



Procedimiento N°: A/00291/2016

RESOLUCIÓN: R/02870/2016

En el procedimiento A/00291/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **SHISHA TIME, S.L.**, vista la denuncia presentada por D. **D.D.D.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 18 de septiembre de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **D.D.D.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que declara que la página Web *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.* no aporta información relativa a la política de protección de datos. También indica que ha constatado que no han inscrito ningún fichero en el Registro General de Protección de Datos.

SEGUNDO: En fase de actuaciones previas se realizan diversa investigaciones y se solicita información a D. **C.C.C.** titular de la página web *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.*, teniendo conocimiento de los siguientes hechos:

a) Fecha 26/05/2016 se Inscribió el fichero en esta Agencia de la entidad SHISHA TIME, S.L. (en lo sucesivo el denunciado) "Clientes y/o Proveedores".

b) Según indica el titular de la citada página web, los datos personales del fichero que utiliza "*Clientes y/o Proveedores*", se utilizan solo y exclusivamente para recabar información necesaria para servir los pedidos a los clientes a la dirección indicada, y son los siguientes: Correo electrónico, Nombre y Apellidos, Contraseña para acceso a su espacio, Fecha de nacimiento (esencial para no servir a menores de edad), Dirección para servir el pedido (solo requerida en caso de realizarlo y estar confirmado) y Teléfono de contacto (solo en caso de realizar pedidos confirmados). Se informa a los titulares de los datos personales que se recogen son usados para responder a sus búsquedas, procesar sus pedidos o autorizarle el acceso a su información, así como que tienen derecho, a modificar o eliminar cualquier información personal, accediendo a los detalles de su cuenta, o poniéndose en contacto con la entidad a través del correo **A.A.A.**.

c) El texto concreto que figura actualmente en la página web *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.* es:

<<...La visita a este sitio Web no implica que el usuario esté obligado a facilitar ninguna información. En el caso de que el usuario facilite alguna información de carácter personal, los datos recogidos en este sitio web serán tratados de forma leal y lícita con sujeción en todo momento a los principios y derechos recogidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), y demás normativa de desarrollo.

Información a los usuarios

Apartado "Nuevo Cliente"

*De acuerdo a la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), le informamos que mediante la cumplimentación de los formularios, sus datos personales quedarán incorporados y serán tratados en ficheros de Shisha Time S.L., con CIF B-***** (en adelante, CACHIMBASDESEVILLA.COM).*

La principal finalidad de dicho fichero es la gestión de los usuarios registrados en nuestra web, así como el envío de publicidad relativa a los productos y servicios comercializados por CACHIMBASDESEVILLA.COM] o para el envío de publicidad, descuentos y promociones de productos y servicios de otras entidades.

Si no desea recibir este tipo de publicidad deberá marcar la casilla que aparece en el formulario.

CACHIMBASDESEVILLA.COM asegura la confidencialidad de los datos aportados y garantiza que, en ningún caso, serán cedidos para ningún otro uso sin mediar consentimiento previo y expreso de nuestros usuarios. Sólo le pediremos aquellos datos necesarios para la prestación del servicio requerido y únicamente serán empleados para este fin.

Apartado "Realizar Compra"

De acuerdo a la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), le informamos que mediante la cumplimentación de los formularios, sus datos personales quedarán incorporados y serán tratados en ficheros de CACHIMBASDESEVILLA.COM.

La principal finalidad de dicho fichero es mantener la relación contractual con nuestros clientes, facilitar la tramitación de los pedidos, la realización de estudios estadísticos, así como el envío de publicidad relativa a los productos y servicios comercializados por CACHIMBASDESEVILLA.COM o para el envío de publicidad, descuentos y promociones de productos y servicios de otras entidades.

Con motivo de la compra sus datos pueden ser comunicados a los siguientes destinatarios:

Entidades bancarias para el pago las compras mediante tarjeta.

A la Oficina de consumidores y usuarios en caso de existir alguna reclamación.

A los fabricantes, Servicios técnicos y/o mayoristas en el caso de garantías o reparaciones. Estos destinatarios pueden estar ubicados dentro del territorio Español como en fuera del mismo, en función del producto y/o servicio adquirido.

En los supuestos legalmente establecidos, como es el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

CACHIMBASDESEVILLA.COM asegura la confidencialidad de los datos aportados y garantiza que, en ningún caso, serán cedidos para ningún otro uso sin mediar consentimiento previo y expreso de nuestros clientes. Sólo le pediremos aquellos datos necesarios para la prestación del servicio requerido y únicamente serán empleados para este fin.

- Apartado "Emailing"

De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, le informamos que el e-mail facilitado será incorporado en un fichero titularidad de CACHIMBASDESEVILLA.COM con la finalidad de enviar el boletín de ofertas. Este Boletín tiene carácter exclusivamente informativo. Los datos personales son empleados por CACHIMBASDESEVILLA.COM de acuerdo con las exigencias de la Ley 15/1999, de 13 de Diciembre, de protección de datos de carácter personal.

- Apartado "Formulario de sugerencias o devoluciones"

De acuerdo a la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), le informamos que mediante la cumplimentación de formularios, sus datos personales quedarán incorporados y serán tratados en ficheros de CACHIMBASDESEVILLA.COM.

La principal finalidad de dicho fichero es la gestión del RMA (Uso de garantía de su producto).

Sus datos pueden ser comunicados a los fabricantes en el supuesto de productos averiados o defectuosos.

Consentimiento

Mediante el envío de los formularios entendemos que el usuario presta su consentimiento para que se traten los datos conforme las finalidades previstas en cada uno de los formularios. CACHIMBASDESEVILLA.COM no comunicará los datos a terceros salvo en los supuestos legalmente establecidos o autorizados por el interesado. CACHIMBASDESEVILLA.COM comunica a los titulares de los datos su intención de enviarles comunicaciones comerciales por correo electrónico o por cualquier otro medio de comunicación electrónica equivalente. Asimismo, los titulares manifiestan conocer esta intención y prestan su consentimiento expreso para la recepción de las mencionadas comunicaciones. El consentimiento aquí prestado por el Titular para comunicación de datos a terceros tiene carácter revocable en todo momento, sin efectos retroactivos.

Calidad de los datos

Los usuarios deberán garantizar la veracidad, exactitud, autenticidad y vigencia de los datos de carácter personal que les hayan sido recogidos.

Protección de los menores

No recogemos datos personales de menores. Es responsabilidad del padre/madre/tutor legal velar por para la privacidad de los menores, haciendo todo lo posible para asegurar que han autorizado la recogida y el uso de los datos personales del menor.

Redes Sociales

A través de nuestra página web puede acceder a las redes sociales Facebook, Twitter o Youtube de acceso abierto a todos los usuarios. Se trata de sitios web donde el usuario puede registrarse y seguirnos gratuitamente. En estas redes sociales los usuarios podrán conocer de nuestras actividades, opiniones, acceder a las fotos y vídeos. Los usuarios de estas redes sociales deben ser conscientes de que este lugar es independiente de la web WWW.CACHIMBASDESEVILLA.COM y está abierto, es decir, es visible para todos sus usuarios, y las políticas de privacidad a aplicar a estos contenidos son las fijadas por Facebook, Twitter o Youtube. CACHIMBASDESEVILLA.COM no es titular de las redes sociales.

☐ He leído y acepto las condiciones* >>

d) En el formulario para registrarse en la citada página web se recoge:

NIF / CIF: *

Nombre Completo: *

Nombre de Usuario:

Contraseña:

Contraseña (repetir):

Dirección:

Localidad:

Código postal:

País:

Provincia:

E-mail:*

Web:

Teléfono:*

Forma de pago:

☐ Deseo recibir boletín informativo de las ofertas y novedades de Shisha Time S.L.

e) La web denunciada tiene formulario de recogida de datos con la finalidad de

que el usuario se de alta como cliente e informa en la política de privacidad del responsable del fichero, finalidad del tratamiento, sobre la posibilidad de recibir el boletín sobre productos de la web, también indica que puede recibir publicidad de terceros sin indicar sectores.

Tiene casilla para que el usuario consienta el envío del boletín propio.

En cuanto a la publicidad de terceros no hay posibilidad de negarse a recibir tales comunicaciones.

No informa de la posibilidad de ejercer los derechos Arco ni de la dirección del responsable, aunque en la información que remitido D. **C.C.C.** a la Agencia manifestaba que sí informa, sin embargo dicha información no figura en la web.

TERCERO: Con fecha 5 de septiembre de 2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00291/2016 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 (LOPD), con relación a la denuncia por infracción de su artículo 5, tipificada como leve en el artículo 44-2.c). Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado, sin que se haya recibido escrito de alegación alguno.

CUARTO: Con fecha 10/11/2016 se accede a la web del denunciado comprobando que actualmente se comunica: <<...SHISHA TIME S.L., con CIF B***** y domicilio social en (C/...1), en Sevilla, y con correo electrónico A.A.A. en adelante B.B.B., EN APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, INFORMA QUE LOS DATOS PERSONALES QUE SE RECOGEN A TRAVÉS DE LOS FORMULARIOS DEL SITIO WEB: www.CachimbasdeSevilla.com SE INCLUYEN EN LOS FICHEROS AUTOMATIZADOS ESPECÍFICOS DE USUARIOS DE LOS SERVICIOS DE LA EMPRESA.

LA RECOGIDA Y TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL TIENE COMO FINALIDAD EL MANTENIMIENTO DE LA RELACIÓN COMERCIAL Y EL DESEMPEÑO DE TAREAS DE INFORMACIÓN, FORMACIÓN, ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LA EMPRESA.

ESTOS DATOS ÚNICAMENTE SERÁN CEDIDOS A AQUELLAS ENTIDADES QUE SEAN NECESARIAS CON EL ÚNICO OBJETIVO DE DAR CUMPLIMIENTO A LA FINALIDAD ANTERIORMENTE EXPUESTA.

B.B.B. ADOPTA LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD, INTEGRIDAD Y CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS CONFORME A LO DISPUESTO EN LA LEY ORGÁNICA DEL 15/1999 DE 13 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL (LOPD) Y EN EL REGLAMENTO DE DESARROLLO APROBADO POR EL REAL DECRETO 1720/2007, DE 21 DE DICIEMBRE.

EL USUARIO PODRÁ EN CUALQUIER MOMENTO EJERCITAR LOS DERECHOS DE

ACCESO, RECTIFICACIÓN, CANCELACIÓN Y OPOSICIÓN RECONOCIDOS EN LA CITADA LOPD.

EL EJERCICIO DE ESTOS DERECHOS PUEDE REALIZARLO EL PROPIO USUARIO A TRAVÉS DE LOS CANALES DE ATENCIÓN AL USUARIO DE **B.B.B.** CON DIRECCIÓN POSTAL (C/...1), en Sevilla Y CORREO A.A.A. EN LOS MODOS QUE ESTABLECE LA LEY.

EL USUARIO MANIFIESTA QUE TODOS LOS DATOS FACILITADOS POR ÉL SON CIERTOS Y CORRECTOS, Y SE COMPROMETE A MANTENERLOS ACTUALIZADOS, COMUNICANDO LOS CAMBIOS A **B.B.B.** >>

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha de 18 de septiembre de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito del denunciante en el que declara que la página Web *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.* no aporta información relativa a la política de protección de datos. También indica que ha constatado que no han inscrito ningún fichero en el Registro General de Protección de Datos (folios).

SEGUNDO: En fase de actuaciones previas se realizan diversa investigaciones y se solicita información a D. **C.C.C.** titular de la página web *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.*, teniendo conocimiento de los siguientes hechos:

a) Fecha 26/05/2016 se Inscribió el fichero en esta Agencia de la entidad SHISHA TIME, S.L. (en lo sucesivo el denunciado) “Clientes y/o Proveedores” (folios 42-bis).

TERCERO: Con fecha 10/11/2016 se accede a la web del denunciado comprobando que actualmente se comunica: <<...SHISHA TIME S.L., con CIF B***** y domicilio social en (C/...1), en Sevilla, y con correo electrónico A.A.A. en adelante **B.B.B.**, EN APLICACIÓN DE LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, INFORMA QUE LOS DATOS PERSONALES QUE SE RECOGEN A TRAVÉS DE LOS FORMULARIOS DEL SITIO WEB: *www.CachimbasdeSevilla.com* SE INCLUYEN EN LOS FICHEROS AUTOMATIZADOS ESPECÍFICOS DE USUARIOS DE LOS SERVICIOS DE LA EMPRESA.

LA RECOGIDA Y TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL TIENE COMO FINALIDAD EL MANTENIMIENTO DE LA RELACIÓN COMERCIAL Y EL DESEMPEÑO DE TAREAS DE INFORMACIÓN, FORMACIÓN, ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LA EMPRESA.

ESTOS DATOS ÚNICAMENTE SERÁN CEDIDOS A AQUELLAS ENTIDADES QUE SEAN NECESARIAS CON EL ÚNICO OBJETIVO DE DAR CUMPLIMIENTO A LA FINALIDAD ANTERIORMENTE EXPUESTA.

B.B.B. ADOPTA LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD,

INTEGRIDAD Y CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS CONFORME A LO DISPUESTO EN LA LEY ORGÁNICA DEL 15/1999 DE 13 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL (LOPD) Y EN EL REGLAMENTO DE DESARROLLO APROBADO POR EL REAL DECRETO 1720/2007, DE 21 DE DICIEMBRE.

EL USUARIO PODRÁ EN CUALQUIER MOMENTO EJERCITAR LOS DERECHOS DE ACCESO, RECTIFICACIÓN, CANCELACIÓN Y OPOSICIÓN RECONOCIDOS EN LA CITADA LOPD.

*EL EJERCICIO DE ESTOS DERECHOS PUEDE REALIZARLO EL PROPIO USUARIO A TRAVÉS DE LOS CANALES DE ATENCIÓN AL USUARIO DE **B.B.B.** CON DIRECCIÓN POSTAL (C/...1), en Sevilla Y CORREO A.A.A. EN LOS MODOS QUE ESTABLECE LA LEY.*

*EL USUARIO MANIFIESTA QUE TODOS LOS DATOS FACILITADOS POR ÉL SON CIERTOS Y CORRECTOS, Y SE COMPROMETE A MANTENERLOS ACTUALIZADOS, COMUNICANDO LOS CAMBIOS A **B.B.B.** >> (folios 76 a 84).*

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

Los hechos expuestos suponen la comisión, por parte del denunciado, de una infracción del artículo 5 de la LOPD que establece:

“Art. 5 Derecho de información en la recogida de datos.

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.”

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, la entidad denunciada debe dar a sus clientes 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”.

La manera en la que debe recabarse el consentimiento en el marco de una relación contractual para el tratamiento de datos con fines no relacionados directamente con la relación contratada, viene recogida en el art. 15 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD) que establece lo siguiente:

“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”.

Para el caso concreto de que se pretenda la realización de tratamientos con fines publicitarios y de prospección comercial, el artículo 45 del citado Reglamento establece lo siguiente:

“Artículo 45. Datos susceptibles de tratamiento e información al interesado.

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, sólo 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 respecto de los que podrá recibir información o publicidad”.

Dicha infracción aparece 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 puede ser sancionada conforme al art. 45.1 de la LOPD, que establece: *“Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 a 40.000 euros.”*

III

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.

En el presente caso, ha quedado acreditado que el denunciado ha adoptado las medidas correctoras, al haber adaptado el Aviso Legal de su web a la LOPD. Teniendo en cuenta estas circunstancias, no procede requerimiento alguno.

IV

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

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

Además, la sentencia interpreta o liga apercibimiento o apercibir con el requerimiento de una actuación para subsanar la infracción, y si no existe tal requerimiento, por haber cumplido las medidas esperadas relacionadas con la infracción, no sería apercibimiento, sino archivo, como se deduce del citado fundamento de derecho: *<<...Pues bien, en el caso que nos ocupa el supuesto concreto, de entre los expresados en el apartado quinto del artículo 45, acogido por la resolución administrativa recurrida para justificar la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD es el*

primero, pues aprecia “una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción”, tal y como expresa su fundamento de derecho VII.

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

No obstante, dado que resultaba acreditado que la denunciada por iniciativa propia había adoptado ya una serie de medidas correctoras, que comunicó a la Agencia Española de Protección de Datos, y que esta había verificado que los datos del denunciante no eran ya localizables en la web del denunciado, la Agencia Española de Protección de Datos no consideró oportuno imponer a la denunciada la obligación de llevar a cabo otras medidas correctoras, por lo que no acordó requerimiento alguno en tal sentido a ésta.

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

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

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

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00291/2016** seguido contra **SHISHA TIME, S.L.**, 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 LOPD, tipificada como leve en el artículo 44.2.c) de la citada Ley Orgánica.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **SHISHA TIME, S.L.**

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a D. **D.D.D.**

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 reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

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 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 este 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