

- **Expediente N°: PS/00091/2021**

RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Del procedimiento instruido por la Agencia Española de Protección de Datos y en base a los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 6 de agosto de 2020 la directora de la AEPD tiene constancia de que en fecha 24 de julio de 2020 se publica en el Boletín Oficial de Cantabria la *"Resolución por la que se aprueba la segunda modificación de la Resolución de la Consejería de Sanidad de 18 de junio de 2020 por la que se establecen las medidas sanitarias aplicables en la Comunidad Autónoma de Cantabria durante el período de nueva normalidad"* (en lo sucesivo, segunda modificación de la Resolución).

Esta resolución incorpora la obligación para determinados tipos de establecimientos de contar con un registro de clientes a disposición de la Dirección General de Salud Pública con la finalidad de *"facilitar el rastreo y seguimiento de contactos de casos positivos, probables o posibles de Covid-19"*. La propia resolución estipula que *"la recogida de tales datos requerirá el consentimiento del interesado, sin perjuicio de condicionar el derecho de admisión por razones de salud pública en caso de no poder contar con el mismo"*.

Al objeto de aclarar este tratamiento, la directora de la AEPD insta a la Subdirección General de Inspección de Datos (en adelante, SGID) a iniciar las actuaciones previas de investigación a las que se refiere el artículo 67 de la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en lo sucesivo, LOPDGDD), por si de tales hechos se desprendieran indicios de infracción en el ámbito competencial de la AEPD.

SEGUNDO: A la vista de estos hechos, la SGID procede a la realización de actuaciones previas de investigación para su esclarecimiento, en virtud de los poderes de investigación otorgados a las autoridades de control en el artículo 58.1 del 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 adelante RGPD), y de conformidad con lo establecido en el Título VII, Capítulo I, Sección segunda, de la LOPDGDD.

En el marco de las actuaciones previas de investigación se practica un primer requerimiento de información dirigido a la CONSEJERÍA DE SANIDAD DEL GOBIERNO DE CANTABRIA (en adelante, la CONSEJERÍA):

Requerimiento	Código Seguro de Verificación	Fecha requeri-	Fecha notifica-
---------------	-------------------------------	----------------	-----------------

		miento	ción requeri- miento
Primero	CSV.1	07/08/2020	07/08/2020

En este requerimiento, de fecha 7 de agosto de 2020, se solicita la siguiente información:

“1. Finalidad del tratamiento de datos personales y base jurídica en la que se sustenta.

2. Valoración de la proporcionalidad del tratamiento (juicio de idoneidad, de necesidad, y de proporcionalidad en sentido estricto).

3. Detalle de las categorías de datos personales objeto de tratamiento y valoración del cumplimiento con el principio de minimización de datos.

4. Determinación de las categorías de establecimientos obligados a la implantación de la medida y explicación del motivo de su elección frente a otros.

5. Descripción del proceso que permite la consecución de la finalidad prevista con indicación, para cada uno de los participantes en el mismo, de:

5.1. Vinculación con el tratamiento (responsable, corresponsable, encargado, tercero, interesado) de cada participante. Detalle del contrato o acto jurídico que vincula al encargado del tratamiento con el responsable del mismo de acuerdo con lo estipulado en el artículo 28 del RGDP.

5.2. Descripción del tratamiento concreto que realiza (registro, consulta, comunicación, supresión, etc.) cada participante. Especificación, en su caso, del formato en que almacenará los datos personales (digital / papel).

5.3. Procedimiento de comunicación de los datos del registro de cada establecimiento a las autoridades sanitarias: detalle del canal de comunicación (postal, correo electrónico, telefónico, etc.) y de los eventos que provocan el envío (frecuencia concreta y/o a petición de las autoridades sanitarias).

5.4. Indicación de la posibilidad o no de que participen “subencargados” de tratamiento (entidades contratadas por los establecimientos para efectuar partes del tratamiento que se les asigna).

5.5. Plazos de conservación de los datos de cada participante y determinación de si, finalizada la prestación del servicio, los encargados deben suprimir o devolver los datos al responsable. Especificar, en su caso, la normativa que requiere a los encargados la conservación de los datos una vez finalizada la prestación.

5.6. Medios utilizados para el cumplimiento del deber de información al interesado.

5.7. Garantías aplicadas para el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el Capítulo IV del RGPD en materia de medidas de seguridad.”

Toda vez que dicho requerimiento no fue atendido por la CONSEJERÍA, se practica un segundo requerimiento con el siguiente tenor:

“En cumplimiento del artículo 14.2 de la ley 39/2015 de 1 de octubre, del Proce-

dimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, así como quienes representen a sujetos obligados, entre otros, estarán obligados a relacionarse con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos.

La Agencia Española de Protección de Datos remite sus notificaciones y comunicaciones electrónicas a través de la plataforma Notific@ que envía las notificaciones a los sistemas Carpeta Ciudadana y Dirección Electrónica Habilitada del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Habiendo sido enviado el escrito que se adjunta en relación con el expediente E/06497/2020 a través del sistema Notific@, y no habiéndose obtenido respuesta a la solicitud de información practicada, de forma excepcional y a título informativo procedemos a su remisión por correo postal.

Por último, le informo de que el responsable y el encargado del tratamiento de los datos de carácter personal tienen la obligación de facilitar los documentos, informaciones y cualquier otra colaboración que se precise para realizar la función de inspección. El incumplimiento de esa obligación podría comportar la comisión de la infracción tipificada en el art. 83.5.e) del RGPD, consistente en no facilitar acceso en incumplimiento del artículo 58, apartado 1.”

Requerimiento	Código Seguro de Verificación	Fecha requerimiento	Fecha notificación requerimiento
Segundo	CSV.2	19/10/2020	20/10/2020

Este último se acompañó de un anexo que reproducía el primer requerimiento de fecha 7 de agosto de 2020

TERCERO: En respuesta a los requerimientos formulados, la presunta responsable aportó -en fecha 2 de noviembre de 2020-, la siguiente información:

“En relación a la solicitud en relación con la obligatoriedad de implantar un registro de clientes contemplados en la modificación segunda de la resolución de la Consejería de Sanidad de 28 de junio de 2020, por la que se establecen las medidas sanitarias aplicables en la Comunidad Autónoma de Cantabria, le informo que:

La recogida de datos de carácter personal, nombre, apellidos y teléfono, no es obligatoria, es voluntaria y requiere el consentimiento expreso del interesado.

Los datos, (en caso de su recogida), solamente están a disposición de la Dirección General de Salud Pública, con la única finalidad de facilitar el rastreo de casos positivos, probables o posibles de COVID-19. Solamente se conservarán durante un mes.

El tratamiento de los datos se regirá en todo caso por lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales y en 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.”

CUARTO: Con fecha 1 de diciembre de 2020 una vez realizadas las actuaciones previas de investigación a fin de lograr una mejor determinación de los hechos y las circunstancias que justifican la tramitación del procedimiento, la SGID emite un informe en el que se constatan los siguientes hechos:

“RESULTADO DE LAS ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN

Se subraya el siguiente contenido incluido en la Resolución del 24 de julio (incorporada al procedimiento a través de la correspondiente diligencia -Diligencia Referencias-):

“El artículo 2 del Decreto 2/2020, de 18 de junio, del Presidente de la Comunidad Autónoma de Cantabria, se remite a la aplicación del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, así como a las medidas que se adopten por el Consejero de Sanidad, como autoridad sanitaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 59.a) de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria, o cualesquiera otras que resulten de aplicación durante este periodo.

Las citadas medidas fueron adoptadas mediante Resolución de la Consejería de Sanidad de 18 de junio de 2020 (Boletín Oficial de Cantabria extraordinario nº 50, de 18 de junio de 2020; corrección de errores en el Boletín Oficial de Cantabria extraordinario nº 53 de 29 de junio de 2020), resultando modificadas mediante Resolución de la Consejería de Sanidad de 15 de julio de 2020 (Boletín Oficial de Cantabria extraordinario nº 57, de 15 de julio de 2020), que amplía los supuestos de obligatoriedad del uso de mascarilla. [...]

Por otra parte, se ha advertido durante la investigación de los recientes brotes declarados en la Comunidad Autónoma de Cantabria la trascendencia, a efectos del control de la pandemia, de la rapidez en la respuesta relativa a estudio de casos y contactos y su correspondiente aislamiento, así como la necesidad de facilitar la tarea a los investigadores al objeto de limitar al máximo la transmisión y afectación de los ciudadanos por el coronavirus SARS 2-Covid-19. Ello resulta especialmente difícil cuando el estudio incluye la visita de un establecimiento abierto al público, precisándose la adopción de medidas concretas que faciliten el rastreo de los referidos contactos. Por ello, se introduce un registro de personas que acceden a determinados establecimientos con especiales condiciones de riesgo de transmisión, condicionando por razones de salud pública el derecho de admisión en los mismos a la identificación de clientes. [...]

En su virtud, vistos el artículo 25.3 del Estatuto de Autonomía para Cantabria, el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, y el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, a propuesta de la Dirección General de Salud Pública, y de conformidad con el artículo 59.a) de la Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria.

RESUELVO

Primero. Modificación de la Resolución de la Consejería de Sanidad de 18 de junio de 2020. [...]

2.- Se añade un apartado 2.6 con la siguiente redacción:

"2.6. Sin perjuicio de lo dispuesto en su normativa sectorial, los titulares de hoteles y alojamientos turísticos, peluquerías, centros de belleza, gabinetes de estética, salones de manicura, pedicura y depilación, saunas y gimnasios deberán contar con un registro de las personas que accedan al establecimiento correspondiente en el que se recoja fecha y hora del acceso, nombre y apellidos y número de teléfono de contacto. La recogida de tales datos requerirá el consentimiento del interesado, sin perjuicio de condicionar el derecho de admisión por razones de salud pública en caso de no poder contar con el mismo.

El registro se encontrará exclusivamente a disposición de la Dirección General de Salud Pública y tendrá como única finalidad facilitar el rastreo y seguimiento de contactos de casos positivos, probables o posibles de Covid-19.

Los datos deberán conservarse en el registro únicamente durante un plazo de un mes desde el acceso, transcurrido el cual deberá procederse a su cancelación.

Tanto el registro como el tratamiento de los datos contenidos en el mismo se regirá en todo caso por lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales y en 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".

[...]

Segundo. Efectos.

La presente Resolución surtirá efectos a las 00.00 horas del día 26 de julio de 2020. Se exceptúa lo dispuesto en el punto 2 por el que se añade un nuevo apartado 2.6 a la Resolución de la Consejería de Sanidad de 18 de junio de 2020, que entrará en vigor a los diez días de su publicación en el "Boletín Oficial de Cantabria".

Con fecha de 31 de julio de 2020 la AEPD publicó en su sitio de internet la nota de prensa titulada "Comunicado sobre la recogida de datos personales por parte de los establecimientos" (incorporada al procedimiento a través de la correspondiente diligencia -Diligencia Referencias-). Se destaca el siguiente contenido de la nota:

"A este respecto, es necesario puntualizar que los datos que se recogen, aunque estén relacionados con el control de la pandemia y su tratamiento sea al objeto de poder identificar posibles infectados, no son datos catalogados en el RGPD como "categorías especiales".

Para poner en marcha el registro de clientes que acuden a locales de ocio, tratándose de una medida para la contención del coronavirus, debe acreditarse su necesidad por las autoridades sanitarias y tiene que ser obligatoria, ya que si fuera voluntaria perdería efectividad. Adicionalmente, si se acudiera a la base jurídica del consentimiento, para poder apreciar un consentimiento libre, sería necesario que no se derivara ninguna consecuencia negativa, es decir, que no se impidiera la entrada al establecimiento.

Teniendo en cuenta que ya no está vigente el estado de alarma, la obligatoriedad de tomar datos por parte de los establecimientos tiene que establecerse por

una norma con rango de ley. En tal caso, la base jurídica sería el 6.1.c) (“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento”).

En todo caso, debe señalarse que el hacer un seguimiento adecuado de la evolución de los contagios y de la obligación de tomar datos y cederlos a las autoridades sanitarias tiene su fundamento en la garantía de un interés público de controlar la pandemia, por lo que la base jurídica sería, con carácter preferente, el artículo 6.1.e) del RGPD (“el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento”).

A estos efectos, debe hacerse especial incidencia en la necesidad de justificar que no existan otras medidas más moderadas para la consecución del propósito perseguido con igual eficacia. Por ello deberían identificarse bien y limitarse a aquellos sitios en los que exista una mayor dificultad para el cumplimiento de estas medidas (no es lo mismo una discoteca, en la que las personas quieren estar cerca, que un museo, en el que se pueden habilitar espacios adecuados para que circule la gente y limitar mucho los contactos). A tal efecto, deberían ser las autoridades sanitarias quienes valoren motivadamente en qué lugares sería obligatorio identificarse.

Por otro lado, la recogida y la cesión de datos debería organizarse de una forma que el registro permita identificar los posibles contactos (es decir, que exista una probabilidad de que hayan coincidido, al estar en la misma hora, en el mismo sitio, etcétera). En otro caso, como podría suceder en un museo, si hay un infectado y se avisa a las miles de personas que ese día lo pudieron haber visitado, aparte de ser un tratamiento excesivo, podrían producirse dificultades o incluso un colapso en la asistencia sanitaria. Cuestión que también tienen que valorar las autoridades sanitarias de las Comunidades Autónomas.

Adicionalmente, debe cumplirse con el principio de minimización, en virtud del cual podría ser suficiente con obtener un número de teléfono, junto con los datos del día y la hora de asistencia al lugar. Este criterio, junto con el de la anonimización de los titulares del dispositivo, ha sido el asumido por el Comité Europeo de Protección de Datos en la Recomendación sobre el uso de datos de localización y aplicaciones de seguimiento de contactos en el contexto de la pandemia; criterio que puede extrapolarse a esta situación con las adaptaciones pertinentes.

En consecuencia, no sería necesario solicitar el nombre y los apellidos, que serían innecesarios para la finalidad de avisar a los posibles contactos, y en ningún caso es necesaria la identificación mediante el DNI por ser desproporcionada.

Asimismo, debe aplicarse estrictamente el principio de limitación de la finalidad, de forma que los datos sólo deben poder utilizarse para la finalidad de lucha contra el virus, excluyendo cualquier otra, así como el principio de limitación del plazo de conservación.

De acuerdo con estos criterios, los establecimientos serían responsables de la recogida de datos en virtud de una obligación legal establecida por una norma con rango de ley y la administración autonómica sería la cesionaria de esos datos por razones de interés público previstos en la ley. La administración autonómica deberá establecer criterios sobre la forma en la que se recogen y comunican esos datos personales a la Administración sanitaria.

Por su parte, los ciudadanos deben recibir una información clara, sencilla y accesible sobre el tratamiento antes de la recogida de los datos personales. En todo caso, la información debe tratarse con las medidas de seguridad adecuadas.”

Con fecha 7 de agosto de 2020 se dirige una solicitud de información al investigado al objeto de aclarar los pormenores de los tratamientos de datos personales derivados de la obligación de registro incluida en el apartado 2.6 de la Resolución del 24 de julio. El día 2 de noviembre de 2020 se recibe respuesta a dicho requerimiento (número de registro de entrada O00007128e2000008619) en los siguientes términos: (...)

(El contenido íntegro de las alegaciones está recogido en el antecedente tercero).

Con fecha de 14 de noviembre de 2020 se publicó en el sitio de internet de la Consejería de Sanidad el “*Texto consolidado de la resolución de 18 de junio de 2020*” (incorporado al procedimiento a través de la correspondiente diligencia -Diligencia Referencias-) que consolida en la resolución original las diez modificaciones realizadas sobre la misma. La redacción del apartado 2.6 permanece en los mismos términos en que fue redactada por la Resolución del 24 de julio. Asimismo, la página 7 del texto incluye la nota a pie de página número 5 que referencia el apartado 2.6 de la siguiente manera:

“Apartado 2.6 añadido por Resolución de la Consejería de Sanidad de 24 de julio de 2020 (BOC extraordinario nº 59, de 24 de julio de 2020). Efectos: diez días desde su publicación en el BOC (10 de agosto de 2020)”

QUINTO: Con fecha 14 de julio de 2021 la directora de la AEPD acordó iniciar procedimiento sancionador contra la CONSEJERÍA, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), por presunta infracción de los siguientes preceptos del RGPD y de la LOPDGDD:

- Artículos: 5.1.c) y 7 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD y en el artículo 72.1. a) y 72.1.c) de la LOPDGDD.
- Artículo: 5.1.e) del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD y en el artículo 72.1. a) de la LOPDGDD.
- Artículo: 13 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.b) del RGPD y en el artículo 72.1.h) de la LOPDGDD.

Asimismo, ordenó a la CONSEJERÍA, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58.2 d) del RGPD, para que en el plazo de DIEZ DÍAS procediera a ordenar al responsable o encargados de los tratamientos, que las operaciones de tratamiento se ajustasen a las disposiciones del RGPD y la LOPDGDD.

También la requirió para que en el plazo de un mes acreditase ante la AEPD el cumplimiento de:

- La adopción de todas las medidas necesarias para que la entidad investigada actúe de conformidad con los principios de «minimización de datos» y «limitación del plazo de conservación», del artículo 5.1 apartados c) y e) del RGPD.
- La adopción de las medidas necesarias para facilitar la información prevista en el artículo 13 del RGPD, debiendo facilitar a las personas que accedan al establecimiento correspondiente, con carácter previo a la recogida de los datos personales

de los mismos, toda la información exigida en el citado precepto, para lo que se deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 7 del RGPD en relación con las condiciones para el consentimiento y artículo 6 de la LOPDGDD.

SEXTO: El acuerdo de inicio se notifica a la CONSEJERÍA, en fecha 15 de julio de 2021, a través del Servicio de Notificaciones Electrónicas y Dirección Electrónica Habilitada, según certificado que figura en el expediente.

SÉPTIMO: Con fecha 29 de julio de 2021 se recibe en esta Agencia, en tiempo y forma, escrito en el que aduce alegaciones y tras manifestar lo que a su derecho conviene, solicita que se dicte resolución por la que se declare la inexistencia de hechos que pudieran constituir infracción, con archivo de las actuaciones.

En síntesis, aduce que:

PRIMERO. BASE JURÍDICA DEL TRATAMIENTO.

La inclusión por la segunda modificación de la Resolución de la obligación de llevar un registro de clientes para determinado tipo de establecimientos surge a partir de lo previsto en el Real Decreto-Ley 21/2020, citado en la exposición de motivos de la Resolución, constituyendo la finalidad del tratamiento “el seguimiento, vigilancia y control epidemiológico del COVID-19”, atendiendo a “razones de interés público esencial en el ámbito específico de la salud pública, y para la protección de intereses vitales de los afectados y de otras personas físicas”, tal y como expresamente señala el citado artículo 27.2 del Real Decreto-Ley y, posteriormente, el artículo 27.2 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19:

“2. El tratamiento tendrá por finalidad el seguimiento, vigilancia y control epidemiológico del COVID-19 para prevenir y evitar situaciones excepcionales de especial gravedad, atendiendo a razones de interés público esencial en el ámbito específico de la salud pública, y para la protección de intereses vitales de los afectados y de otras personas físicas al amparo de lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. Adicionalmente, los datos podrán ser utilizados, en su caso, para la emisión por la autoridad sanitaria competente de certificados de pruebas diagnósticas o de vacunación, previa solicitud expresa e inequívoca del interesado o su representante legal. Los datos recabados serán utilizados exclusivamente para las finalidades descritas.”

Invoca el Informe 17/2020 de la AEPD. Recuerda que el considerando 46 del RGPD reconoce que, en situaciones excepcionales, como una epidemia, la base jurídica de los tratamientos puede ser múltiple, basada tanto en el interés público, como en el interés vital del interesado u otra persona física.

Asimismo, alude a la STS 3609/2020, de 5 de noviembre de 2020, que confirma que el artículo 6.1 del RGPD no mantiene ya la regla de la necesidad de consentimiento, como base legitimadora para poder tratar datos personales, sino que para la existencia de una ilicitud en el tratamiento deberá probarse que no concurre ninguna de las previstas en cualquiera de las bases del artículo 6.

Concurren, según lo expuesto, las bases legitimadoras previstas en los apartados c), d) y e) del artículo 6 del RGPD para el tratamiento de datos identificativos de personas físicas que accedan a determinados establecimientos públicos, por lo que los datos podrían ser tratados sin necesidad del consentimiento.

Sin perjuicio de los anteriores títulos de legitimación que justifican plenamente la ac-

tuación adoptada por la autoridad sanitaria, concurre igualmente la base de licitud prevista en el artículo 6.1 a) relativa al consentimiento del interesado.

Ciertamente, la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria, mediante escrito de 27 de octubre de 2020, indicó que *“la recogida de datos de carácter personal, nombre, apellidos y teléfono, es voluntaria y requiere el consentimiento expreso del interesado”*. Sin embargo, dicha frase, con mayor o menor acierto, pretende expresar que los datos son aportados por el propio interesado, con su consentimiento expreso. Es decir, el interesado debe consentir en ceder sus datos, para la única finalidad de “facilitar el rastreo y seguimiento de contactos de casos positivos, probables o posibles de Covid-19”, como señala el punto 2.6 de resolución de 18 de junio de 2020.

En ningún caso el titular del establecimiento puede recabarlos por otros medios que no sea el propio interesado y sin su consentimiento. En el caso de no contar con el consentimiento del interesado, dicho punto 2.6 se limita a reconocer el derecho de admisión que corresponde a los establecimientos públicos en virtud del Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, ya sea como en este caso por razones de salud pública, o por cualquiera de los requisitos a que la empresa hubiera condicionado su derecho de admisión.

SEGUNDO. MEDIOS PARA EL CUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN AL INTERESADO.

El contexto en el que se lleva a cabo la recogida de datos personales en el supuesto que nos ocupa, determina el sujeto que debe proporcionar información a las personas afectadas. Así, en el caso del registro de clientes previsto en el apartado 2.6 de la resolución de 18 de junio de 2020, son los titulares de los establecimientos que se relacionan en dicho apartado 2.6 los que recaban los datos de las personas que acceden a dichos establecimientos y los incluyen en el correspondiente registro, a disposición de la Dirección General de Salud Pública. Por tanto, no cabe, sino que sean los titulares de los establecimientos, en su calidad de encargados del tratamiento, los que faciliten a los interesados la información exigida por el artículo 13 del RGPD en el momento de la recogida de los datos.

A su vez, los titulares de los establecimientos conocen la información relativa al tratamiento de los datos que deben facilitar a sus clientes en el momento de recabar el dato porque figura en la propia resolución de 18 de junio de 2020.

En concreto, figura:

- ☐ Responsable del tratamiento: Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria.
- ☐ Finalidad del tratamiento: Facilitar el rastreo y seguimiento de contactos de casos positivos, probables o posibles de Covid-19.
- ☐ Categoría de datos: Nombre, apellidos y teléfono móvil. Fecha y hora de acceso.
- ☐ Colectivo afectado: Las personas que accedan a hoteles y alojamientos turísticos, peluquerías, centros de belleza, gabinetes de estética, salones de manicura, pedicura y depilación, saunas y gimnasios.
- ☐ Plazo de conservación: Un mes desde el acceso, transcurrido el cual se procederá a su cancelación.

☐ Consecuencias de no facilitar los datos: Podrá condicionar el derecho de admisión por razones de salud pública.

☐ Destinatarios: Exclusivamente la Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria.

Así, no cabe imputar a la Consejería de Sanidad, responsable del tratamiento, haber infringido el derecho de información de los interesados recogido en el artículo 13 del RGPD.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, a la vista del requerimiento efectuado por la Directora de la Agencia la Consejería de Sanidad publicará en la web de la Consejería y del Servicio Cántabro de Salud la información básica exigida por dicho artículo 13, especificando que los titulares de los establecimientos deben proporcionar a sus clientes dicha información con carácter previo a la recogida de sus datos.

TERCERO. PRINCIPIO DE MINIMIZACIÓN DE DATOS.

La exclusión del nombre y apellidos de los interesados del registro de clientes supondría la total anonimización de los datos y, en consecuencia, ni siquiera resultaría de aplicación la normativa de protección de datos de carácter personal. Dicho de otro modo, los únicos datos de carácter personal que se contienen en el registro son el nombre y apellidos de los interesados, esto es, los mínimos datos personales identificativos posibles.

Corresponde a la autoridad sanitaria de Cantabria valorar la adecuación los datos a la finalidad del tratamiento, así, el Jefe de Servicio de Salud Pública emitió un informe al respecto de fecha 29 de julio de 2021, que dice:

“En lo relativo a los datos necesarios para la identificación del cliente, debe considerarse que, dada la alta transmisibilidad asociada a este tipo de establecimientos, el Programa de Estudio de Casos e Identificación de Contactos de la GSP, dentro del despliegue de la segunda fase del rastreo ampliado, considera que son contactos estrechos “En los centros de estética y peluquería, en caso de que un trabajador sea caso confirmado, los clientes que haya atendido personalmente”. Consideración que debe entenderse extendida a todos los establecimientos en los que el trabajador mantiene contacto físico con el cliente, tales como salones de manicura, pedicura y depilación.

Esto exige que el trabajador identifique a quien ha atendido, es decir, resulta necesario no solo disponer del censo de clientes (persona) de un establecimiento (lugar), en una jornada de trabajo (tiempo); sino que con el fin de establecer la cuarentena, es necesario saber quien ha estado en un contacto cercano y prolongado con el cliente. Esta identificación no puede realizarse de otra forma que no sean los nombres y apellidos. Un trabajador no puede identificar entre un listado de teléfonos o identificaciones numéricas a quien ha atendido.

Con carácter general, para todo tipo de establecimientos, dichos datos son elementales en el proceso de identificación de los contactos estrechos, pues para iniciar la identificación de los mismos el primer paso es la comprobación de si está identificada como caso o como contacto y entonces proceder a contactar con la persona. Ponerse en contacto con la persona sin previamente haber averiguado si ya es un caso o un contacto, un fenómeno muy habitual, imposibilita el poder actuar sobre la misma. Por ejemplo, podría llevar a establecer una cuarentena en una persona ya aislada o en una persona vacunada.

Debe tenerse en cuenta que no siempre existe una correlación número teléfono-sujeto o individuo único. En numerosas ocasiones el cliente facilita un número de teléfono móvil del que no es titular (lo es por ejemplo su pareja) o se facilita un número de teléfono fijo utilizado por varias personas del entorno familiar, y en el caso de menores el teléfono de sus progenitores, por lo que el desconocimiento de la identidad de la persona podría llevar a establecer una cuarentena en una persona ya aislada o en una persona vacunada, o impediría saber si las actuaciones de control se están dictando sobre el menor o sobre los progenitores.

En resumen, la resolución propuesta impide el desarrollo de las actuaciones ordinarias del Programa de Estudio de Casos e Identificación de Contactos de Cantabria, así como la investigación de los brotes y alertas causadas por las variantes de preocupación, en un entorno de alta transmisibilidad como son las peluquerías y centros de estética.”

Por tanto, la inclusión en el registro de los datos identificativos mínimos de los interesados, además del teléfono móvil, la fecha y hora de acceso no resulta desproporcionada, sino razonable, adecuada, pertinente y estrictamente limitada a la finalidad perseguida.

CUARTO. PRINCIPIO DE LIMITACIÓN DEL PLAZO DE CONSERVACIÓN.

De acuerdo con el informe del Jefe de Servicio de Salud Pública de fecha 29 de julio de 2021, la fijación del plazo de cuatro días es incompatible con las exigencias epidemiológicas, en concreto de la identificación de contactos estrechos, investigación de brotes y de los periodos de incubación y transmisibilidad.

“(…) De acuerdo con lo expuesto, el Programa de Estudio de Casos e Identificación de Contactos de Cantabria exige para las actuaciones ordinarias al menos 17 días de conservación del registro, además, la investigación del origen de brotes por variantes de preocupación precisa la investigación retrospectiva dos periodos de incubación antes del inicio de los síntomas, 28 días. Se ha considerado prudente añadir dos días más al periodo de conservación de los datos incluidos en el registro de clientes, hasta 30 días, con el fin de paliar posibles retrasos o errores.”

En definitiva, el plazo de conservación de los datos, fijado en 30 días, constituye el tiempo necesario para cumplir la finalidad que se persigue.

Y adjunta:

- Informe del Jefe de Servicio de Salud Pública de fecha 29 de julio de 2021 (documento nº 1).
- Informe de la Dirección General de Salud Pública relativo a la resolución por la que se aprueba la segunda modificación de la Resolución de la Consejería de Sanidad de 18 de junio de 2020 por la que se establecen las medidas sanitarias aplicables en la Comunidad Autónoma de Cantabria durante el período de nueva normalidad (documento nº 2).
- Informe de la Dirección General de Salud Pública relativo a la Resolución por la que se aprueba la décima modificación de la Resolución de 11 de mayo de 2021, por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria (documento nº 3).
- Programa de Estudio de Casos e Identificación de Contactos de Cantabria (docu-

mento nº 4).

Asimismo, mediante otrosí, solicita admitir como medio de prueba la pericial, consistente en que se solicite informe de D. **A.A.A.**, Director del Observatorio de Salud Pública del Cantabria, a fin de ratificar lo expuesto en las alegaciones contenidas en los fundamentos de derecho III y IV.

OCTAVO: Con fecha 13 de agosto de 2021 se recibe en esta Agencia escrito por el que da respuesta al requerimiento contenido en el acuerdo de inicio.

Respecto al primero de los requerimientos consistente en "la adopción de todas las medidas necesarias para que la entidad investigada actúe de conformidad con los principios de «minimización de datos» y «limitación del plazo de conservación», del artículo 5.1 apartados c) y e) del RGPD", aduce que, los datos personales incluidos no resultan desproporcionados, sino que se trata de los mínimos datos identificativos posibles y su petición es razonable, pertinente y adecuada. Del mismo modo, el plazo de conservación de los datos, fijado en 30 días, constituye el tiempo necesario para cumplir la finalidad perseguida.

Respecto al cumplimiento del deber de información, aduce que, teniendo en cuenta que los titulares de los establecimientos son los que recaban los datos de carácter personal, a ellos corresponde, en su calidad de encargados del tratamiento, facilitar a los interesados la información exigida por el artículo 13 del RGPD en el momento de la recogida de los datos.

E informa que se ha publicado en la web de la Consejería la información básica exigida por el artículo 13 del RGPD y adjunta el Registro de actividades de tratamiento (en lo sucesivo, RAT) disponible en: *****URL.1**

NOVENO: Con fecha 22 de noviembre de 2021 la instructora del procedimiento acordó practicar las siguientes pruebas:

1. Se dan por reproducidos a efectos probatorios todos los documentos obtenidos y generados por los Servicios de Inspección y el Informe de actuaciones previas que forman parte del procedimiento E/06497/2020.

2. Asimismo, se dan por reproducidas a efectos probatorios, las alegaciones al Acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador referenciado presentadas por la CONSEJERÍA DE SANIDAD y la documentación que a ellas acompaña:

- *Registro de personas que accedan a determinados establecimientos abiertos al público y actividades de ocio y tiempo libre o actividades multitudinarias.*
- *Informe de situación (datos cerrados de 15/07/2021)*
- *Informe propuesta de actuaciones de respuesta ante la situación epidemiológica de Covid-19 en Cantabria - 25/06/2021*
- *Informe epidemiológico en relación con el acuerdo de inicio de procedimiento sancionador PS/00091/2021 de fecha 29 de julio de 2021.*
- *Protocolo de detección y manejo de casos y contactos de Covid-19. Versión 7.*

Y declaró innecesaria la solicitud de prueba pericial consistente en solicitar un informe a D. **A.A.A.**, director del Observatorio de Salud Pública del Cantabria, al amparo de lo previsto en el artículo 77.3 de la LPACAP, por cuanto el informe que pudiera emitir el director del citado Observatorio no tenía relevancia para la determinación de los hechos, ni su calificación jurídica, ni en la atribución de posibles responsabilidades.

DÉCIMO: Con fecha 11 de marzo de 2022 se formuló propuesta de resolución, proponiendo una sanción de **APERIBIMIENTO** por infracción de los artículos 5.1.c) y 7 del RGPD, tipificadas respectivamente en el artículo 83.5.a) del RGPD y en el artículo 72.1.a) y 72.1.c) de la LOPDGDD y dando respuesta a las alegaciones presentadas. Dicha propuesta fue debidamente notificada en la misma fecha de su puesta a disposición a través del Servicio de Notificaciones Electrónicas y Dirección Electrónica Habilitada, según certificado que figura en el expediente.

UNDÉCIMO: El día 25 de marzo de 2022 el interesado presenta alegaciones frente a la propuesta de resolución en las que, en síntesis, se recogen las siguientes consideraciones:

- 1) **Principio de minimización de datos:** Inicia su escrito de alegaciones refiriéndose al tenor literal del artículo 64.2.b) de la LPACAP y al artículo 68.1 de la LOPDGDD para argumentar que estos suponen que los hechos imputados deben quedar fijados e inalterables desde el mismo momento en que se inicia el procedimiento sancionador, con independencia de su diferente valoración jurídica, que puede variar según el curso de la instrucción del procedimiento. Para apoyar su argumentación, recoge doctrina del Tribunal Constitucional referente al derecho del inculcado en un procedimiento sancionador administrativo tanto el derecho a conocer los hechos de los que se le acusa como a la inalterabilidad de los hechos esenciales objeto de acusación (Por todas, STC 117/2002 de 20 de mayo). Todo ello, para concluir que esto no ha sido así en el presente procedimiento por cuanto, aun cuando el acuerdo de inicio venía referido a la vulneración del principio de minimización de datos por la Resolución por la que se aprueba la segunda modificación de la Resolución de la Consejería de Sanidad de 18 de junio de 2020 por la que se establecen las medidas sanitarias aplicables en la Comunidad Autónoma de Cantabria durante el periodo de nueva normalidad, publicada en el Boletín Oficial Cantabria extraordinario nº 59 de 24 de julio de 2020, a lo largo de la propuesta de resolución se alude en varias ocasiones al contenido de la Resolución por la que se aprueba la décima modificación de la Resolución de 11 de mayo de 2021, por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria, publicada en el Boletín Oficial de Cantabria extraordinario núm. 51 de 25 de junio de 2021.

A continuación, da por reproducidas la totalidad de las alegaciones realizadas respecto al principio de minimización de datos en el escrito de alegaciones presentado frente al acuerdo de iniciación del presente procedimiento, incidiendo especialmente en su consideración de que la solicitud de datos establecida por la Resolución publicada el 24 de julio es el mínimo posible por cuanto, afirma, únicamente requiere el nombre y los apellidos de los clientes de los establecimientos. De igual modo, insiste en que la valoración sobre la adecuación, pertinencia y limitación de los datos tratados a lo necesario en relación con el fin perseguido corresponde a la autoridad sanitaria de Cantabria, extractando un párrafo del informe 17/2020 de la AEPD por considerar que sustenta dicha afirmación. Prosigue argumentando que el informe del jefe de servicio de Salud Pública de 29 de julio de 2021, aceptado por la instrucción como elemento probatorio, detalla las razones que aconsejaron la inclusión del nombre y apellidos en el registro de clientes, no habiéndose motivado su desestimación por la instrucción.

- 2) **Incumplimiento de las condiciones del consentimiento:** Comienza su alegación a este respecto reiterando lo ya dicho en la anterior en relación con los hechos que

han de ser objeto del procedimiento. Y ello por cuanto entiende que la instrucción no puede hacer referencia a la Resolución de 11 mayo de 2021 por ser de fecha posterior al Acuerdo de inicio del presente procedimiento, en el que se imputa un incumplimiento de la normativa de protección de datos por la Resolución por la que se aprueba la segunda modificación de la Resolución de la Consejería de Sanidad de 18 de junio de 2020 por la que se establecen las medidas sanitarias aplicables en la Comunidad Autónoma de Cantabria durante el periodo de nueva normalidad, publicada en el Boletín Oficial Cantabria extraordinario nº 59 de 24 de julio de 2020.

De igual modo, se reitera en lo alegado respecto a las condiciones de consentimiento frente al acuerdo de inicio del procedimiento, insistiendo en que la base jurídica para el tratamiento de datos identificativos de personas físicas que accedan a determinados establecimientos públicos para facilitar la trazabilidad de los contactos, recogidos en el correspondiente registro de clientes previsto en la Resolución de 18 de junio de 2020, se encuentra en el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, y en el cumplimiento de una misión realizada en interés público.

En relación con la redacción del apartado 2.6 de la resolución, matiza, que la referencia al condicionamiento a la voluntad del cliente para la entrega de datos, lo que pretende es clarificar que el titular del establecimiento no puede utilizar otros mecanismos para su obtención que no sean la entrega voluntaria de dichos datos por el cliente y que, la falta de los mismos, lo que supone es que entra en juego el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, ya sea como en este caso por razones de salud pública, o por cualquiera de los requisitos a que la empresa hubiera condicionado su derecho de admisión.

Finalmente, destaca que se trató de una medida temporal que en la actualidad no está vigente en la comunidad autónoma de Cantabria y solicita que se dicte resolución declarando la inexistencia de infracción y el archivo de las actuaciones.

De las actuaciones practicadas en el presente procedimiento y de la documentación obrante en el expediente, han quedado acreditados los siguientes:

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 11 de junio de 2020 entra en vigor el, ya derogado, Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Los artículos 5, 23, 26 y 27, disponían:

Artículo 5. Planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias.

Con arreglo a lo previsto por el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, se procederá a la adopción de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias, mediante actuaciones coordinadas en salud pública, atendiendo a los distintos niveles de riesgo de exposición y de transmisión comunitaria de la enfermedad COVID-19

para el desarrollo de las distintas actividades contempladas en este real decreto-ley.

Artículo 23. Obligación de información.

1. Se establece la obligación de facilitar a la autoridad de salud pública competente todos los datos necesarios para el seguimiento y la vigilancia epidemiológica del COVID-19 que le sean requeridos por esta, en el formato adecuado y de forma diligente, incluidos, en su caso, los datos necesarios para la identificación personal.

2. La obligación establecida en el apartado anterior es de aplicación al conjunto de las administraciones públicas, así como a cualquier centro, órgano o agencia dependiente de estas y a cualquier otra entidad pública o privada cuya actividad tenga implicaciones en la identificación, diagnóstico, seguimiento o manejo de los casos COVID-19.

En particular, será de aplicación a todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios y servicios sociales, tanto del sector público como del privado, así como a los profesionales sanitarios que trabajan en ellos.

Artículo 26. Provisión de información esencial para la trazabilidad de contactos.

Los establecimientos, medios de transporte o cualquier otro lugar, centro o entidad pública o privada en los que las autoridades sanitarias identifiquen la necesidad de realizar trazabilidad de contactos, tendrán la obligación de facilitar a las autoridades sanitarias la información de la que dispongan o que les sea solicitada relativa a la identificación y datos de contacto de las personas potencialmente afectadas.

Artículo 27. Protección de datos de carácter personal.

“1. El tratamiento de la información de carácter personal que se realice como consecuencia del desarrollo y aplicación del presente real decreto-ley se hará de acuerdo a lo dispuesto en 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, en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y en lo establecido en los artículos ocho.1 y veintitrés de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. En particular, las obligaciones de información a los interesados relativas a los datos obtenidos por los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del presente real decreto-ley se ajustarán a lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, teniendo en cuenta las excepciones y obligaciones previstas en su apartado 5.

2. El tratamiento tendrá por finalidad el seguimiento y vigilancia epidemiológica del COVID-19 para prevenir y evitar situaciones excepcionales de especial gravedad, atendiendo a razones de interés público esencial en el ámbito específico de la salud pública, y para la protección de intereses vitales de los afectados y de otras personas físicas al amparo de lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. Los datos recabados serán utilizados exclusivamente con esta finalidad.

3. Los responsables del tratamiento serán las comunidades autónomas, las

ciudades de Ceuta y Melilla y el Ministerio de Sanidad, en el ámbito de sus respectivas competencias, que garantizarán la aplicación de las medidas de seguridad preceptivas que resulten del correspondiente análisis de riesgos, teniendo en cuenta que los tratamientos afectan a categorías especiales de datos y que dichos tratamientos serán realizados por administraciones públicas obligadas al cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad.

4. El intercambio de datos con otros países se regirá por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, teniendo en cuenta la Decisión n.º 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y el Reglamento Sanitario Internacional (2005) revisado, adoptado por la 58.ª Asamblea Mundial de la Salud celebrada en Ginebra el 23 de mayo de 2005.”

SEGUNDO: Con fecha 18 de junio de 2020 se publica en el Boletín Oficial de Cantabria (BOC) la “Resolución por la que se establecen las medidas sanitarias aplicables en la Comunidad Autónoma de Cantabria durante el período de nueva normalidad”.

TERCERO: Con fecha 24 de julio de 2020 se publica en el BOC la “Resolución por la que se aprueba la segunda modificación de la Resolución de la Consejería de Sanidad de 18 de junio de 2020 por la que se establecen las medidas sanitarias aplicables en la Comunidad Autónoma de Cantabria durante el período de nueva normalidad.”

En el “Resuelvo” Primero, apartado 2, dice:

Primero. Modificación de la Resolución de la Consejería de Sanidad de 18 de junio de 2020.

2.- Se añade un apartado 2.6 con la siguiente redacción:

“2.6. Sin perjuicio de lo dispuesto en su normativa sectorial, los titulares de hoteles y alojamientos turísticos, peluquerías, centros de belleza, gabinetes de estética, salones de manicura, pedicura y depilación, saunas y gimnasios deberán contar con un registro de las personas que accedan al establecimiento correspondiente en el que se recoja fecha y hora del acceso, nombre y apellidos y número de teléfono de contacto. La recogida de tales datos requerirá el consentimiento del interesado, sin perjuicio de condicionar el derecho de admisión por razones de salud pública en caso de no poder contar con el mismo.

El registro se encontrará exclusivamente a disposición de la Dirección General de Salud Pública y tendrá como única finalidad facilitar el rastreo y seguimiento de contactos de casos positivos, probables o posibles de Covid-19.

Los datos deberán conservarse en el registro únicamente durante un plazo de un mes desde el acceso, transcurrido el cual deberá procederse a su cancelación.

Tanto el registro como el tratamiento de los datos contenidos en el mismo se regirá en todo caso por lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales y en 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”.

CUARTO: Con fecha 25 de junio de 2021 se publica en el BOC la “Resolución por la que se aprueba la décima modificación de la Resolución de 11 de mayo de 2021, por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria”

En el “Resuelvo” Primero, dice:

Primero. Modificación de la Resolución del consejero de Sanidad de 11 de mayo de 2021, por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

1. *Se modifica el apartado 1.4 que pasa a tener la siguiente redacción:*

“1.4. Sin perjuicio de lo dispuesto en su normativa sectorial, los titulares de hoteles y alojamientos turísticos, establecimientos de restauración en los que se sirva comidas y cenas, establecimientos de ocio y diversión, peluquerías, centros de belleza, gabinetes de estética, salones de manicura, pedicura y depilación, saunas y gimnasios deberán contar con un registro de las personas que accedan a las zonas interiores del establecimiento correspondiente en el que se recoja fecha y hora del acceso, nombre y apellidos y número de teléfono de contacto. La recogida de tales datos requerirá el consentimiento del interesado, sin perjuicio de condicionar el derecho de admisión por razones de salud pública en caso de no poder contar con el mismo.

El registro se encontrará exclusivamente a disposición de la Dirección General de Salud Pública y tendrá como única finalidad facilitar el rastreo y seguimiento de contactos de casos positivos, probables o posibles de Covid-19.

Los datos deberán conservarse en el registro únicamente durante un plazo de un mes desde el acceso, transcurrido el cual deberá procederse a su cancelación.

Tanto el registro como el tratamiento de los datos contenidos en el mismo se regirá en todo caso por lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales y en 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”.

QUINTO: Consta publicado en la web de la Consejería el RAT: [***URL.1](#) que informa lo siguiente:

Información ampliada sobre Protección de Datos Personales

En cumplimiento del Reglamento General de Protección de Datos (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016), se informa:

Tratamiento

Registro de personas que acceden a determinados establecimientos abiertos al público y actividades multitudinarias (Resolución de 11 de mayo de 2021 por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria)

Responsable del tratamiento

Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria.

C/*****DIRECCIÓN.1**

Telf: *****TELÉFONO.1**. Correo electrónico: *****EMAIL.1**

Delegado de Protección de Datos

PRODAT

Centro Empresarial *****DIRECCIÓN.2** Santander (Cantabria)

Teléfono:*****TELÉFONO.2**. Correo electrónico: *****EMAIL.2**

Finalidad

Facilitar el rastreo y seguimiento de contactos de casos positivos, probables o posibles de Covid-19.

Plazos previstos de conservación

1 mes

Elaboración de perfiles y decisiones automatizadas

No está prevista la elaboración de perfiles ni la adopción de decisiones individuales automatizadas.

Legitimación

- El cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, prevista en el artículo 6.1 c) del RGPD.
- El cumplimiento de una misión realizada en interés público, prevista en el artículo 6.1 e) del RGPD.
- La necesidad de proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, prevista en el artículo 6.1 d) del RGPD.

Colectivo afectado

- Personas que accedan a hoteles y alojamientos turísticos, establecimientos de restauración en los que se sirva comidas y cenas, establecimiento de ocio y diversión, peluquerías, centros de belleza, gabinetes de estética, salones manicura, pedicura y depilación, saunas y gimnasios.
- Personas que acceden a discotecas, salas de fiestas y de baile con espectáculos, pubs, whiskerías y locales asimilados, sin o con pequeñas actuaciones en vivo de carácter musical, artístico y cultural.
- Personas que acceden a actividades de ocio y tiempo libre.
- Personas que acceden a eventos y actividades multitudinarias.

Categoría de datos

- Fecha y hora del acceso, nombre y apellidos y número de teléfono de contacto.
- En el caso de actividades de ocio y tiempo libre, datos de los participantes

en la actividad y del personal que participe en la misma, así como el grupo de convivencia estable al que pertenecen.

- *En el caso de eventos y actividades multitudinarias, nombre, apellidos, correo electrónico, municipio y comunidad de residencia, fecha del evento, número de asiento y sector.*

Consecuencias de no facilitar los datos

- *Podrá condicionar el derecho de admisión por razones de salud pública.*

Destinatarios

Dirección General de Salud Pública de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria.

Derechos

El interesado puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación del tratamiento y oposición, poniéndose en contacto con el responsable del tratamiento.

También tiene derecho a reclamar ante la Agencia Española de Protección de Datos, www.aepd.es

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De acuerdo con los poderes que el artículo 58.2 del Reglamento (UE) 2016/679 (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD), otorga a cada autoridad de control y según lo establecido en los artículos 47 y 48.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), es competente para iniciar y resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

Asimismo, el artículo 63.2 de la LOPDGDD determina que: *“Los procedimientos tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, en la presente ley orgánica, por las disposiciones reglamentarias dictadas en su desarrollo y, en cuanto no las contradigan, con carácter subsidiario, por las normas generales sobre los procedimientos administrativos.”*

II

Los hechos declarados anteriormente probados vulneran los artículos: 5.1.c) y 7 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD y en el artículo 72.1.a) y 72.1.c) de la LOPDGDD.

El artículo 83.5.a) del RGPD indica:

“Las infracciones de las disposiciones siguientes se sancionarán, de acuerdo

con el apartado 2, con multas administrativas de 20 000 000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía:

a) los principios básicos para el tratamiento, incluidas las condiciones para el consentimiento a tenor de los artículos 5, 6, 7 y 9; (...)"

A este respecto, la LOPDGDD, en su artículo 71 establece que "Constituyen infracciones los actos y conductas a las que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del Reglamento (UE) 2016/679, así como las que resulten contrarias a la presente ley orgánica".

A efectos del plazo de prescripción, el artículo 72 de la LOPDGDD indica:

Artículo 72. Infracciones consideradas muy graves.

"1. En función de lo que establece el artículo 83.5 del Reglamento (UE) 2016/679 se consideran muy graves y prescribirán a los tres años las infracciones que supongan una vulneración sustancial de los artículos mencionados en aquel y, en particular, las siguientes:

a) El tratamiento de datos personales vulnerando los principios y garantías establecidos en el artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/679.

c) El incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 7 del Reglamento (UE) 2016/679 para la validez del consentimiento. (...)"

No obstante, la LOPDGDD en su artículo 77, bajo el epígrafe "Régimen aplicable a determinadas categorías de responsables o encargados del tratamiento", establece lo siguiente:

"1. El régimen establecido en este artículo será de aplicación a los tratamientos de los que sean responsables o encargados:

(...)

c) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración Local.

(...)

2. Cuando los responsables o encargados enumerados en el apartado 1 cometiesen alguna de las infracciones a las que se refieren los artículos 72 a 74 de esta ley orgánica, la autoridad de protección de datos que resulte competente dictará resolución sancionando a las mismas con apercibimiento. La resolución establecerá asimismo las medidas que proceda adoptar para que cese la conducta o se corrijan los efectos de la infracción que se hubiese cometido.

La resolución se notificará al responsable o encargado del tratamiento, al órgano del que dependa jerárquicamente, en su caso, y a los afectados que tuvieran la condición de interesado, en su caso.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la autoridad de protección de datos propondrá también la iniciación de actuaciones disciplinarias cuando existan indicios suficientes para ello. En este caso, el procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario o sancionador que resulte de aplicación. Asimismo, cuando las infraccio-

nes sean imputables a autoridades y directivos, y se acredite la existencia de informes técnicos o recomendaciones para el tratamiento que no hubieran sido debidamente atendidos, en la resolución en la que se imponga la sanción se incluirá una amonestación con denominación del cargo responsable y se ordenará la publicación en el Boletín Oficial del Estado o autonómico que corresponda.

4. Se deberán comunicar a la autoridad de protección de datos las resoluciones que recaigan en relación con las medidas y actuaciones a que se refieren los apartados anteriores.

5. Se comunicarán al Defensor del Pueblo o, en su caso, a las instituciones análogas de las comunidades autónomas las actuaciones realizadas y las resoluciones dictadas al amparo de este artículo.

6. Cuando la autoridad competente sea la Agencia Española de Protección de Datos, esta publicará en su página web con la debida separación las resoluciones referidas a las entidades del apartado 1 de este artículo, con expresa indicación de la identidad del responsable o encargado del tratamiento que hubiera cometido la infracción. Cuando la competencia corresponda a una autoridad autonómica de protección de datos se estará, en cuanto a la publicidad de estas resoluciones, a lo que disponga su normativa específica”.

En resumen, la LOPDGDD no faculta a imponer multas administrativas, sino una sanción de apercibimiento, es decir, sin efecto económico alguno.

III

En respuesta a las alegaciones presentadas por la entidad investigada frente al acuerdo de inicio se señaló en propuesta lo siguiente:

Sobre la base jurídica del tratamiento: Razona la CONSEJERÍA que la frase, con mayor o menor acierto, pretendía expresar que los datos personales aportados, solo se recababan con el consentimiento expreso de las personas que los facilitaban y que en el caso de no contar con ese consentimiento, el apartado 2.6 se limitaba a reconocer el derecho de admisión que corresponde a los establecimientos públicos en virtud del Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, ya sea como en este caso por razones de salud pública, o por cualquiera de los requisitos a que la empresa hubiera condicionado su derecho de admisión.

Pues bien, tanto el apartado 2.6 de la segunda modificación de la Resolución, como el apartado 1.4 de la Resolución por la que se aprueba la décima modificación de la Resolución de 11 de mayo de 2021, por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria” disponían una obligación jurídica sobre los titulares de determinados establecimientos: *“deberán contar con un registro de las personas que accedan (...)”* encargados de recoger determinados datos: *fecha y hora del acceso, nombre y apellidos y número de teléfono de contacto.*

Dicha obligación tenía su fundamento en el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la

crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19: *Los establecimientos, medios de transporte o cualquier otro lugar, centro o entidad pública o privada en los que las autoridades sanitarias identifiquen la necesidad de realizar trazabilidad de contactos, tendrán la obligación de facilitar a las autoridades sanitarias la información de la que dispongan o que les sea solicitada relativa a la identificación y datos de contacto de las personas potencialmente afectadas.*

Por lo tanto, debe señalarse que el tratamiento (obligatorio) de datos personales con fines de seguimiento de contactos no podía depender de la prestación del consentimiento de las personas afectadas, es decir, de la base de licitud prevista en el artículo 6.1.a) del RGPD.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Segunda) de 11 de noviembre de 2020, en el asunto C-61/19, el consentimiento requiere un acto de voluntad activo e inequívoco por parte del interesado:

36. En efecto, el tenor del artículo 4, punto 11, de dicho Reglamento, que define el «consentimiento del interesado» a los efectos, en particular, de su artículo 6, apartado 1, letra a), resulta todavía más estricto que el del artículo 2, letra h), de la Directiva 95/46, puesto que requiere una manifestación de voluntad «libre, específica, informada e inequívoca» del interesado, que adopte la forma de una declaración o de «una clara acción afirmativa» que marque su aceptación del tratamiento de datos personales que le conciernen. Así pues, el Reglamento 2016/679 prevé ahora expresamente un consentimiento activo (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de octubre de 2019, Planet49, C-673/17, EU:C:2019:801, apartados 61 a 63).

Asimismo, las Directrices 5/2020 del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 dicen en su apartado 13:

El término «libre» implica elección y control reales por parte de los interesados. Como norma general, el RGPD establece que, si el sujeto no es realmente libre para elegir, se siente obligado a dar su consentimiento o sufrirá consecuencias negativas si no lo da, entonces el consentimiento no puede considerarse válido. Si el consentimiento está incluido como una parte no negociable de las condiciones generales se asume que no se ha dado libremente. En consecuencia, no se considerará que el consentimiento se ha prestado libremente si el interesado no puede negar o retirar su consentimiento sin perjuicio. La noción de desequilibrio entre el responsable del tratamiento y el interesado también se tiene en cuenta en el RGPD.

En consecuencia, supeditar el registro de los clientes a la prestación del consentimiento por parte de las personas que pretender acceder a determinados establecimientos no es conforme a la normativa de protección de datos. Y ello es así, porque es especialmente importante que el consentimiento se otorgue libremente, lo que significa que las personas deben poder rechazar o retirar su consentimiento sin enfrentar consecuencias negativas, como que se les niegue el acceso al establecimiento.

Invoca la STS 3609/2020, de 5 de noviembre de 2020, que dice: “Este esquema se ha visto radicalmente modificado con la aprobación del RGPD. Su artículo 6.1 no mantiene ya la regla de la necesidad de consentimiento, como base legitimadora fundamental para poder tratar datos personales. Al contrario, lo que establece es un listado de posibles bases legitimadoras, que se sitúan entre sí en un plano de igualdad y entre

las cuales se incluye, como una más, el consentimiento, sin prioridad alguna. En el marco del RGPD, el tratamiento de datos personales puede fundamentarse igualmente en cualquiera de dichas bases (por ejemplo, el interés legítimo, ex art. 6.1 f), de modo que la eventual ilicitud del tratamiento de los datos no viene determinada por el hecho de que no concurra una de ellas (el consentimiento), sino que deberá probarse que no concurre ninguna de las previstas”.

En el caso analizado, concurrían otras bases lícitud que legitimaban el tratamiento de los datos ya definidas en el artículo 27.2 del Real Decreto Ley 21/2020, sin necesidad de recurrir al consentimiento del interesado:

2. El tratamiento tendrá por finalidad el seguimiento y vigilancia epidemiológica del COVID-19 para prevenir y evitar situaciones excepcionales de especial gravedad, atendiendo a razones de interés público esencial en el ámbito específico de la salud pública, y para la protección de intereses vitales de los afectados y de otras personas físicas al amparo de lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. Los datos recabados serán utilizados exclusivamente con esta finalidad.

Estas bases jurídicas (artículo 6.1.c), d) y e) del RGPD), consideradas en el Informe 17/2020 de la AEPD al que alude -en situaciones excepcionales, como una epidemia-, constan en el RAT de la Consejería de Sanidad, sin embargo, la literalidad del precepto contenido en el apartado 2.6 de la segunda modificación de la Resolución y después, en el apartado 1.4 de la décima modificación de la Resolución, no deja lugar a dudas respecto a la existencia del consentimiento como base de lícitud.

A mayor abundamiento, de la literalidad de la Resolución, de obligado cumplimiento para los ciudadanos, no se infiere otra cosa más que, el consentimiento era la base jurídica que legitimaba el tratamiento de sus datos personales. Es claro cuando se indica que “requerirá el consentimiento del interesado”. Y ello, independientemente de lo contenido en el RAT, pues la dicción de la norma jurídica genera la confianza legítima en los ciudadanos de que, el consentimiento es la base jurídica legitimadora del tratamiento.

En consecuencia, se desestiman las alegaciones aducidas.

Respecto a los medios para el cumplimiento del deber de información, alude a que, son los titulares de los establecimientos los que recaban los datos de las personas que acceden a dichos establecimientos y los incluye en el correspondiente registro, a disposición de la Dirección General de Salud Pública. Por tanto, considera que son estos los que facilitan a los interesados la información exigida por el artículo 13 del RGPD en el momento de la recogida de los datos.

Alega que la información relativa al tratamiento figura en la propia resolución de 18 de junio de 2020 (entendemos que se refiere la segunda modificación de la Resolución de fecha 24 de julio de 2020) y que también está disponible en la web de la Consejería y del Servicio Cántabro de Salud, por lo tanto, no cabe imputar a la Consejería de Sanidad, responsable del tratamiento, haber infringido el derecho de información de los interesados recogido en el artículo 13 del RGPD.

En este sentido, respecto a vulneración del artículo 13 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.b) del RGPD, se estima la alegación aducida.

En cuanto al principio de minimización de datos, aduce que los únicos datos de carácter personal que se contienen en el registro son el nombre y apellidos de los interesa-

dos, esto es, los mínimos datos personales identificativos posibles. Sobre este asunto se emitió un informe por el jefe de Servicio de Salud Pública de fecha 29 de julio de 2021 que dice: *es necesario saber quién ha estado en un contacto cercano y prolongado con el cliente. Esta identificación no puede realizarse de otra forma que no sean los nombres y apellidos. Un trabajador no puede identificar entre un listado de teléfonos o identificaciones numéricas a quien ha atendido.* Sin embargo, sorprende que no haya también un informe del delegado de protección de datos sobre la aplicación de la normativa de protección de datos en el supuesto controvertido, conocedor de, entre otras cosas, el principio de minimización de datos.

El RGPD exige que el tratamiento de los datos se limite a lo necesario para el cumplimiento de su finalidad (artículo 5.1.c)). Es decir, las categorías de datos seleccionados para su tratamiento deben ser necesarias para lograr el objetivo declarado de las operaciones de tratamiento y el responsable deberá limitar estrictamente la recogida de datos a aquella información que esté directamente relacionada con el fin específico que persiga el tratamiento, en el caso analizado *“Facilitar el rastreo y seguimiento de contactos de casos positivos, probables o posibles de Covid-19”*.

Los datos personales objeto de recogida según los hechos probados tercero y cuarto son: *fecha y hora del acceso, nombre y apellidos y número de teléfono de contacto.*

Asimismo, el RAT dispone además:

- *En el caso de actividades de ocio y tiempo libre, datos de los participantes en la actividad y del personal que participe en la misma, así como el grupo de convivencia estable al que pertenecen.*
- *En el caso de eventos y actividades multitudinarias, nombre, apellidos, correo electrónico, municipio y comunidad de residencia, fecha del evento, número de asiento y sector.*

Por otra parte, la AEPD publicó el 31 de julio de 2020, un comunicado (*****URL.2**) sobre la recogida de datos personales por parte de los establecimientos que decía lo siguiente:

Adicionalmente, debe cumplirse con el principio de minimización, en virtud del cual podría ser suficiente con obtener un número de teléfono, junto con los datos del día y la hora de asistencia al lugar. Este criterio, junto con el de la anonimización de los titulares del dispositivo, ha sido el asumido por el Comité Europeo de Protección de Datos en la Recomendación sobre el uso de datos de localización y aplicaciones de seguimiento de contactos en el contexto de la pandemia; criterio que puede extrapolarse a esta situación con las adaptaciones pertinentes.

En este sentido las Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID-19, adoptadas por el CEPD, informan en su apartado 40:

40. *De acuerdo con el principio de minimización de datos, además de cumplir otras medidas de la protección de datos desde el diseño y por defecto, los datos objeto de tratamiento deben reducirse a los mínimos estrictamente necesarios. La aplicación no debe recoger información que no tenga relación con el objeto específico o no sea necesaria — por ejemplo, estado civil,*

identificadores de las comunicaciones, elementos del directorio del equipo, mensajes, registros de llamadas, datos de localización, identificadores de dispositivos, etc.—.

Según la Estrategia de Detección Precoz, Vigilancia y Control de COVID-19, actualizada a 22 de diciembre de 2021, respecto al “Estudio y manejo de contactos” dispone que, tiene como objetivo realizar un diagnóstico temprano en los contactos estrechos que inicien síntomas y evitar la transmisión en periodo asintomático y paucisintomático. Concretamente, define “Contacto estrecho” como: *“(…) De forma general, a nivel comunitario, se considerará contacto estrecho a cualquier persona que haya estado en el mismo lugar que un caso, a una distancia menor de 2 metros y durante un tiempo total acumulado de más de 15 minutos en 24 horas. En entornos en los que se pueda hacer una valoración del seguimiento de las medidas de prevención podrá realizarse una valoración individualizada por el servicio de prevención de riesgos laborales o el responsable que sea designado para ese fin. A la hora de establecer el riesgo, se tendrán en cuenta determinadas circunstancias como espacios en que haya riesgo elevado de generación de aerosoles u otras características personales o sociales del entorno en que se evalúe la posible transmisión”.*

Por lo anteriormente expuesto se considera desproporcionado solicitar: el nombre, los apellidos o el correo electrónico, que serían innecesarios para la finalidad de avisar a los posibles contactos estrechos.

Añadir, además, que la información sobre las categorías de datos que constan en el RAT no coinciden con los datos que señala el apartado 2.6 de la segunda modificación de la Resolución y después, en el apartado 1.4 de la décima modificación de la Resolución, que deben ser objeto de recogida. En concreto, la CONSEJERÍA añade otro adicional como es el “correo electrónico”.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se desestiman las alegaciones aducidas.

Respecto a la limitación del plazo de conservación, la CONSEJERÍA, basándose en el informe del Jefe de Servicio de Salud Pública de fecha 29 de julio de 2021, ha justificado el motivo por el cual ha aplicado un plazo de conservación de 30 días.

Para ello, concluye, que: *el Programa de Estudio de Casos e Identificación de Contactos de Cantabria exige para las actuaciones ordinarias al menos 17 días de conservación del registro, además, la investigación del origen de brotes por variantes de preocupación precisa la investigación retrospectiva dos periodos de incubación antes del inicio de los síntomas, 28 días. Se ha considerado prudente añadir dos días más al periodo de conservación de los datos incluidos en el registro de clientes, hasta 30 días, con el fin de paliar posibles retrasos o errores.*

También invoca la Comunicación de la Comisión Europea de 17 de abril de 2020, que dice: *Deberían suprimirse tras un periodo máximo de un mes (periodo de incubación más el margen) o después de que la persona haya sido sometida a una prueba con resultado negativo (...).*

En este sentido, se estima la alegación formulada respecto a vulneración del artículo 5.1.e) del RGPD, tipificada en el artículo 83.5.a) del RGPD.

IV

En respuesta a las alegaciones presentadas por la investigada frente a la propuesta de resolución, se debe señalar lo siguiente:

Como CUESTIÓN PRELIMINAR, esta Agencia manifiesta que para la resolución del presente expediente sancionador se han tenido en cuenta las alegaciones presentadas por la investigada a lo largo de todo el procedimiento, procediendo a dar respuesta a continuación a las presentadas frente a la propuesta de resolución y haciendo suyas las consideraciones hechas por la instrucción.

1.- En relación con la primera de sus alegaciones, la referente al principio de minimización de datos, se recuerda a la investigada que, aun cuando el artículo 64 de la LPA-CAP establece que el Acuerdo de Inicio deberá contener la identificación de la persona o personas presuntamente responsables, una descripción de los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción del procedimiento, el artículo 89 del mismo cuerpo legal, establece que en la Propuesta de Resolución “se fijarán de forma motivada los hechos que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan, la persona o personas responsables y la sanción que se proponga, la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, así como las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado”.

Conforme a lo expuesto, es preceptivo que, en la Propuesta, y no en el Acuerdo de Inicio, se fijen los hechos probados y su calificación, siendo en este trámite donde se satisface el derecho a ser informado de la acusación. Consecuentemente, perfectamente válida la modificación del contenido del Acuerdo de Inicio en la Propuesta de Resolución.

Así, resulta claro que se puede modificar el contenido del Acuerdo sin necesidad además de dar un nuevo trámite de audiencia. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo (entre otras, STS de 27 de abril 1998), que señala que el derecho a ser informado de la acusación del art. 24.2 CE, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga en el caso de que se trata.”

De hecho, el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde sus inicios que al procedimiento administrativo sancionador le son de aplicación las garantías previstas en el artículo 24.2 de la Constitución, afirmando que ello supone una garantía procedimental que conlleva que la sanción se imponga en un procedimiento donde se preserve el derecho de defensa sin indefensión, con posibilidades de alegar y probar y partiendo de la presunción de inocencia y de la inversión de la carga de la prueba.

En esa línea, el Tribunal Constitucional considera necesario, para que no se produzca indefensión en el sentido de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución, que “el acusado haya tenido ocasión de defenderse de la acusación de forma plena desde el momento en que la conoce de forma plena (por todas SSTC, 41/1998 y 87/1991 y STS 129/2006).

En cualquier caso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es constante, al señalar que el derecho a ser informado de la acusación del artículo 24.2 de la Constitución Española, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a

través de la notificación de la Propuesta de Resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa (SSTC 29/1989, de 6 de febrero, entre otras muchas).

Visto lo anterior y teniendo en cuenta además el carácter previo a la emisión del acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador (el 14 de julio de 2021), de la Resolución por la que se aprueba la décima modificación de la Resolución de 11 de mayo de 2021, por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria, publicada en el Boletín Oficial de Cantabria extraordinario núm. 51 de 25 de junio de 2021, no resulta extraño la referencia a la misma, que no deja de ser, en definitiva, una modificación de la resolución inicial y en la que persisten los incumplimientos presentes en la primera.

Por otro lado, se procede a precisar que las afirmaciones realizadas por la investigada respecto a los datos requeridos en virtud de la segunda modificación de la Resolución de 18 de junio, publicada en el BOC el 24 de julio de 2020, resultan inexactas ya que insiste en que los datos solicitados son únicamente nombre y apellidos de los clientes que quisieran acceder a los establecimientos pese a que se recoge en dicha resolución la necesidad también del número de teléfono respecto al que nada se dice en las alegaciones. A ello se suman las consideraciones y motivación ya expuesta en por la instrucción conforme a la cual resultaba evidente que no existía coincidencia entre los datos a aportar señalados en el apartado 2.6 de la segunda modificación de la Resolución (nombre, apellidos y número de teléfono de contacto) y después, en el apartado 1.4 de la décima modificación de la Resolución, con los recogidos en el RAT, que requería aportar el correo electrónico

Asimismo, y respecto a lo afirmado en el informe del jefe de servicio de salud pública de 29 de julio de 2021 acerca de la necesidad de contar con el nombre y apellidos de los clientes de los establecimientos en cuestión, se considera procedente traer a colación nuevamente los argumentos expuestos por la instrucción. Y es que ya en propuesta se plasmó un extracto del comunicado emitido por la AEPD el día 31 de julio de 2020 (*****URL.3**) conforme al cual quedaba clara la necesidad de cumplir con el principio de minimización de datos poniéndose como ejemplo de medio válido la obtención únicamente de un número de teléfono, junto con los datos de día y hora de asistencia al lugar, para el fin perseguido en este caso. Siendo además este el criterio asumido también por el Comité Europeo de Protección de Datos en sus recomendaciones. Y es que, aun cuando se produjera la situación descrita por el jefe de servicio de salud pública de Cantabria en su informe, que el cliente facilite un número de teléfono móvil del que no es titular, dicho número de teléfono sí que es instrumento suficiente para establecer contacto con dicho cliente y así transmitirle la información necesaria respecto a una posible transmisión del virus que es, en definitiva, el objetivo de la recopilación de los datos en este caso.

2.- En relación con lo aducido respecto al incumplimiento de las condiciones de consentimiento procede, en primer lugar, referirse a lo ya expuesto en la consideración anterior en lo relativo a la interpretación hecha por la investigada del artículo 64 de la LPACAP. Así, teniendo en cuenta el tenor del artículo 89 de esa misma norma y la jurisprudencia ya referida, resulta evidente que es precisamente en la Propuesta de Resolución donde han de fijarse de forma motivada los hechos que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso,

aquéllos constituyan, la persona o personas responsables y la sanción que se proponga, la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, así como las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado.

Por otro lado y siguiendo el hilo argumental planteado por la investigada acerca de la interpretación adecuada de la referencia a la necesidad de contar con el consentimiento del cliente para la recogida de sus datos cabe señalar que la misma no puede prosperar. Y ello por cuanto la alusión a la aplicabilidad de lo dispuesto en el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas requiere, necesariamente, que sea la empresa la que condicione el derecho de admisión. Así, lo que determina el artículo 59.1, apartado e) del RD 2816/1982 es que *“el público no podrá entrar en el recinto o local sin cumplir los requisitos a los que la Empresa tuviese condicionado el derecho de admisión, a través de su publicidad o mediante carteles, bien visibles, colocados en los lugares de acceso, haciendo constar claramente tales requisitos”*. En el presente supuesto, quien determina la imposibilidad del acceso de los clientes a los establecimientos es la propia resolución, al condicionar en su articulado el acceso de los clientes a la presentación voluntaria de sus datos a la entrada de los mismos.

Por lo demás, no queda sino remitirse a lo ya expuesto por la instrucción al tratarse las presentes alegaciones de una reiteración de lo aducido entonces y ya debidamente contestado.

V

El artículo 4 del RGPD, bajo la rúbrica “Definiciones”, dispone lo siguiente:

“1) «datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona;

2) «tratamiento»: cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”.

7) «responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros”

15) «datos relativos a la salud»: datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud;

Así, de los hechos probados resulta que, los datos objeto de tratamiento por parte de la CONSEJERÍA han sido: fecha y hora del acceso, nombre, apellido, número de teléfono de las personas que accedían al establecimiento. En el caso de eventos y actividades multitudinarias, nombre, apellidos, correo electrónico, municipio y comunidad de residencia, fecha del evento, número de asiento y sector. Y en el caso de actividades de ocio y tiempo libre, datos de los participantes en la actividad y del personal participante, así como el grupo de convivencia estable al que pertenecieran.

A este respecto, es necesario puntualizar que los datos que se recogen, aunque estén relacionados con el control de la pandemia y su tratamiento sea al objeto de poder identificar posibles infectados, en un contexto de crisis de la COVID-19, en el que se publica el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, así como las medidas adoptadas por el Consejero de Sanidad, como autoridad sanitaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 59.a) de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria, no son datos que en el RGPD estén catalogados como “datos relativos a la salud” (artículo 4.15 RGPD) o “categorías especiales de datos personales” (artículo 9.2 RGPD) en cuyo caso, serían aplicables la previsiones de este último artículo.

VI

Asimismo, consta que la CONSEJERÍA, es la responsable de los tratamientos de datos referidos en los antecedentes expuestos, toda vez que, conforme a la definición del artículo 4.7 del RGPD es la que ha determinado la finalidad de los tratamientos realizados: *“El registro se encontrará exclusivamente a disposición de la Dirección General de Salud Pública y tendrá como única finalidad facilitar el rastreo y seguimiento de contactos de casos positivos, probables o posibles de Covid-19”*, sin perjuicio de que haya correspondido a los titulares de los hoteles y alojamientos turísticos, peluquerías, centros de belleza, gabinetes de estética, salones de manicura, pedicura y depilación, saunas y gimnasios, la recogida de datos en virtud de lo establecido en la Resolución por la que se establecen las medidas sanitarias aplicables en la Comunidad Autónoma de Cantabria durante el período de nueva normalidad, adoptada en virtud del artículo 2 del Decreto 2/2020, de 18 de junio, del Presidente de la Comunidad Autónoma, por el que se dispone la entrada de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en la situación de nueva normalidad; el artículo 59 de la Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria, que atribuye a la Consejería competente en materia de sanidad el ejercicio de la autoridad sanitaria (apartado a), así como la adopción de medidas preventivas de protección de la salud cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente para la salud de la comunidad (apartado f); y, en aplicación del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

En este contexto, la segunda modificación de la Resolución fue acordada en virtud del artículo 25.3 del Estatuto de Autonomía para Cantabria, el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, y el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, a propuesta de la Dirección General de Salud Pública, y de conformidad con el artículo 59.a) de la Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria.

VII

De acuerdo con el artículo 6.1 - “Licitud del tratamiento”-, del RGPD:

“1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;

b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;

c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;

d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;

e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;

f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

2. Los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones más específicas a fin de adaptar la aplicación de las normas del presente Reglamento con respecto al tratamiento en cumplimiento del apartado 1, letras c) y e), fijando de manera más precisa requisitos específicos de tratamiento y otras medidas que garanticen un tratamiento lícito y equitativo, con inclusión de otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX.

3. La base del tratamiento indicado en el apartado 1, letras c) y e), deberá ser establecida por:

a) el Derecho de la Unión, o

b) el Derecho de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento. La finalidad del tratamiento deberá quedar determinada en dicha base jurídica o, en lo relativo al tratamiento a que se refiere el apartado 1, letra e), será necesaria para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. Dicha base jurídica podrá contener disposiciones específicas para adaptar la aplicación de normas del presente Reglamento, entre otras: las condiciones generales que rigen la licitud del tratamiento por parte del responsable; los tipos de datos objeto de tratamiento; los interesados afectados; las entidades a las que se pueden comunicar datos personales y los fines de tal comunicación; la limitación de la finalidad; los plazos de conservación de los datos, así como las operaciones y los procedimientos del tratamiento, incluidas las medidas para garantizar un tratamiento lícito y equitativo, como las relativas a otras situaciones específicas de tratamiento a tenor del capítulo IX. El Derecho de la Unión o de los Estados miembros cumplirá un objetivo de interés público y será proporcional al fin legítimo perseguido.

4. Cuando el tratamiento para otro fin distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales no esté basado en el consentimiento del interesado o en el Derecho

de la Unión o de los Estados miembros que constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática para salvaguardar los objetivos indicados en el artículo 23, apartado 1, el responsable del tratamiento, con objeto de determinar si el tratamiento con otro fin es compatible con el fin para el cual se recogieron inicialmente los datos personales, tendrá en cuenta, entre otras cosas:

- a) cualquier relación entre los fines para los cuales se hayan recogido los datos personales y los fines del tratamiento ulterior previsto;
- b) el contexto en que se hayan recogido los datos personales, en particular por lo que respecta a la relación entre los interesados y el responsable del tratamiento;
- c) la naturaleza de los datos personales, en concreto cuando se traten categorías especiales de datos personales, de conformidad con el artículo 9, o datos personales relativos a condenas e infracciones penales, de conformidad con el artículo 10;
- d) las posibles consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto;
- e) la existencia de garantías adecuadas, que podrán incluir el cifrado o la seudonimización.”

De hecho, el considerando (46) del RGPD ya reconoce que, en situaciones excepcionales, como una epidemia, la base jurídica de los tratamientos puede ser múltiple, basada tanto en el interés público, como en el interés vital del interesado u otra persona física.

(46) El tratamiento de datos personales también debe considerarse lícito cuando sea necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física. En principio, los datos personales únicamente deben tratarse sobre la base del interés vital de otra persona física cuando el tratamiento no pueda basarse manifiestamente en una base jurídica diferente. Ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano.

Por lo tanto, como base jurídica para un tratamiento lícito de datos personales, sin perjuicio de que puedan existir otras bases, -como por ejemplo el cumplimiento de una obligación legal, artículo 6.1.c), el RGPD reconoce explícitamente las dos citadas: misión realizada en interés público (artículo 6.1.e) o intereses vitales del interesado u otras personas físicas (artículo 6.1.d).

Sin embargo, la CONSEJERÍA, en las alegaciones presentadas al acuerdo de inicio indica que: “La Agencia Española de Protección de Datos infiere que la base jurídica del tratamiento de los datos personales en la que se ampara la Consejería de Sanidad es la prevista en el artículo 6.1 a) del RGPD, relativa al consentimiento de los afectados.”

Y aduce que la base de licitud es la siguiente:

- *En el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento, prevista en el artículo 6.1 c) del RGPD. Entre otros, el artículo 26.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, y el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, atribuyen a las autoridades sanitarias competencia*

para adoptar medidas en materia de riesgo de transmisión de enfermedades, epidemia y crisis sanitarias. Estos preceptos son expresamente invocados por la segunda modificación de la resolución de 18 de junio de 2020.

- *En el cumplimiento de una misión realizada en interés público, prevista en el artículo 6.1 e) del RGPD y en la necesidad de proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, prevista en el artículo 6.1 d) del RGPD. Así lo recoge el artículo 27. 2 del Real Decreto-Ley 21/2020 y el artículo 27.2 de la Ley 2/2021 respecto al tratamiento de la información para la trazabilidad de los contactos que dispongan los establecimientos, medios de transporte o cualquier otro lugar, centro o entidad pública o privada.*

No obstante, como ya aclaramos en el Fundamento de Derecho III, el precepto 2.6 de la segunda modificación de la Resolución y después, el apartado 1.4 de la décima modificación de la Resolución, incluyen el consentimiento como base de licitud para el tratamiento de los datos personales de las personas que accediesen a los citados establecimientos.

El artículo 4, apartado 11, del RGPD define el “consentimiento del interesado” como: *toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen;*

El artículo 7 del RGPD, bajo el epígrafe “Condiciones para el consentimiento” dispone lo siguiente:

- 1. Cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales.*
- 2. Si el consentimiento del interesado se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiera a otros asuntos, la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.*
- 3. El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo.*
- 4. Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato.*

Asimismo, el considerando 32 del RGPD, dispone: *El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. (...)*

Por su parte, el considerando 42 del RGPD, dispone: (...) *El consentimiento no debe*

considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno.

Y añade el considerando 43 del RGPD: Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular. Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento.

Por último, el artículo 6 de la LOPDGDD bajo la rúbrica “Tratamiento basado en el consentimiento del afectado” dispone:

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.
2. Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas.
3. No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual.

De lo anteriormente expuesto se deduce que, para poder apreciar un consentimiento libre, sería necesario que no se derivara ninguna consecuencia negativa, es decir, que no se condicionara la entrada al establecimiento, lo que -precisamente-, sí se produce en el caso analizado.

En este sentido, el apartado 2.6 de la segunda modificación de la Resolución dispone:

La recogida de tales datos requerirá el consentimiento del interesado, sin perjuicio de condicionar el derecho de admisión por razones de salud pública en caso de no poder contar con el mismo.

Por su parte, el apartado 1.4 de Resolución por la que se aprueba la décima modificación de la Resolución de 11 de mayo de 2021, por la que se establecen medidas sanitarias para la prevención, contención y control de la pandemia ocasionada por el Covid-19 en la Comunidad Autónoma de Cantabria, dispone:

La recogida de tales datos requerirá el consentimiento del interesado, sin perjuicio de condicionar el derecho de admisión por razones de salud pública en caso de no poder contar con el mismo.

Con lo hasta aquí expuesto, cabe concluir que el consentimiento prestado para la finalidad de facilitar el rastreo y seguimiento de contactos de casos positivos, probables o posibles de Covid-19, no es conforme a lo establecido en el artículo 4.11) y 7 del

RGPD.

Y ello es así, porque no puede considerarse “libre”. En este sentido, las Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 4 de mayo de 2020 por el Comité Europeo de Protección de Datos, indican que:

El término «libre» implica elección y control reales por parte de los interesados. Como norma general, el RGPD establece que, si el sujeto no es realmente libre para elegir, se siente obligado a dar su consentimiento o sufrirá consecuencias negativas si no lo da, entonces el consentimiento no puede considerarse válido. La ausencia de tales requisitos determina que el mismo no sea válido de modo que los tratamientos basados en él carecen de legitimación contraviniéndose así lo previsto en el artículo 6 del RGPD.

Los hechos descritos podrían ser constitutivos de la infracción prevista en el artículo 83.5.a) del RGPD y en el artículo 72.1.c) de la LOPDGDD, por presunta vulneración del artículo 7 del RGPD.

VIII

Asimismo, los tratamientos de datos personales en situaciones de emergencia sanitaria siguen siendo tratados de conformidad con la normativa de protección de datos personales (RGPD y LOPDGDD), por lo que se aplican todos sus principios, contenidos en el artículo 5 del RGPD, entre ellos, el principio de minimización de datos.

Sobre este último aspecto hay que hacer referencia expresa a que los datos tratados habrán de ser exclusivamente los limitados a los necesarios para la finalidad pretendida, sin que se pueda extender dicho tratamiento a cualesquiera otros datos personales no estrictamente necesarios para dicha finalidad, sin que pueda confundirse conveniencia con necesidad, porque el derecho fundamental a la protección de datos sigue aplicándose con normalidad, sin perjuicio de que, como se ha dicho, la propia normativa de protección de datos personales establece que en situaciones de emergencia, para la protección de intereses esenciales de salud pública y/o vitales de las personas físicas, podrán tratarse los datos de salud necesarios para evitar la propagación de la enfermedad que ha causado la emergencia sanitaria.

En suma, la mera habilitación del ordenamiento para llevar a cabo el tratamiento de datos no implica permisividad absoluta, este debe adecuarse a los principios y resto de contenido previsto en el RGPD y en la LOPDGDD.

El artículo 5 RGPD, referido a los “Principios relativos al tratamiento” dispone:

1. Los datos personales serán:

(...)

c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);

(...)

Exige, por lo tanto, que los datos sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»).

Los datos que facilitan las personas a la hora de acceder a los hoteles y alojamientos turísticos, peluquerías, centros de belleza, gabinetes de estética, salones de manicura,

pedicura y depilación, saunas y gimnasios, son: *fecha y hora del acceso, nombre y apellidos y número de teléfono de contacto.*

Si lo que se pretende es poder localizar rápidamente a un eventual contacto, podría ser suficiente con obtener un número de teléfono, junto con los datos del día y la hora de asistencia al lugar. Este criterio, junto con el de la anonimización de los titulares del dispositivo, ha sido el asumido por el CEPD en las Directrices 04/2020 sobre el uso de datos de localización y herramientas de rastreo de contactos en el contexto de la pandemia de COVID-19.

En consecuencia, no sería necesario solicitar, además, el nombre y los apellidos, que serían innecesarios para la finalidad de rastreo y seguimiento a los posibles contactos.

Por tanto, la segunda modificación de la Resolución pese a que indicaba en el párrafo cuarto del apartado 2.6, que: *“Tanto el registro como el tratamiento de los datos contenidos en el mismo se registrará en todo caso por lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales y en 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”,* resulta que no lo hacía.

Los datos recabados no eran adecuados ni pertinentes, sino excesivos.

Los hechos descritos podrían ser constitutivos de la infracción prevista en el artículo 83.5.a) del RGPD y en el artículo 72.1.a) de la LOPDGDD, por presunta vulneración del artículo 5.1.c) del RGPD.

IX

Teniendo en cuenta el tenor del artículo 83.7 del RGPD, el régimen aplicable al presente procedimiento será el establecido en la LOPDGDD, en su artículo 77, bajo el epígrafe “Régimen aplicable a determinadas categorías de responsables o encargados del tratamiento”, establece lo siguiente:

“1. El régimen establecido en este artículo será de aplicación a los tratamientos de los que sean responsables o encargados:

a) Los órganos constitucionales o con relevancia constitucional y las instituciones de las comunidades autónomas análogas a los mismos.

b) Los órganos jurisdiccionales.

c) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración Local.

d) Los organismos públicos y entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas.

e) Las autoridades administrativas independientes.

f) El Banco de España.

g) Las corporaciones de Derecho público cuando las finalidades del tratamiento se relacionen con el ejercicio de potestades de derecho público.

h) Las fundaciones del sector público.

i) Las Universidades Públicas.

j) Los consorcios.

k) Los grupos parlamentarios de las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas autonómicas, así como los grupos políticos de las Corporaciones Locales.

2. Cuando los responsables o encargados enumerados en el apartado 1 cometiesen alguna de las infracciones a las que se refieren los artículos 72 a 74 de esta ley orgánica, la autoridad de protección de datos que resulte competente dictará resolución sancionando a las mismas con apercibimiento. La resolución establecerá asimismo las medidas que proceda adoptar para que cese la conducta o se corrijan los efectos de la infracción que se hubiese cometido.

La resolución se notificará al responsable o encargado del tratamiento, al órgano del que dependa jerárquicamente, en su caso, y a los afectados que tuvieran la condición de interesado, en su caso.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la autoridad de protección de datos propondrá también la iniciación de actuaciones disciplinarias cuando existan indicios suficientes para ello. En este caso, el procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre régimen disciplinario o sancionador que resulte de aplicación. Asimismo, cuando las infracciones sean imputables a autoridades y directivos, y se acredite la existencia de informes técnicos o recomendaciones para el tratamiento que no hubieran sido debidamente atendidos, en la resolución en la que se imponga la sanción se incluirá una amonestación con denominación del cargo responsable y se ordenará la publicación en el Boletín Oficial del Estado o autonómico que corresponda.

4. Se deberán comunicar a la autoridad de protección de datos las resoluciones que recaigan en relación con las medidas y actuaciones a que se refieren los apartados anteriores.

5. Se comunicarán al Defensor del Pueblo o, en su caso, a las instituciones análogas de las comunidades autónomas las actuaciones realizadas y las resoluciones dictadas al amparo de este artículo.

6. Cuando la autoridad competente sea la Agencia Española de Protección de Datos, esta publicará en su página web con la debida separación las resoluciones referidas a las entidades del apartado 1 de este artículo, con expresa indicación de la identidad del responsable o encargado del tratamiento que hubiera cometido la infracción. Cuando la competencia corresponda a una autoridad autonómica de protección de datos se estará, en cuanto a la publicidad de estas resoluciones, a lo que disponga su normativa específica”.

En resumen, la LOPDGDD no faculta a imponer multas administrativas, sino un mero apercibimiento, es decir, sin efecto económico alguno. No obstante, sí establece la posibilidad de que se puedan adoptar las medidas necesarias para que cese la conducta o se corrijan los defectos correspondientes.

En el texto de la resolución se establecen cuáles han sido las infracciones cometidas y los hechos que han dado lugar a la vulneración de la normativa de protección de

datos, de lo que se infiere con claridad cuáles son las medidas a adoptar, sin perjuicio de que el tipo de procedimientos, mecanismos o instrumentos concretos para implementarlas corresponda a la parte sancionada, pues es el responsable del tratamiento quien conoce plenamente su organización y ha de decidir, en base a la responsabilidad proactiva y en enfoque de riesgos, cómo cumplir con el RGPD y la LOPDGDD

Por lo tanto, de acuerdo con la legislación aplicable y valorados los criterios de graduación de las sanciones cuya existencia ha quedado acreditada, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos

RESUELVE:

PRIMERO: IMPONER a CONSEJERÍA DE SANIDAD, con CIF S3933002B, por una infracción de los artículos 5.1.c) y 7 del RGPD, tipificada en el artículo 83.5 del RGPD, una sanción de apercibimiento.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a CONSEJERÍA DE SANIDAD.

TERCERO: COMUNICAR la presente resolución al Defensor del Pueblo, de conformidad con lo establecido en el artículo 77.5 de la LOPDGDD.

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la LPACAP, 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 de la referida Ley.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) de la LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

938-100322

Mar España Martí

Directora de la Agencia Española de Protección de Datos