



Procedimiento N°: A/00179/2013

RESOLUCIÓN: R/00106/2014

En el procedimiento A/00179/2013, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad YESWECAN CLUB DE FUMADORES, S.L., cuyo representante legal es Don **B.B.B.**, vista la denuncia presentada por **POLICIA MUNICIPAL DE MADRID** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 28 de enero de 2013, se recibió en esta Agencia un escrito remitido por la Policía Municipal de Madrid, en el que denuncian que, con motivo de una inspección realizada con fecha 1 de diciembre de 2012 por agentes de dicho Cuerpo en los locales de YESWECAN Club de Fumadores, S.L., se comprueba que existen una serie de hechos relativos a Protección de Datos que podrían no cumplir la normativa vigente, en cuanto a información sobre LOPD y medidas de seguridad de los datos recogidos de los asociados. Se recogen varios impresos de inscripción con datos personales que se encuentran en poder de los porteros del local.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se tiene conocimiento de los siguientes extremos:

1. Con fecha 16 de julio de 2013 ha tenido entrada en esta Agencia escrito del representante legal de YESWECAN Club de Fumadores, con el que adjunta diversa documentación y pone de manifiesto que:
 - 1.1. Con fecha 23 de mayo de 2011 se constituye la Asociación YESWECAN Club de Fumadores. Con fecha 22 de mayo de 2012, se inscriben sus Estatutos en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior. Dicha Asociación es de ámbito privado.
 - 1.2. La Asociación YESWECAN ha tenido su sede abierta desde mediados del mes de noviembre de 2012 hasta el 25 de enero de 2013, en que el Ayuntamiento dictó una orden de clausura, y con fecha 10 de abril de 2013 orden de precinto, las cuales se adjuntan a este escrito. Por este motivo se encuentran paralizadas sus actividades sociales, sin perjuicio a que se pueda acceder a realizar labores administrativas.
 - 1.3. El fichero con los datos recogidos de los socios se encuentra en formato papel, y es custodiado por el secretario de la Asociación. Dicho fichero es la recopilación de documentos de adhesión, en formato papel, de cada socio al club.
 - 1.4. Se adjunta un impreso denominado: DOCUMENTO DE ADHESIÓN A LA ASOCIACIÓN YESWECAN CLUB DE FUMADORES, se observa que en el mismo no existe ninguna cláusula relativa informativa con relación a la Ley

Orgánica de Protección de Datos.

- 1.5. Se adjunta un Documento de seguridad, fechado el 15 de noviembre de 2012, y con medidas relativas a un fichero automatizado, que hasta la fecha en que se remite el escrito no existe.
2. Con fecha 30 de julio de 2013, se accede al Registro General de Protección de Datos, comprobándose que no existe ningún fichero inscrito a nombre de la Asociación, según consta en la documentación adjunta.

TERCERO: Con fecha 27 de noviembre de 2013, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00179/2013. Dicho acuerdo fue notificado a los denunciantes y al denunciado. Constan los Aviso de recibo de la recepción del trámite de audiencia previa, el día 2 de diciembre de 2013.

CUARTO: La Asociación YESWECAN Club de Fumadores presentó alegaciones, con registro de entrada en esta Agencia el día 13 de enero de 2014, en las que expone que ha solicitado la inscripción de todos los ficheros de los que dispone; que ya presentó el documento de seguridad aplicable a los ficheros de los que es responsable; y que ha modificado la cláusula informativa del contrato de adhesión, que queda redactada de la siguiente manera: *“Los datos personales del socio, contenidos en el presente documento han sido facilitados por él mismo o recogidos de Fuentes Accesibles al Público. El socio conoce y acepta la inclusión de dicha información personal en un fichero bajo la responsabilidad de YESWECAN CLUB DE FUMADORES. Todos los ficheros que trata nuestra asociación se encuentran debidamente inscritos ante la Agencia Española de Protección de Datos.*

El socio como propio interesado podrá ejercitar sus derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación u Oposición en el e-mail: clubdefumadoresyeswecan@gmail.com, o en la dirección Calle San Bernardo nº 107 (28015 Madrid), todo ello tal y como establece la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999, de 13 de diciembre”.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: La Policía Municipal de Madrid realizó una inspección, con fecha 1 de diciembre de 2012, en los locales de la entidad denominada YESWECAN Club de Fumadores, S.L.

SEGUNDO: Se recogieron varios impresos de inscripción con datos personales en los que figura la leyenda informativa siguiente: *“El SOCIO VOLUNTARIO conoce y acepta la inclusión de sus datos personales en un fichero administrado por la Asociación, que cumple con la normativa vigente en materia de protección de datos, y para los solos fines que tiene la Asociación. En todo caso podrá ejercer los derechos de rectificación, cancelación y oposición que le otorga la normativa vigente en la materia”.*

TERCERO: En el Registro General de Protección de Datos figuran inscritos cuatro ficheros a nombre de la Asociación YESWECAN Club de Fumadores, entre ellos el de

Socios.

CUARTO: La Asociación YESWECAN Club de Fumadores, S.L., ha sido clausurada por el Ayuntamiento de Madrid, en fecha 23 de enero de 2013, y precintada su sede mediante Orden de 10 de abril de 2013. Ambas Resoluciones han sido recurridas.

QUINTO: La Asociación YESWECAN Club de Fumadores ha presentado un nuevo contrato de adhesión de los socios, en el que se incluye la siguiente cláusula informativa: *“Los datos personales del socio, contenidos en el presente documento han sido facilitados por él mismo o recogidos de Fuentes Accesibles al Público. El socio conoce y acepta la inclusión de dicha información personal en un fichero bajo la responsabilidad de YESWECAN CLUB DE FUMADORES. Todos los ficheros que trata nuestra asociación se encuentran debidamente inscritos ante la Agencia Española de Protección de Datos.*

El socio como propio interesado podrá ejercitar sus derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación u Oposición en el e-mail: clubdefumadoresyeswecan@gmail.com, o en la dirección Calle San Bernardo nº 107 (28015 Madrid), todo ello tal y como establece la Ley Orgánica de Protección de Datos 15/1999, de 13 de diciembre”.

SEXTO: La Asociación YESWECAN Club de Fumadores aportó, durante las Actuaciones Previas de Investigación, el Documento de Seguridad, de fecha 15 de noviembre de 2012.

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

En el supuesto examinado, se constata que la entidad denunciada disponía de un fichero en papel, en el que se incluían los datos personales de socios relativos a nombre, apellidos, DNI, y firma, aceptando los estatutos y su cumplimiento. Dicha asociación recababa directamente de los afectados, sin facilitar previamente en el momento de la recogida, la información completa que es preceptiva en materia de protección de datos personales, incumpliendo el deber de información previsto en el artículo 5 de la LOPD. Dicho incumplimiento aparece tipificado como infracción leve en el artículo 44.2.c) de la LOPD, en su redacción aprobada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE 5-3-2011), 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”.

En el citado artículo 5 de la LOPD 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.*

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.

(...)”.

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

Así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 transcrito, la denunciada debió informar a los socios de los que recabó datos sobre los extremos establecidos en el aludido artículo 5.1 de la LOPD en el propio documento de adhesión, ya que sus datos se recogen en el impreso de adhesión a la asociación. En el documento de adhesión constaba únicamente que los socios aceptaban que sus datos se incluyeran en un fichero de la asociación para los solos fines de la misma y que podrían ejercer los derechos de rectificación, cancelación y oposición que le otorga la normativa vigente.

Si bien se comprueba que han incluido en el documento de adhesión una cláusula informativa y que dicha cláusula ha sido mejorada, se recomienda que se especifiquen los fines concretos para los que se utilizarán los datos y si se cederán en algún supuesto. En la cláusula informativa de algunas asociaciones se puede observar que incluyen una breve mención a los fines del tratamiento de datos, con frases similares a “*sus datos se recogen y tratan con la finalidad de gestionar las actividades de este Club*”; añadiendo, si no van a ser objeto de cesión salvo en los supuestos legalmente establecidos “*sus datos no se cederán salvo en los supuestos establecidos legalmente*”

El artículo 4.1 de la LOPD concreta las finalidades para las que pueden recabarse y tratarse los datos personales exigiendo que se incluya en la cláusula

informativa para que el consentimiento sea inequívoco.

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: *“... 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”*.

De lo expuesto cabe concluir que la vigente LOPD ha acentuado las garantías precisas para el tratamiento de los datos personales en lo relativo a los requisitos del consentimiento, de la información previa a éste, 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”.

En este caso, si bien se constata que la Asociación YESWECAN ha querido incluir la cláusula informativa conforme establece el artículo 5 de la LOPD, la misma no cumple todos los requisitos establecidos legalmente y deberá completarse al no contener las especificaciones previstas en el artículo 5 de la LOPD, haciendo alusión a las finalidades del tratamiento de los datos y las posibles cesiones, si se van a realizar.

En consecuencia, se acredita que la Asociación YESWECAN incumplió el deber de informar establecido en el artículo 5 de la LOPD.

III

El artículo 44.2.c) de la LOPD, en su redacción aprobada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE 5-3-2011), 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, ha quedado acreditado que la Asociación YESWECAN ha recabado datos personales sin facilitar a los afectados la información completa que señala el artículo 5 de la LOPD, por lo que debe considerarse que ha incurrido en la infracción leve descrita.

IV

Asimismo, se ha constatado que la Asociación YESWECAN disponía de un fichero en el que se recogen datos de carácter personal relativos a sus socios que es utilizado para el desarrollo de su actividad.

De acuerdo con el artículo 26.1 de la LOPD, según el cual *“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”*, deben notificarse a esta Agencia, para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos, los ficheros que contengan datos de carácter personal.

A este respecto, el artículo 55.2 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD, dispone lo siguiente:

“2. Los ficheros de datos de carácter personal de titularidad privada serán notificados a la Agencia Española de Protección de Datos por la persona o entidad privada que pretenda crearlos, con carácter previo a su creación. La notificación deberá indicar la identificación del responsable del fichero, la identificación del fichero, sus finalidades y los usos previstos, el sistema de tratamiento empleado en su organización, el colectivo de personas sobre el que se obtienen los datos, el procedimiento y procedencia de los datos, las categorías de datos, el servicio o unidad de acceso, la indicación del nivel de medidas de seguridad básico, medio o alto exigible, y en su caso, la identificación del encargado del tratamiento en donde se encuentre ubicado el fichero y los destinatarios de cesiones y transferencias internacionales de datos”.

Y en el apartado del citado artículo 55 se añade lo siguiente:



“4. La notificación se realizará conforme al procedimiento establecido en la sección primera del capítulo IV del título IX del presente reglamento”.

En el supuesto examinado, se ha constatado que la Asociación YESWECAN no comunicó al Registro General de Protección de Datos la creación del fichero que contiene los datos de carácter personal relativos a sus socios y que es utilizado por la misma para el desarrollo de su actividad, en el momento de comenzar con su actividad, si bien ya tiene inscritos cuatro ficheros. Por tanto, la Asociación YESWECAN incumplió la obligación establecida en el artículo 26.1 de la LOPD.

V

El artículo 44.2.b) de la LOPD, en su redacción aprobada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE 5-3-2011), considera infracción leve *“No solicitar la inscripción del fichero de datos de carácter personal en el Registro General de Protección de Datos”.*

La Asociación YESWECAN ha cometido la infracción descrita, por cuanto no atendió la obligación impuesta en el artículo 26.1 de la citada Ley Orgánica, según los detalles expuestos en el Fundamento de Derecho anterior.

VI

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 14) recoge *“los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia”*- consagra el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable estableciendo en el artículo 128.2 que *“las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.*

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".

A este respecto, procede considerar lo establecido en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD, que establece lo siguiente:

"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".*

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado artículo 45.6 de la LOPD. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado por la concurrencia de varios criterios de los enunciados en el artículo 45.4 de la LOPD, concretamente, el grado de intencionalidad apreciado y que no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de las infracciones, el volumen de negocio y que no consta vinculación de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.

Por otra parte, en el presente caso, ha quedado acreditado que la Asociación YESWECAN Club de Fumadores, S.L. fue clausurada por el Ayuntamiento de Madrid,

en fecha 23 de enero de 2013, si bien ha sido recurrida; siendo precintada la sede el 10 de abril de 2013. Desde ese momento no tienen actividad alguna.

Dado que la Asociación YESWECAN Club de Fumadores, S.L. ha inscrito los ficheros y ha completado la cláusula informativa, no se realiza requerimiento.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00179/2013) a la Asociación YESWECAN Club de Fumadores, S.L. 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 relación con la denuncia por infracción de los artículos 5 y 26 de la LOPD, tipificadas como leves en los artículos 45.2.c) y 45.2.b) de la citada Ley Orgánica, respectivamente.

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.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a la Asociación YESWECAN Club de Fumadores, S.L. y a la Policía Local 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