



Procedimiento N°: A/00109/2014

RESOLUCIÓN: R/02236/2014

En el procedimiento A/00109/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la **ASOCIACIÓN NACIONAL SMOKING CLUB CIRCUS DE LA CULTURA DEL FUMADOR**, vista la denuncia presentada por el **AYUNTAMIENTO DE MADRID-POLICIA MUNICIPAL** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 18 de diciembre de 2013, se recibió en esta Agencia un escrito remitido por la Policía Municipal de Madrid (en lo sucesivo el denunciante), comunicando que con motivo de una inspección realizada con fecha 1 de diciembre de 2013, por agentes de dicho Cuerpo en los locales de la Asociación Nacional Smoking Club Circus de la Cultura del Fumador (en lo sucesivo el denunciado), se comprueba que existen una serie de hechos relativos a Protección de Datos que podrían no cumplir la normativa vigente, en concreto la falta de información en la recogida de datos personales y la falta de inscripción de sus ficheros de datos personales.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia:

a) Se comprueba que no existe ningún fichero inscrito a nombre de la Asociación denunciada.

b) Se comunica la falta de inscripción de los ficheros a la Subdirección General de Registro General de Protección de Datos. Mediante escrito con fecha de salida de 21/03/2014 la citada Subdirección de Registro, requiere a la asociación denunciada la notificación de sus ficheros. Dicho escrito fue devuelto por el Servicio de Correos por Caducado, tras no ser retirado en oficina.

TERCERO: Con fecha 19 de mayo de 2014, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00109/2014, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), con relación a la denuncia por infracción de sus artículos 5.1 y 26.1, tipificadas como leves en los artículos 44.2.c) y 44.2.b) respectivamente de la citada Ley Orgánica. Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado.

CUARTO: Con fecha 16/16/2014 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica: <<...En este sentido, la "ASOCIACIÓN NACIONAL SMOKING CLUB CIRCUS DE LA CULTURA DEL FUMADOR", en cumplimiento del apercibimiento acordado por el Director de la AEPD mediante acuerdo de fecha 19 de mayo de 2014,

ha adoptado las siguientes medidas correctoras:

Dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 26.1 de la LOPD, procediendo a la solicitud de inscripción de un fichero de titularidad privada, lo que se ha notificado a la Agencia de Protección de Datos, así como comprometiéndose a actuar en lo sucesivo conforme se indica en el art 5 de la citada Ley orgánica.

Se aporta a efectos acreditativos, solicitud de inscripción y notificación del mismo a la AEPD como DOCUMENTOS N° 1 Y 2.

A mayor abundamiento, LA ASOCIACIÓN NACIONAL SMOKING CLUB CIRCUS DE LA CULTURA DEL FUMADOR", desde el 1 de diciembre de 2013, fecha anterior a que se recibiera en la AEPD el escrito remitido por el denunciante que ha dado lugar a la apertura del presente procedimiento (18 de diciembre de 2013) NO EJERCE ACTIVIDAD ALGUNA.

Se aporta Certificación de no Actividad de la Junta Directiva como DOCUMENTO N°3.

Por tanto, en el presente caso, habiéndose regularizado por el infractor la situación irregular de forma diligente, entendemos que procede el archivo del expediente sin imposición de sanción alguna...>>

QUINTO: A la vista de las alegaciones del denunciado, con fechas 22 de agosto y 16 de septiembre de 2014 se solicita información al denunciante, comunicando el mismo:

<<...A usted informa el abajo firmante en relación al asunto de referencia, que los agentes actuantes realizaron acta LEPAR y varias denuncias de OOMM a la asociación de referencia sita en PL de los Mostenses n° 11 el pasado día 01 de Diciembre de 2013 al estar ejerciendo actividad.

Señalar que desde la fecha de referencia no ha vuelto a ejercer actividad en dicho punto desconociendo el firmante si la viene realizando en otro lugar.

Lo que le comunico para su conocimiento y efectos oportunos...>>

<<...En relación con al procedimiento N° A/00109/2014 donde se nos pedía comprobar si esta asociación había cambiado la ubicación a (C/.....1), se comunica, que tanto en los archivos como por las visitas efectuadas a los dos locales que existen en este número, el resultado es negativo, no existiendo esta asociación en ese lugar...>>

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 18 de diciembre de 2013, se recibió en esta Agencia un escrito remitido por el denunciante, comunicando que con motivo de una inspección realizada con fecha 1 de diciembre de 2013, por agentes de dicho Cuerpo en los locales del denunciado, se comprueba que existen una serie de hechos relativos a Protección de Datos que podrían no cumplir la normativa vigente, en concreto la falta de información

en la recogida de datos personales y la falta de inscripción de sus ficheros de datos personales (folios 1 a 12).

SEGUNDO: Mediante Resolución de 17/06/2014 se procedió a la inscripción del fichero de socios y miembros del denunciado (folio 42).

TERCERO: El denunciado ha comunicado que “...desde el 1 de diciembre de 2013, fecha anterior a que se recibiera en la AEPD el escrito remitido por el denunciante que ha dado lugar a la apertura del presente procedimiento (18 de diciembre de 2013) NO EJERCE ACTIVIDAD ALGUNA...”(folio 38).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

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

II

El artículo 5.1 de la LOPD, establece que:

“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”.

Los hechos denunciados, la falta de información en el momento de la recogida de los datos personales de los socios pertenecientes al denunciado, suponen la comisión, por parte del mismo, de una infracción tipificada como leve en el artículo 44.2.c) de la LOPD, que considera como tal “*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". infracción que podría ser sancionada con multa de 900 a 40.000 euros.

III

La no inscripción en el Registro General de Protección de Datos, con carácter previo a su creación, del fichero utilizado por el denunciado, suponen la comisión, por parte del denunciado, de una infracción del artículo 26.1 de la LOPD, que dispone que: *"1. Toda persona o entidad que proceda a la creación de ficheros de datos de carácter personal lo notificará previamente a la Agencia Española de Protección de Datos"*,

Infracción tipificada como leve en el artículo 44.2.b) de la misma norma, que considera como tal *"No solicitar la inscripción del fichero de datos de carácter personal en el Registro General de Protección de Datos"*. Infracción que podría ser sancionada con multa de 900 a 40.000 euros.

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 LOPD, en lugar del existente hasta su entrada en vigor, 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 de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constando beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de las infracciones.

Por otra parte, en el presente caso, ha quedado acreditado la inscripción del fichero de clientes del denunciado, así como que desde el 1/12/2013, presuntamente el

denunciado no ejerce actividad alguna.

V

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 fundamento de derecho SEXTO:

“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.”

Al haberse inscrito el fichero de clientes del denunciado y no ejerciendo presuntamente actividad, a partir de la fecha de la visita del denunciante, por todo ello procede el archivo del presente procedimiento, dada la naturaleza del citado procedimiento.

De acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00109/2014** seguido contra la **ASOCIACIÓN NACIONAL SMOKING CLUB CIRCUS DE LA CULTURA DEL FUMADOR**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, en relación con la denuncia por la infracción de los artículos 5 y 26 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 el Director 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 del referido texto legal.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a la **ASOCIACIÓN NACIONAL SMOKING CLUB CIRCUS DE LA CULTURA DEL FUMADOR**.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a la **POLICIA MUNICIPAL DE MADRID**.

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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos