

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sentencia de fecha: 23 de julio de 2008**

Ponente: Ilmo. Sr. Magistrado Don Carlos Lesmes Serrano.

### **Infracción del documento de seguridad que no constituye infracción de la LOPD.**

Según la Administración durante el curso de la Inspección efectuada en la sede social del "Gremio del Taxi" se constató que el conjunto de copias de seguridad, cinco cintas etiquetadas de lunes a viernes, fueron halladas sobre la mesa de un empleado. La Administración no considera que se haya infringido el art. 14 del Real Decreto 994/1999, sino las previsiones contenidas al respecto en el documento de seguridad (ubicación diferente al servidor de la aplicación y a ser posible en armario ignífugo), pero la Sala estima que el documento de seguridad no es una norma reglamentaria por lo que la infracción de su contenido no puede constituir la falta grave a que se refiere el apartado h) del art. 44.3 LOPD, pues este precepto considera infracción grave; *h) 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*. La Sala concluye que sería contrario a los principios de legalidad y tipicidad que rigen en materia sancionadora admitir una interpretación extensiva como la pretendida por la Administración. También se aprecia que existe un control de acceso y solo el personal autorizado puede acceder a la información. .

### **SENTENCIA**

Madrid, a veintitrés de julio de dos mil ocho.

Vistos por esta Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 218/07 interpuesto por la Procuradora DOÑA M<sup>a</sup> SOLEDAD GARCÍA SAN MATEO, en nombre y representación de GREMIO UNION DE TAXISTAS, contra resolución de fecha 30 de marzo de 2007 de la Agencia Española de Protección de Datos, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, dictada en el expediente PS/00140/2006. La cuantía del recurso es de 60.702,22 Euros.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la entidad recurrente se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado el 31 de mayo de 2007, acordándose por providencia de 22 de junio de 2007 su tramitación de conformidad con las normas establecidas en la Ley 29/98 , y la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito presentado el 11 de octubre de 2007, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminó suplicando se dictara sentencia que anule íntegramente la resolución sancionadora por haber sido iniciadas las actuaciones inspectoras con vulneración del artículo 9.3 de la Constitución Española. Subsidiariamente suplica la anulación de la sanción impuesta o, en su caso, la graduación de la misma en aplicación del artículo 45.5 de la LOPD.

**TERCERO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 19 de octubre de 2007, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó oportunos, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se desestime el presente recurso, y confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho.

**CUARTO.-** Habiéndose solicitado por las partes el recibimiento a prueba de las presentes actuaciones, se concedió el trámite mediante Auto de fecha 23 de octubre de 2007, habiéndose practicado toda la prueba propuesta, con el resultado que es de ver en los autos. Concluido el término probatorio, se dio traslado de conclusiones a la parte recurrente y después al Sr. Abogado del Estado, quienes evacuaron el trámite en sendos escritos en los que concretaron y reiteraron sus respectivos pedimentos

**QUINTO.-** Concluidas las actuaciones, se señaló para la votación y fallo del presente recurso, el día 16 de julio de 2008, fecha en la que tuvo lugar la deliberación y votación, habiendo sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Carlos Lesmes Serrano, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El GREMIO UNIÓN DE TAXISTAS interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 30 de marzo de 2007 del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, dictada en el procedimiento sancionador PS/00140/2006, por la que se impone a la entidad recurrente por una infracción del art. 26 de la LOPD , tipificada como leve en el art. 44.2 .c), una multa de 601,01 euros, y una multa de 60.101,21 euros, por la comisión de una infracción del art. 9 de la LOPD , en relación con el art. 8 y siguientes del Real Decreto 994/1999 , tipificada como grave en el art. 44.3.h) de la citada Ley Orgánica .

En esta resolución se declaran como hechos probados los siguientes:

**PRIMERO:** Con fechas 23/09/2004, 13/01/2005 (folios 4 a 7), y 11/10/2005 (folio 20) no figura inscrito en el Registro General de Protección de Datos fichero alguno a nombre del responsable, Gremio Unión de Taxistas de Barcelona. Los ficheros del GUT, fueron notificados a través de Internet para su inscripción por el Registro General de la Agencia de Protección de Datos, el mismo día en que se produjo la Inspección, 31/10/2005 (folio 19). El 3/11/2005 aparecen inscritos por el Gremio Unión de Taxistas de Barcelona 6 ficheros denominados "Agendas", "Asegurados", "Banca", "Contabilidad", "Nóminas", y "Socios" (folios 183 a 187).

**SEGUNDO:** Los 6 ficheros inscritos, según el Documento de Medidas de Seguridad de que dispone el GUT, contemplan medidas de seguridad de nivel básico (folios 42 y 43, 76, 88, 100, 112, 124 y 136).

TERCERO: El solicitante del ingreso en el GUT debe ser taxista profesional titular de una licencia oficial, y cumplimentar el impreso "Instancia para la incorporación del GUT", al que debe acompañar diversa documentación de su condición profesional (folio 14). En la instancia del número de socio 2288, de 18/10/2005, que además figura incluida en el fichero "Socios" (folio 15), figura en su apartado VI, que "Los datos personales que contiene el presente documento serán incorporados a un fichero automatizado propiedad del Gremio Unión de Taxistas debidamente inscrito en la Agencia de Protección de Datos, protegido con las medidas de seguridad legalmente establecida. Dichos datos únicamente serán utilizados con la finalidad de la prestación de servicios que ofrece el GUT, y no serán cedidos a terceros, salvo en los supuestos legalmente previstos. En cumplimiento de lo establecido en la LOPD, se informa al titular de los datos que pueda negarse a que sean incorporados al mencionado fichero y además, que podrá ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación legalmente establecidos" (folio 177) En la fecha en que se cumplimentó la instancia de socio 2288 no figuraba inscrito fichero alguno cuyo responsable fuera Gremio Unión de Taxistas de Barcelona.

CUARTO: Para acceder al fichero "Socios", no se precisa introducir en la aplicación ni clave de usuario ni contraseña. (folio 15). El documento de Seguridad prevé en su apartado 5.1 relativo a "Normas relativas a las aplicaciones" que "Las aplicaciones referidas son aquellas mediante las cuales se puede acceder a los datos del fichero. El control de acceso a las aplicaciones se realizará mediante un código de usuario y una contraseña asignada a dicho usuario" (folio 45 ).

QUINTO: Las copias de seguridad de los ficheros de los que es responsable el GUT dispone cada una de la etiqueta del día de la semana, de lunes a viernes, y se hallan sobre la mesa de un empleado (folio 16). El documento de Seguridad señala en su apartado 8 "Procedimientos de respaldo y recuperación", que "Las copias se almacenarán en una ubicación diferente a la del Servidor de la aplicación, y a ser posible en armario ignífugo" (folio 59), y el apartado 7 "Gestión de soportes", indica que "Los soportes que contengan datos de carácter personal deberán estar sujetos a controles de identificación, inventario y almacenamiento. Dichos controles se aplicarán a soportes informáticos y a soportes no informáticos" (folio 54).

SEXTO: Los documentos en soporte papel relativos a la inscripción de los socios, entre los que se encuentran el modelo correspondiente a "Instancia para la incorporación del GUT", no fueron encontrados, desconociéndose el lugar de su archivo, siendo entregado tan sólo la instancia de la socio 2288, de fecha 18/10/2005, que se hallaba pendiente de aprobación por la Junta de Gobierno (folio 16 y 177). En el documento de seguridad consta en su apartado 7 "Gestión de soportes", lo siguiente: "Los soportes que contengan datos de carácter personal deberán estar sujetos a controles de identificación, inventario y almacenamiento. Dichos controles se aplicarán a soportes informáticos y a soportes no informáticos" (folio 54).

En relación con estos hechos el actor admite la existencia de la infracción leve consistente en no haber dado de alta los ficheros en el Registro General de Protección de Datos, limitando su impugnación en cuanto al fondo a la infracción del art. 9 de la LOPD , si bien considera que se han producido infracciones procedimentales determinantes de la nulidad de todo el procedimiento.

**SEGUNDO.-** Los defectos procedimentales invocados, que a juicio del actor vulneran el art. 9.3 de la Constitución Española que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos, se atribuyen al desarrollo de la investigación llevada a cabo por la Inspección de Datos por cuanto el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó una investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados y la citada Inspección investigó otros hechos que no habían sido denunciados.

Para analizar esta cuestión debe traerse a colación el art. 40.1 de la LOPD , referido a la potestad de inspección. Dice así:

"1. Las autoridades de control podrán inspeccionar los ficheros a que hace referencia la presente Ley, recabando cuantas informaciones precisen para el cumplimiento de sus cometidos.

A tal efecto, podrán solicitar la exhibición o el envío de documentos y datos y examinarlos en el lugar en que se encuentren depositados, así como inspeccionar los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de los datos, accediendo a los locales donde se hallen instalados."

Precepto que se complementa con el art. 28. 1 del Real Decreto 428/2003, de 26/03 por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, que señala:

"1. Compete, en particular, a la Inspección de Datos efectuar inspecciones, periódicas o circunstanciales, de oficio o a instancia de los afectados, de cualesquiera ficheros, de titularidad pública o privada, en los locales en los que se hallen los ficheros y los equipos informáticos correspondientes, y a tal efecto podrá:

- a) Examinar los soportes de información que contengan los datos personales.
- b) Examinar los equipos físicos.
- c) Requerir el pase de programas y examinar la documentación pertinente al objeto de determinar, en caso necesario, los algoritmos de los procesos de que los datos sean objeto.
- d) Examinar los sistemas de transmisión y acceso a los datos.
- e) Realizar auditorias de los sistemas informáticos con miras a determinar su conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica 5/1992 .
- f) Requerir la exhibición de cualesquiera otros documentos pertinentes.
- g) Requerir el envío de toda información precisa para el ejercicio de las funciones inspectoras.

Estos preceptos apoderan a la Administración, concretamente a la Inspección de Datos, para requerir la exhibición de todos aquellos documentos que consideren pertinentes a las investigaciones que realicen en materia de su competencia y en el caso enjuiciado los documentos requeridos no pueden considerarse ajenos al ejercicio de dichas competencias ni al objeto de la investigación realizada como consecuencia de la denuncia presentada. Esta alegación debe ser rechazada.

**TERCERO.-** La infracción grave imputada al GREMIO UNIÓN DE TAXISTAS es la de las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 de la LOPD . Este precepto señala:

"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 evite 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 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 ".

Este precepto fue desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio , de Medidas de Seguridad, que estableció distintos niveles -básico, medio y alto- correspondiendo a la entidad actora el nivel básico. Dicho nivel, de conformidad con los arts. 8 a 14 del Reglamento , exige un Documento de Seguridad que especifique el ámbito de aplicación del mismo, las medidas y procedimientos encaminados a garantizar el nivel de seguridad exigido, las funciones y obligaciones del personal, el registro de incidencias, la identificación y autenticación de usuarios, el control de acceso de usuarios, la gestión de soportes o identificación de la información que contiene y la posibilidad de crear copias de respaldo y de recuperación, siendo obligatorias las previsiones contenidas en el mismo.

La Administración imputa al actor el desconocimiento de la ubicación de la documentación social relativa al alta de los socios, el hecho de que las copias de seguridad no se encontraban bajo acceso restringido, tal y como prevé el documento de seguridad, y el hecho de que el acceso a la aplicación que gestiona el fichero denominado "Socios" no tenía mecanismos de identificación y autenticación.

Como ahora veremos ninguna de estas imputaciones es consistente.

**CUARTO.-** Durante la inspección realizada por la AEPD en la sede del GREMIO UNIÓN DE TAXISTAS, los inspectores no localizaron los documentos en soporte papel relativos a la inscripción de los socios al no conocer el presidente de dicho Gremio su ubicación ni hacerse referencia a ellos en el documento de seguridad. De este hecho deduce la Administración que se ha infringido una de las previsiones del documento de seguridad que en su apartado 7, bajo el título "Gestión de Soportes Entrada/Salida", menciona que "Los soportes que contengan datos de carácter personal deberán estar sujetos a controles de identificación, inventario y almacenamiento. Dichos controles se aplicaran a soportes informáticos y a soportes no informáticos", especificando el 7.2 que "Se adoptarán las medidas anteriormente señaladas que puedan aplicarse a soportes no automatizados...". Sin embargo, la explicación proporcionada por la actora de que las citadas inscripciones de socios son documentos sociales cuya custodia corresponde al Secretario de la entidad y que no pudieron facilitar el dato de su ubicación porque en el momento de la inspección no

se encontraba presente es perfectamente razonable, correspondiendo a la Administración en el procedimiento sancionador una prueba más concluyente que la aportada sobre este hecho, que debemos entender no acreditado al ser fruto de una mera suposición como sorprendentemente se dice en la propia resolución impugnada.

El segundo hecho imputado consiste en que las copias de seguridad no se encontraban bajo acceso restringido, tal y como prevé el documento de seguridad.

El artículo 14 del Real Decreto 994/1999 , respecto a las "Copias de respaldo y recuperación", determina que:

"1.- El responsable de fichero se encargará de verificar la definición y correcta aplicación de los procedimientos de realización de copias de respaldo y de recuperación de los datos.

2.- Los procedimientos establecidos para la realización de copias de respaldo y para la recuperación de los datos deberán garantizar su reconstrucción en el estado en que se encontraban al tiempo de producirse la pérdida o destrucción.

3.- Deberán realizarse copias de respaldo, al menos semanalmente, salvo que en dicho periodo no se hubiera producido ninguna actualización de los datos."

El documento de Seguridad contempla en este sentido en su punto 8 que "las copias se almacenaran en una ubicación diferente a la del Servidor de la aplicación y, a ser posible, en armario ignífugo. En esta misma ubicación se almacenará una copia de la herramienta de restauración de las copias o de la aplicación correspondiente".

Según la Administración durante el curso de la Inspección efectuada en la sede social del GREMIO UNÓN DE TAXISTAS se constató que el conjunto de copias de seguridad, cinco cintas etiquetadas de lunes a viernes, fueron halladas sobre la mesa de un empleado. No considera por tanto aquí la Administración que se haya infringido el art. 14 del Real Decreto 994/1999 , sino las previsiones contenidas al respecto en el documento de seguridad -ubicación diferente al servidor de la aplicación y a ser posible en armario ignífugo-, pero el documento de seguridad no es una norma reglamentaria por lo que la infracción de su contenido no puede constituir la falta grave a que se refiere el apartado h) del art. 44.3 de la LOPD , pues este precepto considera infracción grave h) 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. Sería contrario a los principios de legalidad y tipicidad que rigen en materia sancionadora admitir una interpretación extensiva como la pretendida por la Administración.

**QUINTO.-** Finalmente se imputa a la actora el hecho de que el acceso a la aplicación que gestiona el fichero denominado "Socios" no tenía mecanismos de identificación y autenticación.

El art. 2 del Real 994/1999 determina lo siguiente:

"1.- Sistema de información: Conjunto de ficheros automatizados, programas, soportes y equipos empleados para el almacenamiento y tratamiento de datos de carácter personal.

2.- Usuario: Sujeto o proceso autorizado para acceder a datos o recursos.

3.- Recurso: Cualquier parte componente de un sistema de información.

4.- Accesos autorizados: Autorizaciones concedidas a un usuario para la utilización de los diversos recursos.

5.- Identificación: Procedimiento de reconocimiento de la identidad de un usuario.

6.- Autenticación: Procedimiento de comprobación de la identidad de un usuario.

7.- Control del acceso: Mecanismo que en función a la identificación ya autenticada permite acceder a datos o recursos.

8.- Contraseña: Información confidencial, frecuentemente constituida por una cadena de caracteres, que puede ser usada en la autenticación de un usuario"(el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

Los artículos 11.1 y 12 del Real Decreto 994/1999 , señalan:

"Artículo 11 .- Identificación y autenticación.

1.- El responsable del fichero se encargará de que exista una relación actualizada de usuarios que tengan acceso autorizado al sistema de información y de establecer procedimientos de identificación y autenticación para dicho acceso "(el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).

Artículo 12 .- Control de acceso.

"1.- Los usuarios tendrán acceso autorizado únicamente a aquellos datos y recursos que precisen para el desarrollo de sus funciones.

2.- El responsable del fichero establecerá mecanismos para evitar que un usuario pueda acceder a datos o recursos con derechos distintos de los autorizados.

3.- La relación de usuarios a la que se refiere el artículo 11.1 de este Reglamento contendrá el acceso autorizado para cada uno de ellos.

4.- Exclusivamente el personal autorizado para ello en el documento de seguridad podrá conceder, alterar o anular el acceso autorizado sobre los datos y recursos, conforme a los criterios establecidos por el responsable del fichero"

Según la Administración, en la Inspección realizada, se comprobó que para entrar en el sistema operativo del ordenador, se precisaba teclear un usuario y una contraseña, y que a continuación para entrar en el contenido del fichero "Socios", no había que introducir usuario y contraseña, sino que se accedía al mismo directamente, todo lo contrario de lo acaecido con la entrada que tuvo lugar en los

ficheros "Nóminas", y "Asegurados", a los que se accedió en el mismo equipo, y a los que se tuvo que implementar el usuario y la contraseña, para acceder a la información contenida en los mismos.

Tampoco aquí se ha producido la infracción imputada ya que los ficheros de "nóminas" y "asegurados" tienen lógicamente un contenido distinto del de "socios" y los usuarios que accedan a los mismos, así el control de acceso no tiene porqué ser el mismo. Lo cierto es que existe un control de acceso y solo el personal autorizado puede acceder a la información.

En definitiva, no se ha acreditado la existencia de ninguna incidencia que suponga falta de mantenimiento de las medidas de seguridad por lo que el recurso debe ser estimado con anulación de la resolución recurrida.

**SEXTO.-** No se aprecia temeridad o mala fe para la imposición de las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJCA .

### **FALLAMOS**

**PRIMERO.-** ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de GREMIO UNION DE TAXISTAS, contra resolución de fecha 30 de marzo de 2007 de la Agencia Española de Protección de Datos, dictada en el expediente PS/00140/2006, por la que se impone a la entidad recurrente por una infracción del art. 26 de la LOPD , tipificada como leve en el art. 44.2 .c), una multa de 601,01 euros, y una multa de 60.101,21 euros, por la comisión de una infracción del art. 9 de la LOPD , en relación con el art. 8 y siguientes del Real Decreto 994/1999 , tipificada como grave en el art. 44.3.h) de la citada Ley Orgánica.

**SEGUNDO.-** ANULAR la sanción impuesta de 60.101,21 euros por la comisión de una infracción del art. 9 de la LOPD , tipificada como grave en el art. 44.3.h) de la citada Ley Orgánica.

**TERCERO.-** No procede hacer imposición de las costas.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se llevara testimonio a los autos de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en la forma legalmente establecida. Doy fe.

LA SECRETARIA

M<sup>a</sup> ELENA CORNEJO PÉREZ