

Procedimiento Nº: A/00509/2016

RESOLUCIÓN: R/00310/2017

En el procedimiento A/00509/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **MALAKAPADEL, S.L.**, vista la denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 13/09/2016 tiene entrada en esta Agencia escrito de D. **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciante) contra la entidad **MALAKAPADEL, S.L.** (en lo sucesivo el denunciado) porque su página web carece de aviso legal. En el citado escrito comunica que *"...La web <https://www.malakapadel.com/tienda-on-line/> de venta de material de padel no tiene en ninguno de sus apartados la información legal ni de protección de datos. He metido mis datos y no puedo ver que tratamiento tienen y tampoco como puedo modificar o eliminar.*

Solo consigo ver una vez que accedo a la cesta un enlace de protección de datos en el que dice: "Añada la Política de privacidad. Observe que sea adecuada y legalmente conforme a su empresa y país. Encontrará más información y textos modelo en la Guía del derecho del comercio electrónico."

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, desde la Subdirección General de Inspección de datos se accede a Internet comprobado que en la página web <https://www.malakapadel.com> se recogen datos personales. La web tiene formulario de recogida de datos personales y un aviso legal pero el aviso legal no contiene la información del art. 5 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). El dominio malakapadel.com se encuentra registrado a nombre del denunciado.

TERCERO: Con fecha 13 de enero de 2017, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00509/2016, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, con relación a la denuncia por infracción de su artículo 5, tipificada como leve en el artículo 44.2.c). Dicho acuerdo fue notificado al denunciado.

CUARTO: Con fecha 20/01/2017 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica: *<<...Una vez explicadas las circunstancias actuales de nuestra empresa (...) permítanos explicar las medidas que se han tomado desde el inicio del expediente de apercibimiento para la subsanación de las deficiencias detectadas:*

1. Hemos procedido a cumplimentar correctamente el apartado de AVISO LEGAL (...)

En dicho AVISO LEGAL, se recogen los siguientes apartados (...)

II. Además, hemos realizado la AUDITORIA INTERNA, siguiendo la GUÍA DE SEGURIDAD publicada por la AEPD, siguiendo los pasos recomendados: Objetivo, Determinación del alcance, Planificación, Recolección de datos y Evaluación de las pruebas. Todo ello nos han permitido elaborar y verificar el DOCUMENTO DE SEGURIDAD para adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias, determinando que la persona responsable de los ficheros sea (...), en cumplimiento del artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (LOPD). Se ha utilizado la herramienta EVALUA para la creación de la auditoría y verificación de los procedimientos y nos ha orientado para el cumplimiento de la ley de una manera ordenada.

III. Hemos registrado telemáticamente nuestros ficheros de datos, ante la Agencia Española de Protección de Datos, con fecha 23/01/2017 (...). El día 27/01 recibimos la notificación de inscripción...>>

QUINTO: Con fecha 3/02/2017 se accede desde esta Agencia a la página web del denunciado, donde se informa:

<<...Política de protección de datos

1. Responsable de tratamiento MALAKAPADEL S.L. en adelante MALAKAPADEL (...) con Código de Identificación Fiscal B***** con domicilio social en (C/...1) Málaga, Inscrita en el Registro Mercantil de GRANADA en el tomo

Puede contactarnos a través del teléfono +34 ***TEL.1, o por correo electrónico en la dirección@malakapadel.com.

2. Recogida y tratamiento de datos de carácter personal durante el proceso de pedido o apertura de una nueva cuenta se procederá a la recogida de datos personales.

Estos datos serán incorporados a un fichero bajo responsabilidad de **MALAKAPADEL**, con el objetivo de gestionar la tramitación y ejecución de su pedido, así como, de haber otorgado previamente su consentimiento expreso, enviarle comunicaciones comerciales por correo electrónico.

Usted puede darse de baja de nuestras newsletters en cualquier momento mediante correo electrónico. Salvo que usted consienta de forma expresa la continuación del uso de sus datos personales, estos serán bloqueados una vez se haya ejecutado el pedido y el precio de compra haya sido abonado en su totalidad.

Sus datos personales serán eliminados transcurrido el plazo legalmente establecido para el cumplimiento de nuestras obligaciones mercantiles y fiscales, siempre y cuando usted no haya autorizado expresamente la continuación de su uso.

3. Destinatarios de los datos de carácter personal.

Sus datos de carácter personal serán comunicados a la agencia de transporte encargada del envío de la mercancía.

Igualmente, sus datos serán cedidos, en su caso, a la entidad de crédito prestadora de los servicios del pago dentro del marco de la gestión del pago.

4. Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición

Usted puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación y cancelación y oposición sobre sus datos personales, de forma gratuita, enviando un correo electrónico a la dirección:.....@malakapadel.com

Suscripción a las Newsletters

☐ *Si, deseo recibir comunicaciones comerciales mediante correo electrónico de MALAKAPADEL S.L.*

Puedo darme de baja de las mismas mediante correo electrónico en cualquier momento.

Recibir con regularidad las ofertas exclusivas de la MALAKAPADEL

Dirección de correo electrónico Nombre y Apellidos...>>*

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 13/09/2016 tiene entrada en esta Agencia escrito del denunciante contra el denunciado porque su página web carece de aviso legal (folios 1 y 2).

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, desde la Subdirección General de Inspección de datos se accede a Internet comprobado que en la página web <https://www.malakapadel.com> se recogen datos personales. La web tiene formulario de recogida de datos personales y un aviso legal pero el aviso legal no contiene la información del art. 5 LOPD. El dominio malakapadel.com se encuentra registrado a nombre del denunciado (folios 3 a 10).

TERCERO: Con fecha 20/01/2017 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica: <<...1. Hemos procedido a cumplimentar correctamente el apartado de AVISO LEGAL (...)

En dicho AVISO LEGAL, se recogen los siguientes apartados (...) (folios 20 a 25).

CUARTO: Con fecha 3/02/2017 se accede desde esta Agencia a la página web del denunciado, donde se informa: <<...**Política de protección de datos** (folios 26 a 29).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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.”

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 45.6 de la LOPD establece:

“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 procedería apercibir sino el archivo del procedimiento.

<< (...) 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 (...)

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 (...)>>

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento (**A/00509/2016**) a la entidad **MALAKAPADEL, 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 la entidad **MALAKAPADEL, 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 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