

Procedimiento N°: A/00102/2016

RESOLUCIÓN: R/00581/2016

En el procedimiento A/00102/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Don **B.B.B.**, vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 9 de junio de 2015, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Don **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante), poniendo de manifiesto, en lo que se refiere a la vulneración de la normativa de protección de datos, que en el sitio web **D.D.D.**, se recaban datos personales sin dar cumplimiento al derecho de información previa de los afectados en la recogida de datos contemplado en el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

SEGUNDO: Como consecuencia de las actuaciones practicadas desde la Subdirección General de Inspección de Datos a la vista de los hechos denunciados se tuvo conocimiento de lo que sigue:

2.1 Con fecha 27 de julio de 2015, se accede al registro de dominios de Internet whois comprobándose que el dominio **D.D.D.** consta registrado a nombre de Don **B.B.B.** (en adelante el denunciado)

2.2 Con fecha 27 de julio de 2015, se accede al sitio web **D.D.D.** comprobándose que en la página de contacto hay dos formularios a través de los que se recaban datos personales de los usuarios.

En el formulario denominado de “Contacto” se requiere la facilitación de los siguientes datos personales: nombre, apellidos y e-mail.

En el formulario denominado “C.C.C.” se requiere la facilitación de e-mail.

2.3 Junto a dichos formularios la denunciada no incluye cláusula informativa o, en su caso, enlace al documento de privacidad de la página web, que proporcione a los usuarios cuyos datos personales son solicitados ningún tipo de información referente a los siguientes extremos: identidad del responsable del fichero o ficheros en los que se registran los datos de carácter personal facilitados por los usuarios que cumplimentan los mencionados formularios, finalidades de la recogida de dichos datos, destinatarios de la información, y procedimiento para ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (derechos ARCO).

En el sitio web **D.D.D.** se promociona y difunde la venta de productos

asociados al Kefir, libros y packs de ahorro.

TERCERO: Con fecha 26 de febrero de 2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00102/2016, por infracción de del artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), tipificada como leve en su artículo 44.2.c). Dicho acuerdo fue notificado al denunciado y al denunciante.

QUINTO: Con fecha 5 de marzo de 2016, se recibió en esta Agencia escrito del denunciado comunicando lo siguiente:

<<Siguiendo sus indicaciones, hemos puesto esmero y dedicación para que dichos procedimientos aparezcan correctamente en nuestra Web hoy mismo y así solventar en la mayor brevedad este contratiempo.

Con lo cual especificamos a continuación (Con ayuda de Imágenes adjuntas), el trabajo realizado para solventar esta incidencia y archivarla:

- 1. Se ha añadido en el pie de página en la parte inferior izquierda un enlace de **'Nota Legal'** dónde hacemos constar nuestros datos fiscales y dónde aparecen las cláusulas que deben aparecer en la web.*
- 2. Se ha añadido en el formulario de contacto general de la web la casilla de verificación obligatoria con enlace a la 'Nota Legal' citada anteriormente por tal de que el usuario de conformidad y la acepte:*
- 3. Se ha añadido en el formulario de suscripción al **C.C.C.** de la sección **'Condiciones Generales'** la casilla de verificación obligatoria con enlace a la 'Nota Legal' citada anteriormente por tal de que el usuario de conformidad y la acepte:*
- 4. Se ha especificado en el formulario de suscripción al **C.C.C.** de la sección derecha y en el pie de página que aparece en la mayoría de páginas de la Web los enlaces obligatorios hacia la 'Nota Legal' citada anteriormente dónde se le afirma al usuario que al suscribirse da conformidad a la Política de Privacidad y de Protección de Datos y que la acepta. >>*

Adjunto a sus alegaciones remitió imágenes en las que consta la información incluida en cada uno de los formularios.

En base a todo ello solicitó que se proceda al archivo del procedimiento.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Desde esta Agencia se accede el 27 de julio de 2015, al registro de dominios de Internet whois comprobándose lo siguiente:

- Que el dominio **D.D.D.** consta registrado a nombre de Don **B.B.B.**.
- Que en la página de contacto hay dos formularios a través de los que se recaban datos personales de los usuarios:
 - En el formulario denominado de “Contacto” se requiere la facilitación de los siguientes datos personales: nombre, apellidos y e-mail.
 - En el formulario denominado “C.C.C.” se requiere la facilitación de e-mail.
- Junto a dichos formularios la denunciada no incluye cláusula informativa o, en su caso, enlace al documento de privacidad de la página web, que proporcione a los usuarios cuyos datos personales son solicitados ningún tipo de información referente a los siguientes extremos: identidad del responsable del fichero o ficheros en los que se registran los datos de carácter personal facilitados por los usuarios que cumplimentan los mencionados formularios, finalidades de la recogida de dichos datos, destinatarios de la información, y procedimiento para ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (derechos ARCO).

SEGUNDO: Con fecha 5 de marzo de 2016, se recibió en esta Agencia escrito del denunciado comunicando lo siguiente:

<<... Se ha añadido en el pie de página en la parte inferior izquierda un enlace de ‘Nota Legal’ dónde hacemos constar nuestros datos fiscales y dónde aparecen las cláusulas que deben aparecer en la web.

- 2. Se ha añadido en el formulario de contacto general de la web la casilla de verificación obligatoria con enlace a la ‘Nota Legal’ citada anteriormente por tal de que el usuario de conformidad y la acepte:*
- 3. Se ha añadido en el formulario de suscripción al C.C.C. de la sección ‘Condiciones Generales’ la casilla de verificación obligatoria con enlace a la ‘Nota Legal’ citada anteriormente por tal de que el usuario de conformidad y la acepte:*
- 4. Se ha especificado en el formulario de suscripción al C.C.C. de la sección derecha y en el pie de página que aparece en la mayoría de páginas de la Web*

los enlaces obligatorios hacia la 'Nota Legal' citada anteriormente dónde se le afirma al usuario que al suscribirse da conformidad a la Política de Privacidad y de Protección de Datos y que la acepta..." >>

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

II

Se imputa a Don **B.B.B.** una infracción del art. 5 de la LOPD, en el que se establece lo siguiente:

"1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior."

La obligación que impone el art. 5 es por tanto, la de informar al afectado en la recogida de datos, pues solo así queda garantizado el derecho del afectado a tener una apropiada información y a consentir o no el tratamiento, en función de aquella.

Así, de acuerdo con lo establecido en el art. 5 transcrito, el denunciado debe dar a sus clientes la información prevista en el art. 5.1 de la LOPD, y debe suministrarse a los clientes previamente a la solicitud de sus datos personales, y deberá ser expresa, precisa e inequívoca.

La ley ha querido imponer una formalidad específica en la recogida de datos a

través de cuestionarios u otros impresos que garantice el derecho a la información de los afectados. A tal efecto, impone la obligación de que la información figure en los propios cuestionarios e impresos y la refuerza exigiendo que conste de forma claramente legible.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, que delimita el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, se ha pronunciado sobre la vinculación entre el consentimiento y la finalidad para el tratamiento de los datos personales, en los siguientes términos: *“el derecho a consentir la recogida y el tratamiento de los datos personales (art. 6 LOPD) no implica en modo alguno consentir la cesión de tales datos a terceros, pues constituye una facultad específica que también forma parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos. Y, por tanto, la cesión de los mismos a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aun cuando puedan ser compatibles con éstos (art. 4.2 LOPD), supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado. Una facultad que solo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por ley, pues el derecho fundamental a la protección de datos personales no admite otros límites. De otro lado, es evidente que el interesado debe ser informado tanto de la posibilidad de cesión de sus datos personales y sus circunstancias como del destino de éstos, pues sólo así será eficaz su derecho a consentir, en cuanto facultad esencial de su derecho a controlar y disponer de sus datos concreta. Pues en otro caso sería fácil al responsable del fichero soslayar el consentimiento del interesado mediante la genérica información de que sus datos pueden ser cedidos. De suerte que, sin la garantía que supone el derecho a una información apropiada mediante el cumplimiento de determinados requisitos legales (art. 5 LOPD) quedaría sin duda frustrado el derecho del interesado a controlar y disponer de sus datos personales, pues es claro que le impedirían ejercer otras facultades que se integran en el contenido del derecho fundamental al que estamos haciendo referencia”*.

La LOPD recoge las garantías precisas para el tratamiento de los datos personales en lo relativo a los requisitos del consentimiento, de la información previa a este, y de las finalidades para las que los datos pueden ser recabados y tratados.

La citada Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, al delimitar el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, ha considerado el derecho de información como un elemento indispensable del derecho fundamental a la protección de datos al declarar que *“...el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos*

personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que rectifique o los cancele”.

III

El artículo 44.2.c) de la LOPD considera infracción leve: *“el incumplimiento del deber de información al afectado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando los datos sean recabados del propio interesado.”*

En el caso que nos ocupa se ha podido comprobar que Don **B.B.B.** ha incumplido lo dispuesto en el art. 5.1 LOPD, en la medida en que la cláusula informativa que obraba en su página web, no informaba de la identidad y dirección del responsable del fichero, así como tampoco informaba de la finalidad de la recogida de los datos.

IV

No obstante, la disposición final quincuagésima sexta de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible (BOE 5-3-2011) ha añadido un nuevo apartado 6 al artículo 45 de la Ley 15/1999 de Protección de Datos en lugar del existente hasta su promulgación del siguiente tenor: *“Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador, y en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:*

- a) que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.*
- b) Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.*

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento”.

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado apartado 6. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de

la actividad del mismo con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

Ha quedado acreditado que la cláusula informativa de la página web del denunciado en el momento de la denuncia, no reunía los requisitos del artículo 5 de la LOPD, aunque si actualmente, al haberse modificado a lo largo del presente procedimiento, lo que acredita que ha tomado las necesarias medidas correctoras. Teniendo en cuenta estas circunstancias, no procede requerimiento alguno.

V

Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso 455/2011, de 29/11/2013, analiza el apercibimiento como un acto de naturaleza no sancionadora, como se deduce del fundamento de derecho Sexto:

<<...Debe reconocerse que esta Sala y Sección en alguna ocasión ha calificado el apercibimiento impuesto por la AEPD, en aplicación del artículo examinado, como sanción (SAN de 7 de junio de 2012, rec. 285/2010), y en otros casos ha desestimado recursos contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones análogas a la recurrida en este procedimiento, sin reparar en la naturaleza no sancionadora de la medida expresada (SSAN de 20 de enero de 2013, rec. 577/2011, y de 20 de marzo de 2013, rec. 421/2011). No obstante, los concretos términos en que se ha suscitado la controversia en el presente recurso contencioso-administrativo conducen a esta Sala a las conclusiones expuestas, corrigiendo así la doctrina que hasta ahora venía presidiendo la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD...>>

Además, la sentencia interpreta o liga apercibimiento o apercibir con el requerimiento de una actuación para subsanar la infracción, y si no existe tal requerimiento, por haber cumplido las medidas esperadas relacionadas con la infracción, no sería apercibimiento, sino archivo, como se deduce del citado fundamento de derecho: *<<...Pues bien, en el caso que nos ocupa el supuesto concreto, de entre los expresados en el apartado quinto del artículo 45, acogido por la resolución administrativa recurrida para justificar la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD es el primero, pues aprecia “una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción”, tal y como expresa su fundamento de derecho VII.*

Por ello, concurriendo las circunstancias que permitían la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD, procedía “apercibir” o requerir a la denunciada para que llevara a cabo las medidas correctoras que la Agencia Española de Protección de Datos considerase pertinentes, en sustitución de la sanción que de otro modo hubiera correspondido.

No obstante, dado que resultaba acreditado que la denunciada por iniciativa propia había adoptado ya una serie de medidas correctoras, que comunicó a la Agencia Española de Protección de Datos, y que esta había verificado que los datos del

denunciante no eran ya localizables en la web del denunciado, la Agencia Española de Protección de Datos no consideró oportuno imponer a la denunciada la obligación de llevar a cabo otras medidas correctoras, por lo que no acordó requerimiento alguno en tal sentido a ésta.

Recuérdese que al tener conocimiento de la denuncia la entidad denunciada, procedió por iniciativa propia a dirigirse a Google para que se eliminara la URL donde se reproducían la Revista y el artículo, a solicitar a sus colaboradores que suprimieran cualquier nombre de sus artículos o cualquier otra información susceptible de parecer dato personal y que revisaran las citas del área privada de la web para borrar cualquier otro dato sensible, y, por último, a revisar la configuración de los accesos para que los buscadores no tuvieran acceso a las Revistas.

En consecuencia, si la Agencia Española de Protección de Datos estimaba adoptadas ya las medidas correctoras pertinentes en el caso, como ocurrió, tal y como expresa la resolución recurrida, la actuación administrativa procedente en Derecho era al archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, pues así se deduce de la correcta interpretación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

Por el contrario, la resolución administrativa recurrida procedió a “apercibir” a la entidad PYB ENTERPRISES S.L., aunque sin imponerle la obligación de adoptar medida correctora alguna, lo que solo puede ser interpretado como la imposición de un “apercibimiento”, entendido bien como amonestación, es decir, como sanción, o bien como un mero requerimiento sin objeto. En el primer caso nos hallaríamos ante la imposición de una sanción no prevista en la LOPD, con manifiesta infracción de los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora, previstos en los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el segundo supuesto ante un acto de contenido imposible, nulo de pleno derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 62.1.c) de la misma Ley...>>

De acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00102/2016** seguido contra Don **B.B.B.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, en relación con la denuncia por la infracción del artículo 5 de la citada ley.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo

dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Don **B.B.B.**

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Don **A.A.A.** .

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos