

Procedimiento N°: A/00246/2014

RESOLUCIÓN: R/00011/2015

En el procedimiento A/00246/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **IERP MOTOBUYKERS, S.L.**, vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 4 de abril de 2014 tiene entrada en esta Agencia una denuncia interpuesta por Don **A.A.A.**, (en adelante el denunciante), en la que manifiesta lo siguiente:

1. Recibe correos electrónicos no solicitados con contenido comercial de una empresa cuya página web es www.motobuykers.es.
2. No ha facilitado sus datos a dicha empresa ni ha accedido a su página hasta que ha recibido los correos. Asimismo, desconoce el medio por el que han obtenido su dirección de correo electrónico.
3. Ha intentado darse de baja a través del vínculo que existe en los propios correos, para lo que le solicitan su nombre y apellidos, un correo electrónico y una contraseña.
4. Aporta copia del correo electrónico recibido, con fecha 4 de abril de 2014, en su dirección ...@... procedente de la cuenta@....motobuykers....., en el que Motobuykers oferta artículos relacionados con motos.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, desde la Subdirección General de Inspección de datos se realizan diversas actuaciones, teniendo conocimiento de los siguientes hechos:

Con fecha 29 de agosto IERP MOTOBUYKERS S.L., responsable del dominio de internet www.motobuykers.com, ha remitido a esta Agencia la siguiente información en relación con los hechos denunciados:

1. Aportan copia de los datos que constan en sus ficheros asociados a la dirección de correo electrónico ...@..., donde constan datos de baja con fecha 15 de mayo de 2014.
2. Así mismo, aportan copia de la información sobre “Política de Privacidad” que figura en su página web www.werideapp.com que se ofrece a los usuarios de la aplicación social “WeRide”, donde figura que el usuario autoriza expresamente al Administrador, para que pueda comunicarle, entre otros medios, por correo electrónico información sobre ofertas etc.. que crea del interés del usuario, tanto

de WeRide, como de terceros.

3. No aportan ninguna información respecto al origen del dato de la dirección de correo electrónico del denunciante.

TERCERO: Con fecha 23 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/00246/2014 a IERP MOTOBUYKERS S.L., en (adelante IERP), con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción de su artículo 21.1 tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma.

Dicho acuerdo fue notificado a IERP con fecha 30 de septiembre de 2014, sin que conste en el procedimiento que dicha entidad haya efectuado alegaciones al respecto.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha de 4 de abril de 2014 tiene entrada en esta Agencia una denuncia interpuesta por Don **A.A.A.**, (en adelante el denunciante), poniendo de manifiesto la recepción de comunicaciones comerciales no consentidas en su cuenta de correo electrónico procedentes de la empresa que gestiona la página web **www.motobuykers.es**.

SEGUNDO: El denunciante afirma no haber accedido a dicha página web con anterioridad a la recepción de los envíos comerciales denunciados y niega haber facilitado sus correo electrónico al titular o responsable de la misma.

TERCERO: Consta que con fecha 4 de abril de 2014 el denunciante recibió en su dirección de correo electrónico **...@...** una comunicación comercial procedente de la cuenta **....@...motobuykers....**, en la que Motobuykers ofertaba diversos artículos del sector del motor comercializados a través de la página web **www.motobuykers.es**.

Este envío contenía un enlace para que el destinatario del mismo pudiera oponerse a la recepción de nuevos envíos publicitarios vía e-mail.

CUARTO: En la "Política de Privacidad" de la página web **www.werideapp.com** se informa que dicho sitio web y la aplicación social "WeRide" son propiedad de IERP MOTOBUYKERS S.L., entidad que figura como registrante del dominio **motobuykers.com** en el sitio web "who.is".

En el reseñado documento dicha sociedad, que aparece identificada como el Administrador, informa que:

"El usuario que desee registrarse en la aplicación social WeRide (en adelante, el Usuario) debe previamente leer y estar de acuerdo con las presentes condiciones de Política de Privacidad.

(...)

Al aceptar la Presente Política de Privacidad, el Usuario autoriza expresamente al Administrador, para que pueda comunicarle (ya fuere por correo electrónico, por mensajería SMS, MMS, y/o llamadas al teléfono móvil), información sobre las ofertas,

actividades, promociones, productos, servicios, etc., que el Administrador crea del interés del Usuario, tanto de WeRide, como de terceros.”

QUINTO: IERP MOTOBUYKERS S.L. no ha justificado el origen del dato del correo electrónico del denunciante obrante en sus ficheros ni que éste se hubiera registrado en la Aplicación social WeRide. Tampoco ha acreditado que el denunciante hubiera autorizado o solicitado el envío de la comunicación comercial de fecha 4 de abril de 2014 objeto de denuncia o que hubiera adquirido productos de los comercializados a través de la página web www.motobuykers.es con anterioridad al envío de la misma.

SEXTO: IERP MOTOBUYKERS S.L. ha aportado impresión de captura de pantalla de sus ficheros que refleja una anotación de baja correspondiente al dato del correo electrónico del denunciante de fecha 15 de mayo de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En primer lugar, debemos indicar que entre la remisión del envío comercial denunciado 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 han de ser tenidas en cuenta en este procedimiento en virtud de la aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable.

El artículo 9.3 de la Constitución Española establece que *“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”*.

En esta línea 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, General 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.

Así, resulta de aplicación el segundo párrafo del artículo 43.1 de la LSSI en la redacción conferida por la mencionada Ley 9/2014 que 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, o, en su caso, apercibir al sujeto responsable en la forma prevista en el nuevo artículo 39 bis 2 de dicha norma.

II

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 LSSI, en la redacción introducida por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, establece que:

“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.”

De esta forma, la LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa “*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*”. Es decir, se desautorizan 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 apartado 2 del citado artículo 21, que autoriza el envío de comunicaciones comerciales 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.

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”.

El concepto de comunicación comercial, de acuerdo con la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, engloba 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.

Por otro lado, la LSSI en su Anexo a) define “Servicio de la Sociedad de la Información” como *“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”.

Añade el referido apartado que el envío de comunicaciones comerciales es un servicio de la sociedad de la información, siempre que represente una actividad económica.

Según el apartado d) del citado Anexo, destinatario es la *“persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”*

A su vez, la definición de prestador del servicio se contiene en el apartado c) del mencionado Anexo, que considera como tal la *“persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”.*

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.

IV

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, hay que dilucidar si la comunicación comercial recibida por el denunciante el 4 de abril de 2014 en su cuenta de correo electrónico procedente de la cuenta de la cuenta@....motobuykers..... incumplía las exigencias recogidas en el artículo 21.1 de la LSSI. .

Así, en el presente supuesto ha quedado acreditado que el mencionado envío, en el que se publicitaban diversos artículos del sector del motor comercializados a través de la página web www.motobuykers.es propiedad de IERP MOTOBUYKERS S.L., fue remitido a la cuenta de correo electrónico ...@... por esa empresa sin mediar el consentimiento previo y expreso del destinatario del mismo.

Téngase en cuenta que en este caso el denunciante ha manifestado que no había facilitado sus datos a la empresa remitente del envío comercial denunciado y que no había solicitado su remisión, sin que por parte de IERP MOTOBUYKERS S.L. se haya justificado que el denunciante hubiera aceptado la remisión de envíos comerciales vía e-mail bien solicitándolos previamente o bien autorizándolos al registrarse en la aplicación social WeRide y aceptar la “Política de Privacidad” de la página web www.motobuykers.es, al igual que tampoco ha acreditado la existencia de una relación contractual previa entre remitente y destinatario del envío en cuestión. De hecho, ha obviado el origen exacto de los datos utilizados y no ha acreditado en modo alguno que contara con el consentimiento previo y expreso del denunciante para poder utilizar sus señas electrónicas con fines publicitarios.

En relación con la cuestión de la carga de la prueba, resulta de aplicación a este supuesto el criterio mantenido por la Audiencia Nacional en la Sentencia de fecha 17 de mayo de 2007, Recurso 157/2005, en la que en un caso que también afectaba al incumplimiento de lo previsto en el artículo 21 de la LSSI, se arguyó que: *“En caso de que los afectados hubieran negado haber otorgado dicho consentimiento, que la Ley no exige que sea escrito, correspondería al denunciado probar su existencia, como ha reiterado esta Sala en relación con el tratamiento inconsentido de datos.”*

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el denunciante ha negado que se tratara de un envío autorizado y estando acreditado en el procedimiento el envío por parte de IERP MOTOBUYKERS S.L. de la comunicación comercial analizada, cuya remisión, por otra parte, en ningún momento ha sido negado por dicha empresa, recae sobre ésta la carga de acreditar los hechos extintivos o impositivos de la infracción a la LSSI que se le imputa.

Ante la falta de justificación de dicho consentimiento, se considera que IERP MOTOBUYKERS S.L. ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al enviar una comunicación comercial a la dirección de correo electrónico del denunciante sin mediar solicitud previa o autorización expresa del mismo para ello, ni existir, tampoco, una relación contractual previa con el destinatario por productos similares a los ofrecidos en el correo electrónico denunciado.

V

Dicha conducta encuentra su tipificación en el artículo 38.4.d) de la vigente LSSI que califica como infracción leve *“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.”*

La remisión de una comunicación comercial por parte de IERP MOTOBUYKERS S.L sin cumplir los requisitos fijados en el artículo 21.1 de la LSSI, y respecto de la cual no cabe aplicar la excepción contemplada en el primer párrafo del artículo 21.2 de la LSSI por no existir una relación contractual previa entre remitente y destinatario del envío, ha de calificarse como infracción leve al no suponer un envío insistente o sistemático de comunicaciones comerciales no consentidas por medios electrónicos, tal y como requiere el artículo 38.3.c) de dicha norma.

VI

En el presente supuesto, se acordó someter a IERP MOTOBUYKERS S.L. a trámite de audiencia previa al apercibimiento en relación con la denuncia por incumplimiento de lo previsto en el artículo 21.1 de la LSSI, ya que se cumplían los requisitos recogidos en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 39 bis de dicha norma y se producía una cualificada disminución de la culpabilidad de dicha entidad, ello teniendo en cuenta que la infracción derivaba de la remisión de una única comunicación comercial no autorizada y concurrían significativamente los criterios asociados a la inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario de los mensajes y a la falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción.

El mencionado artículo 39 bis de la LSSI, bajo el epígrafe *“Moderación de las sanciones”*, estipula lo siguiente:

“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.”

Por su parte el artículo 40 de la LSSI, en relación con la “*Graduación de la cuantía de las sanciones*”, determina lo siguiente:

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.”*

Atendido que en el presente supuesto ha quedado acreditado que la entidad remitente del envío denunciado ha incurrido en la infracción leve descrita y que se cumplen los requisitos recogidos en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, procedería apercibir a en la forma descrita en dicho precepto.

VII

No obstante lo anterior, en el presente caso conviene traer a colación lo dispuesto en las Sentencias de la Audiencia Nacional 455/2011 de fecha 29/11/2013 y 166/2013 de fecha 10/06/2014 que señalan que la figura del Apercibimiento tiene que llevar aparejada medidas concretas para el sujeto apercibido, ya que de otro modo se otorgaría al apercibimiento una suerte de naturaleza sancionadora que no ostenta según se deduce de dichas Sentencias, y nos hallaríamos ante la imposición de una sanción no prevista en la LSSI vulnerando 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.

Sirva de ejemplo la sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, recurso 455/2011, que en su fundamento de derecho SEXTO señala lo siguiente: “*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.”

La mencionada 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 citado 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..., 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.”

En el presente caso, ha quedado acreditado que IERP MOTOBUYKERS S.L. ha adoptado medidas para evitar que el denunciante no siga recibiendo comunicaciones comerciales no deseadas de esa empresa en su cuenta de correo electrónico. En concreto, esa empresa ha comunicado la baja de la dirección de correo del denunciante en sus ficheros con fecha 15 de mayo de 2014, lo que ha apoyado aportando captura de pantalla que refleja dicha anotación en sus ficheros, por lo que el apercibimiento que correspondería acordar con arreglo a lo previsto en el artículo 39 bis 2 LSSI no tendría aparejado requerimiento o medida correctora alguna a adoptar por la entidad denunciada a fin de subsanar la situación irregular denunciada, no constando, a mayor abundamiento, la remisión por parte de dicha empresa de envíos comerciales a la cuenta de correo del denunciante con posterioridad a la mencionada fecha.

En consecuencia, deben estimarse adoptadas ya las medidas correctoras pertinentes, por lo que debe procederse a resolver el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, en aplicación de lo establecido en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR EL PROCEDIMIENTO (A/00246/2014) seguido contra la entidad , **IERP MOTOBUYKERS S.L.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción el artículo 21.1 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4 d) de la citada norma.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **IERP MOTOBUYKERS, S.L.** y a Don **A.A.A..**

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.

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