



Expediente Nº: E/01461/2018

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **FISIOMEDIC-VALENCIA XXI SL** en virtud de denuncia presentada por D. **M.M.M.** (en lo sucesivo el denunciante) y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 13 de febrero de 2018, tuvo entrada en esta Agencia escrito del denunciante contra **FISIOMEDIC-VALENCIA XXI S.L.** (en lo sucesivo el denunciado) comunicando que la web <https://eirenfermeria.com> no incluye identificación del responsable de la web ni información relacionada con los derechos ARCO.

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:

- a) Se consulta el servicio WHOIS en relación a dicho dominio y se detecta que es una empresa, PRIVACIDAD WHOIS SL, la que figura como titular del dominio, aunque el registrador es una empresa de hosting, DINAHOSTING SL, a la que se le hace el requerimiento de información. Ésta contesta diciendo que se trata de la empresa FISIOMEDIC VALENCIA XXI SL (CIF B97938310).
- b) Se hace el requerimiento a dicha empresa primeramente por Notific@, que no es contestada, y acto seguido por vía postal, obteniendo finalmente respuesta por esta vía.
- c) El denunciado comunica que la citada web es de su titularidad. Los datos únicamente se han recogido a través de los formularios de contacto del portal web dispuestos para tal fin. Los propósitos y finalidades con las que se han recogido los datos siempre han sido para gestionar la respuesta de los formularios de contacto recibidos y ofrecer comunicaciones comerciales sobre las ofertas y promociones de la entidad.

El mecanismo para ARCO se informa en cada correo electrónico que recibe el usuario, donde se le indica que puede ejercitarlos mediante envío de email a cualquier dirección del dominio de la web o mediante carta dirigida al domicilio social de la empresa.

La información facilitada a los usuarios ha sido la que se encontraba en la sección de Aviso Legal, pero debido al cambio normativo el 25 de mayo, han



procedido a modificar los textos legales de la web y facilitarlos a su departamento informática.

Incluyen un anexo II con la nueva política de privacidad, pero a fecha 18/05/2018 no se ha incluido en la web que sigue teniendo las deficiencias observadas al inicio.

- d) Con fecha 22/06/2018 se hace nueva solicitud de información al denunciado por vía postal, en el que se comunicaba:

“...En el marco de las competencias atribuidas a la Agencia Española de Protección de Datos en el artículo 57 del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos (en lo sucesivo, RGPD) y con motivo de una denuncia presentada en esta Agencia, relativa a la recogida de datos personales en la web <http://eirenfermeria.com> sin cumplir con el deber de información establecido en la normativa correspondiente, debe señalarse que el artículo 13 del mencionado RGPD resulta de aplicación desde el pasado 25 de mayo.

El citado artículo indica la información que debe facilitarse al interesado en el momento de la recogida de sus datos, la cual debe presentarse de forma clara y concisa, y que deberá ser la siguiente:

- *Identidad y datos de contacto del responsable del tratamiento. En su caso, debe proporcionarse también la identidad y datos de su representante.*
- *Los fines para los que se destinarán los datos personales recogidos.*
- *Qué base, de las recogidas en el artículo 6 del RGPD, legitima el tratamiento de los datos personales. Además la información deberá contener :*
 - o *Cuando el tratamiento de los datos se base en la satisfacción de intereses legítimos, debe indicarse también cuáles son estos intereses legítimos del responsable o de un tercero, en virtud de los cuales se realiza el tratamiento.*
 - o *Cuando la base del tratamiento sea el consentimiento del interesado y la información incluya una solicitud de consentimiento, la solicitud de consentimiento debe distinguirse claramente de otras cuestiones sin que el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción constituyan consentimiento. El interesado deberá ser informado de la finalidad para la que se solicita el consentimiento y de las categorías de datos que se recogerán y se tratarán para esa finalidad. Si el consentimiento se solicita para varias finalidades se deberá permitir a los interesados que presten su consentimiento por separado para cada uno de tales fines. Así mismo se debe informar al interesado de su derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento.*
- *El plazo durante el cual se conservarán los datos personales. De no ser esto posible, los criterios utilizados para determinar ese plazo.*



- *El derecho del interesado a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a sus datos personales, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, o a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos. También el derecho a presentar una reclamación ante la Autoridad de Control.*

Adicionalmente se deberá facilitar al interesado la siguiente información:

- *Si está prevista la cesión de los datos personales recogidos, se debe detallar quiénes serán los destinatarios o las categorías de destinatarios de estos datos.*
- *Si el interesado tiene una obligación legal o contractual de facilitar sus datos, o si se trata de un requisito necesario para suscribir un contrato, o si el interesado está obligado a facilitar los datos personales. Así mismo, en tales casos, debe informarse de las posibles consecuencias de no facilitar tales datos.*
- *En caso de que se cuente con un delegado de protección de datos, deben facilitarse los datos de contacto de éste.*
- *Si se adoptaran decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, debe informarse de la existencia de estas decisiones y dar información significativa sobre la lógica aplicada, así como sobre la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.*
- *Si existiera la intención de transferir datos personales a terceros países, se debe informar al interesado de la existencia de decisiones de adecuación, garantías, normas corporativas vinculantes o situaciones específicas aplicables...”*

e) Mediante escrito de 26/07/2018 el denunciado remite escrito en el que comunica:

“...les adjuntamos como Anexo I copia de la política de privacidad que consta en nuestro portal web, donde se recogen toda la información que exige el art. 13 del RGPD. No obstante, pueden consultarla desde el siguiente enlace: <https://eirenfermeria.com/politica-de-privacidad/>

Además cabe destacar que en el portal web también se encuentra publicado el correspondiente aviso legal donde se informa del tratamiento de datos, enlazando a la política de privacidad citada anteriormente para que los usuarios puedan ampliar la información. Podrán encontrar dicho texto en el siguiente enlace: <https://eirenfermeria.com/aviso—legal-y-condiciones-de-uso/>

Destacar que todos los formularios del portal web tienen implementado un check box para que cualquier usuario deba previamente leer y aceptar dichos términos para que tenga la información pertinente sobre el tratamiento de sus datos, así como las condiciones de uso del portal web...”

f) Con fecha 24/08/2018 desde esta Agencia se accede a los citados enlaces de

la web del denunciado, que contiene información relativa a:

*“... Titularidad de la web
Política de Privacidad y Seguridad
Definición de dato personal
Tratamiento y finalidades
Legitimación para el tratamiento de datos
Plazo de conservación
Comunicación de sus datos personales a terceros
Seguridad de sus datos personales
Derechos de los usuarios...”*

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 suponen la comisión, por parte del denunciado, 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 facilitar información en materia de protección de datos de carácter personal.

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 *“... figuraran 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 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”.

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, la entidad denunciada no ha justificado haber cumplido, con anterioridad a la denuncia formulada ante esta Agencia, el deber de información con carácter previo a la recogida de los datos de los usuarios de su web, en la que se incluyen formularios para la recogida de los datos personales, mediante los que se recaban datos personales de los solicitantes-usuarios.

En consecuencia, el denunciado 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*”.

No obstante, en el presente caso, la respuesta de la entidad denunciada, para subsanar los reparos apreciados en su web en relación con el cumplimiento del deber de informar en materia de protección de datos personales ha sido inmediata.

Por tanto, se entiende que ha adoptado las medidas necesarias para impedir el incumplimiento de lo establecido en el artículo 5 de la LOPD.

III

Desde el 25 de mayo de 2018 resulta de aplicación el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos -RGPD), cuyo artículo 13 ha desplazado al artículo 5 de la LOPD, por lo que se ha estimado oportuno analizar la información en materia de protección de datos que se ofrece a través de la web a la que se refieren las actuaciones, para comprobar su adecuación al citado Reglamento.

El artículo 13 de dicho Reglamento establece lo siguiente:

“Información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado.

1. Cuando se obtengan de un interesado datos personales relativos a él, el responsable del tratamiento, en el momento en que estos se obtengan, le facilitará toda la información indicada a continuación:

- a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante;*
- b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso;*
- c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento;*
- d) cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra f), los intereses legítimos del responsable o de un tercero;*
- e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso;*
- f) en su caso, la intención del responsable de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión, o, en el caso de las transferencias indicadas en los artículos 46 o 47 o el artículo 49, apartado 1, párrafo segundo, referencia a las garantías adecuadas o apropiadas y a los medios para obtener una copia de estas o al hecho de que se hayan prestado.*

2. Además de la información mencionada en el apartado 1, el responsable del tratamiento facilitará al interesado, en el momento en que se obtengan los datos personales, la siguiente información necesaria para garantizar un tratamiento de datos

leal y transparente:

- a) el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo;*
- b) la existencia del derecho a solicitar al responsable del tratamiento el acceso a los datos personales relativos al interesado, y su rectificación o supresión, o la limitación de su tratamiento, o a oponerse al tratamiento, así como el derecho a la portabilidad de los datos;*
- c) cuando el tratamiento esté basado en el artículo 6, apartado 1, letra a), o el artículo 9, apartado 2, letra a), la existencia del derecho a retirar el consentimiento en cualquier momento, sin que ello afecte a la licitud del tratamiento basado en el consentimiento previo a su retirada;*
- d) el derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control;*
- e) si la comunicación de datos personales es un requisito legal o contractual, o un requisito necesario para suscribir un contrato, y si el interesado está obligado a facilitar los datos personales y está informado de las posibles consecuencias de que no facilitar tales datos;*
- f) la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el artículo 22, apartados 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado.*

3. Cuando el responsable del tratamiento proyecte el tratamiento ulterior de datos personales para un fin que no sea aquel para el que se recogieron, proporcionará al interesado, con anterioridad a dicho tratamiento ulterior, información sobre ese otro fin y cualquier información adicional pertinente a tenor del apartado 2.

4. Las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 no serán aplicables cuando y en la medida en que el interesado ya disponga de la información”.

La información actual que ofrece en esta materia la entidad denunciada, que consta detallada en el Antecedente de Hecho Segundo, hace referencia al cumplimiento de lo establecido en el 13 RGPD citado, detallando los apartados que en el mismo se establecen.

IV

No obstante, el artículo 45.6 de la LOPD, indica:

“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:

- 1 Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.*



2 *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 el citado apartado 6 del artículo 45 de la LOPD.

Trasladando las consideraciones precedentes al supuesto que analizamos se observa que la presunta infracción de la LOPD del denunciado, constituiría una infracción “leve”; que el mismo no ha sido sancionado o apercibido por la AEPD en ninguna ocasión anterior; y que concurren de manera significativa varias de las circunstancias descritas en el artículo 45.4 de la LOPD, teniendo en cuenta la ausencia de intencionalidad y la ausencia de perjuicios distintos de los que derivan propiamente de la infracción.

V

Pues bien, en atención a las citadas circunstancias 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 esta figura, que pese a referirse al apercibimiento regulado en el artículo 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 las medidas correctoras que procedería imponer fueron ya adoptadas por iniciativa propia, 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.



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

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **FISIOMEDIC-VALENCIA XXI SL** y D. **M.M.M.**

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