

Procedimiento N°: A/00129/2015

RESOLUCIÓN: R/01648/2015

En el procedimiento A/00129/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **COMUNICA MARKETING ON-LINE S.L.U.** vista la denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 26 de enero de 2015 tiene entrada en esta Agencia denuncia interpuesta por D. **A.A.A.** (en adelante el denunciante), en la que manifiesta lo siguiente:

1. Desde hace unos meses viene recibiendo en la cuenta info@..... publicidad no deseada de diversas empresas remitida por COMUNICA MARKETING ON-LINE S.L.U. (en adelante el denunciado) sin que se haya producido voluntariamente registro alguno para ello.
2. El enlace de baja de la suscripción, que dirige a la URL <http://.....>, no funciona.
3. A través del buzón de correo info@..... y del teléfono ***TEL.1 hallados en la página web del denunciado, se puso en contacto con la entidad para solicitar la baja de su dirección de la lista de destinatarios pero a pesar de ello se continúan recibiendo mensajes.

La denuncia viene acompañada de:

- a) La impresión de un formulario de inclusión en una lista Robinson de correo electrónico.
- b) La impresión de un mensaje de error.
- c) El código fuente y las cabeceras completas de un correo electrónico recibido el 16 de diciembre de 2014.

En respuesta a la solicitud de subsanación de denuncia remitida desde esta Agencia, el denunciante reenvió copia del correo electrónico incluido en la denuncia.

SEGUNDO: En fase de actuaciones previas, se solicita información al denunciado, teniendo conocimiento de los siguientes hechos:

1. El denunciante recibió el 16 de diciembre de 2014 en su cuenta info@..... un correo electrónico remitido desde la cuenta traducciones...@.....

El correo electrónico, con origen en la dirección IP ***IP.1, contiene publicidad de los servicios de traducción ofrecidos a través del sitio web www.tradupolis.es.

El correo electrónico incluye un texto al pie en el que se informa de que el receptor se ha dado de alta con ese correo electrónico en el denunciado y también incluye un enlace para solicitar la cancelación de los datos.

El enlace mediante el que se puede solicitar la cancelación de los datos lleva a la URL <http://.....> indicada en el escrito de denuncia.

2. El enlace de baja lleva a un formulario ubicado en la URL www.comunica...... Dicho formulario permite solicitar la inclusión en la lista Robinson del denunciado pero el subinspector actuante comprueba el 16 de marzo y el 13 de abril de 2015 que al tratar de usarlo se produce un error.

La descripción del error mostrada en ambas ocasiones corresponde a un error en la configuración de la conexión del formulario con la base de datos.

3. El denunciado figura como la entidad responsable de los sitios web www.comunica.....1 y www.comunica.....2 y los contenidos de ambos sitios parecen los mismos.

En la URL www.comunica.....2/bajasemail (dominio .net en lugar de .es) se localiza otro formulario que permite solicitar la inclusión la lista Robinson del denunciado, pero desde esta Agencia se comprueba el 13 de abril de 2015 que al tratar de usarlo se produce un error.

La descripción del error mostrada indica que la dirección de correo del denunciante figura por duplicado en la base de datos.

4. El dominio **tradupolis.es** está registrado a nombre del denunciado y en el sitio web se identifica a dicha entidad como responsable del mismo.

El dominio **tradupolis.es** está registrado a nombre del denunciado.

5. En respuesta a la solicitud de información realizada por esta Agencia, el denunciado remite escrito en el que manifiesta, en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, que:

- 5.1. La dirección de correo electrónico no figura en el fichero de clientes de la entidad pero sí que la han localizado entre los datos recogidos a través de dos formularios.

Por un lado el formulario de para solicitar más información del sitio web www.comunica.....1.

La entidad aporta captura de pantalla de sus sistemas de información en los que consta el dato de la dirección de correo electrónico y algunos otros datos más como registrado el 26 de noviembre de 2014. Entre los datos almacenados no consta la dirección IP desde la que pudo haberse solicitado la información, en el caso de que esta no hubiese sido solicitada por teléfono.

Por otro a través del formulario de contacto del sitio web www.bitubi.es.

La entidad aporta captura de pantalla de sus sistemas de información en los que consta el dato de la dirección de correo electrónico y algunos otros datos más como registrado el 30 de octubre de 2014. Entre los datos almacenados no consta la dirección IP desde la que pudo haberse solicitado la información, en el caso de que esta no hubiese sido solicitada por teléfono.

La entidad informa en ambos casos que en los formularios *“...se recogen los datos de empresa, nombre, teléfono y email de los interesados en los servicios, así como también datos de las llamadas telefónicas que recibimos de empresas interesadas en los servicios ofrecidos o bien empresas interesadas en los servicios provenientes de las llamadas que emitimos para informar sobre dichos servicios.”*

5.2. La dirección de correo electrónico del denunciante figura en numerosas fuentes accesibles al público como su página web, su perfil de Facebook y otras.

5.3. Han procedido a resolver los errores de los formularios de baja citados en los puntos 2 y 3 han sido solventados y ambos formularios unificados (mediante la redirección del formulario de baja del dominio.net al .es) de forma que resulte más sencilla su actualización y mantenimiento.

6. El 11 de mayo de 2015 se accede al formulario alojado en la página www.comunica.....2/bajasemail y se solicita la baja de una dirección de correo que no se encuentra suscrita. No se obtiene el mensaje de error descrito en el punto 3, sino un mensaje indicando lo siguiente *“Hemos recibido su solicitud correctamente y en breve procederemos a atenderla. Muchas gracias”*.

Al tratar de acceder en esa misma fecha al formulario www.comunica..... el usuario no es redirigido a la dirección www.comunica.....2/bajasemail pero al solicitar la baja de una dirección de correo utilizada para solicitar información el formulario no devuelve un error sino un mensaje informando de que *“Hemos recibido su solicitud correctamente. Muchas gracias”*.

7. El 11 de mayo se comprueba que al solicitar información a través del formulario de la página de contacto www.comunica.....2 se responde mediante el mensaje *“Hemos recibido su solicitud. En breve nos pondremos en contacto con ud. Muchas gracias”* sin que se reciba después un mensaje en la dirección proporcionada que confirme que efectivamente se ha solicitado la información.

TERCERO: Con fecha 21 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/00129/2015 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 tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma. Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado.

CUARTO: Con fecha 15/06/2015 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado comunicando: <<...Los correos promocionales son parte del servicio de promoción que presta la empresa Comunica Marketing On-line.

- El servicio consiste en que los usuarios se registran para recibir gratuitamente información comercial sobre los servicios que presta la empresa o empresas terceras con quien se tiene suscrito un acuerdo de colaboración comercial para la promoción de sus productos o servicios.

- Según las condiciones del servicio, descritos en la información legal y la política de protección de datos que aparece en la web www.comunica.com.....2 los usuarios se registran voluntariamente y aceptan recibir correos publicitarios. Los medios habilitados al para el registro voluntario de los usuarios son: Internet (a través de los formularios web), por teléfono (a través de llamadas telefónicas emitidas por el servicio comercial, como a través de llamadas telefónicas recibidas en los teléfonos de atención al cliente) o bien por email.

- Una vez se recibe el registro voluntario de un usuario los datos son incorporados a la lista de distribución de suscriptores, inscrita en el Registro General de Protección de datos de la Agencia Española de Protección de Datos con el número ***CÓD.1, para recibir información comercial sobre productos y servicios de determinadas áreas de interés.

- El correo electrónico enviado al denunciante fue remitido por error involuntario al haberse recibido erróneamente el alta en el servicio con su dirección de correo electrónico a través de los formularios disponibles en www.bitub.es y www.comunica.com.....2.

- Como en los formularios de alta en el servicio recibidos del denunciante se indica solamente la dirección de email, mientras que el resto de datos no aparecen correctamente (por ejemplo: nombre: xxxsssss) y como el usuario, en lugar de contratar algún servicio, se ha dado de baja del servicio, suponemos que la intención del denunciante al cumplimentar los formularios de alta en el servicio podrían no haber sido la de suscribirse en el servicio, sino más bien otra bien distinta.

Por todos estos motivos presuponemos que el alta al servicio se ha producido por error.

- Desde que la empresa Comunica Marketing ha conocido que la intención del denunciante de cancelar sus datos, éstos han sido eliminados de la base de datos y no consta que haya existido ninguna comunicación con el denunciante desde hace mucho tiempo ya que los datos han sido cancelados.

- En relación al sistema de baja que devolvía algún error técnico (www.comunica.com.....) y aunque este sistema está actualmente en desuso, también se ha procedido a su arreglo desde el momento en que se ha conocido el hecho.

- Los sistemas de baja para que los usuarios puedan efectuar su derecho de oposición y cancelación de manera gratuita se encuentran completamente operativos de manera permanente (en el presente y en el pasado) y accesibles a los usuarios en todo momento.



Tal y se indica en nuestra página web, los medios para ejercitar este derecho son a través de un formulario web (www.comunica.....2/bajasemail), o bien escribiendo un correo electrónico, fax o carta a nuestra dirección, o incluso mediante una llamada telefónica...>>

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha de 26 de enero de 2015 tiene entrada en esta Agencia, escrito del denunciante comunicando que el 16 de diciembre de 2014 recibió en su cuenta info@..... un correo electrónico remitido desde la cuenta traducciones...@......

El correo electrónico, con origen en la dirección IP ***IP.1, contiene publicidad de los servicios de traducción ofrecidos a través del sitio web www.tradupolis.es.

El correo electrónico incluye un texto al pie en el que se informa de que el receptor se ha dado de alta con ese correo electrónico en el denunciado y también incluye un enlace para solicitar la cancelación de los datos.

El enlace mediante el que se puede solicitar la cancelación de los datos lleva a la URL <http://.....> indicada en el escrito de denuncia.

El enlace de baja lleva a un formulario ubicado en la URL www.comunica...... Dicho formulario permite solicitar la inclusión la lista Robinson del denunciado pero desde esta Agencia se comprueba que el 16 de marzo y el 13 de abril de 2015 al tratar de usarlo se produce un error.

La descripción del error mostrada en ambas ocasiones corresponde a un error en la configuración de la conexión del formulario con la base de datos (folios 1 a 27).

SEGUNDO: El denunciado figura como la entidad responsable de los sitios web www.comunica.....1 y www.comunica.....2 y los contenidos de ambos sitios parecen los mismos (folios 29 a 39).

TERCERO: Durante la tramitación del presente procedimiento el denunciado ha comunicado: *<<...El correo electrónico enviado al denunciante fue remitido por error involuntario al haberse recibido erróneamente el alta en el servicio con su dirección de correo electrónico a través de los formularios disponibles en www.bitubi.es y www.comunica.....2.*

- Como en los formularios de alta en el servicio recibidos del denunciante se indica solamente la dirección de email, mientras que el resto de datos no aparecen correctamente (por ejemplo: nombre: xxxssssss) y como el usuario, en lugar de contratar algún servicio, se ha dado de baja del servicio, suponemos que la intención del denunciante al cumplimentar los formularios de alta en el servicio podrían no haber sido la de suscribirse en el servicio, sino más bien otra bien distinta.

Por todos estos motivos presuponemos que el alta al servicio se ha producido por error.

- Desde que la empresa Comunica Marketing ha conocido que la intención del denunciante de cancelar sus datos, éstos han sido eliminados de la base de datos y no consta que haya existido ninguna comunicación con el denunciante desde hace mucho tiempo ya que los datos han sido cancelados.

- En relación al sistema de baja que devolvía algún error técnico (www.comunica.....) y aunque este sistema está actualmente en desuso, también se ha procedido a su arreglo desde el momento en que se ha conocido el hecho.

- Los sistemas de baja para que los usuarios puedan efectuar su derecho de oposición y cancelación de manera gratuita se encuentran completamente operativos de manera permanente (en el presente y en el pasado) y accesibles a los usuarios en todo momento.

Tal y se indica en nuestra página web, los medios para ejercitar este derecho son a través de un formulario web (www.comunica.....2/bajasemail), o bien escribiendo un correo electrónico, fax o carta a nuestra dirección, o incluso mediante una llamada telefónica...>> (folios 103 y 104).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En primer lugar, debemos indicar que en la fecha de remisión del correo (16/12/2014) ya se había promulgado la Ley 9/2014 de 9 de mayo de Telecomunicaciones, cuya Disposición Final Segunda introduce importantes modificaciones en la LSSI.

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” (el subrayado es de la AEPD).

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 16/12/2014 el denunciante, que no había mantenido una relación mercantil previa con la entidad denunciada, recibió en su dirección de correo electrónico un mensaje, conteniendo información promocional. Dicho correo electrónico aunque disponía de información sobre cómo solicitar la baja de la lista de destinatarios, dicho enlace de baja no funcionaba.

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 de la LSSI que se imputa al denunciado, ha de calificarse como infracción leve, toda vez que se produjo la remisión indebida de un solo mensaje publicitario o comercial, en el que se recogía información sobre como solicitar la baja de la lista de destinatarios, pero dicho enlace de baja no funcionaba.

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 del denunciado, 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: “...Tal y se indica en nuestra página web, los medios para ejercitar este derecho son a través de un formulario web (www.comunica.....2/bajasemail), o bien escribiendo un correo electrónico, fax o carta a nuestra dirección, o incluso mediante una llamada telefónica...”

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 la entidad denunciada 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/00129/2015**) a la entidad **COMUNICA MARKETING ON-LINE S.L.U.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis apartado 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 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 **COMUNICA MARKETING ON-LINE S.L.U.**

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 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