

Procedimiento Nº: A/00412/2015

RESOLUCIÓN: R/00301/2016

En el procedimiento A/00412/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a D. **B.B.B.**, vista la denuncia presentada por D. **A.A.A.**, y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 13/02/2015, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante), en el que señala que la plataforma de negocios online que opera a través de la web www.justonenetwork.com recaba datos personales sin informar sobre el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, ni sobre la inscripción de ficheros.

SEGUNDO: Con fecha 27/08/2015, por la Subdirección General de Inspección de Datos se accede al sitio web www.justonenetwork.com y se incorpora a las actuaciones copia del formulario de registro en el que se recaban datos personales relativos a nombre, apellido, email, nombre de usuario, dirección, teléfono móvil, sitio web e identidad de Facebook, Twitter y LinkedIn; así como una copia del documento denominado "Términos y Condiciones justonenetwork", en cuyo apartado "Política de Privacidad" se informa lo siguiente:

"La información acerca de ti fue adquirida con el propósito de crear tu suscripción a justonenetwork.com y se utilizará sólo con el propósito de mantenerte informado y actualizado en el tema de tu interés, así como el contacto directo de justonenetwork.com por correo electrónico, su remitente justonenetwork.com se reserva el derecho a investigar utilizando todos los medios necesarios, si hay alguna razón para creer que se están procesando transacciones no autorizadas en tu nombre.

Se tomarán todas las precauciones posibles para proteger a nuestros miembros de robo de identidad, tanto aquí, en justonenetwork.com como en otros lugares".

Por otra parte, en la misma fecha, la citada Subdirección General comprobó, a través de la web <http://who.is> que la titularidad del dominio www.justonenetwork.com corresponde a D. **B.B.B.**, con domicilio en **C.C.C.**

TERCERO: Con fecha 17/12/2015, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a D. **B.B.B.** (en lo sucesivo el denunciado) a trámite de audiencia previa en el procedimiento de apercibimiento A/00412/2015, por la presunta infracción del artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en lo sucesivo LOPD), tipificada como leve en el artículo 44.2.c) de la citada Ley Orgánica.

CUARTO: Con fecha 22/01/2016, se recibió en esta Agencia escrito del denunciado en el que formula las alegaciones siguientes:

. Considera que tratándose de una web en la que es necesario la cumplimentación de un "perfil" con los datos del usuario, sería de aplicación la excepción prevista en el artículo 5.3 de la LOPD,

puesto que el usuario tenía acceso en todo momento a los datos recogidos en el sistema, pudiendo modificarlos o eliminarlos en el momento que lo deseara, sin ser necesaria la intervención del administrador del sistema, la destrucción física de ningún soporte, o la intervención de segundas o terceras personas. Bastaba con la acción del interesado para el acceso, rectificación y cancelación de todos sus datos recogidos por el sistema.

. Que con fecha 13/05/2015, ha modificado la operativa, contenido y software de la plataforma, pasando a tener una finalidad diferente y con contenido distinto en la fecha de la denuncia, en el momento de la inspección y en la actualidad. Entiende que la información a la que tuvo acceso la inspección de datos sobre el formulario de registro, los datos solicitados o la información facilitada no afecta al denunciante, cuyos datos en ningún momento fueron añadidos al nuevo sistema.

. Que en el momento de la notificación, y desde hace meses, la plataforma www.justonenetwork.com no está operativa, estando el contenido de la web destruido, sin posibilidad de recuperación, lo cual produce la indefensión, dado que nunca le fueron solicitados detalles sobre los datos recabados y la información ofrecida a los usuarios.

. No es de aplicación el artículo 18 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, declarado nulo por Sentencias del TS, por lo que no es exigible a esta parte la conservación de los datos referentes al cumplimiento del deber de información más allá de la permanencia de los datos del denunciante en el sistema.

. Que la plataforma [justonenetwork.com](http://www.justonenetwork.com) tenía por objeto facilitar el desarrollo de las actividades de negocio por parte de sus integrantes, siendo su uso de carácter voluntario y gratuito, por lo que los promotores y administradores del sistema no obtenían ventaja o beneficio económico de ningún tipo. Siendo los usuarios los que se beneficiaban a título gratuito de la formación y herramientas que les proporcionaba la plataforma.

QUINTO: Con fecha 11/05/2016, la Subdirección General de Inspección de Datos intentó acceder al sitio web www.justonenetwork.com comprobando que la misma conduce a una página web distinta (<http://multifranquiciasfreelance.com>).

HECHOS PROBADOS

1. El denunciado es titular de la web www.justonenetwork.com, en la que se inserta un formulario de registro mediante el que se recaban datos personales de los usuarios relativos a nombre, apellido, email, nombre de usuario, dirección, teléfono móvil, sitio web e identidad de Facebook, Twitter y LinkedIn.

2. Con fecha 27/08/2015, la Subdirección General de Inspección de Datos constató que el sitio web www.justonenetwork.com contenía un documento denominado “Términos y Condiciones justonenetwork”, en cuyo apartado “Política de Privacidad” informaba lo siguiente:

“La información acerca de ti fue adquirida con el propósito de crear tu suscripción a justonenetwork.com y se utilizará sólo con el propósito de mantenerte informado y actualizado en el tema de tu interés, así como el contacto directo de justonenetwork.com por correo electrónico, su remitente justonenetwork.com se reserva el derecho a investigar utilizando todos los medios necesarios, si hay alguna razón para creer que se están procesando transacciones no

autorizadas en tu nombre.

Se tomarán todas las precauciones posibles para proteger a nuestros miembros de robo de identidad, tanto aquí, en justonenetwork.com como en otros lugares”.

3. Con fecha 11/05/2016, la Subdirección General de Inspección de Datos intentó acceder al sitio web www.justonenetwork.com comprobando que la misma conduce a una página web distinta (<http://multifranquiciasfreelance.com>).

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 al “*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 clientes la información prevista en el mismo, con carácter previo a la solicitud de sus datos personales, y esa información 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”.

III

En el caso que nos ocupa se ha podido comprobar que el denunciado era titular de la web www.justonenetwork.com y que la misma tenía habilitado un formulario para la recogida de datos de carácter personal de los usuarios relativos a nombre, apellido, email, nombre de usuario, dirección, teléfono móvil, sitio web e identidad de Facebook, Twitter y LinkedIn.

Asimismo, se constató que el mencionado sitio web www.justonenetwork.com contenía un documento denominado “Términos y Condiciones justonenetwork”, en cuyo apartado “Política de Privacidad”, que consta transcrito en los Hechos Probados, no se ofrecía al interesado en registrarse como usuario la información en materia de protección de datos de carácter personal que se especifica en el citado artículo 5 de la LOPD, concretamente la relativa a la identidad y dirección del responsable del tratamiento, la referencia a la posibilidad de ejercitar los derechos ARCO y la información sobre la existencia de un fichero.

Por tanto, la información ofrecida no se ajustaba a las previsiones normativas reseñadas, por lo que no cabe admitir aquella cláusula informativa como suficiente para entender válido el consentimiento.

A este respecto, no cabe invocar, como hace el denunciado en sus alegaciones, la excepción prevista en el apartado 3 del citado artículo 5 de la LOPD, referida a la posibilidad de no incorporar en la cláusula la información a la que se refieren las letras b), c) y d) del apartado 1, por cuanto las deficiencias apreciadas en el cumplimiento del deber de información no se refieren a las cuestiones previstas en dichas letras del apartado 1, sino a las exigidas en las letras a) y e) del mismo.

Por otra parte, cabe señalar que el cumplimiento del deber de información, en casos como el analizado, no puede entenderse cumplido por el establecimiento en la web de herramientas que permitan al usuario la gestión de sus datos de carácter personal. Según ha quedado expuesto, las normas reseñadas establecen el contenido, la forma y el momento en el que ha de cumplirse dicho deber, sin que la información que ha de ofrecerse pueda tenerse por sobreentendida.

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 recababa datos personales de usuarios de la web www.justonenetwork.com sin facilitar la información que señala el artículo 5 de la LOPD, por lo que debe considerarse que incurrió en la infracción leve descrita.

IV

Por otra parte, se tuvo en cuenta que el denunciado no ha sido sancionado o apercibido con anterioridad por esta Agencia, así como la ausencia de beneficio o perjuicios y el grado de intencionalidad.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.6 de la LOPD, se acordó someter a la citada entidad a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción del artículo 5 de la LOPD.

El citado 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 concurren 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 artículo 45.6 de la LOPD. Junto a ello, se constató una cualificada disminución de la culpabilidad de la imputada teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, así como la ausencia de perjuicios y beneficios derivados de la infracción.

Todo ello, justificó que la AEPD no acordase la apertura de un procedimiento sancionador y que optase por aplicar el artículo 45.6 de la LOPD.

Ahora bien, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que sobre el apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD y a propósito de su naturaleza jurídica advierte que “*no constituye una sanción*” y que se trata de “*medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción*” que *sustituyen* a la sanción. La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la AEPD 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 aquella, y considerando que el objeto del apercibimiento es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando no deban ser requeridas tales medidas, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

Como se ha señalado, en el presente caso, se ha comprobado que el sitio web www.justonenetwork.com no está operativo en la actualidad, no siendo posible acceder a la

misma ni, en consecuencia, al registro de usuario empleado para la recogida de datos personales.

Por tanto, a la vista del pronunciamiento recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) referente a los supuestos en los que no procede requerir la adopción de medidas correctoras, de acuerdo con lo señalado se debe proceder al archivo de las actuaciones.

Lo mismo cabe señalar en relación con la falta de inscripción de ficheros en el Registro General de Protección de Datos.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00412/2015** seguido contra D. **B.B.B.**, 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 la infracción del artículo 5 de la LOPD.

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

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