

Expediente N°: E/01182/2018

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **BOOKING OUT 2015, S.L.** en virtud de denuncia presentada por Dña. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 9 de enero de 2018, tuvo entrada en esta Agencia escrito de Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) contra **BOOKING OUT 2015, S.L.** (en lo sucesivo el denunciado) en el que comunica:

Que el denunciado se niega a dar de baja a su madre de su base de datos de clientes. El motivo de solicitarles la baja es que el denunciado sigue haciendo intentos de venderle productos a su madre a pesar de su estado de salud.

Que la página web de la empresa no informa como revocar el consentimiento a la recogida y almacenamiento de datos personales (en el enlace que supuestamente conduce a esta información, hay una página genérica en la que se lee que esa página fue llamada con parámetros perdidos o inválidos).

Así mismo comunica que detrás del enlace "*Términos generales y condiciones*" hay una página en alemán que no contiene la información. Aunque no lo menciona la denunciante, se recogen datos personales en el apartado de Contacto de la página web.

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. Solicitada información al denunciado, se tiene conocimiento de los siguientes extremos:

a) Con fecha 16/02/2018 se accede desde esta Agencia a la web del denunciado a la página de Inicio- Registrarse donde se recogen como datos obligatorios, entre otros, la dirección de correo electrónico, nombre, apellidos, calle, ciudad etc.

Así mismo en la Política de privacidad, se manifiesta:

<<...Adapte el texto utilizando la vista previa o la vista de ficha del menú "Contenido/Categorías" de la administración

[SI NO UTILIZA ESTADISTICAS DE TIENDA ETRACKER, QUITE ESTA SECCIÓN]

*En este sitio web, los datos se recopilan y almacenan de forma anónima para fines de marketing y optimización mediante la tecnología de (**WEB.1). A*

continuación, se crean los perfiles de uso a partir de estos datos utilizando un seudónimo. Para este fin, pueden utilizarse las cookies, que recopilan y almacenan los datos de forma anónima. Los datos no se utilizan para identificar al usuario de este sitio web de forma personal ni se combinan con datos personales. Es posible revocar el consentimiento para recopilar y almacenar datos personales en cualquier momento y para siempre...>>

b) El denunciado alega mediante escrito de 27/03/2018 que la madre de la denunciante fue visitada por uno de sus comerciales al estar interesada en el facsímil de coleccionista y certificados notariales, por lo que firmó el contrato de compraventa y cesión de crédito adjunto. Los datos fueron facilitados por la propia señora. Adjuntan copia del contrato de compraventa en formato papel de 26/12/2017 con los datos personales de la madre de la denunciante. En la cláusula 9 del citado contrato en papel viene la información ARCO ("*...el Comprador debe dirigirse a BOOKING OUT 2015 SL en el domicilio social arriba indicado o la entidad cesionaria*").

Así mismo informan: <<*...Política de privacidad e información al usuario y procedimiento establecido para ejercicio de derechos ARCO relativa a la web www.bookingout2015sl.com*

Adjuntamos pantallazos de la Política de privacidad de nuestra página web.

No obstante lo anterior, esta parte declara que nadie se ha dado de alta por medio de la página web...>>

c) Con fecha 04/04/2018 desde esta Agencia se accede nuevamente a la web del denunciado.

En la página de política de privacidad, han incluido información del fichero, finalidad, derechos arco, concretamente se lee: "*En cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, el USUARIO, por el hecho de remitir sus datos de carácter personal a través de correo electrónico o rellenando cualquier formulario de este PORTAL, consiente BOOKING OUT 2015, S.L. su tratamiento conforme a la presente política de protección de datos. Los datos pasarán a formar parte de los ficheros de BOOKING OUT 2015, S.L para atender las peticiones que realice el USUARIO y, en su caso, el envío de comunicaciones informativas sobre sus diversos productos.*

*El USUARIO podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, oposición o cancelación por medio de escrito a: BOOKING OUT 2015, S.L, (C/...1) (Madrid) o en la siguiente dirección electrónica: ***EMAIL.1."*

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

El artículo 5 de la LOPD señala que: *“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.”

III

En el presente caso ha quedado acreditado que la web del denunciado tenía formularios de recogida de datos personales pero no informaba del art. 5 de la LOPD), lo que constituye por parte del denunciado una infracción del citado artículo. Infracción tipificada como leve en el artículo 44.2.c) de la citada norma, como: *“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.”*

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 concurran 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

En todo caso, debe señalarse que, si bien estamos ante la falta de información en la recogida de datos personales, el denunciado al tener noticia de los hechos denunciados en fase de actuaciones previas, en la política de privacidad, han incluido información del fichero, finalidad, derechos arco, concretamente se lee: *“En cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, el USUARIO, por el hecho de remitir sus datos de carácter personal a través de correo electrónico o rellenando cualquier formulario de este PORTAL, consiente BOOKING OUT 2015, S.L. su tratamiento conforme a la presente política de protección de datos. Los datos pasarán a formar parte de los ficheros de BOOKING OUT 2015, S.L para atender las peticiones que realice el USUARIO y, en su caso, el envío de comunicaciones informativas sobre sus diversos productos.*

*El USUARIO podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, oposición o cancelación por medio de escrito a: BOOKING OUT 2015, S.L, (C/...1) (Madrid) o en la siguiente dirección electrónica: ***EMAIL.1.”*

En la cláusula se informa de la posibilidad de recibir publicidad sobre sus productos sin posibilidad de mostrar negativa, pero el formulario de recogida de datos por la web sólo es para contacto sin posibilidad de compra alguna.

No obstante, ha de tenerse en cuenta, en el presente caso lo regulado en el considerando 42 y 43 del 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):

(42) (...) El consentimiento no debe considerarse libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su

consentimiento sin sufrir perjuicio alguno.

(43) (...) Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento.

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 **BOOKING OUT 2015, S.L.** y a Dña. **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 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