

Expediente Nº: E/00465/2018

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante las entidades INTERNATIONAL FINANCE BUSINESS CORPORATION 2014 SL, INTERNATIONAL FINANCIAL BUSINESS CORP, Don **A.A.A.**, WWW.COMEMETOERHIGO.COM, 1&1 INTERNET ESPAÑA, S.L., 1&1 INTERNET LIMITED, en virtud de denuncia presentada por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Málaga, y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 9 de enero de 2018, tuvo entrada en esta Agencia un escrito remitido por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Málaga. Denuncia a la web www.comemetoerhigo.com, por incluir un formulario donde se recaba nombre, correo electrónico y teléfono sin proporcionar información del tratamiento de datos (finalidad, cesión, fichero donde se almacenarán los datos, etc.) ni del responsable del mismo. Dicha web era referenciada en unos anuncios que se colocaron en un aparcamiento de la localidad de Torre del Mar. La Policía local de Vélez Málaga hizo una denuncia después de realizar una serie de actuaciones previas, en las que se conoció que el cliente que efectuó la contratación de los espacios publicitarios era Don **A.A.A.**, DNI *****DNI.1**, con domicilio en Caleta de Vélez Málaga.

El Fiscal de la Audiencia Provincial de Málaga incoó diligencias previas de investigación penal (329/17), con fecha 18 de octubre de 2017, pero fueron archivadas, con fecha 28 de diciembre de 2017, remitiendo copia, entre otros organismos, a la AEPD por posible infracción de la LSSI y LOPD y a los efectos administrativos disciplinarios que procedieran.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

- En el servicio de Sigrid de "Verificar DNI" se introdujo el DNI del responsable de la publicidad, y está a nombre de **B.B.B.**

- Se realizó requerimiento de información a la entidad 1&1 INTERNET ESPAÑA S.L., representante en España de 1&1 INTERNET LIMITED, la empresa que había registrado el dominio comemetoerhigo.com, que aloja la mencionada web. Los datos del cliente son: **A.A.A.**, *****DNI.1**, domicilio en Valladolid (*****DIRECCIÓN.1**). Centro de negocios Center Experience. CP 47009. El teléfono es *****TLF.2**

- Se envió un requerimiento de información por, vía postal, a Don **A.A.A.** a su domicilio de Caletas de Vélez Málaga, resultando devuelto por ausente (el repartidor de Correos acudió al domicilio en fechas 2 y 6 de marzo de 2018, dejó aviso y el envío caducó en lista).

-El teléfono mencionado de la entidad 1&1 INTERNET ESPAÑA S.L., corresponde, según el operador que lo gestiona (ORANGE), a la empresa INTERNATIONAL FINANCE BUSINESS COR, S.L., desde el 20 de agosto de 2008. En los datos de contacto figura un domicilio, *****DIRECCIÓN.1**, Valladolid. CP 47009.

-En Axesor se encuentra la empresa INTERNATIONAL FINANCE BUSINESS CORPORATION 2014, S.L., con CIF B47729660 y domicilio en *****DIRECCIÓN.1**, Valladolid. CP 47009. En el Registro Mercantil Central se comprueba que su administrador único es **B.B.B.**

-Se envió requerimiento de información a la referida empresa. Dicho requerimiento es rehusado. Se reiteró el requerimiento de información, por vía postal, a la referida empresa al domicilio de *****DIRECCIÓN.1**. El envío es devuelto por desconocido.

-Tras continuar buscando nuevos domicilios y consultados los datos del catastro se encuentra una nueva dirección. Se envió requerimiento de información por vía postal a la referida empresa a ese nuevo domicilio.

-En fecha 26 de abril de 2018, se verifica que en la web www.comemetoerhigo.com ya no se encuentra la página web denunciada, pudiéndose solo consultar una página genérica del proveedor de hosting 1&1. En la caché de Google todavía estará unas semanas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

II

Los hechos expuestos podrían suponer la comisión, por parte de Don **A.A.A.**, como responsable de la web denunciada, de una infracción del artículo 5 de la LOPD, considerando que dicha web, en el momento en que se formuló la denuncia que ha motivado las presentes actuaciones, incluía formularios de recogida de datos personales de los usuarios sin proporcionar información del tratamiento de datos (finalidad, cesión, fichero donde se almacenarán los datos, etc.) ni del responsable del mismo.

Dicho 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 entidad denunciada debe informar a los interesados de los que recabe datos sobre los extremos establecidos en el aludido artículo 5.1. La información a la que se refiere el artículo 5.1 de la LOPD debe suministrarse a los afectados previamente a la solicitud de sus datos personales, y deberá ser expresa, precisa e inequívoca.

El apartado 2 establece una regla especial para los supuestos en que se utilicen formularios u otros impresos para la recogida de la información exigiendo que “... *figuran en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior*”.

Por su parte, el artículo 4.1 de la LOPD concreta las finalidades para las que pueden recabarse y tratarse los datos personales exigiendo.

La Ley ha querido, por tanto, imponer una formalidad específica en la recogida de datos a través de cuestionarios u otros impresos que garantice el derecho a la información de los afectados. A tal efecto, impone la obligación de que la información figure en los propios cuestionarios e impresos y la refuerza exigiendo que conste de forma claramente legible.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, que delimita el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales, se ha pronunciado sobre la vinculación entre el consentimiento y la finalidad para el tratamiento de los datos personales, en los siguientes términos: *“... 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 LOPD, vigente en el momento en que se produjeron los hechos, 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”.

Según se ha indicado, las normas expuestas exigen que la información se facilite con carácter previo a la recogida de los datos y que, en caso de utilizarse formularios para la recogida de datos, la información ha de figurar en los mismos.

En este caso, Don **A.A.A.** no había cumplido el deber de información con carácter previo a la recogida de los datos de los usuarios de la web denunciada, en la que se incluyen formularios para la recogida de los datos personales, mediante los que se recaban datos personales de los solicitantes-usuarios relativos a nombre y apellidos, correo electrónico y teléfono.

En consecuencia, Don **A.A.A.** incumplió el deber de informar establecido en el artículo 5 de la LOPD, incurriendo en la infracción leve tipificada en el artículo 44.2.c) 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”*.

III

En el presente caso, se ha verificado que desde el día 26 de abril de 2018, la página web denunciada ya no está disponible y, por tanto, ya no se recaban datos personales.

El artículo 45.6 de la LOPD, dispone 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 las letras a) y b) del citado apartado 6 del artículo 45 de la LOPD.

Ahora bien, se considera necesario subrayar que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 29 de noviembre de 2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, a propósito de la naturaleza jurídica de la figura del apercibimiento prevista en el art. 45.6 de la LOPD, 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- cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando las medidas correctoras pertinentes ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho será acordar el Archivo de las actuaciones.

En el presente caso y teniendo en cuenta las circunstancias del mismo, este organismo está facultado para, en lugar de iniciar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibir al denunciado a fin de que adopte las oportunas medidas correctoras.

Sin embargo, en base a los principios de intervención mínima y proporcionalidad que informan la capacidad de actuación de esta Agencia y teniendo en cuenta que no es posible apercibir al denunciado, ya que las medidas correctoras a requerir no tendrían una finalidad efectiva pues no es posible el acceso a la página web, en armonía con el pronunciamiento de la Audiencia Nacional recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) debe acordarse el archivo de las actuaciones de investigación practicadas.

IV

El artículo 126.1, apartado segundo, del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD) establece:

“Si de las actuaciones no se derivasen hechos susceptibles de motivar la imputación de infracción alguna, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictará resolución de archivo que se notificará al investigado y al denunciante, en su caso.”

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

PROCEDER AL ARCHIVO de las presentes actuaciones.

NOTIFICAR la presente Resolución a Don **A.A.A.** y a la FISCALIA/ AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA.

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 los artículos 112 y 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