



Procedimiento N°: A/00239/2014

**RESOLUCIÓN: R/02316/2014**

En el procedimiento A/00239/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **LINKINSIX, C.B.**, vista la denuncia presentada por D. **A.A.A.** en representación de la entidad **PUBLIWEB SYSTEM, S.L.** y en virtud de los siguientes,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO:** Ha tenido entrada en la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) con fecha de 10 de abril de 2014, escrito presentado por D. **A.A.A.**, en representación de la mercantil **PubliWeb System, S.L.** (en adelante el denunciante), manifestando que:

a) Ha recibido un e-mail publicitario "SPAM", sin la autorización previa y expresa requerida por la LSSICE, en la dirección <....@publiweb.es> de la empresa Linkinsix, C.B. <.....@linkinsix.com>, el día 7 de abril de 2014 09:07h, con el Asunto: *Presentació Linkinsix Marketing Online i serveis Web, Datos adjuntos: cataleg Linkinsix.pdf*. En el cuerpo del mensaje figura lo siguiente:

*<<El meu nom es (...) de Linkinsix, expert en e-Marketing, e-Commerce i Social Media, deixem explicar-te que, a Linkinsix som un equip jove i enérgic, amants de les noves tecnologies, preparats i formats professionalment per oferir serveis d'IT i marketing digital. Tením grans experiències en diferents empreses, des de multinacionals, fins a pimes 1 formem un equip multidisciplinari que ens permet abordar diferents reptes tecnològics.*

*(.....)*

**B.B.B. ....@linkinsix.com>>**

Se adjunta impresión de pantalla del mensaje y de las cabeceras.

b) El denunciante remite *Solicitud de datos de obtención de la dirección de e-mail*, el día 7 de abril de 2014 a las 11:01h, desde la dirección <....@publiweb.es> a las direcciones destinatarias <linkinsix> y <.....@linkinsix.com>, con el Asunto: *Solicitud de Derechos ARCO*. En el cuerpo del mensaje figura lo siguiente:

*<<Por el presente SOLICITAMOS nos indiquen de que fuente han obtenido nuestro e-mail y motivo por el que nos envían publicidad NO solicitada ni autorizada. Ello en ejercicio de Derechos ARCO.*

*Quedamos a la espera de su respuesta y evitar tener que solicitar la información indicada mediante denuncia ante la AGPD.*

*PubliWeb System, S.L...>>*

Se adjunta impresión de pantalla del mensaje.

c) La compañía Linkinsix da respuesta al denunciante, el día 7 de abril de 2014 a las 12:41h, desde la dirección <.....@linkinsix.com> para la dirección <....@publiweb.es>, con el Asunto: RE: Solicitud de Derechos ARCO. En el cuerpo del mensaje figura lo siguiente:

*<<El correo electrónico ....@publiweb.es ha sido obtenido de su página web www.publiweb.es que es una fuente accesibles al público (que es con la finalidad en que ustedes desean que las personas o empresas contacten con ustedes para obtener relaciones comerciales) e introducida en una base de datos de Linkinsix inscrita con código de inscripción \*\*\*CÓD.1 de la en la agencia de protección de datos y con nombre de fichero denominado DATOSLINKINSIX, con la única finalidad de gestión de emails.*

*Según su petición, y considerando nuestra información comercial por email como no deseada y no solicitada, procedemos a la baja de info@publiweb.com de nuestra base de datos y no recibirán ya nuestra información comercial de nuestros servicios.*

*Recordarles que: info@publiweb.com no es un correo de una persona física si no empresarial (...).*

*En todo caso, les pido que: .....@linkinsix.com si contiene datos de carácter personal y es de carácter personal.*

*Por tanto, les SOLICITO COMO AFECTADO que INMEDIATAMENTE me reenvíen este correo comunicando y con el plazo máximo establecido por la ley, que han BORRADO TODOS MIS DATOS DE CARACTER PERSONAL DE SUS BASES DE DATOS (...)...>>*

Se adjunta impresión de pantalla del mensaje y de las cabeceras.

**SEGUNDO:** Se ha verificado por parte de la Inspección de Datos que en la página web <www.linkinsix.com> figura información de los servicios ofertados por la compañía Linkinsix, C.B. y como dirección de contacto consta el correo electrónico <.....@linkinsix.com>.

En el Registro General de Protección de Datos figura inscrito el fichero denominado "DATOSLINKINSIX", con el código \*\*\*CÓD.1, cuyo responsable es la compañía LINKINSIX, C.B., con CIF.: \*\*\*\*\* y siendo la finalidad *gestión datos clientes proveedores y emails*.

Se ha constatado por parte de la Inspección de Datos que en el sitio web <www.publiweb.es> consta como dirección de contacto el correo electrónico <....@publiweb.es>.

**TERCERO:** Con fecha 12 de septiembre de 2014, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00239/2014, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis 2 de la 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 3/10/2014 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica: <<...Que como socio de la entidad Linkinsix, C.B. (...) declaro que, con el objetivo de configurar una base de datos opt- in para mi propia empresa a partir del 7 de marzo de 2014 me dispuse a recabar información sobre las diferentes entidades con las que podía en un futuro entablar relaciones comerciales. Dicha información, fue obtenida de la consulta de las distintas páginas web accesibles al público que facilitan su correo electrónico en el apartado “contactos” de cada una de ellas. El siguiente paso a seguir en dicha configuración de mi propia base de datos registrada en la agencia de protección de datos como “DATOSLINKINSIX” i el código \*\*\*CÓD.1, debía ser la obtención del consentimiento por parte de dichas entidades por lo que me puse en contacto con ellas a modo de presentación a través del envío de un único mail desconociendo que con dicho acto estaba incurriendo en una infracción tipificada por la LSSICE 34/2002.

*Segunda:* Ajeno a la comisión de la infracción y con el objetivo de dar a conocer mi nueva empresa y los servicios que prestaba a través de ella; me puse en contacto con “Publiweb System S.L” sin intención de que mi correo tuviera consideración de “Spam” debido a que el fin último del mail enviado, era mi presentación como nueva empresa en el mundo de las tecnologías. Se envió un único mail en el que no constaba la palabra “Publicidad” ni “oferta comercial” debido a que dicho mail se envió única y exclusivamente para presentar mi nueva empresa a “Publiweb System S.L” (...)

*Acto seguido,* los datos de “Publiweb System S.L” fueron cancelados de la base de datos de Linkinsix, C. B. “DATOSLINKINSIX” con el código \*\*\*CÓD.1 y se les informó vía correo electrónico...>>

## **HECHOS PROBADOS**

El denunciante recibió un e-mail publicitario “SPAM”, sin la autorización previa y expresa requerida por la LSSICE, en la dirección <....@publiweb.es> de la empresa Linkinsix, C.B. <.....@linkinsix.com>, el día 7 de abril de 2014 09:07h, con el *Asunto:* *Presentació Linkinsix Marketing Online i serveis Web*, *Datos adjuntos:* *cataleg Linkinsix.pdf* (folios 1 a 14).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

En primer lugar, debemos indicar que entre la remisión del correo y el inicio del presente procedimiento se ha 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, las cuales, tal y como se expone más adelante, han sido tenidas en cuenta en virtud de la aplicación del principio de retroactividad de la

norma sancionadora más favorable.

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”.*

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.

### III

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.

En el presente supuesto ha quedado acreditado que con fecha 7/04/2014 el denunciante recibió en su dirección de correo electrónico <....@publiweb.es>, un mensaje publicitario enviado por el denunciado, que no había sido previamente solicitado ni expresamente autorizado por el denunciante.

#### IV

Conforme al artículo 9.3 de la Constitución Española, *“La Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”*. Y en este sentido constante jurisprudencia ha mantenido el principio de retroactividad de la ley sancionadora más favorable. Destacamos así la Sentencia del Tribunal Constitucional 131/1986 de 29 de octubre que señala refiriéndose al principio de retroactividad de la ley penal más favorable *“es que, además, dicho principio supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior,*

*que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva”.*

Y en este sentido el artículo 128.2 de la ley 30/1992, de 28 de noviembre, dispone: *“Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*, dado que, como señala el apartado 17 de su Exposición de motivos, es objeto de la misma la aplicación de *“los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia”*.

En consecuencia, en aplicación del anterior criterio jurisprudencial procede aplicar de forma retroactiva el régimen sancionador de la LSSI introducido por la modificación operada en dicha norma por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, al resultar éste en su conjunto más favorable que el vigente en el momento de la comisión de los hechos objeto de imputación.

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 la remisión de un mensaje publicitario o comercial no consentido previa y expresamente por su destinatario, y respecto del cual no cabe aplicar la excepción contemplada en el artículo 21.2 de la LSSI al no existir una relación contractual previa entre remitente y destinatario de los mensajes, no puede calificarse como envío insistente o sistemático de comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

## V

A tenor de lo establecido en el artículo 39 de la LSSI las infracciones leves podrán sancionarse con multa de hasta 30.001 €, 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.”*

En este supuesto, y también en aplicación del principio de retroactividad de la norma más favorable recogido en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992, de 28 de noviembre a los efectos de acordar la resolución procedente debe tenerse en cuenta lo previsto para la moderación de las sanciones 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 concurran los siguientes presupuestos:*

- a) Que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo*

dispuesto en esta Ley.

b) Que el 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.

## VI

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 haberse cancelado los datos del denunciante de los ficheros del denunciado, 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/00239/2014) a **LINKINSIX, C.B.** 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 21.1 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 **LINKINSIX, C.B.**

**3.- NOTIFICAR** el presente Acuerdo a D. **A.A.A. (Representante de PubliWeb System, 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