



Procedimiento N°: A/00112/2015

RESOLUCIÓN: R/01588/2015

En el procedimiento A/00112/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a las entidades **EBV LEARNING S.L.** y **EXCELLENCE AND BUSINESS VALUE S.L.**, vista la denuncia presentada por **TELBUS, S.L.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 25 de noviembre de 2014 tiene entrada en esta Agencia, denuncia interpuesta por la entidad Telbus, S.L. (en adelante la denunciante) manifestando que ha recibido de la empresa EBV CONSULTING un correo electrónico con 175 direcciones de correo a la vista de todos los destinatarios y que el citado correo electrónico no contiene ninguna información sobre como solicitar la baja de la lista de destinatarios. Aporta copia del correo electrónico citado.

Como respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia, con fecha de 25 de febrero de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito de la denunciante en el que aporta las cabeceras completas y el código fuente del correo electrónico aportado en su denuncia.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados en actuaciones previas desde la Subdirección de Inspección se solicita información a la entidad denunciada, teniendo conocimiento de los siguientes hechos:

a) El 10 de noviembre de 2014 la denunciante recibe en su cuenta de correo transportes@.... un correo electrónico remitido desde la cuenta A.A.A. con origen en la dirección IP ***IP.1.

El correo electrónico contiene información promocional con el siguiente texto “*Le invitamos a visitar nuestra página de Facebook y compartir junto a nosotros noticias y artículos de interés. Gracias. <http://www.facebook.com.....>*”.

El correo electrónico no dispone de información sobre cómo solicitar la baja de la lista de destinatarios.

La lista de 175 destinatarios se encuentra en el campo “Para:”, de forma que cada uno de ellos recibió copia de la lista completa de direcciones destinatarias.

b) La dirección <http://www.facebook.com.....> lleva a un perfil de la red social Facebook de una entidad que se describe como “EBV Consulting & Learning” y cuya página web es www.ebvconsultores.com. Al tratar de acceder al sitio web www.ebvconsultores.com el usuario es redirigido al sitio www.ebvconsultores.es.

c) La dirección de correo electrónico transportes@.... figura en algunas páginas

localizables a través del buscador Google, como por ejemplo un guía profesional de transporte de viajeros y ambulancias.

d) La dirección IP ***IP.1 es una de las direcciones que el operador TELEFONICA DE ESPAÑA SAU asigna de forma dinámica entre sus clientes. La dirección IP ***IP.1 estuvo asignada en el momento en que se produjo el envío a una línea contratada por EXCELLENCE AND BUSINESS VALUE S.L.

e) El dominio origen está registrado a nombre de EXCELLENCE AND BUSINESS VALUE S.L. El dominio anunciado ebvconsultores.com y el dominio al que se redirige ebvconsultores.es están registrado a nombre de EBV LEARNING SL.

f) Consultados los datos de EXCELLENCE AND BUSINESS VALUE S.L. y de EBV LEARNING SL en el Registro Mercantil se observa que ambas sociedades tienen a las mismas tres personas por administradores mancomunados y comparten domicilio social.

g) En respuesta a la solicitud de información, los representantes de EBV LEARNING SL remitieron un escrito en el que manifestaron, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que:

EBV LEARNING SL ha sido denunciada por error ya que el correo denunciado fue remitido por EXCELLENCE AND BUSINESS VALUE S.L.

El origen del dato de la dirección de correo electrónico es el titular de la cuenta TELBUS SL, que facilitó dicha dirección de correo electrónico para la remisión y posterior confirmación y ejecución de un presupuesto de prestación de servicios de certificación de Calidad (ISO) en el año 2010. Aportan copia de un correo electrónico remitido el 3 de agosto de 2010 desde B.B.B. a la dirección transportes@... en el que se remite un presupuesto y un fax remitido por la denunciante aceptando el presupuesto.

Entienden que al haber prestado servicios para la entidad y no haber revocado ésta el consentimiento para el envío de comunicaciones comerciales, seguían teniendo dicho consentimiento.

En fecha anterior a la comunicación denunciada se remitió a la misma dirección una felicitación navideña ante la cual no recibieron queja o rechazo alguno su titular.

Aportan copia del correo de felicitación remitido en el que no constan los destinatarios debido a que, salvo en el caso denunciado, los destinatarios siempre son incluidos en el campo de copia oculta.

La remisión del correo con las direcciones en el campo de destinatarios sin copia oculta obedece a un error material involuntario.

Todas las direcciones destinatarias, como en el caso de la de la entidad denunciante, han sido obtenidas por el mismo medio y corresponden a entidades a las que se ha prestado algún servicio.

Al ser conocedores del error cometido se han disculpado con los clientes afectados y han implementado medidas correctoras para que no vuelva a ocurrir un error semejante.

h) A pesar de las alegaciones realizadas, la entidad denunciada (beneficiaria de la publicidad y responsable de la base de datos de los destinatarios) no ha remitido el contrato suscrito con Excellence para la remisión de los correos publicitarios y las cláusulas obligacionales de cada una de las citadas entidades.

TERCERO: Con fecha 4 de mayo de 2015, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00112/2015 con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis 2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en lo sucesivo LSSI), con relación a la denuncia por infracción de su artículo 21.2, tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma. Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y a las entidades EXCELLENCE AND BUSINESS VALUE S.L. y de EBV LEARNING S.L.

CUARTO: Con fecha 11/06/2015 se recibe en esta Agencia escrito de la entidad EXCELLENCE AND BUSINESS VALUE S.L. en el que comunica: <<...En primer lugar, reiteramos igualmente que hicimos a D. (...) que si bien en ningún momento fue nuestra intención causar molestias a nuestros clientes ni vulnerar ninguna normativa. Hemos puesto todos nuestros esfuerzos para corregir las deficiencias y evitar que pueda volver a ocurrir la cadena de errores que han desembocado en el expediente abierto por Vds.

A continuación, con el mayor respeto, le informamos sobre las actuaciones realizadas en nuestras entidades con el fin de que no se vuelvan a producir los hechos que nos han llevado a esta audiencia de apercibimiento:

1.- En todos nuestros presupuestos (Anexo 1) y contratos (Anexo 2) se han modificado las condiciones de cumplimiento de la recogida de datos y la posibilidad de envío de información por parte de nuestra entidad quedando de la siguiente forma:

*En cumplimiento de la Ley 15/1999 de 13 de Diciembre, por la que se regula el derecho de información en la recogida de los datos, se advierte de los siguientes extremos: Los datos de carácter personal, que pudieran constar en este documento así como los que se pudieran recabar en el futuro se incorporarán en un fichero previamente registrado ante la AGPD, en virtud del mismo texto legal podrán ser utilizados para la gestión y control de Excellence and Business Value, S. L. y EBV Learning, S.L. con dirección en (C/.....1) — Las Palmas de Gran Canaria, pudiendo ser tratados en función de la normativa y las necesidades legales de la empresa. Pudiéndole remitir información sobre nuevos productos y/o servicios que pudieran ser de su interés. De la misma forma se informa que tiene derecho a acceder a sus datos personales, rectificarlos o en su caso cancelarlos, en la dirección anteriormente señalada. Igualmente se le informa que en cualquier momento puede oponerse a la recepción de comunicaciones por parte de las entidades antes señaladas contactando igualmente en la dirección antes indicada o mediante llamada al teléfono ***TEL.1 o e-mail a info@.....*

- ☐ *No deseo recibir ningún tipo de información sobre nuevos productos y/o Servicios facilitados por Excellence and Business Value, S. L. y EBV Learning, S.L.*

2.- Se ha modificado el procedimiento de envío de comunicaciones a nuestros clientes, añadiendo un segundo paso de verificación personal, mediante el cual antes de ser enviado será verificado por 2 personas la lista de destinatarios y que estos se encuentren como Copia Oculta (CCO)

3.- Se ha añadido a los correos que contienen información para nuestros clientes el siguiente pie

*Si no desea recibir más comunicaciones comerciales pulse **aquí** o contacte con nosotros en el ***TEL.1 o mediante e-mail a [info@.....](mailto:info@...)*

Aplicando las medidas anteriormente enumeradas entendemos que se cumplen los requisitos exigidos por la legislación vigente con relación al envío de información sobre nuestros servicios y/o productos a nuestros clientes...>>

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha de 25 de noviembre de 2014 tiene entrada en esta Agencia, denuncia interpuesta por la entidad denunciante, comunicando que el 10 de noviembre de 2014 recibe en su cuenta de correo transportes@... un correo electrónico remitido desde la cuenta **A.A.A.** con origen en la dirección IP ***IP.1.

El correo electrónico contiene información promocional con el siguiente texto “*Le invitamos a visitar nuestra página de Facebook y compartir junto a nosotros noticias y artículos de interés. Gracias. <http://www.facebook.com.....>”.*

El correo electrónico no dispone de información sobre cómo solicitar la baja de la lista de destinatarios (el subrayado es de la AEPD) (folios 1 a 4).

SEGUNDO: El origen del dato de la dirección de correo electrónico es el titular de la cuenta TELBUS SL, que facilitó dicha dirección de correo electrónico para la remisión y posterior confirmación y ejecución de un presupuesto de prestación de servicios de certificación de Calidad (ISO) en el año 2010. Aportan copia de un correo electrónico remitido el 3 de agosto de 2010 desde **B.B.B.** a la dirección transportes@... en el que se remite un presupuesto y un fax remitido por la denunciante aceptando el presupuesto (folios 56 a 61).

TERCERO: Durante la tramitación del presente procedimiento las entidades denunciadas han comunicado: <<...*Se ha añadido a los correos que contienen información para nuestros clientes el siguiente pie*



*Si no desea recibir más comunicaciones comerciales pulse aquí o contacte con nosotros en el ***TEL.1 o mediante e-mail a info@.....>> (folios 92 y 93).*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En primer lugar, debemos indicar que en la fecha de remisión del correo (10/11/2014) ya se había promulgado la Ley 9/2014 de 9 de mayo de Telecomunicaciones, cuya Disposición Final Segunda introduce importantes modificaciones en la ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

En este sentido, el segundo párrafo del artículo 43.1 de la LSSI en su redacción conferida por la Ley 9/2014 establece que *“igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3.c), d) e i) y 38.4.d), g) y h) de esta Ley”*; otorgando por tanto a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer sanciones por la comisión de la infracción del artículo 21 de la citada Ley.

II

A los efectos de examinar si los hechos objeto de imputación pueden constituir infracción al artículo 21 de la LSSI conviene realizar una breve exposición sobre el marco jurídico que resulta de aplicación a las comunicaciones comerciales remitidas por correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

Actualmente se denomina *“spam”* a todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica. De este modo se entiende por *“spam”* cualquier mensaje no solicitado y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada es el correo electrónico.

Esta conducta es particularmente grave cuando se realiza en forma masiva. El envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española.

El bajo coste de los envíos de correos electrónicos vía Internet o mediante telefonía móvil (SMS y MMS), su posible anonimato, la velocidad con que llega a los destinatarios y las posibilidades que ofrece en cuanto al volumen de las transmisiones, han permitido que esta práctica se realice de forma abusiva e indiscriminada.

El artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, modificado por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, señala lo siguiente:

“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que

previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.

Añade el artículo 22.1 de la LSSI, también en la redacción dada por la mencionada Ley de Telecomunicaciones, que “*El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.*”

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos”.

En el presente supuesto ha quedado acreditado que con fecha 25/11/2014 el denunciante, que había mantenido una relación mercantil previa con las entidades denunciadas, recibió en su dirección de correo electrónico un mensaje, conteniendo información promocional con el siguiente texto “*Le invitamos a visitar nuestra página de Facebook y compartir junto a nosotros noticias y artículos de interés. Gracias. <http://www.facebook.com.....>”.*

Dicho correo electrónico no disponía de información sobre cómo solicitar la baja de la lista de destinatarios

III

A su vez, el apartado d) del anexo de la LSSI define al “*Destinatario del servicio*” o “*destinatario*” como la “*persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos*

profesionales, un servicio de la sociedad de la información."

De este modo, la LSSI, en su artículo 21.1 prohíbe de forma expresa las comunicaciones comerciales dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, sin consentimiento expreso del destinatario, si bien esta prohibición encuentra su excepción en el segundo párrafo del citado artículo, que autoriza el envío cuando *"exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente"*. De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, fuera del supuesto excepcional del artículo 21.2 de la LSSI, puede constituir una infracción leve o grave de la LSSI.

La Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, introdujo en el conjunto de la Unión Europea el principio de *"opt in"*, es decir, la necesidad de contar con el consentimiento previo del destinatario para el envío de comunicaciones electrónicas con fines comerciales. De este modo, cualquier envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente quedan supeditados a la prestación previa del consentimiento, salvo que exista una relación contractual anterior y el sujeto no manifieste su voluntad en contra.

El artículo 19, apartado 2, de la LSSI preceptúa que *"En todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales"*.

Por tanto, en relación con el consentimiento del destinatario para el tratamiento de sus datos con la finalidad de enviarle comunicaciones comerciales por vía electrónica, es preciso considerar lo dispuesto en la normativa de protección de datos y, en concreto, en el artículo 3.h) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) que define el *"consentimiento del interesado"* como: *"toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen"*.

Asimismo resulta aplicable lo previsto en el artículo 45.1.b) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que señala que cuando los datos se destinen a publicidad y prospección comercial los interesados a quienes se les solicite su consentimiento deberán ser informados *"sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad"*.

Así las cosas, de acuerdo con dichas normas, el consentimiento, además de

previo, específico e inequívoco, deberá ser informado. Y esta información deberá ser plena y exacta acerca del sector de actividad del que puede recibir publicidad, con advertencia sobre el derecho a denegar o retirar el consentimiento. Esta información así configurada debe tomarse como un presupuesto necesario para otorgar validez a la manifestación de voluntad del afectado.

IV

Como ya se ha señalado, la LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas o expresamente autorizadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo de la siguiente manera:

“f) Comunicación comercial»: toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”.

De acuerdo con lo señalado, es preciso analizar el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información para, a continuación, determinar los supuestos, recogidos en el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI, que no se consideran, a los efectos de esta Ley, como comunicaciones comerciales.

La LSSI en su Anexo a) define como Servicio de la Sociedad de la Información, *“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.*

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: (...)

4º El envío de comunicaciones comerciales. ” (...).

De acuerdo con lo señalado, el concepto de comunicación comercial engloba la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, es decir, ha de tratarse de todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

De lo anterior se deduce que, cuando la comunicación comercial no reúne los

requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, pierde el carácter de comunicación comercial. En este sentido el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI señala dos supuestos, que no tendrán, a los efectos de esta Ley, la consideración de comunicación comercial. Por un lado, los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, y, por otro, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

V

De acuerdo con lo establecido en los apartados 3.c) y 4.d) del artículo 38 de la LSSI actualmente en vigor, se consideran infracciones graves y leves las siguientes:

“3. Son infracciones graves:

c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21.”

“4. Son infracciones leves:

d) El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave”.

En consecuencia, la conclusión que se deduce de los hechos y fundamentos de derecho anteriores, es que la infracción del artículo 21.2 de la LSSI que se imputa a las entidades denunciadas, ha de calificarse como infracción leve, toda vez que se produjo la remisión de un solo mensaje publicitario o comercial, en el que no se recogía información sobre como solicitar la baja de la lista de destinatarios.

VI

A tenor de lo establecido en el artículo 39 de la LSSI las infracciones leves podrán sancionarse con multa de hasta 30.000 €, estableciéndose los criterios para su graduación en el artículo 40 de la misma norma, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 40. Graduación de la cuantía de las sanciones.

La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

- a) La existencia de intencionalidad.*
- b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.*
- c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.*

- d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.
- e) Los beneficios obtenidos por la infracción.
- f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida.
- g) La adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.”

Así mismo debe tenerse en cuenta para la moderación de las sanciones, lo previsto en el artículo 39.bis añadido a raíz de la modificación operada en la LSSI, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 39 bis Moderación de sanciones

1. 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 artículo 40.*
- 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.*

2. Los órganos con competencia sancionadora, atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, podrán acordar no iniciar 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, resulten pertinentes, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

- a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.*
- b) Que el órgano competente no hubiese sancionado o apercibido con anterioridad al infractor como consecuencia de la comisión de infracciones previstas en esta Ley.*

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 segundo del artículo 39.bis.



Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de los denunciados, teniendo en cuenta la concurrencia significativa de los criterios de ausencia de intencionalidad en la comisión de la infracción, así como de beneficios obtenidos y perjuicios causados. Igualmente ha de tenerse en cuenta la alegación realizada comunicando: "...Se ha añadido a los correos que contienen información para nuestros clientes el siguiente pie

*Si no desea recibir más comunicaciones comerciales pulse [aquí](#) o contacte con nosotros en el ***TEL.1 o mediante e-mail a [info@.....](#)"*

VII

No obstante, 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 fundamento de derecho SEXTO:

"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.”

Al haber incorporado las entidades denunciadas la posibilidad de oponerse al tratamiento de datos con fines promocionales, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que dirijan, cumpliendo la finalidad del apercibimiento, procede el archivo del presente procedimiento, dada la naturaleza del mismo.

De acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1. ARCHIVAR el procedimiento (A/00112/2015) a las entidades **EBV LEARNING S.L.** y **EXCELLENCE AND BUSINESS VALUE S.L.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en relación con la infracción del artículo 21.2 de

la citada norma, tipificada como leve en su artículo 38.4.d).

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 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director 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.

2. NOTIFICAR el presente Acuerdo a las entidades **EBV LEARNING SL, EXCELLENCE AND BUSINESS VALUE S.L.**

3. NOTIFICAR el presente Acuerdo a la entidad **TELBUS, 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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos