



Procedimiento N°: A/00193/2016

RESOLUCIÓN: R/00047/2017

En el procedimiento A/00193/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **BUCEO MISTRAL, S.L.**, vista la denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 20/02/2016 tiene entrada en esta Agencia denuncia formulada por D. **A.A.A.**, (en adelante el denunciante) en la que manifiesta que **BUCEO MISTRAL, S.L.** (en adelante BUCEO MISTRAL) es titular de la web www.buceomistral.com en la cual no aparece el aviso legal obligado conforme a la LOPD.

Por parte de la Subdirección de Inspección de Datos se accede a la web www.buceomistral.com constatando lo siguiente:

- tiene un formulario para la recogida de datos personales para la adquisición de productos o servicios, sin que se ofrezca la posibilidad de oponerse al tratamiento de datos con fines no relacionados con la relación contractual.
- la Política de Privacidad del sitio web no informa sobre la identidad del responsable del fichero, informa sobre el consentimiento para el envío de informaciones comerciales sin indicar sectores respecto de los que se consiste la recepción de publicidad y sin posibilidad de evitar el envío de publicidad en el momento de realizar una compra de producto o servicio, carece de información legal requerida para el ejercicio de los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición).

SEGUNDO: Con fecha 28 de noviembre 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/00193/2016, por 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) en relación con los artículos 15 y 45.1.b) del Reglamento de Desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007 (RLOPD), Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado.

TERCERO: Con fecha 20/12/2016 se recibe en esta Agencia escrito de BUCEO MISTRAL manifestando que se ha procedido a subsanar las deficiencias advertidas por la Agencia en la web www.buceomistral.com.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha 31/03/2016 ppor parte de la Subdirección de Inspección de Datos se accede a la web www.buceomistral.com constatando lo siguiente:

- tiene un formulario para la recogida de datos personales para la adquisición de productos o servicios, sin que se ofrezca la posibilidad de oponerse al tratamiento de datos con fines no relacionados con la relación contractual.
- la Política de Privacidad del sitio web no informa sobre la identidad del responsable del fichero, informa sobre el consentimiento para el envío de informaciones comerciales sin indicar sectores respecto de los que se consiste la recepción de publicidad y sin posibilidad de evitar el envío de publicidad en el momento de realizar una compra de producto o servicio, carece de información legal requerida para el ejercicio de los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición).

SEGUNDO: En fecha 20/12/2016 BUCEO MISTRAL presentó alegaciones al procedimiento de apercibimiento afirmando que se habían subsanado las deficiencias denunciadas respecto de la información sobre tratamiento de datos personales contenida en la web www.buceomistral.com, accediéndose por parte de la Subdirección de Inspección de Datos a la citada web constatándose que contiene la siguiente información en el enlace “*Políticas y aviso legal*”:

“POLITICA DE PRIVACIDAD

Información legal y protección de datos de carácter personal

Te informamos que los datos personales que nos facilites serán tratados en ficheros con la finalidad de prestar los servicios y/o entregar los productos solicitados. Buceo Mistral, S.L. no utilizará los datos para el envío de publicidad ni boletines informativos de ningún tipo.

Sólo Buceo Mistral S.L. será responsable de los datos personales del usuario. Los datos facilitados por ti se almacenan en un fichero titularidad de Buceo Mistral S.L. que cumple con la normativa vigente en materia de protección de datos y se encuentra inscrito en el Registro de la Agencia Española de Protección de Datos. El responsable de este fichero es: B.B.B., (C/.1) (Navarra, España). infor@buceomistral.com.

*Los clientes tienen derecho a revocar en cualquier momento mediante carta firmada con la referencia “REVOCACION DE CONSENTIMIENTO”, dirigida a Buceo Mistral S.L., y podrás ejercer este derecho a acceder, rectificar o cancelar tus datos de carácter personal suministrados a Buceo Mistral S.L., y oponerte a su tratamiento. Para ello, debes realizar una petición escrita, firmada y acompañada de una fotocopia de tu DNI o de cualquier otro documento oficial válido para identificarte, dirigida por correo postal a: BUCEO MISTRAL, S.L., C/ (C/.1) (Navarra) – España Tel: +34 ***TEL.1 o por correo electrónico a infor@buceomistral.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

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.”

Y ello en relación con lo dispuesto en el artículo 15 del RLOPD, en el que se 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.”

Por otra parte el RLOPD establece en el artículo 45.1:

“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, solo 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 de los que podrá recibir información o publicidad. (El subrayado es de la AEPD)

Conforme a este precepto el tratamiento de los datos personales con fines publicitarios - salvo que los datos tratados procedan de fuentes de acceso público- exige que el interesado los haya proporcionado o bien que se hayan obtenido con su consentimiento debiendo en todo caso haber sido informado de cuáles serán los sectores de actividad de los que va a recibir publicidad.

En el presente caso, los documentos obrantes en la denuncia y los obtenidos por la Subdirección General de Inspección de la Agencia, acreditaron que se incumplía lo dispuesto en el artículo 5 LOPD, en relación con los artículos 15 y 45.1.b) del Real Decreto 1720/2007 puesto que la web www.buceomistral.com de la que es responsable BUCEO MISTRAL,, no contenía información alguna que identificara al responsable del fichero al que se incorporan los datos de los usuarios que rellenan el formulario para la adquisición de productos. Asimismo la citada web no ofrecía al usuario la posibilidad de negarse al tratamiento de sus datos con fines no relacionados con la relación contractual, ni información relativa a si iba a recibir publicidad propia o de terceros así como los concretos sectores de actividad de los que pudiera recibir publicidad (promociones). Tampoco se informaba acerca de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (derechos ARCO) a los datos de los usuarios apostados a través del formulario de recogida de datos contenido en la citada web

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, BUCEO MISTRAL recababa datos personales sin facilitar a su titular la información que señala el artículo 5 de la LOPD, por cuanto la información facilitada en su política de privacidad no permite conocer la identidad del responsable del fichero al que se incorporan los datos facilitados a través del formulario de la web www.buceomistral.com, tampoco permitía al usuario manifestar su negativa a que sus datos fueran utilizados con fines distintos a la relación contractual, ni permitía conocer al usuario los sectores concretos de actividad sobre los que estaba autorizando la recepción de publicidad. Tampoco contenía información alguna sobre el ejercicio de los

derechos ARCO. Por todo ello debe considerarse que incurría en la infracción leve descrita.

IV

El artículo 45.1, 4 y 5 de la LOPD establece que:

"1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 € a 40.000 €

(...)

4. 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.*

5. 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".*

El 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 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 procedería apercibir al denunciado por cuanto 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 el grado de intencionalidad y la falta de acreditación de la obtención de beneficios por su parte como consecuencia de la comisión de la infracción.

V

Ahora bien, en el presente caso, no obstante lo anterior, debe analizarse la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el artículo 39 bis 2 de la LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida correctora alguna a adoptar por el denunciante toda vez que la infracción que se le imputada (art. 5 de la LOPD en relación con artículos y 15 y 45.1.b) del RLOPD) fue corregida por BUCEO MISTRAL mediante la inclusión en la web www.buceomistral.com de un enlace denominado “Políticas y aviso legal”, en el cual se informa a los usuarios que aporten datos personales a través del formulario para la recogida de datos para la adquisición de productos o servicios, de la identidad del responsable del fichero, de la información relativa al ejercicio de los derechos ARCO, así como que se informa de que sus datos no serán tratados con finalidades publicitarias, por lo que cabe concluir que la entidad cumple con los requisitos de información sobre el tratamiento de sus datos exigidos en los citados artículos de la normativa de protección de datos. Es decir, esta Agencia no podría apercibir al responsable de la infracción requiriéndole la adopción de medidas correctoras que evitasen que lo usuarios facilitasen sus datos personales a la citada web sin tener información de las empresas y sectores a los cuales autorizaban el envío de información comercial habida cuenta que se ha modificado la política de privacidad informando a los usuarios en los términos exigidos por el artículo 5 de la LOPD.

A la vista de dicha situación, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que aunque referida al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD también resulta extrapolable al apercibimiento regulado en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, advierte a propósito de la naturaleza jurídica de dicha figura que “no constituye una

sanción", tratándose de *"medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción"* que *sustituyen* a la sanción. Así, la Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la Agencia Española de Protección de Datos 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 la misma, la Sentencia de la Audiencia Nacional citada concluye que cuando las medidas correctoras objeto del apercibimiento ya hubieran sido adoptadas por el infractor, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

A la vista del pronunciamiento recogido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013 (Rec. 455/2011), y reforzado posteriormente en su Sentencia de fecha 10/06/2014 (Rec. 166/2013), referente a los supuestos en los que **el denunciado ha adoptado la medida correctora oportuna** para subsanar la situación creada, de acuerdo con lo señalado **se debe proceder al archivo de las actuaciones.**

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

- 1. ARCHIVAR el procedimiento (A/00193/2016)** seguido a **BUCEO MISTRAL, S.L.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, con relación con la denuncia por infracción del artículo 5 de la LOPD, en relación con los artículos 15 y 45.1.b) del RLOPD.

- 2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a BUCEO MISTRAL, S.L.**

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