



Procedimiento N°: A/00174/2014

RESOLUCIÓN: R/02536/2014

En el procedimiento A/00174/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **GRUPO INTERENERGY SISTEMAS, S.L.**, vista la denuncia presentada por Don **D.D.D.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 14 de abril de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de Don **D.D.D.** (en adelante el denunciante), poniendo de manifiesto el envío por parte de la empresa IENERGY de un correo electrónico comercial no solicitado, cuya copia aporta junto con sus cabeceras de Internet.

El denunciante añade que con fechas 5 y 20 de marzo y 7 de abril de 2014 solicitó a dicha entidad, vía email, la cancelación de sus datos sin haber recibido ninguna contestación a dichas solicitudes. Adjunta copia de dichas solicitudes.

SEGUNDO: Del examen de la documentación aportada por el denunciante y de las actuaciones practicadas a la vista de los hechos denunciados se desprende lo siguiente:

1. El denunciante aporta copia de una comunicación comercial remitida con fecha 11 de febrero de 2014 desde la cuenta de correo **B.B.B.** a su dirección de correo electrónico **F.F.F.** con el asunto "Propuesta de Incorporación a la Red Nacional de Técnicos de iEnergy"

En el envío se presentan las áreas de actividad de la empresa y se propone la adhesión del destinatario a la Red Nacional de Técnicos de la misma.

2. El citado envío incluye la dirección de correo electrónico **E.E.E.** a los efectos de oponerse a la recepción de publicidad.
3. El denunciante aporta copia de dos correos comerciales remitidos con fechas 5 y 20 de marzo de 2014 desde la cuenta **F.F.F.** a la dirección **B.B.B.** solicitando tanto la exclusión de sus datos personales para fines de publicidad y prospección comercial como la notificación del resultado de la exclusión practicada.

También aporta copia de una tercera solicitud efectuada en idénticos términos a las ya citadas que fue enviada con fecha 7 de abril de 2014 desde la cuenta de correo **F.F.F.** a la dirección **E.E.E.** .

4. En el Registro Mercantil Central figura que la empresa GRUPO INTERENERGY SISTEMAS S.L. tiene como objeto social la "Explotación electrónica por cuenta de terceros"

TERCERO: Con fecha 7 de julio 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/00174/2014, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción de su artículo 21.1 tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma.

Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y a GRUPO INTERENERGY SISTEMAS S.L, sin que conste en el procedimiento que ésta última haya efectuado alegaciones al respecto.

CUARTO: Con fecha 4 de agosto de 2014 se registra de entrada escrito del representante legal de la entidad denunciada efectuando, en síntesis, las siguientes alegaciones:

- Que la comunicación enviada al denunciante no tiene carácter comercial ni publicitario, tratándose más bien de una propuesta de colaboración, ya que sus datos continúan apareciendo como profesional de la arquitectura formado para certificaciones energéticas en <http://www.A.A.A.>
- Que entendían que actuaban diligentemente al utilizar los datos del denunciante para comunicarse con él y establecer acuerdos de colaboración en cuanto a su incorporación en la red de técnicos de la empresa para prestar servicio a los interesados en encargar informes de certificación energética, toda vez que en el mencionado listado de profesionales aparecía la siguiente cláusula en materia de protección de datos:

*“Los datos de carácter personal que figuran en este listado únicamente serán utilizados para el fin por el que se incluyen. La finalidad del Fichero o Tratamiento es poder facilitar los datos de los colegiados formados en Certificación Energética a los ciudadanos interesados en encargar los informes de certificación energética a técnicos competentes. Conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, usted puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición enviando una solicitud por escrito junto con la fotocopia de su DNI dirigida a: Colegio Territorial de Arquitectos de Valencia –LOPD. Calle **C.C.C.**, Valencia.”*

- Que recibida la solicitud del denunciante procedieron a dar de baja sus datos en sus sistemas, no enviándose más comunicaciones que la que ha sido objeto de denuncia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha 11 de febrero de 2014 se remitió una comunicación comercial desde la cuenta de correo **B.B.B.** a la dirección de correo electrónico **F.F.F.** con el asunto “Propuesta de Incorporación a la Red Nacional de Técnicos de iEnergy”

En el envío se publicitan las áreas de actividad de la empresa y se propone la adhesión del destinatario a la Red Nacional de Técnicos de la misma.

SEGUNDO: El citado envío incluye la dirección de correo electrónico **E.E.E.** como medio de oposición al tratamiento de las señas electrónicas con fines promocionales.



TERCERO: Con fechas 20 de marzo y 7 de abril de 2014 el denunciante envió desde la cuenta **F.F.F.** a la dirección de correo electrónico **E.E.E.** sendas solicitudes de exclusión de sus datos con fines de publicidad y prospección comercial.

CUARTO: GRUPO INTERENERGY SISTEMAS, S.L., entidad remitente de la reseñada comunicación comercial, ha informado que obtuvo los datos del denunciante del listado por colegios de arquitectos formados en certificación energética que aparecía en la dirección <http://www.A.A.A.> .

QUINTO: GRUPO INTERENERGY SISTEMAS, S.L., ha indicado que ha dado de baja en sus sistemas los datos del denunciante al recibir la solicitud del mismo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En primer lugar, debemos indicar que entre la remisión del envío denunciado y el inicio del presente procedimiento se ha promulgado la Ley 9/2014, de 9 de mayo General 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.

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, 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 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 envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española. El artículo 21 de la LSSI, en la redacción introducida por la citada 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.”

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.

A su vez, el artículo 22.1 de dicha norma añade respecto de los derechos de los destinatarios de los servicios 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.”

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 el mensaje comercial recibido por el denunciante el 11/02/2014 en su cuenta de correo electrónico **F.F.F.** procedente de la cuenta **E.E.E.** incumplía las exigencias recogidas en el artículo 21.1 de la LSSI. .

En primer lugar, aunque la entidad denunciada señala que no se trata de una comunicación comercial, y con independencia de que en el envío se formule también una propuesta de adhesión a la red de técnicos de la empresa remitente del mensaje , de la simple lectura del contenido del correo denunciado se evidencia que se están promocionando los servicios ofrecidos por las distintas áreas de trabajo de la entidad, conforme prueba el siguiente literal “Nos ponemos en contacto contigo para presentarte nuestra empresa, iEnergy y nuestra Red Nacional de Técnicos.”.

Por lo tanto, esta Agencia entiende que el citado mensaje constituye una forma de promoción de la imagen de la entidad remitente del envío y de sus servicios, por lo

que el citado envío se ajusta al amplio concepto de comunicación comercial recogido en la LSSI.

En segundo lugar, el reconocimiento del origen del correo electrónico utilizado para la realización del envío comercial denunciado prueba que éste no había sido solicitado previamente por su destinatario ni que tampoco mediaba una autorización previa y expresa del mismo que habilitase su remisión al afectado.

Así, la obtención de los datos de la cuenta de correo electrónico del denunciante de una fuente de acceso público, como sería la lista del Colegio Territorial de Arquitectos de Valencia incluida en el “Listado por Colegios de arquitectos formados en certificación energética” de la página web del Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España, no conlleva que GRUPO INTERENERGY SISTEMAS, S.L. se encuentre autorizada por el titular del mencionado dato para utilizar dichas señas electrónicas para la remisión de comunicaciones comerciales, siendo ésta una acción que responde únicamente a la voluntad de la citada empresa de dar un uso publicitario a un dato que aparece relacionado con otro fin según aparece en el encabezamiento de la propia lista, en concreto para facilitar datos de carácter personal de los profesionales incluidos en la misma “a los ciudadanos interesados en encargar los informes de certificación energética a técnicos competentes”, es decir, a posibles clientes de tales servicios.

En conclusión, la posesión o conocimiento de una dirección de correo electrónico de un tercero no implica, incluso cuando aparezca difundida en páginas web de Internet o figure incluida en bases de datos empresariales o tenga su origen en fuentes accesibles al público, considerando como tales las contempladas en el artículo 3.j) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y entre las que se incluyen las “listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo”, una autorización del titular de la dirección de correo electrónico en cuestión para recibir publicidad a través de medios de comunicación electrónica o similares, pues precisamente ese derecho a no recibir comunicaciones comerciales por esos medios que no hayan sido previamente solicitadas o expresamente autorizadas es el que protege el artículo 21 LSSI.

En este sentido se pronunciaba la Audiencia Nacional en su Sentencia de 5 de febrero de 2013, Rec. nº 468/2011, al señalar en su Fundamento de Derecho Segundo lo siguiente: “Tal y como hemos indicado, entre otras, en las SSAN 19-2-2008 (Rec. 267/2006) y 14-11-2009 (Rec. 280/2008), se requiere para la remisión de mensajes por correo electrónico con fines de venta directa, el consentimiento previo e informado del abonado titular de la línea destinataria de los citados mensajes. Resulta por ello secundario el hecho de que la dirección de correo procediese de una base de datos con fines comerciales, pues lo relevante, a los efectos aquí analizados, es que tal afectado no haya otorgado su consentimiento previo a la entidad demandante para la remisión de los mismos.

Interpretación que se realiza al amparo de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas, pues establece el artículo 13.1 de dicha Directiva que “Solo se podrá autorizar la utilización de sistemas de llamada automática sin intervención humana

(aparatos de llamada automática), fax o correo electrónico con fines de venta directa respecto de aquellos abonados que hayan dado su consentimiento previo”.

De este modo , a la luz de los elementos fácticos obrantes en el procedimiento cabe concluir que la entidad denunciada ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al enviar un correo electrónico de tipo comercial al denunciante sin contar con la autorización expresa o solicitud previa del mismo para ello, y sin que quepa aplicar la excepción contenida en el primer párrafo del artículo 21.2 de dicha norma al no existir una relación contractual previa entre remitente y destinatario del envío en cuestión.

V

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, 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.

El artículo 38.4.d) de la LSSI 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.”*

En el presente caso, la infracción del artículo 21 de la LSSI que se imputa a GRUPO INTERENERGY SISTEMAS S.L. debe calificarse como infracción leve, toda vez que la remisión de un mensaje 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 denunciante y

denunciada, no puede calificarse como envío insistente o sistemático de comunicaciones comerciales por medios electrónicos, tal y como requiere el artículo 38.3.c) de dicha norma para constituir infracción grave

VI

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 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 caso se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del artículo 39 bis 2. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la entidad imputada en los términos del artículo 39.bis 1.a), ello teniendo en cuenta que la infracción se refiere a la remisión de una única comunicación comercial y que concurren de forma significativa los criterios de ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario del mensaje y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción contemplados en los criterios a), e) y d) del artículo 40 de la LSSI.

VII

Por otro lado, debe analizarse en el presente caso la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el art. 39 bis 2 LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida alguna a adoptar por la entidad denunciada, toda vez que GRUPO INTERENERGY SISTEMAS, S.L. ha comunicado en las alegaciones efectuadas al trámite de audiencia haber dado de baja en sus sistemas los datos del denunciante. Es decir, al no poder requerirse por esta Agencia a dicha empresa una medida ya adoptada que evitara el envío de las comunicaciones comerciales por medios electrónicos procedería el archivo de las actuaciones practicadas.

En este sentido 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, 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.

En conclusión, la actuación administrativa procedente en Derecho es el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, pues así se deduce de la correcta interpretación del 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:

PRIMERO.- ARCHIVAR EL PROCEDIMIENTO (A/00174/2014) a GRUPO INTERENERGY SISTEMAS, 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.

SEGUNDO.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **GRUPO INTERENERGY SISTEMAS, S.L.** y a Don **D.D.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.

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