



Procedimiento N°: A/00143/2016

RESOLUCIÓN: R/01479/2016

En el procedimiento A/00143/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a D. **A.A.A.**, vista la denuncia presentada por D. **B.B.B.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 10 de abril de 2015, tiene entrada en esta Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) escrito de D. **B.B.B.** (en adelante denunciante) en el que manifiesta que en la página web <www.hogarmilitar.es>, que se anuncia como un portal inmobiliario dirigido a miembros de las Fuerzas Armadas Españolas (FAS), se podría estar recabando y tratando datos personales de forma contraria a la Ley Orgánica 15/1999.

Se adjunta con el escrito de denuncia Nota de Servicio, del Estado Mayor del Ejército del Ministerio de Defensa, uso oficial, de fecha 24 de marzo de 2015, asunto “info. vulnerabilidad pág. web hogarmilitar”, en la que se informa de lo siguiente:

Se ha tenido conocimiento de una página web denominada www.hogarmilitar.es, la cual se anuncia como un portal inmobiliario de carácter gratuito dirigido a miembros de las FAS con la intención de facilitar contactos entre militares para el alquiler de viviendas y habitaciones. Para registrarse solicita la dirección de correo corporativo, a la cual manda un mensaje con un enlace para continuar con el registro. Posteriormente se solicitan otros datos (nombre, apellidos, teléfono de contacto, fotocopia de la TIM para el personal retirado o en la reserva).

Se recuerda que proporcionar datos personales en una página de uso exclusivo para militares los identifica como tales lo cual supone una doble amenaza (...).

Así mismo, según la Instrucción 10/2011 de Mensajería Interpersonal, la mensajería interpersonal de la WAN PG es una herramienta no formal pero constituye una herramienta de trabajo, proporcionada por el MINISDEF para fines relacionados con la actividad profesional. Su empleo en otras situaciones como la mencionada página web, no está autorizado (...).

Por todo ello se informará al personal dependiente de ese mando que por razones de seguridad se desaconseja la participación en la página web “hogarmilitar”.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se ha tenido conocimiento de los siguientes extremos conforme al informe de actuaciones de inspección E/03973/2015 que se transcribe:

“ACTUACIONES PREVIAS

1. La Inspección de Datos ha verificado que el titular del dominio del sitio web <www.hogarmilitar.es> es **A.A.A.**, según consta en el registro de dominios de Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Dichas circunstancias se detallan en la Diligencia de fecha 18 de mayo de 2015.

2. La Inspección de Datos ha verificado que en el sitio web <www.hogarmilitar.es> consta que es un portal inmobiliario, exclusivo para miembros de las Fuerzas Armadas, donde poder encontrar o anunciar casas y habitaciones de alquiler, de militares para otros militares y de manera gratuita. También consta “política de privacidad” y “aviso legal” y, entre otros, los siguientes aspectos:

*A efectos de la ley orgánica de protección de datos de carácter personal, www.hogarmilitar.es informa al usuario de la existencia de ficheros de datos de carácter personal creado por **A.A.A.**, con DNI *****DNI.1**, y bajo su responsabilidad, con la finalidad de administrar la relación de www.hogarmilitares con sus usuarios y poder ofrecer los servicios como portal inmobiliario web.*

Con la utilización del formulario de registro y previa aceptación de la política de privacidad, el usuario consiente que los datos personales relativos a su nombre y apellidos, correo electrónico y número de teléfono, sean comunicados al anunciante del inmueble (...).

Además también serán objeto de cesión toda aquella otra información que el usuario desee incluir en el mensaje al anunciante del inmueble con la única finalidad de realizar el contacto (...).

El usuario titular de los datos personales podrá ejercer, en los términos y las limitaciones establecidos por la normativa vigente, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a través de un correo electrónico a la dirección: <info@hogarmilitar.es> indicando en el asunto “BAJA REGISTRO WEB”.

Dichas circunstancias constan en la Diligencia de fecha 14 de julio de 2015.

3. En el Registro General de Protección de Datos consta inscrito el fichero denominado “GESTION DE USUARIOS REGISTRADOS”, con el código *****CÓD.1**, siendo responsable **A.A.A.**.

Dichas circunstancias constan en la Diligencia de fecha 14 de julio de 2015.

4. El titular de la página <www.hogarmilitar.es> ha informado a la Inspección de Datos, con fecha de 21 de octubre de 2015, en relación con dicho sitio web lo siguiente:

*La página web fue creada por un particular **A.A.A.**, que procede de una familia de miembros de las FAS, que no está controlada por ninguna empresa, el servicio que presta es totalmente gratuito con objeto de ayudar a miembros de las FAS que son trasladados de domicilio en numerosas ocasiones a lo largo de su carrera.*

Por lo que la finalidad de la página web es poner en contacto a las personas para que tengan más facilidades en sus relocalizaciones.

Para registrarse en la página web el usuario debe facilitar la dirección de correo electrónico del Ministerio de Defensa, solamente la primera vez para acreditar que es miembro de dicho organismo, y debe aceptar la Política de privacidad y condiciones de uso. Posteriormente se envía a la dirección de correo facilitada

por el usuario un nombre de usuario y clave para el acceso al sitio web.

A continuación el usuario debe cumplimentar un formulario con los siguientes datos personales:

Dirección de correo electrónico personal: distinta del Ministerio de Defensa, ésta solamente se utiliza para el registro inicial, todas las comunicaciones se realizarán a la dirección de correo personal.

Nombre y apellidos: obligatorio, teléfono: opcional y estatus I y estatus II: opcional.

El usuario debe aceptar de nuevo "Política de privacidad y condiciones de uso".

En el caso de que los miembros de las FAS se encuentren en la "reserva" o "retirados" deben aportar carnet de identificación militar (TIM) que es utilizado exclusivamente para el registro y es eliminado una vez finalizado el proceso de registro.

Añade que en todos los correos electrónicos que remite consta el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, que nunca envían comunicaciones comerciales y que no han realizado cesiones de la información a terceros.

Además, para aquellos usuarios que quieran ofertar una vivienda para ser alquilada, podrán incluir en la web todo tipo de información sobre la vivienda como cualquier otro portal web, por ejemplo: localización, características del inmueble tales como, metros cuadrados, número de habitaciones, baños, imágenes, etc.

Que tiene contratado con una empresa de servicios informáticos el mantenimiento del sitio web, con los que ha suscrito Contrato de Prestación de Servicios, en el que se especifican los aspectos contemplados en el artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 y cuya copia se adjunta."

TERCERO: La estipulación segunda de la Política de Privacidad del sitio web refleja lo siguiente:

"La aceptación de las condiciones generales de uso y política de privacidad de www.hogarmilitar.es implica la autorización del usuario www.hogarmilitar.es para el envío de información comercial, que consideremos puedan resultar de tu interés, a tu domicilio, teléfono móvil y dirección de correo electrónico. Si deseas revocar dicha autorización, podrá hacerlo de forma fácil y gratuita dirigiendo tu petición en forma de correo electrónico a info@hogarmilitar.es "

Conforme a tal redacción, los usuarios que aceptan la citada política de privacidad no son informados sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad.

CUARTO: Con fecha 05/05/2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, por virtud de lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, acordó someter al denunciado a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción del artículo 5 de la LOPD, tipificada como leve en el artículo 44.2.c) de la citada Ley Orgánica.

CUARTO: Notificado el acuerdo de audiencia previa al apercibimiento, el denunciando

manifestó que la inclusión en la política de privacidad del sitio web www.hogarmilitar.es de un párrafo en el que el usuario autoriza el envío de información comercial se debe a un error ya que no se van a realizar ningún tipo de envíos comerciales por cuanto la web no tiene ningún tipo de interés comercial sino que pretende ayudar a los militares de manera desinteresada. Por último manifiesta su intención de cerrar la web de manera inmediata.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha 14/07/2015 se comprobó que el sitio web [<www.hogarmilitar.es>](http://www.hogarmilitar.es) es un portal inmobiliario, exclusivo para miembros de las Fuerzas Armadas, donde poder encontrar o anunciar casas y habitaciones de alquiler, de militares para otros militares y de manera gratuita.

Para registrarse en la página web www.hogarmilitar.es el usuario debe facilitar la dirección de correo electrónico del Ministerio de Defensa, solamente la primera vez para acreditar que es miembro de dicho organismo, y debe aceptar la Política de privacidad y condiciones de uso. Posteriormente se envía a la dirección de correo facilitada por el usuario un nombre de usuario y clave para el acceso al sitio web.

A continuación el usuario debe cumplimentar un formulario con los siguientes datos personales:

Dirección de correo electrónico personal: distinta del Ministerio de Defensa, ésta solamente se utiliza para el registro inicial, todas las comunicaciones se realizarán a la dirección de correo personal.

Nombre y apellidos: obligatorio, teléfono: opcional y estatus I y estatus II: opcional.

El usuario debe aceptar de nuevo “Política de privacidad y condiciones de uso”.

En el caso de que los miembros de las FAS se encuentren en la “reserva” o “retirados” deben aportar carnet de identificación militar (TIM) que es utilizado exclusivamente para el registro y es eliminado una vez finalizado el proceso de registro.

En la “política de privacidad” de la web consta lo siguiente:

*A efectos de la ley orgánica de protección de datos de carácter personal, www.hogarmilitar.es informa al usuario de la existencia de ficheros de datos de carácter personal creado por **A.A.A.**, con DNI *****DNI.1**, y bajo su responsabilidad, con la finalidad de administrar la relación de [www.hogarmilitares](http://www.hogarmilitares.es) con sus usuarios y poder ofrecer los servicios como portal inmobiliario web.*

Con la utilización del formulario de registro y previa aceptación de la política de privacidad, el usuario consiente que los datos personales relativos a su nombre y apellidos, correo electrónico y número de teléfono, sean comunicados al anunciante del inmueble (...).

Además también serán objeto de cesión toda aquella otra información que el usuario desee incluir en el mensaje al anunciante del inmueble con la única finalidad de realizar el contacto (...).

El usuario titular de los datos personales podrá ejercer, en los términos y las



limitaciones establecidos por la normativa vigente, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a través de un correo electrónico a la dirección: <info@hogarmilitar.es> indicando en el asunto "BAJA REGISTRO."

"La aceptación de las condiciones generales de uso y política de privacidad de www.hogarmilitar.es implica la autorización del usuario www.hogarmilitar.es para el envío de información comercial, que consideremos puedan resultar de tu interés, a tu domicilio, teléfono móvil y dirección de correo electrónico. Si deseas revocar dicha autorización, podrá hacerlo de forma fácil y gratuita dirigiendo tu petición en forma de correo electrónico a info@hogarmilitar.es "

SEGUNDO: En fecha 18/05/2015 el titular del dominio del sitio web <www.hogarmilitar.es> es **A.A.A.**, según consta en el registro de dominios de Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

TERCERO: En fecha 14/07/2015 en el Registro General de Protección de Datos consta inscrito el fichero denominado "GESTION DE USUARIOS REGISTRADOS", con el código ***CÓD.1, siendo responsable **A.A.A.**.

CUARTO: En fecha 07/06/2016 se ha acreditado que la web www.hogarmilitar.es ya no se encuentra accesible

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 al denunciado una infracción del art. 5 de la LOPD. Los apartados 1, 2 y 3 del citado artículo 5 de la LOPD, establecen en cuanto el "*Derecho de información en la recogida de datos*", 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.

Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de tránsito, un

representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.

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.

3. No será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban”.

Dicho precepto fija el momento en que se ha de informar al interesado al que se recaben datos personales y el contenido de dicha información.

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

Así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 transcrito, el denunciado debe dar a sus usuarios la información prevista en el mismo, con carácter previo 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.

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”.

En este sentido, 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”.

El alcance y la manera en la que debe recabarse el consentimiento vienen recogida en los arts. 12.2 y 15 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por RD 1720/2007, que establecen lo siguiente:

“Artículo 12 Principios generales

2. Cuando se solicite el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos, éste deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario. En caso contrario, el consentimiento será nulo”.

“Artículo 15. Solicitud del consentimiento en el marco de una relación contractual para fines no relacionados directamente con la misma.

Si el responsable del tratamiento solicitase el consentimiento del afectado durante el

proceso de formación de un contrato para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos.

En particular, se entenderá cumplido tal deber cuando se permita al afectado la marcación de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se le entregue para la celebración del contrato o se establezca un procedimiento equivalente que le permita manifestar su negativa al tratamiento.

Corresponde pues analizar el contenido y alcance del consentimiento que el denunciado solicita a sus usuarios a través del formulario contenido en la web www.hogarmilitar.es que debe ser rellenado cuando el usuario se registra en la citada página web.

El artículo 30 de la LOPD, de los “Tratamientos con fines de publicidad y prospección comercial”, dispone:

“1. Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento”. (El subrayado es de la AEPD)

A su vez, el RLOPD establece en el artículo 45.1:

“Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, así como quienes realicen estas actividades con el fin de comercializar sus propios productos o servicios o los de terceros, solo podrán utilizar nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos se encuentren en uno de los siguientes casos:

(.)

b) Hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento para finalidades determinadas, explícitas y legítimas relacionadas con la actividad de publicidad o prospección comercial, habiéndose informado a los interesados sobre los sectores específicos y concretos de actividad de los que podrá recibir información o publicidad.” (El subrayado es de la AEPD)

Conforme a este precepto el tratamiento de los datos personales con fines publicitarios - salvo que los datos tratados procedan de fuentes de acceso público- exige que el interesado los haya proporcionado o bien que se hayan obtenido con su consentimiento debiendo en todo caso haber sido informado de cuáles serán los sectores de actividad de los que va a recibir publicidad.

El alcance de esta obligación de informar ha de matizarse a la luz de la SAN de 16/01/2013, que consideró suficiente la remisión a una página web que informe de cuáles son las empresas que pertenecen al grupo empresarial, sin que se exija para entender cumplida la obligación del artículo 45.1. b. del RLOPD que se haga una relación de los diferentes sectores o actividades de los que se podría recibir información

o publicidad. Muy esclarecedora resulta en este punto la citada SAN en cuyo Fundamento de Derecho Sexto se indica:

“Por otra parte, 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 el artículo 45 del Reglamento de desarrollo de la LOPD.(...)”

En el catálogo de la Tienda en Casa, se alude a las ofertas comerciales de empresa del grupo El Corte Inglés, haciéndose referencia también a las empresas del grupo El Corte Inglés, en la página web (...) y en el talón de venta, sin que, efectivamente como reseña la resolución recurrida se informe sobre los sectores específicos y concretos sobre los que podrá recibir información.

Ahora bien, considera la Sala, que para cumplir el citado deber de información no es necesario que se reseñen en los citados documentos los variados sectores o actividades a que se dedican las empresas del grupo El Corte Inglés, sino que bastará con una remisión a una página web que informe de las empresas del grupo....” (El subrayado es de la AEPD)

Así pues la exigencia de informar sobre el tipo de actividad que viene impuesta por el artículo 45.1.b) del RLOPD y el artículo 11.3 de la LOPD, a la luz de criterio seguido por la Audiencia Nacional en su Sentencia 16/01/2013 no se cumplió por cuanto el denunciado no ofrecía al usuario la posibilidad de informarse de cuáles eran las empresas y los concretos sectores de actividad a los cuales autorizaba para el envío de información comercial conforme al consentimiento que se solicita en el momento de registrarse en la citada página web.

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 este caso, el denunciado recabó datos personales sin facilitar a los usuarios la información que señala el artículo 5 de la LOPD, por cuanto la información facilitada en la web www.hogarmilitar.es no permitía conocer a los usuarios que facilitaron sus datos la empresas, ni los sectores concretos de actividad, a los que estaban autorizando para el envío de comunicaciones comerciales por lo que debe considerarse que incurrió en la infracción leve descrita.

IV

El artículo 45.1, 4 y 5 de la LOPD establece que:

“1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 € a 40.000 €

(...)”

4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

a) El carácter continuado de la infracción.

- b) El volumen de los tratamientos efectuados.*
- c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.*
- d) El volumen de negocio o actividad del infractor.*
- e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
- f) El grado de intencionalidad.*
- g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.*
- h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.*
- i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.*
- j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.*

5. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.*
- b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.*
- c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.*
- d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*
- e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente".*

El apartado 6 del artículo 45 de la LOPD establece lo siguiente:

“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”.

Los criterios a los que alude el artículo 45.6 de la LOPD, vienen recogidos en el apartado 5 del mismo precepto, cuyo tenor literal es el siguiente:

“El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.”

En el presente supuesto procedería apercibir al denunciado por cuanto 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 el grado de intencionalidad y la falta de acreditación de la obtención de beneficios por su parte como consecuencia de la comisión de la infracción.

V

Ahora bien, en el presente caso, no obstante lo anterior, debe analizarse la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el artículo 39 bis 2 de la LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida correctora alguna a adoptar por el denunciante toda vez que la infracción que se le imputada (art. 5 de la LOPD) fue corregida mediante la cancelación de La página web www.hogarmilitar.es conforme se ha acreditado en el procedimiento sancionador. Es decir, esta Agencia no podría apercibir al responsable de la infracción requiriéndole la adopción de medidas correctoras que evitasen que lo usuarios facilitasen sus datos personales a la citada web sin tener información de las empresas y sectores a los cuales autorizaban el envío de información comercial habida cuenta que dicha web no se encuentra activa y por tanto no se produce registro alguno de usuarios.

A la vista de dicha situación, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que aunque referida al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD también resulta extrapolable al apercibimiento regulado en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, advierte a propósito de la naturaleza jurídica de dicha figura que “*no constituye una sanción*”, tratándose de “*medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de*

la infracción” que *sustituyen* a la sanción. Así, la Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la Agencia Española de Protección de Datos una “*potestad*” diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de la misma, la Sentencia de la Audiencia Nacional citada concluye que cuando las medidas correctoras objeto del apercibimiento ya hubieran sido adoptadas por el infractor, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

A la vista del pronunciamiento recogido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013 (Rec. 455/2011), y reforzado posteriormente en su Sentencia de fecha 10/06/2014 (Rec. 166/2013), referente a los supuestos en los que **el denunciado ha adoptado la medida correctora oportuna** para subsanar la situación creada, de acuerdo con lo señalado **se debe proceder al archivo de las actuaciones**.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. **ARCHIVAR el procedimiento (A/00143/2015)** seguido a D. **A.A.A.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, con relación con la denuncia por infracción del artículo 5 de la citada norma.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a D. A.A.A., y a D. B.B.B.

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