



**Procedimiento N° PS/00068/2011**

**RESOLUCIÓN: R/02969/2011**

En el procedimiento sancionador PS/00068/2011, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **HOTELERIA I RESTAURACIÓ SCHWAVEN**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en base a los siguientes,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO:** Con fecha 23/07/2010, tuvo entrada en esta Agencia una denuncia de **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) frente a Hotelería i Restauració Schwaven situado en Platja de Aro, Girona precisando que en noviembre 2009 *“me di de alta como socio del spa-gimnasio del Hotel Nautic Park”*, sin ofrecerme información en cuanto a los datos proporcionados, información alguna, comprobando que dicha empresa tan solo tiene inscrito el fichero de “Gestión laboral”

**SEGUNDO:** A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, se solicitó el 9/09/2010 por la Subdirección general de Inspección de datos al Registro General de Protección de Datos, que informara los ficheros que dicha empresa tuviera inscritos, contestándose el 14 del mismo mes que tenía inscrito el fichero “*GESTION LABORAL*”, para la gestión de nóminas y asuntos laborales, figurando como responsable la entidad Hotelería i Restauració Schwaven SL.

En el presente supuesto se recaban datos por parte de la denunciada en noviembre 2009 para ser miembro del SPA-Gimnasio del hotel Nautic Park.

El deber de información es una infracción leve incluida en el 44.2.d que determina *“Proceder a la recogida de datos de carácter personal de los propios afectados sin proporcionarles la información que señala el artículo 5 de la presente Ley.”*

La infracción se comete en el momento en que se piden o se instan los datos del afectado, y no se le informa, así pues, es una infracción cometida en un momento determinado que no tiene continuidad, por lo que no se puede estimar que tenga carácter permanente en el tiempo.

Contando un año desde su comisión, estaría prescrita en noviembre 2010.

En tal sentido, se debe archivar por prescripción la citada infracción.

**TERCERO:** Con fecha 13/07/2011, se acordó iniciar procedimiento sancionador a **HOTELERIA I RESTAURACIÓ SCHWAVEN SL**, por la comisión de una infracción del artículo 26 de la LOPD.

**CUARTO:** Con fecha de entrada en la Agencia de 22/08/2011, la denunciada manifiesta:

- 1) *“Quedamos informados del archivo por prescripción de la denuncia que, en su día fue presentada”.*
- 2) *“Hasta el momento en que ustedes nos envían el acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, no hemos recibido queja alguna ni de persona física ni Administración Pública en el sentido de que pudiéramos estar incumpliendo algún precepto de la citada Ley.”*
- 3) Se pide que se revise el acuerdo de llevar a cabo el procedimiento sancionador, dado que se dan los requisitos previstos en la disposición quincuagésima sexta, de la Ley 2/2011 de 4/03, de Economía Sostenible, (LES) que añade un nuevo apartado al art 45 LOPD 15/1999, de 13/12. En nuestro caso sería leve a tenor del art 44, b), teniendo en cuenta que en el momento en que la Agencia nos lo pide, están inscritos 17 ficheros, con antelación y de motu propio. Aporta la denominación de los ficheros, figurando como fecha de inscripción el 17/05/2011. *“En nuestro caso, nunca hasta la fecha hemos sido sancionados ni apercibidos, la infracción no tiene un carácter continuado, no existe reincidencia.”*

**QUINTO:** Se incorpora a efectos probatorios la denuncia que forma parte del expediente de actuaciones previas E/2576/2010 y las alegaciones efectuadas, así como las efectuadas frente al acuerdo de inicio.

Además se incorporan:

- 1) Impresión de ficheros extraídos de la aplicación RENO. Figuran 18 ficheros.
- 2) Impresión del Registro Mercantil en el que figura la denunciada con objeto social de promoción, financiación, explotación, alquiler y comercialización de hoteles, bares, restaurantes, cafeterías, moteles, hostales y demás negocios o industrias de la restauración. Figura un capital desembolsado de 7.004.500 €
- 3) Se accede a la página web del hotel, se imprime la misma, y los servicios que oferta, destacando que en aviso legal figura un apartado referido a protección de datos. Asimismo se constata que existe posibilidad de reserva on line, sin embargo se intenta entrar dando como resultado que no se ha podido establecer conexión. Con fecha 18/11/2011 se intenta acceder a la página web y solo se consigue acceder a una página informativa en la que se contiene información de Protección de Datos referida a la recogida en sus ficheros de los datos que se proporcionen.
- 4) Se les solicita a la denunciada de entre todos los ficheros inscritos, en cual se encuadraría el de socios del gimnasio, y modo de almacenamiento y gestión de los datos.

Con fecha 2/11/2011 remiten información declarando que los datos de los socios del Spa se hallarían en el fichero ARCHIVO DE SOCIOS. Dicho servicio puede ser usado tanto por las personas que pernoctan en el hotel como por otros que abonan cuotas o sesiones. Aporta documento de seguridad.



**SEXTO:** Con fecha 25/11/2011, se formuló propuesta de resolución, proponiendo la imposición de una sanción de 3.000 € a **HOTELERIA Y RESTAURACIÓ SCHWAVEN**, por la comisión de una infracción del artículo 26 de la LOPD, tipificada como leve en el artículo 44.2.c) de dicha Ley.

Transcurrido el plazo otorgado para efectuar alegaciones, no se recibió escrito alguno.

### **HECHOS PROBADOS**

- 1) HOTELERIA I RESTAURACIÓ SCHWAVEN SL, titular del Hotel de cuatro estrellas, Nautic Park, con 141 habitaciones, al tiempo de la denuncia solo tenía inscrito el fichero "*Gestión Laboral*". Con fecha 18 y 20/05/2011, la entidad procedió a dar de alta 17 ficheros en el Registro General de Protección de Datos, hallándose los datos de socios del SPA que fueron los que proporcionó el denunciante, incluidos en el fichero *SOCIOS*, aportando asimismo documento de seguridad (4 a 8, 9 a 11,51-52,55 bis 1, 55 bis 2,56 a 73, 75 a 79, 85 A 87, 90 A 148).
- 2) El denunciante formalizó su alta como socio en el gimnasio spa del Hotel Nautic Park, en Platja d' Aro, proporcionando sus datos de nombre y apellidos, figurando en la ficha noviembre 2009, señalando en su denuncia que no le informaron de su recogida, ni tienen fichero alguno inscrito. (1, 2).
- 3) Con fecha 3/10/2011, se comprobó que la página web del hotel Nautic Park dispone de cláusula informativa en el apartado "*nota Legal*" (75-77, 149).

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **I**

Es competente para resolver este procedimiento el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

#### **II**

El artículo 26 de la LOPD indica:"

*"1. Toda persona o entidad que proceda a la creación de ficheros de datos de carácter personal lo notificará previamente a la Agencia de Protección de Datos.*

*2. Por vía reglamentaria se procederá a la regulación detallada de los distintos extremos que deba contener la notificación, entre los cuales figurarán necesariamente el responsable del fichero, la finalidad del mismo, su ubicación, el tipo de datos de carácter personal que contiene, las medidas de seguridad, con indicación del nivel básico, medio o alto exigible y las cesiones de datos de carácter personal que se prevean realizar y, en su caso, las transferencias de datos que se prevean a países terceros.*

*3. Deberán comunicarse a la Agencia de Protección de Datos los cambios que se produzcan en la finalidad del fichero automatizado, en su responsable y en la dirección de su ubicación.*

4. *El Registro General de Protección de Datos inscribirá el fichero si la notificación se ajusta a los requisitos exigibles. En caso contrario podrá pedir que se completen los datos que falten o se proceda a su subsanación.*

5. *Transcurrido un mes desde la presentación de la solicitud de inscripción sin que la Agencia de Protección de Datos hubiera resuelto sobre la misma, se entenderá inscrito el fichero automatizado a todos los efectos”.*

El artículo 55.2 del Real Decreto 1720/2007, de 21/12, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD, señala:

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

A tenor de las definiciones de responsable del fichero o tratamiento y encargado del tratamiento recogidas en el artículo 3 de la LOPD, apartados d) -“*Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento*”- y g) -“*Encargado del tratamiento: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales a por cuenta del responsable del tratamiento*”- se desprende que el responsable del fichero es Círculo Católico San José.

En las presentes actuaciones, ha quedado acreditado con relación a la falta de inscripción de fichero por parte de la denunciada, que, en la fecha en que se denunciaron los hechos, no figuraba inscrito fichero alguno por parte de su responsable, acreditándose el incumplimiento de dicha inscripción con posterioridad.

Previamente se constata la existencia de datos, no solo de los socios del gimnasio, también cabe presumir de clientes del hotel como mínimo, pudiendo presumir la toma de datos a través del uso de los diferentes servicios. A la vez que el fichero SOCIOS, se ha inscrito el fichero “*USUARIOS WEB*” relacionado con el uso de la página del hotel, *nóminas y personal, curriculum vitae, facturación* etc.

### III

El artículo 44.2.c) de la LOPD, dispone: Son infracciones leves: “*No solicitar la inscripción del fichero de datos de carácter personal en el Registro General de Protección de Datos, cuando no sea constitutivo de infracción grave.*”

HOTELERIA I RESTAURACIÓN SCHWAVEN SL ha cometido dicha infracción del artículo 26 de la LOPD que encuentra su tipificación en lo dispuesto en el artículo 44.2.c) de la LOPD.

No obstante ser esa la tipificación en el momento en que sucedieron los hechos,



la denunciada solicita se le aplique el régimen que estima más benigno contenido en la LES, norma que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el B.O.E. (5/03/2011), y uno de sus aspectos en cuanto a la aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable, conforme tiene señalado reiterada jurisprudencia la aplicación del principio de retroactividad obliga a aplicar en bloque y no parcialmente la norma que tenga tal condición. Así lo ha reconocido reiteradamente el Tribunal Constitucional, que en su STC 75/2002 declaraba " *...ya en la sentencia del Tribunal Constitucional 131/1986, de 29 de octubre, fundamento jurídico 2, tuvimos ocasión de decir que el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable (...) supone la aplicación íntegra de la Ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas que puedan resultar perjudiciales en relación con la Ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la Ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva.*" (El subrayado es de la AEPD).

Del mismo modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2003, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 5721/1998, recuerda que "*la jurisprudencia penal ha declarado reiteradamente que el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable supone la aplicación íntegra de la Ley más beneficiosa, incluidas aquéllas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la Ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final suponga un beneficio para el reo, ya que en otro caso la nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva.*"

La aplicación de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, a la que seguidamente se hace referencia, implica aplicar la norma en bloque, por lo que la infracción, siguiendo siendo leve, se ha de tipificar conforme señala esta Ley de Economía Sostenible, incluida en el artículo 44.2. b), como "*No solicitar la inscripción del fichero de datos de carácter personal en el Registro General de Protección de Datos.*", si bien la cuantía de las infracciones experimenta un incremento, con una horquilla que va de 900 a 40.000 euros, según recoge la Disposición Final quincuagésima sexta, "*tres*". Por tanto, en cuanto a procedimiento sancionador, no le resulta más ventajoso, dado que la sanción arranca de una cuantía más elevada que la norma hasta entonces vigente.

Además, la denunciada solicita que se le aplique el régimen de apercibimiento por cuanto no ha sido sancionada anteriormente y se considera exagerado considerar su conducta antijurídica.

El artículo 45.1 y 4 de la LOPD al momento en que suceden los hechos señala:

*"1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 601,01 € a 60.101,21 €.*

*4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, al grado de intencionalidad, a la reincidencia, a los daños y perjuicios causados a las personas interesadas y a terceras personas, y a cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora."*

La disposición final quincuagésima sexta de la LES (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 conurrencia 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”.*

Pese a poder cumplirse algunos de los requisitos establecidos en el citado artículo, se habría de acudir a analizar la naturaleza de los hechos, y la concurrencia significativa de los referidos “criterios establecidos en el apartado anterior”, que contempla el 45. 6 y remite al 45.5 de la LOPD que indica:

*“El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo.*

*b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.*

*c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.*

*d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*

*e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.”*

Para valorar la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo se precisa conocer el artículo 45.4 de la LOPD, que determina:

*“La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:*

*a) El carácter continuado de la infracción.*

*b) El volumen de los tratamientos efectuados.*

*c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.*



- d) *El volumen de negocio o actividad del infractor.*
- e) *Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
- f) *El grado de intencionalidad.*
- g) *La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.*
- h) *La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.*
- i) *La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.*
- j) *Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.*

La infracción de no inscribir el fichero es una infracción permanente que subsiste mientras y hasta que esta no tiene lugar. En el momento de interponerse la denuncia, 7/2010, no se hallaba en vigor la LES, que tuvo entrada en vigor el 5/03/2011.

La Ley 30/1992, de 26/11, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –que, al decir de su Exposición de Motivos (punto 14) recoge “los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia”- sanciona el principio de aplicación retroactiva de la norma más favorable estableciendo en el artículo 128.2 que “las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”.

En tal sentido, teniendo en cuenta como hechos relevantes que por la categoría y localización en la zona del hotel, el hecho de que presta una serie de servicios complementarios, y su actividad tiene cierta relación con el registro de datos de huéspedes, facturas, etc. además de la propia actividad con otros ficheros relacionados como videovigilancia, curriculum vitae, facturación y se aprecia que si bien inscribió los ficheros en mayo 2011, antes del acuerdo de inicio del procedimiento, no es merecedora de la aplicación del procedimiento de apercibimiento, y por dichos motivos, a efectos de la graduación de la sanción, se impone una multa de 3.000 €.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

**PRIMERO: IMPONER** a la entidad **HOTELERIA i RESTAURACIÓ SCHWAVEN**, por una infracción del artículo 26 de la LOPD, tipificada como leve en el artículo 44.2.c) de dicha norma, una multa de 3.000 €, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1 y 4 de la citada Ley Orgánica.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución a **HOTELERIA Y RESTAURACIÓ SCHWAVEN** y a **A.A.A.**.

**TERCERO:** Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0182 2370 43 0200000785 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si recibe la notificación entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

Madrid, 29 de diciembre de 2011

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA  
DE PROTECCIÓN DE DATOS

Fdo.: José Luis Rodríguez Álvarez