



Procedimiento N°: A/00113/2014

RESOLUCIÓN: R/01578/2014

En el procedimiento A/00113/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **ASESORES Y PROFESIONALES DE ANDALUCÍA S.L.U. (ASPRO ANDALUCÍA)**, vista la denuncia presentada por Dña. **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 1/10/2013 tuvo entrada en esta Agencia, escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) comunicando que al ir a comprar un piso, en el documento que contiene la oferta, sólo le informan que sus datos se incluirán en ficheros de SERVIHABITAT XXI, S.A.U. pero no le informan que se incluirán en los ficheros del intermediario Asesores y profesionales de Andalucía, S.L.U. (en lo sucesivo el denunciado). También denuncia que esta entidad tiene una página web sin información alguna sobre protección de datos.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, desde la Subdirección General de Inspección de datos se accede a Internet y se comprueba que la entidad denunciada, tiene una página web en la que se solicitan datos cuando se pide información sobre un piso determinado, sin facilitar la información del art. 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

Así mismo, se solicita a la Subdirección General del Registro General de Protección de Datos, que efectúe los requerimientos oportunos a la entidad denunciada, a los efectos de que proceda a inscribir sus ficheros en esta Agencia, por cuanto no se ha encontrado inscripción alguna.

TERCERO: Con fecha 26 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/00113/2014, por infracción de su artículo 5.1, tipificada como leve en el artículo 44.2.c). Dicho acuerdo fue notificado a la denunciante y al denunciado.

CUARTO: Con fecha 30/06/2014 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado, adjuntando copia de la resolución de esta Agencia de 13/06/2014 de inscripción de sus ficheros, y en el que comunica: *"...tenga por presentado este escrito con su documento, se sirva admitirlos, uniéndolos al expediente de su razón, y con él por formuladas las alegaciones que constan en el mismo, y previa práctica de la prueba interesada, acuerde NO aperturar expediente sancionador al haberse adoptado medidas correctoras suficientes..."*

QUINTO: Con fecha 9/07/2014 desde esta Agencia se accede al aviso legal de la página web del denunciado, incorporando copia del mismo donde se informa de la protección de datos personales de los ciudadanos que acceden a la misma. Siendo el contenido del mismo: "...**Protección de datos personales**

El prestador se encuentra profundamente comprometido con el cumplimiento de la normativa española de protección de datos de carácter personal, y garantiza el cumplimiento íntegro de las obligaciones dispuestas, así como la implementación de las medidas de seguridad dispuestas en el art. 9 de la Ley 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) y en el Reglamento de Desarrollo de la LOPD. El prestador pone a disposición de los usuarios su Política de Privacidad informando a los usuarios respecto a los siguientes aspectos:

- Datos del responsable del tratamiento: ASESORES Y PROFESIONALES DE ANDALUCIA
- Datos tratados: Identificativos y de contacto
- Fichero en el que se almacenan: Formulario Web
- Finalidad del tratamiento: CONTACTO E INFORMACION SOBRE LOS PRODUCTOS SOLICITADOS
- Obligatoriedad o no de facilitarlos: Datos necesarios para la finalidad descrita, voluntariamente proporcionados por el titular
- Sobre los derechos que asisten a todo usuario y el procedimiento para ejercitarlos: e-mail a@ASPROANDALUCIA.COM acompañado fotocopia DNI..."

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 1/10/2013 tuvo entrada en esta Agencia, escrito de la denunciante comunicando que la entidad denunciada tiene una página web sin información alguna sobre protección de datos (folios 1 a 8).

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, desde la Subdirección General de Inspección de datos se accede a Internet y se comprueba que la entidad denunciada, tiene una página web en la que se solicitan datos cuando se pide información sobre un piso determinado, sin facilitar la información del art. 5 de la LOPD.

Así mismo, se solicita a la Subdirección General del Registro General de Protección de Datos, que efectúe los requerimientos oportunos a la entidad denunciada, a los efectos de que proceda a inscribir sus ficheros en esta Agencia, por cuanto no se ha encontrado inscripción alguna (folios 9, 10 y 15).

TERCERO: Con fecha 30/06/2014 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado, adjuntando copia de la resolución de esta Agencia de 13/06/2014 de inscripción de sus ficheros (folios 42 a 73).

CUARTO: Con fecha 9/07/2014 desde esta Agencia se accede al aviso legal de la página web del denunciado, incorporando copia del mismo donde se informa de la

protección de datos personales de los ciudadanos que acceden a la misma (folios 74).

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

Se imputa al denunciado 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 el denunciado ha incumplido lo dispuesto en el art. 5.1 LOPD, en la medida en que se ha podido comprobar que carecía de cláusula informativa en su página web.

En este sentido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 30 de enero de 2013, al señalar la misma que: *“no basta con informar en el catálogo de la posibilidad de recibir publicidad, sino que hay que informar y dar la posibilidad de que el afectado pueda mostrar su negativa al tratamiento de sus datos con dicha finalidad, como así lo exige el art. 15 del RD 1720/2007, en relación con el deber de información en la recogida de datos regulado en el citado art. 5.1 LOPD.*

Y en el caso de autos no se ha informado y dado la posibilidad al afectado de mostrar su negativa al tratamiento de sus datos personales con esos fines que no guardan relación directa con la relación contractual, ni en el momento de realizar el pedido telefónicamente, ni tampoco cuando se recibe el pedido en el domicilio en el talón de venta que tiene que ser firmado por el destinatario de la mercancía, como así hizo el denunciante.”

Asimismo, en esta sentencia se prosigue señalando *“la resolución impugnada considera que no se especifican las finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial y no se informa sobre los sectores específicos y concretos sobre los que podrá recibir información o publicidad comercial, vulnerando lo dispuesto en el art. 45 del Reglamento de desarrollo de la LOPD.”*

No obstante, la sentencia señala que *“para cumplir con el citado deber de información no es necesario que se reseñen los variados sectores o actividades a que se dedican (...), sino que bastará con la remisión a una página web.”*

Por tanto, en este caso concreto en el que no existía cláusula informativa ni se informaba cuando se obtienen los datos personales por Internet, se ha producido una vulneración del art. 5 LOPD.

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 no existía cláusula informativa en la página web del denunciante en el momento de la denuncia, aunque si actualmente, al haberse incorporado 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.

VI

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 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00113/2014** seguido contra **ASESORES Y PROFESIONALES DE ANDALUCÍA S.L.U. (ASPRO ANDALUCÍA)**, 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.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **ASESORES Y PROFESIONALES DE ANDALUCÍA S.L.U. (ASPRO ANDALUCÍA)**.

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

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 esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

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