

- **Procedimiento nº.: PS/00316/2020**

Recurso de reposición Nº RR/00434/2021

Examinado el recurso de reposición interpuesto por **DESOLASOL RESTAURACIÓN, S.L.** (recurrente) contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00316/2020, y en base a los siguientes

HECHO

PRIMERO: Con fecha 13/05/2021, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00316/2020, en virtud de la cual se imponía al recurrente una sanción de 6.000 euros por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 5.1.f) del RGPD, de conformidad con el artículo 83.5 a) del RGPD del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27/04/2016 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 (en lo sucesivo RGPD), infracción tipificada a efectos de prescripción en el artículo 72.1.a) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5/12, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDPGDD).

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 21/05/2021, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en la LOPDPGDD, y supletoriamente en la Ley 39/2015, de 1/10, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), en materia de tramitación de procedimientos sancionadores.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00316/2020, quedó constancia de los siguientes:

1) *En el restaurante “***RESTAURANTE.1”, ubicado en la azotea del centro Comercial ***CENTRO.1 de Madrid, C/ ***DIRECCIÓN.1, el ***FECHA.1, el reclamante presentó una hoja de reclamaciones de consumo por una cuestión de que no se podía conversar en la mesa debido al volumen de la música. El ejemplar de una copia de la citada hoja que queda como resguardo en poder del restaurante fue entregado por un empleado del mismo a unos clientes que estaban presentes durante las circunstancias expresadas. Estos clientes, según figura en escrito de 6/06/2019 en la “descripción de la intervención de la Policía Local”, que fue requerida por el reclamante, consignaron en su informe que vista la hoja figuraban “comentarios manuscritos en bolígrafo con nombres de personas y comentarios en contra” sobre el reclamante y sus acompañantes”.*

2) De acuerdo con la información proporcionada por el *****CENTRO.1** en el traslado de la reclamación, respecto del espacio físico de su titularidad donde se sitúa el restaurante en el que acontecieron los hechos, y aportando copia de un contrato mercantil, el negocio es de la empresa de restauración **DESOLASOL RESTAURACIÓN SL**, (el reclamado) con el nombre comercial del restaurante-terraza *****RESTAURANTE.1** ubicado en la planta quinta. Entre otras estipulaciones, además figura que el reclamado cuenta con personal propio que atiende el restaurante.

3) El reclamado manifestó que: “Por error involuntario el encargado exhibió la reclamación a los clientes testigos de los actos expuestos y estos motu proprio escribieron sus datos y teléfonos ofreciéndose para testificar sobre los hechos”

TERCERO: El recurrente ha presentado en fecha 21/06/2021, en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición, fundamentándolo en:

1) Reitera que “no fue notificada de la denuncia interpuesta”. Entiende que es una posibilidad no ser tomada en cuenta ni participar durante la tramitación de las actuaciones administrativas previas que dieron origen al presente procedimiento sancionador, sea traslado, sea actuaciones de investigación previa, y que no tiene porque producirse dicho traslado. No obstante, considera que, en este caso “debía ser preceptiva la participación desde el inicio de las investigaciones” “por ser un caso en el que los hechos están rodeados de interpretaciones subjetivas”. “Debió haberse notificado en la investigación a la recurrente para que se defendiera en esa fase y no abrir procedimiento sancionador” como se hizo, sin haberse garantizado su derecho a la defensa previsto en el artículo 24-2 de la Constitución Española. Solicita la reposición de las actuaciones para que sea notificada de la denuncia e investigación y se inicie conforme a derecho el procedimiento correspondiente con todas las garantías previstas.

2) Reitera que hacer figurar una cantidad por la multa en la que supuestamente se ha incurrido en el acuerdo de inicio viola el principio de presunción de inocencia que precisa verificación en la fase probatoria.

3) La cesión de datos por la exhibición fue apenas un instante y no implicó que un tercero pudiera tomar nota, retener o conocer los datos personales del denunciante. Los datos no fueron cedidos o expuestos y por tanto no hubo violación de la confidencialidad por el hecho de que los terceros vieran la reclamación que les fue exhibida. La propia Agencia reconoce en la resolución que el tiempo en que los terceros usan ese impreso para anotar sus observaciones necesariamente sería breve limitándose a la vista del documento en esos. Nos encontraríamos ante una negligencia por parte de un empleado en un contexto particular considerando que la multa impuesta no es efectiva ni proporcionada, considerando además que la recurrente no ha tenido sancionadores o apercibimientos previos. Considera que el informe policial mencionaba que los terceros lo que hicieron fue colocar sus datos y exponer lo acontecido en la reclamación con la intención de ofrecer sus testificales para exponer la realidad de los hechos acontecidos. Esto forma parte del derecho a obtener la tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos que establece el artículo 24 de la Constitución.

4) Indica que no se contempla en la resolución y en concreto en los hechos probados, el informe económico extraído de la herramienta *monitoriza de AXESOR* en el que se observa que se trata de una microempresa con una cifra de negocio 2017/2018 que arroja en términos negativos 21,41% y que en la situación generada por el COVID podría presentar tensiones financieras, dando lugar a que no se ha contemplado este factor que se prevé en el artículo 83.5 a) y reflejar el volumen de negocios. Considera la sanción desproporcionada por la falta cometida y el volumen de negocio real que como se demostró se ha visto gravemente afectada por la pandemia del COVID-19

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.1 de la LOPDPGDD.

II

En relación a que con la constancia en el acuerdo de inicio de una cantidad por la infracción presuntamente cometida, se violaría el principio de presunción de inocencia, aunque ya se contenía en el fundamento de derecho II, se ha de añadir:

-El contenido de dicho extremo se contempla expresamente en la normativa. No se trata de una conveniencia ni supone una transacción, sino una primera valoración, a la que por ello se le añade "*sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción*" a que se refiere el contenido mínimo del acuerdo de inicio, artículo 62 de la LPACAP. La sanción que se impone finalmente y tiene validez viene del acuerdo de inicio, contemplada en la propuesta de resolución y en la resolución, apoyada sobre los hechos probados.

-El reconocimiento de la infracción supone de la responsabilidad, y deriva como se ha dicho, de la Ley 39/2015, de 1/10, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, (LPCAP) estando conectado con el pago de la misma si fuera de sanción pecuniaria, que expresamente se indica, y que se han de contener en el acuerdo de iniciación de procedimiento art 85.3 de la LPCAP

- Si la sanción se indicara en la resolución de incoación en base a la horquilla regulada en el artículo 83. 4 o .5 del RGPD no se daría cumplimiento a lo dispuesto en el citado artículo 85 de la LPACAP, siendo además esas cuantías límites máximos a tener en cuenta en su caso.

-Para la emisión de la resolución de incoación se contemplan las informaciones obtenidas antes del mismo, y el grado de gravedad en que se enmarca la infracción. En función de ello, y en este caso siendo una "*muy grave*" también se relaciona la cuantía en el inicio.

- Por los efectos, si el infractor procede a realizar el pago voluntario de la sanción establecida apriorísticamente en la resolución de incoación, dicha actuación implicará la terminación del procedimiento, es decir es imperativo su finalización.



En este caso, el principio de inocencia se ha destruido por las pruebas obtenidas y valoradas en el procedimiento y acreditándose que el citado contenido del acuerdo de inicio no guarda relación con su supuesta vulneración, no pudiéndose atender ese argumento.

III

Sobre la eventual indefensión por no haber sido escuchada el reclamado en la fase de traslado de la reclamación o en actuaciones previas, ya se contestó en el fundamento de derecho II, es decir en la primera fundamentación de la resolución. La recurrente insiste en la misma, sin aportar nuevo argumento de que hubiera cambiado haber dado traslado de la reclamación y no acredita indefensión material alguna en su derecho a la defensa al haber sido sancionado habiendo obtenido audiencia y efectuado alegaciones tanto en el acuerdo de inicio como en la de propuesta de resolución.

IV

La infracción imputada no es la de cesión de datos, que como tal no existe en el ordenamiento de protección de datos. Se trata de la vulneración del artículo 5.1.f) del RGPD, que lo titula como “*integridad y confidencialidad*” por dar a conocer datos a terceros. Sobre la finalidad de la entrega de las hojas de reclamaciones para que las personas que presenciaron los hechos manifestaran lo que vieron y sirviera como defensa del establecimiento, se ha de señalar que ello no implica que se deba hacer en esas hojas oficiales donde constan los datos del reclamante y los hechos que considere, sin que existiera por lo demás expectativa razonable de acceso a datos del reclamante. Si se trata de ejercer dicho derecho, puede la reclamada establecer otros cauces cumpliendo la normativa de protección de datos incluyendo la información de los que se recaban de esos declarantes, testigos junto con su base legitimadora y en definitiva ajustarse a dicho tratamiento.

V

Sobre la no consideración de la situación económica de la recurrente a la hora de imponer la sanción, se ha de entender que no existe un imperativo en la imposición de las sanciones de someterse a cifra alguna, sino que el RGPD establece una categorización de dos apartados de infracciones distintas, unas que tienen un máximo más alto que las otras, y dentro de cada categoría, una regla de aplicación para elegir ese tope máximo que por lo demás no afecta al caso.

En el presente supuesto parece que la cifra impuesta estaría justificada indicando que dispone de 27 empleados fijos, dentro de un centro comercial importante en el centro de la ciudad, denotando según el informe que la cifra de negocio de 2018 sobre 2017 varía muy poco, siendo de 1.997.335 euros, con resultado del ejercicio de 87. Los referidos apuntes de riesgos estimados son anotaciones de la información que proporciona AXESOR. Por tanto, no se estima desproporcionada la sanción impuesta en relación con lo que se explica en el acuerdo de inicio y en relación con las pruebas de los hechos.

En consecuencia, en el presente recurso de reposición, el recurrente no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos RESUELVE:

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **DESOLASOL RESTAURACIÓN, S.L.** contra la resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 13/05/2021, en el procedimiento sancionador PS/00316/2020.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a la entidad **DESOLASOL RESTAURACIÓN, S.L.**

TERCERO: Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva una vez sea ejecutiva la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el

artículo 98.1.b) de la ley 39/2015, de 1/10, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29/07, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17/12, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº ES93 2100 8981 6302 0001 1719, abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco CAIXABANK, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo.

Recibida la notificación y una vez ejecutiva, si la fecha de ejecutividad se encuentra 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 se encuentra 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 artículo 50 de la LOPDPGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al art. 48.6 de la LOPDPGDD, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1/10, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), los interesados podrán interponer 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 de la referida Ley.

Finalmente, se señala que conforme a lo previsto en el art. 90.3 a) LPACAP, se podrá suspender cautelarmente la resolución firme en vía administrativa si el interesado manifiesta su intención de interponer recurso contencioso-administrativo. De ser éste el caso, el interesado deberá comunicar formalmente este hecho mediante escrito dirigido a la Agencia Española de Protección de Datos, presentándolo a través del Registro Electrónico de la Agencia [<https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/>], o a través de alguno de los restantes registros previstos en el art. 16.4 de la citada LPACAP. También deberá trasladar a la Agencia la documentación que acredite la interposición efectiva del recurso contencioso-administrativo. Si la Agencia no tuviese conocimiento de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses desde el día siguiente a la notificación de la presente resolución, daría por finalizada la suspensión cautelar.

180-100519

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos