

Libro de Ponencias de Mundo Internet 2007
XI Congreso Nacional de Internet,
Telecomunicaciones y Sociedad de la información

Título: Libro de Ponencias de Mundo Internet 2007

Subtítulo: XI Congreso Nacional de Internet, Telecomunicaciones y Sociedad de la información

Editor: Miguel Pérez Subías

Congreso organizado por la:

Asociación de Usuarios de Internet
Calle Navaleño, 32
28033 MADRID
Tel: 91 302 42 59
informacion@aui.es
www.aui.es

Edita: Asociación de Usuarios de Internet
Fotomecánica: ALBA, S.A.
Impreso en España
Depósito Legal: M-20919-2007

EL POSICIONAMIENTO DE LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS ANTE LA LOPD

Manuel Martínez Carballo (mmarcar@uvigo.es)
 Eduardo Guillén Solórzano (edugs@udc.es)
 Susana Barbeito Roibal (sbar@cdf.udc.es)
Dpto. de Análisis Económico y Administración de Empresas
Universidade da Coruña

M^a Cruz del Río Rama (delrio@uvigo.es)
Dpto. de Organización de Empresas y Marketing
Universidad de Vigo

RESUMEN

El presente estudio analiza y describe el posicionamiento de las empresas españolas ante la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal. El trabajo consta de dos partes bien diferenciadas. Por un lado se describe el marco conceptual y normativo de la protección de datos de carácter personal y, por otro lado, se realiza un análisis detallado del cumplimiento o incumplimiento de la legislación referida. Por último, el artículo se cierra con una serie de reflexiones finales que consideramos oportunas realizar con idea de concienciarnos todos de cara a un mayor cumplimiento de normativa en este campo.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE OBJETIVOS

La informática suele producir grandes beneficios a las empresas pero también puede provocar importantes problemas, ya que, es posible que datos de carácter personal (identificativos o identificables) de sus empleados, socios, proveedores, clientes, etc. (nombre, apellidos, documento nacional de identidad, matrícula del coche, dirección de correo electrónico, entre muchos otros) estén informatizados o no (soporte papel) sin el consentimiento de los mismos, o bien que estos datos sean erróneos o estén sin actualizar. Además, puede suceder que personas no autorizadas de la entidad accedan a estos datos, vulnerándose así la intimidad y la vida privada de las personas cuyos datos se almacenan.

En este sentido, y con objeto de garantizar el equilibrio entre la modernización (desarrollo y aplicación de las nuevas tecnologías en el intercambio de datos) y la garantía de los derechos constitucionales de todos españoles recogidos en los arts. 10 y siguientes de nuestra Constitución, se ha aprobado y desarrollado en España toda una legislación específica en materia de protección de datos de carácter personal que atribuye a los ciudadanos la facultad de controlar sus datos personales y decidir sobre ellos, ya que, una cosa está clara y es que la titularidad de estos datos de carácter

personal suministrados a cualquier entidad corresponde a las personas mismas y no a las organizaciones que los tratan.

Concretamente el art. 18.4 de la Constitución Española establece de forma expresa 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".

En definitiva, y dado que los índices de cumplimiento de la referida legislación no son muy alentadores, el principal objetivo de este trabajo es realizar un análisis detallado del cumplimiento de la misma de cara a sensibilizar y concienciar a todas las entidades de nuestro país sobre la importancia que cobra esta cuestión y, que además en muchos casos, las sanciones derivadas de su incumplimiento pueden hacer peligrar la rentabilidad y, por lo tanto, la supervivencia futura de numerosas organizaciones.

2. CONTEXTO NORMATIVO Y CONCEPTUAL DE LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

En este punto se expone el marco normativo y conceptual de la protección de datos de carácter personal, que a pesar de los preceptos constitucionales referidos anteriormente, hubo que esperar casi quince años para que a finales del

año 1992 se regulase de forma específica esta materia mediante la aprobación de la Ley Orgánica 5/1992 conocida con el acrónimo de LORTAD y cuyo desarrollo reglamentario se llevó a cabo a través del Real Decreto 1332/1994. Posteriormente, la aprobación de la Directiva 95/46/CE hizo necesaria la adaptación de la legislación en esta materia y como consecuencia se aprueba la nueva y vigente Ley Orgánica 15/1999 conocida habitualmente como LOPD y que ha derogado en su totalidad a su precesora. A falta de un desarrollo reglamentario de esta nueva ley, el cual se encuentra en estudio, sigue en vigor el reglamento de la LORTAD en cuanto no se oponga a los contenidos de la LOPD.

En términos generales, la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal 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 este sentido, obliga a todas aquellas entidades españolas públicas y privadas que traten datos de carácter personal a una serie de obligaciones, cuyo incumplimiento podría derivar en sanciones económicas de hasta los 601.012,1 € (100 millones de las antiguas pesetas) en el ámbito privado, ya que, el régimen sancionador en el caso de las Administraciones Públicas es de carácter disciplinario y no pecuniario.

Entre estas obligaciones legales básicas se encuentran las siguientes:

1. Inscribir todos los ficheros (automatizados o no) que contengan datos de carácter personal referentes a personas físicas (lógicamente quedan excluidos los ficheros en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas) en el Registro General de Protección de Datos (RGPD) dependiente de la Agencia Española de Protección de Datos (AGPD). Esta inscripción se puede realizar mediante formularios en papel, en soporte magnético o vía Internet, representando esta última opción en la actualidad más del 75% de las notificaciones a la AGPD.
2. Adoptar las medidas de seguridad de índole técnica y organizativas necesarias para garantizar la seguridad de los datos objeto de tratamiento que además han de ser plasmadas en el denominado documento de

seguridad. En el caso de los ficheros no automatizados todavía se está pendiente de su desarrollo reglamentario mientras que para los ficheros automatizados estas medidas de seguridad vienen reguladas en el Real Decreto 994/1999 que a su vez diferencia tres niveles según el tipo de dato de carácter personal del que se trate: nivel básico, medio y alto; ya que, no son lo mismo datos como el nombre, apellidos o la dirección postal de datos personales relativos a la personalidad, a la sexualidad o a la salud. Por otra parte, los ficheros con nivel de seguridad medio y alto han de tener expresamente designado un responsable de seguridad, así como, someterse, al menos bianualmente, a una auditoría interna o externa con objeto de verificar el cumplimiento de las medidas establecidas en el citado Real Decreto 994/1999.

3. Redactar todos aquellos contratos, formularios y cláusulas de protección de datos de carácter personal necesarias para la recogida de los mismos, los tratamientos por terceros y las cesiones o comunicaciones de datos.

Con objeto de facilitar el cumplimiento de estas obligaciones que se derivan de la aplicación de la legislación citada anteriormente, conviene resaltar que algunas Comunidades Autónomas, como el caso de Castilla-La Mancha o Galicia, entre otras; han puesto a disposición de las empresas de su comunidad una serie de programas informáticos gratuitos para fomentar el cumplimiento de la LOPD.

Por último, hay que recordar que los ficheros no automatizados, o sea en soporte papel, existentes antes de la entrada en vigor de la LOPD (enero de 2000), tendrán como plazo máximo hasta el 24 de octubre de 2007 para adaptarse a la nueva legislación vigente en esta materia.

3. CUMPLIMIENTO DE LA LOPD POR PARTE DE LAS EMPRESAS ESPAÑOLAS

A lo largo de este apartado se realiza un análisis detallado del grado o nivel de cumplimiento de la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal en el ámbito privado, o visto de otro modo, el grado de incumplimiento por parte de las entidades españolas. Nos centramos única y exclusivamente en el terreno privado por ser éste el de mayor importancia en la

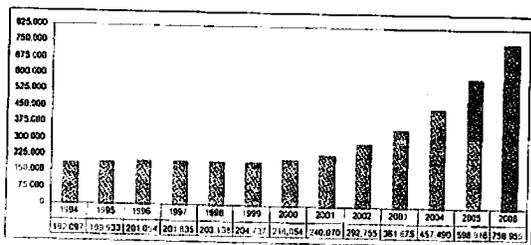
actualidad al representar a fecha 31-12-2006 más de un 90% de los tratamientos inscritos en el RGPD (93,11%).

Para llevar a cabo este estudio, se utilizan y se calculan tres indicadores que a continuación se describen:

- $\frac{\text{Tratamientos inscritos y Entidades con ficheros inscritos}}{(\text{Ficheros inscritos}) / (\text{Entidades con ficheros inscritos})}$
- $\frac{(\text{Entidades con ficheros inscritos}) / (\text{Entidades totales})}{\text{Tratamientos inscritos y Entidades con ficheros inscritos}}$

El primer indicador es el relativo a los tratamientos inscritos que hacen referencia al volumen neto de ficheros inscritos en el RGPD de la AGPD (altas-bajas). Su evolución a nivel nacional es la que aparece reflejada en el gráfico 1, en el que se observa una primera etapa de estancamiento y es a partir del año 2000, que coincide además con la entrada en vigor de la nueva ley (LOPD), cuando realmente se aprecian incrementos significativos.

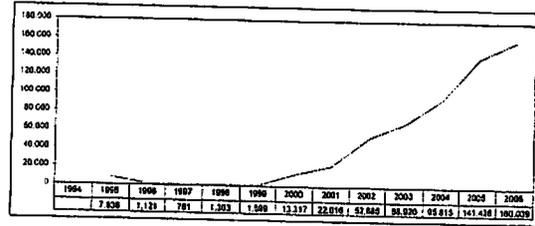
Gráfico 1. Tratamientos de ficheros de titularidad privada inscritos en el RGPD



Fuente: Elaboración propia a partir de estadísticas de la AGPD

El incremento habido en el número de tratamientos inscritos durante el año 2006 ha sido del 26,72% (gráfico 2), porcentaje muy inferior al incremento del 2005 (30,91%). Asimismo, el incremento medio de los últimos 5 años ha sido del 26,92%, mientras que el de los últimos 10 años fue del 16,41%. En el futuro, suponiendo un crecimiento igual a la media de los últimos 5 años, nos situaríamos en el año 2015 con 6.484.856 ficheros inscritos (casi diez veces más que a fecha de hoy), o bien una inscripción neta de 2.978.330 ficheros según la media de los últimos 10 años.

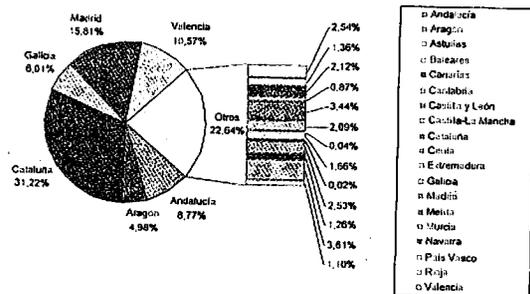
Gráfico 2. Incremento anual de tratamientos de ficheros de titularidad privada inscritos en el RGPD



Fuente: Elaboración propia a partir de estadísticas de la AGPD

En lo relativo a las entidades con ficheros inscritos, éstas representan como su propio nombre indica el número total de entidades (empresas, asociaciones de empresarios, otras organizaciones sin ánimo de lucro, etc.) que tienen algún fichero inscrito en el RGPD. En el año 2006 existían un total de 317.722 entidades, lo que supone un aumento del 24,28% respecto al año anterior, porcentaje también muy inferior al incremento del 2005 que ha sido del 31,21%. La distribución de este indicador por Comunidades Autónomas es la que muestra en el gráfico 3, donde las seis primeras Comunidades aglutinan a casi el 80% del total.

Gráfico 3. Entidades con ficheros de titularidad privada inscritos en el RGPD (2006)



Fuente: Elaboración propia a partir de estadísticas de la AGPD

En general, el incremento del volumen de tratamientos inscritos y el de las entidades con ficheros inscritos es muy similar a lo largo de los últimos años. No obstante, cualquiera de estos dos indicadores no son una reseña muy indicativa para analizar el verdadero grado de cumplimiento de esta legislación, ya que, por sí solos representan muy poca información. En este sentido, tendríamos una mayor referencia si comparamos ambos indicadores entre sí, o bien, el número de entidades con ficheros inscritos con el número total de entidades, tal y como se expone en los párrafos siguientes.

- *(Ficheros inscritos) / (Entidades con ficheros inscritos)*

Este ratio representa el número de ficheros que por término medio ha inscrito cada entidad que ha iniciado alguna actuación para el cumplimiento de la LOPD en el RGPD, siendo la media nacional en el año 2006 de 2,39 ficheros y en el año 2005 de 2,34 ficheros inscritos (tabla 1 y tabla 2). En nuestra opinión se trata de indicadores excesivamente bajos, ya que, cualquier entidad dispone generalmente de ficheros con datos de carácter personal correspondientes a sus empleados, proveedores, clientes y un largo etcétera.

Además, en la tabla 1 y en la tabla 2 se pueden consultar las cifras para estos años desglosadas por Comunidades Autónomas, donde las celdas con relleno de color gris representan las Autonomías que están por encima de la media nacional y los datos en negrita de la tabla 2 representan aquellas Comunidades con una variación negativa en el año 2006 respecto al 2005.

- *(Entidades con ficheros inscritos) / (Entidades totales)*

Otro indicador relevante en este contexto sería comparar el número de entidades que tienen algún fichero inscrito en el RGPD con el número total de entidades existentes, pero la carencia de cifras oficiales de este último parámetro nos impide su cálculo. Sin embargo, de forma aproximada, hemos procedido a comparar el número de entidades con ficheros inscritos con el número total de empresas según datos recabados del Instituto Nacional de Estadística (INE). En la tabla 1 se detallan las cifras relativas al año 2005 en las que tan sólo una media del 4,46% de las entidades a nivel nacional han dado algún paso en materia de protección de datos de carácter personal. Es muy importante apreciar y tener claro que este porcentaje todavía sería mucho más bajo si tuviésemos en cuenta todo tipo de entidades y no sólo las empresas.

En cuanto al año 2006 (tabla 2), todavía no contamos con estadísticas oficiales del INE, pero si tuviésemos en cuenta un crecimiento de las empresas igual a la media de los últimos 10 años, el porcentaje se elevaría en este caso a un 4,90%, lo que supone a este ritmo que tendrían que pasar bastantes años para que un porcentaje significativo de entidades cumplan, al menos parcialmente, con esta normativa.

En el gráfico 4 se resume este ratio por Comunidades Autónomas para el año 2005

Gráfico 4. (Entidades con ficheros inscritos) / (Empresas totales). Año 2005



Fuente: Elaboración propia a partir de estadísticas de la AGPD y del INE

4. REFLEXIONES FINALES

En este último punto quisiéramos indicar una serie de conclusiones o reflexiones finales a este trabajo. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal es considerada una de las leyes más estricta del mundo en esta materia, lo que parece ir en consonancia con los resultados obtenidos en el análisis realizado en este estudio referente al escaso o nulo cumplimiento de la misma por parte de las entidades de nuestro país. En nuestra opinión y a la vista de cualquiera de los ratios analizados parece confirmarse el dicho de que España es uno de los países del mundo con más normativa, pero también parece que somos los que menos la cumplimos y/o la hacemos cumplir.

Cualquiera de los ratios o indicadores comentados a lo largo del presente artículo reflejan entidades -en el ámbito privado- que han iniciado o han dado algún paso de cara al cumplimiento de esta legislación, porque lo que sí es cierto, es que muchas entidades consideran que con el simple hecho de inscribir los ficheros correspondientes ya están cumpliendo con la ley y se olvidan de los documentos y medidas de seguridad que hay que adoptar según el tipo de dato de carácter personal que se almacene. La propia AGPD reconoce en este sentido que existe un gran número de empresas que todavía no cuentan con el respectivo documento de seguridad.

Lo que está claro y que no parece muy lógico y coherente es que casi quince años después de un desarrollo legislativo específico sobre protección de datos de carácter personal, estemos con unos índices de cumplimiento tan bajos, o visto de otra forma, con unos niveles de incumplimiento tan altos. Por lo tanto, habría que preguntarse si realmente no se cumple esta normativa porque es muy compleja, resulta muy costoso, las entidades no están preparadas técnica ni organizativamente, no existe la suficiente formación e información o resulta que se aprobó una legislación tan difícil de llevar a la práctica en la realidad española que hay un cierto "pasotismo" por parte de la Administración y de las empresas.

Por otro lado, habría que preguntarse también porqué en otras materias como pueden ser en el ámbito laboral, fiscal o mercantil se cumple la ley a "raja tabla" o al menos se intenta en su gran parte. Será quizá por que en materia de protección de datos de carácter personal las inspecciones/sanciones no son tan severas o habituales dado que la AGPD no cuenta con la infraestructura suficiente. De todas formas, no hay que olvidarse de que el régimen sancionador español es también uno de los más duros del mundo desde el punto de vista económico, por lo que descuidar el cumplimiento de la LOPD se puede pagar muy caro con sanciones de hasta 601.012,1 euros y que, en muchos casos, puede suponer el cierre del negocio al no poder hacer frente a tal cuantía. Conviene recordar asimismo que en los últimos años la AGPD ya se está autofinanciando a base de las sanciones impuestas, siendo cada vez más las denuncias e inspecciones realizadas por ésta.

En último lugar, consideramos muy importante el que se sigan llevando a cabo políticas para formar, informar, concienciar, fomentar u otras actividades análogas sobre la existencia real y práctica de esta legislación, y que a cambio, las entidades de nuestro país se comprometan fuertemente a adoptar las medidas necesarias (humanas, económicas, técnicas, etc.) para cumplir la misma, ya que, creemos trascendental esta normativa para la sociedad española cuyo éxito depende y es "obligación" de todos.

5. PRINCIPALES REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CÁMARAS DE COMERCIO (2003): Estudio de la LOPD.
- COLLADO GARCÍA-LAJARA, E. (2000): Protección de datos de carácter personal. Legislación, comentarios, concordancias y jurisprudencia. Editorial Comares. Granada.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. (1999): Guía práctica de protección de datos. Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito. Madrid.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. (2001): Nueva guía práctica de protección de datos. Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito. Madrid.
- DEL PESO NAVARRO, E. (2000): Ley de protección de datos. La nueva LORTAD. Díaz de Santos. Madrid.
- DEL PESO NAVARRO, E. y PIATTINI VELTHUIS, M.G. (2000): Auditoría Informática. Un enfoque práctico. 2ª edición. Rama. Madrid.
- DEL PESO NAVARRO, E. y RAMOS GONZÁLEZ, M.A. (1998): LORTAD: análisis de la Ley. 2ª edición. Díaz de Santos. Madrid.
- DEL PESO NAVARRO, E. y RAMOS GONZÁLEZ, M. A. (1999): LORTAD: Reglamento de seguridad. Díaz de Santos. Madrid.
- DEL PESO NAVARRO, E. (2000): Ley de protección de datos. La nueva LORTAD. Díaz de Santos. Madrid.
- HELAS CONSULTORES (2004): "La aventura de viajar por la red", Helas Consultores y AECE.
- LAMERE, J. M. (1987): La seguridad informática. Metodología. Ediciones Arcadia. Madrid.
- MARTÍNEZ, M.; DEL RÍO, M.C.; GUILLÉN, E.; BARBEITO, S. (2005): "¿Las empresas gallegas incorporan en su gestión el cumplimiento de la protección de datos?", III Congreso de Economía de Galicia, pp. 1-13.
- MARTÍNEZ, M.; DEL RÍO, M.C.; GUILLÉN, E.; BARBEITO, S. (2006): "El cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos de carácter personal a debate", VI Congreso Gallego de la Calidad.
- MARTÍNEZ, M.; DEL RÍO, M.C.; GUILLÉN, E.; BARBEITO, S. (2006): "Situación actual de la protección de datos de carácter personal en el ámbito privado. Suspensión generalizada en toda España", Harvard Deusto Marketing & Ventas, núm. 75 (julio-agosto), pp. 12-17.
- MEROÑO CERDÁN, A.; SOTO ACOSTA, P. (2006): "¿Se cumple la legislación sobre sociedad de la información?: Situación en las empresas

murcianas, *Universia Business Review-Actualidad Económica*, pp. 88-97.

MEMORIAS DEL AÑO 1995 A 2005. Agencia de Protección de Datos. Madrid.

PENTEIO (2004): "Estudio sobre el cumplimiento de la LOPD y de la LSSI", Grupo Penteio y Landewell-PWC.

Normativa básica:

- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre de 1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (B.O.E. 31/10/1992). Actualmente derogada.
- Resolución de 22 de junio de 1994, de la Agencia de Protección de Datos, por la que se aprueban los modelos normalizados en soporte papel y magnético a través de los que deben efectuarse las correspondientes inscripciones en el Registro General de Protección de Datos (B.O.E. 23/6/1994).
- Real Decreto 1332/1994, de 29 de junio, por el que se desarrollan algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (B.O.E. núm. 147, 21/6/1994) (Subsistente en virtud de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica 15/1999).
- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 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 (D.O.L 281, 23/11/1995).
- Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados que contengan Datos de Carácter Personal (B.O.E. 25/6/1999) (Subsistente en virtud de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica 15/1999).
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (B.O.E. 14/12/1999) que deroga la Ley 5/1992, de 29 de octubre, sobre Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (B.O.E. 17/02/2002).
- Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio,

relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

- Instrucción 1/1998, de 9 de enero, de la Agencia de Protección de Datos, relativa al ejercicio de los derechos fundamentales de acceso, rectificación y cancelación en ficheros automatizados (B.O.E. 29/1/1998).

RESEÑA CURRICULAR

Los autores de este artículo son profesores doctores en el área de Organización de Empresas en la Universidade da Coruña y en la Universidad de Vigo. Son también autores de varios artículos relacionados con las Tecnologías de la Información y de la Comunicación. Asimismo son investigadores en el campo de la protección de datos de carácter personal que recientemente ha dado lugar a distintas publicaciones de gran interés referenciadas en la bibliografía del presente trabajo.