sancionador y que optase 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 considerando que el objeto del apercibimiento es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando éstas ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

Lo mismo ha de entenderse en aquellos supuestos, como el analizado en las presentes actuaciones, en los que, por la naturaleza de los hechos determinantes de la infracción, no cabe imponer ninguna medida correctora dirigida a impedir que tales hechos se cometan de nuevo en el futuro, más allá de exigir al infractor el cese en la comisión de hechos similares y el compromiso de no reiterar la conducta sancionable, compromiso que en este caso ya ha sido formulado por el denunciado ante esta Agencia en su escrito de alegaciones a la apertura del procedimiento.

Por tanto, a la vista del pronunciamiento recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) referente a los supuestos en los que no procede la adopción de ninguna medida correctora, de acuerdo con lo señalado se debe acordar 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 el procedimiento **A/00380/2016** seguido contra D. **A.A.A.**, 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, en relación con la denuncia por la infracción del artículo 9 de la LOPD.

2.- 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 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