



Procedimiento N°: A/00361/2016

RESOLUCIÓN: R/00022/2017

En el procedimiento A/00361/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **VARENIKI, S.L.**, vista la denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 14/11/2014, tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.**, en el que denuncia a, la entidad WEB2TIMWES CONSULTORES SLU y D. **C.C.C.**, como administrador de la misma y contra la empresa GO4BABY, por recogida de datos a través de la página GO4BABY.COM y maternidadsubrogada.com, habiendo comprobado como usuario de dichas páginas, que no tienen fichero inscrito y no informan de que la información remitida a través de correo electrónico formaran parte de una fichero, ni de los derechos que le confiere la ley.

Tras proceder a la apertura del Procedimiento A/00246/2015, contra WEB2TIMES CONSULTORES, S.L., durante el periodo de alegaciones se verifica que dicha entidad no es la responsable de la web denunciada, por lo que se acuerda con fecha 20/01/2016, ARCHIVAR el procedimiento A/00246/2015 contra dicha entidad, e iniciar las presentes Actuaciones de Investigación, según consta en la copia de la Resolución: R/00005/2016, adjunta a estas actuaciones de investigación, donde también se verifica que el responsable de dichas páginas en España, en la empresa VARENIKI, S.L., cuyo titular es D. **B.B.B.**.

Se procede a la apertura de las Actuaciones con referencia E/00049/2016, en el marco de la cual se realiza visita de inspección a la citada entidad, no obstante ante la comprobación de la caducidad de las actuaciones desde el momento de la denuncia y dado que los hechos no se encuentran prescritos se procede al inicio de estas nuevas actuaciones con referencia E/02053/2016.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se realiza visita de Inspección, levantando Acta E/00049/2016, teniendo conocimiento de los siguientes hechos:

1. Con fecha 25 de febrero de 2016, se realiza inspección en los locales de la empresa VARENIKI, S.L., cuyo administrador único es D. **B.B.B.**, en el marco del E/00049/2016, en el transcurso de la cual, se puso de manifiesto que:
 - 1.1. Go4baby.com es una página web dedicada a la información sobre todo lo concerniente a la maternidad subrogada, concretamente en Ucrania, que comenzó su actividad en el año 2014.
 - 1.2. Dicho dominio es titularidad de D. **B.B.B.**, el cual mantiene un Acuerdo verbal con la empresa One Solution International, con domicilio en Edimburgo, como

representante en España de la citada empresa, siendo ésta empresa la que tiene suscritos contratos con diferentes clínicas en Kiev (Ucrania), dedicadas a los procesos de Maternidad Subrogada.

- 1.3. Cuando una persona visita la página web y está interesada en recibir información sobre este tipo de servicio, debe cumplimentar el cuestionario que aparece en la misma, donde indica, Nombre y Apellidos, Teléfono, Dirección de correo electrónico, un campo denominado “Asunto”, y un espacio donde se debe introducir la consulta que desea efectuar.
- 1.4. Para poder enviar dicho cuestionario hay que clicar una casilla donde se aceptan las condiciones, cuando se accede a las mismas, aparece una Aviso Legal en el que consta, entre otros, que One Solution International es el responsable del fichero donde se incluyen los datos recogidos en el cuestionario.
- 1.5. Una vez que se envía el cuestionario los datos se reciben en la dirección de correo@go4baby.com, cuyo titular es D. **B.B.B.**, al cual solo accede él y se encarga de dar contestación a las cuestiones planteadas por el posible cliente. Hasta el momento no se ha borrado ningún correo recibido en la citada dirección.
- 1.6. En algunas ocasiones, el posible cliente remite un espermiograma, ya que es obligatorio para este tipo de servicio, que el padre sea fértil ya que será el padre biológico del futuro bebé. Dicha información es valorada por el Sr. Monje de acuerdo a unos valores establecidos, pero en el caso de que sea dudoso, esta información se remite a la clínica en Kiev que se asigne.
- 1.7. Una vez que el cliente cumple dichos requisitos y decide utilizar el servicio de maternidad subrogada, éste firma un contrato con la empresa One Solution International, siendo el Sr. **B.B.B.** el que firma dichos contratos con el cliente como representante en España de dicha entidad, la cual actúa como empresa que proporciona toda la logística necesaria para los trámites en Kiev de los futuros padres. El Sr. **B.B.B.** también contacta con las clínicas como representante de One Solution International en España, para proporcionarles los datos de las personas que acudirán, ya como clientes de la clínica, con la que firmarán un nuevo contrato, ya que deben someterse a más pruebas.
- 1.8. A través de la citada página, no se recoge ningún dato de salud, en el caso de que el posible padre biológico tenga que entregar el espermiograma, se le solicita por teléfono o por correo electrónico. Asimismo, a One Solution International, tampoco se hace entrega de ningún dato de salud, solo los relativos a datos personales de los firmantes del contrato.
- 1.9. Mediante acceso al correo electrónico del Sr. **B.B.B.** se realizan las siguientes comprobaciones:
 - 1.9.1. Se accede a la página web www.go4bay.com y se cumplimenta y envía un formulario, comprobándose que tiene entrada un correo electrónico en la dirección:@go4baby.com donde figura el literal: Nuevo Mensaje



(Enviado desde el Formulario de contacto Go4baby), donde constan el Nombre, Teléfono, Dirección de Correo electrónico y la consulta efectuada. Así mismo se verifica que obliga a aceptar las “condiciones” comprobando que aparece una leyenda donde consta que el responsable del fichero es ONE SOLUTION INTERNATIONAL.

1.9.2. Se realiza una búsqueda a nombre de “ **A.A.A.**”, comprobándose que no existe ningún correo asociado. Asimismo, se realiza una búsqueda de todos los correos electrónicos entrantes, comprendidos entre el mes de agosto de 2014 y el mes de noviembre de 2014, verificándose que ninguno de ellos se encuentra asociado a **A.A.A.**.

1.9.3. Se accede a un correo electrónico remitido a una de las clínicas de Kiev donde se envía como archivo adjunto un espermiograma de una persona interesada en dichos servicios.

1.9.4. Se accede a la web www.maternidad-subrogada.com, comprobándose que aparece el logotipo de go4Baby pero no existe ningún formulario, ya que éste fue retirado hace tiempo, quedando únicamente activo el existente en la página web www.go4baby.com.

1.10. Asimismo, se verifica que en el contrato que el cliente firma con la empresa ONE SOLUTION INTERNATIONAL, no figura que dicha entidad tenga acceso a la información de salud del cliente, según consta en la copia de uno de ellos, que se adjunta al Acta de Inspección.

2. Con fecha 10 de mayo de 2016 se incorporan a estas Actuaciones el resultado de las investigaciones llevadas a cabo en el marco de las actuaciones con referencia E/00049/2016.

TERCERO: Con fecha 30 de septiembre 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/00361/2016, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado.

CUARTO: No habiendo recibido escrito de alegación alguno, con fecha 21/12/2016 se accede a la página web www.go4baby.com/aviso-legal/ informando en la misma:

Titular:	Vareniki S.L.
CIF:	B-*****
Dirección:	(C/...1).

Teléfonos:	+34 ***TEL.1 / +34 ***TEL.2.
Email:	
Actividades:	Actividades jurídicas, de gestión, administración, traducción e interpretación.

Limitación de Responsabilidad

En virtud de la ley orgánica 15/1999 de diciembre, se le informa que sus datos serán tratados en un fichero propiedad de Vareniki S.L., a los únicos efectos de ofrecer la información solicitada. En cualquier momento podrá ejercitar sus derechos de acceso, rectificación y cancelación, enviando una carta acompañada de su DNI a: Vareniki, (C/...1) (**LOCALIDAD.1– Madrid) o por Email a ...

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 14/11/2014, tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.**, en el que denuncia a, la entidad WEB2TIMWES CONSULTORES SLU y D. **C.C.C.**, como administrador de la misma y contra la empresa GO4BABY, por recogida de datos a través de la página GO4BABY.COM y maternidadsubrogada.com, habiendo comprobado como usuario de dichas páginas, que no informan de que la información remitida a través de correo electrónico formaran parte de una fichero, ni de los derechos que le confiere la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal folios (1 a 15).

SEGUNDO: Con fecha 25 de febrero de 2016, se realiza inspección en los locales de la empresa VARENIKI, S.L., cuyo administrador único es D. **B.B.B.**, en el marco del E/00049/2016, en el transcurso de la cual, se puso de manifiesto que:

Go4baby.com es una página web dedicada a la información sobre todo lo concerniente a la maternidad subrogada, concretamente en Ucrania, que comenzó su actividad en el año 2014.

Dicho dominio es titularidad de D. **B.B.B.**, el cual mantiene un Acuerdo verbal con la empresa One Solution International, con domicilio en Edimburgo, como representante en España de la citada empresa, siendo ésta empresa la que tiene suscritos contratos con diferentes clínicas en Kiev (Ucrania), dedicadas a los procesos de Maternidad Subrogada (folios 117 a 134).

TERCERO: Con fecha 21/12/2016 se accede a la página web www.go4baby.com/aviso-legal/ informando en la misma:

Titular:	Vareniki S.L.
CIF:	B-*****
Dirección:	(C/...1).
Teléfonos:	+34 ***TEL.1 / +34 ***TEL.2.
Email:	
Actividades:	Actividades jurídicas, de gestión, administración, traducción e interpretación.

Limitación de Responsabilidad

En virtud de la ley orgánica 15/1999 de diciembre, se le informa que sus datos serán tratados en un fichero propiedad de Vareniki S.L., a los únicos efectos de ofrecer la información solicitada. En cualquier momento podrá ejercitar sus derechos de acceso, rectificación y cancelación, enviando una carta acompañada de su DNI a: Vareniki, (C/...1) (***LOCALIDAD.1– Madrid) o por Email a ... (folios 190 y 191).

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 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."

Dicha infracción aparece tipificada como leve en el artículo 44.2.c) de la LOPD, 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"*. Infracción que puede ser sancionada conforme al art. 45.1 de la LOPD, que establece: *"Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 a 40.000 euros."*

III

No obstante, el artículo 45 apartado 6 de la LOPD dispone:

"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 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 que no consta vinculación de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constando beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de las infracciones.

En el presente caso, ha quedado acreditado que el denunciado ha adoptado las medidas correctoras, al haber adaptado la política de privacidad de su web a la LOPD. Teniendo en cuenta estas circunstancias, no procede requerimiento alguno.

IV

Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso 455/2011, de 29/11/2013, analiza el apercibimiento como un acto de naturaleza no sancionadora, como se deduce del fundamento de derecho Sexto:

<<...Debe reconocerse que esta Sala y Sección en alguna ocasión ha calificado el apercibimiento impuesto por la AEPD, en aplicación del artículo examinado, como sanción (SAN de 7 de junio de 2012, rec. 285/2010), y en otros casos ha desestimado recursos contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones análogas a la recurrida en este procedimiento, sin reparar en la naturaleza no sancionadora de la medida expresada (SSAN de 20 de enero de 2013, rec. 577/2011, y de 20 de marzo de 2013, rec. 421/2011). No obstante, los concretos términos en que se ha suscitado la controversia en el presente recurso contencioso-administrativo conducen a esta Sala a las conclusiones expuestas, corrigiendo así la doctrina que hasta ahora venía presidiendo la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD...>>

Además, la sentencia interpreta o liga apercibimiento o apercibir con el requerimiento de una actuación para subsanar la infracción, y si no existe tal requerimiento, por haber cumplido las medidas esperadas relacionadas con la infracción, no sería apercibimiento, sino archivo, como se deduce del citado fundamento de derecho: *<<...Pues bien, en el caso que nos ocupa el supuesto concreto, de entre los expresados en el apartado quinto del artículo 45, acogido por la resolución administrativa recurrida para justificar la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD es el primero, pues aprecia “una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción”, tal y como expresa su fundamento de derecho VII.*

Por ello, concurriendo las circunstancias que permitían la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD, procedía “apercibir” o requerir a la denunciada para que llevara a cabo las medidas correctoras que la Agencia Española de Protección de Datos considerase pertinentes, en sustitución de la sanción que de otro modo hubiera correspondido.

No obstante, dado que resultaba acreditado que la denunciada por iniciativa propia había adoptado ya una serie de medidas correctoras, que comunicó a la Agencia

Española de Protección de Datos, y que esta había verificado que los datos del denunciante no eran ya localizables en la web del denunciado, la Agencia Española de Protección de Datos no consideró oportuno imponer a la denunciada la obligación de llevar a cabo otras medidas correctoras, por lo que no acordó requerimiento alguno en tal sentido a ésta.

Recuérdese que al tener conocimiento de la denuncia la entidad denunciada, procedió por iniciativa propia a dirigirse a Google para que se eliminara la URL donde se reproducían la Revista y el artículo, a solicitar a sus colaboradores que suprimieran cualquier nombre de sus artículos o cualquier otra información susceptible de parecer dato personal y que revisaran las citas del área privada de la web para borrar cualquier otro dato sensible, y, por último, a revisar la configuración de los accesos para que los buscadores no tuvieran acceso a las Revistas.

En consecuencia, si la Agencia Española de Protección de Datos estimaba adoptadas ya las medidas correctoras pertinentes en el caso, como ocurrió, tal y como expresa la resolución recurrida, la actuación administrativa procedente en Derecho era al archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, pues así se deduce de la correcta interpretación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

Por el contrario, la resolución administrativa recurrida procedió a “apercibir” a la entidad PYB ENTERPRISES S.L., aunque sin imponerle la obligación de adoptar medida correctora alguna, lo que solo puede ser interpretado como la imposición de un “apercibimiento”, entendido bien como amonestación, es decir, como sanción, o bien como un mero requerimiento sin objeto. En el primer caso nos hallaríamos ante la imposición de una sanción no prevista en la LOPD, con manifiesta infracción de los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora, previstos en los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el segundo supuesto ante un acto de contenido imposible, nulo de pleno derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 62.1.c) de la misma Ley...>>

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00361/2016** seguido contra **VARENIKI, S.L.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, con relación a la denuncia por infracción del artículo 5 de la LOPD, tipificada como leve en el artículo 44.2.c) de la citada Ley Orgánica.

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

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo 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 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 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