



Procedimiento N°: A/00218/2014

RESOLUCIÓN: R/00021/2015

En el procedimiento A/00218/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **FORO CAPITAL PYMES S.L.**, vista la denuncia presentada por **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 25 de abril de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **A.A.A.**, en adelante el denunciante, poniendo de manifiesto el envío por parte de la empresa **FORO CAPITAL PYMES S.L.** de un correo electrónico comercial no solicitado, cuya copia aporta junto con sus cabeceras de Internet.

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 24 de marzo de 2014, 19:06, desde la cuenta de correo@forocapitalpymes.... a su dirección de correo electrónico@publiweb.es con el asunto "Att. Dirección General/Financiera, financia tu proyecto con aportaciones de inversores"

El envío se refiere al "VIII foro capital pymes" e incluye la leyenda "HAZ REALIDAD TUS PROYECTOS. FINANCIA EL CRECIMIENTO DE TU EMPRESA CON AMPLIACION DE CAPITAL" Incluye el programa del foro, y el correo electrónico al que enviar la inscripción.

2. El citado envío incluye la dirección de correo electrónico1@forocapitalpymes.... a los efectos de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
3. El denunciante aporta copia de un correo remitido en fecha 24 de marzo de 2014, 19:27 desde la cuenta@publiweb.es para "**B.B.B.**", y con copia a las direcciones1@forocapitalpymes...,2@forocapitalpymes...,3@forocapitalpymes...,4@forocapitalpymes.... y5@forocapitalpymes.... solicitando información sobre el origen de los datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos, manifestando que indiquen la procedencia de donde han obtenido su e-mail, que es personal, dado que no les conoce de nada y nunca les ha autorizado a enviar publicidad.
4. A su vez, aporta 3 respuestas de la entidad, en el ejercicio de su derecho de acceso, en la que se pone de manifiesto que han procedido a eliminar su información de contacto de su fichero
5. En el Registro Mercantil Central figura que la empresa **FORO CAPITAL PYMES S.L.** tiene como objeto social "la prestación de servicios a emprendedores, pymes e inversores privados que aporten además de fondos su experiencia empresarial con la finalidad de poner en contacto a ambos colectivos..."

TERCERO: Con fecha 4 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/00218/2014. Dicho acuerdo fue notificado al denunciado.

CUARTO: En fecha 10 de septiembre de 2014, se intentó la notificación del citado **acuerdo de audiencia previa al procedimiento de apercibimiento** a la entidad denunciada, siendo devuelto y figurando en el acuse de recibo “ausente”. Se repitió nuevamente el intento de notificación el día el 12 de septiembre de 2014, figurando nuevamente en el acuse de recibo “ausente”.

Con fecha 7 de octubre de 2014, se envió al Ayuntamiento de Gerona el citado **acuerdo de audiencia previa al procedimiento de apercibimiento** al denunciado, para su exposición en el Tablón de edictos del citado Ayuntamiento y al Boletín Oficial del Estado, publicándose en este último en fecha 16 de octubre de 2014, otorgándose al denunciado plazo para efectuar alegaciones a dicho acuerdo, acabando el mismo sin que por parte de éste se presentara escrito alguno.

Con fecha 9 de diciembre de 2014, tuvo entrada en esta Agencia la diligencia del Ayuntamiento de Gerona, en la que hace constar que el edicto, correspondiente a la notificación del **acuerdo de audiencia previa al procedimiento de apercibimiento** al denunciado, estuvo expuesto en el Tablón de edictos del Ayuntamiento de Gerona desde el 15 de octubre al 3 de noviembre de 2014, ambos inclusive.

QUINTO: Con fecha 28 de octubre, 4 de noviembre, y 25 de noviembre de 2014 tienen entrada en esta Agencia escritos de **D. C.C.C.** actuando como administrador de la entidad denunciada **FORO CAPITAL PYMES S.L.**, mediante el que solicita copia del expediente, que se produce en fecha 2 de diciembre de 2014.

SEXTO: Transcurrido el plazo concedido para presentar alegaciones, no consta que, por parte de los representantes de la entidad denunciada, se haya presentado ninguna.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Consta que, en fecha 25 de abril de 2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **A.A.A.**, en adelante el denunciante, poniendo de manifiesto el envío, por parte de la empresa **FORO CAPITAL PYMES S.L.**, de un correo electrónico comercial no solicitado, cuya copia aporta junto con sus cabeceras de Internet.

SEGUNDO: Consta que el correo electrónico enviado por la empresa **FORO CAPITAL PYMES S.L.**, a la persona denunciada incluye una dirección de correo electrónico o una dirección electrónica válida para oponerse a la recepción de nuevos mensajes publicitarios.

TERCERO: Consta que el envío se ha producido desde la dirección “.....@forocapitalpymes....” y contiene información sobre el **VIII FORO CAPITAL PYMES**.

CUARTO: Consta que el denunciante envía un correo electrónico a la entidad **FORO CAPITAL PYMES S.L.**, solicitando el origen de los datos personales.

QUINTO: Consta un correo de la entidad denunciada **FORO CAPITAL PYMES S.L.**, en la que se comunica al denunciado que se ha procedido a eliminar su información de contacto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

II

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.

III

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.

IV

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

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

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

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.

V

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 24 de marzo de 2014 en su cuenta de correo electrónico procedente de la cuenta **.....@forocapitalpymes.....** incumplía las exigencias recogidas en el artículo 21 de la LSSI. .

Así, y en lo que se refiere al incumplimiento de la prohibición prevista en el artículo 21.1 de la LSSI, en el presente supuesto ha quedado acreditado que el mencionado envío fue remitido a la cuenta de correo electrónico **.....@publiweb.es** sin mediar el consentimiento previo y expreso del destinatario del mismo.

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 entidad denunciada, en su escrito de fecha 24 de abril de 2014 manifiesta

que "...en nuestro fichero de "clientes potenciales" aparece asociada su dirección de correo electrónico únicamente como contacto comercial de la empresa **FACTORÍAS VULCANO, S.A.**, con sede en calle...". Prosigue en su escrito señalando "el origen de estos datos es la compra de una base de datos de prospección comercial con información de correos electrónicos de contacto de sociedades, exclusivamente con personalidad jurídica del tipo Sociedad Anónima..."

No obstante, estas manifestaciones no justifican que el envío comercial analizado hubiera sido solicitado previamente por el denunciante o que mediara una autorización expresa del afectado para su envío. De hecho, la entidad imputada 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 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.

VI

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 **FORO CAPITAL PYMES, 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

VII

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.

Finalmente indicar que pese a lo alegado por la entidad denunciada en el correo electrónico remitido al denunciante acerca de la eliminación de su dirección de contacto, aquella no ha aportado al presente procedimiento ningún elemento probatorio del que se desprenda la realidad de lo manifestado, por ello procede apercibir a fin de que acredite la cancelación de la dirección de correo del denunciante de su lista de contactos como por ejemplo a través de certificado del departamento responsable avalado por la captura de pantalla de su sistema informático en la que figure la información de la que pueda derivarse que el dato ha sido cancelado.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- APERCIBIR (A/00218/2014)

a la entidad **FORO CAPITAL PYMES S.L.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en relación con la infracción del artículo 21 de la citada norma, tipificada como leve en el 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.- REQUERIR

a la entidad **FORO CAPITAL PYMES S.L.** de acuerdo con lo establecido en el apartado 6 del artículo 45 de la Ley 15/1999 para que en el plazo de un mes desde este acto de notificación:

2.1.- CUMPLA lo previsto en el artículo 21 de la LSSI.

En concreto se insta al denunciado a que cese en el envío de comunicaciones electrónicas a la dirección de correo electrónico del denunciante que incumplan lo dispuesto en dicho precepto, bien cancelando la citada dirección de su lista de contactos o bien adoptando cualquier otra medida necesaria que evite el envío de publicidad a la referida cuenta de correo electrónico.

2.2.- APORTE a la Agencia Española de Protección de Datos los documentos o medios de prueba que pongan de manifiesto la cancelación de la dirección de correo electrónico del denunciante en su lista de contactos.

Se le advierte que en caso de no atender el citado requerimiento, para cuya comprobación se abre el expediente de investigación **E/00104/2015**, podría incurrir en una infracción del artículo 37.1.f) de la LOPD, que señala que *“son funciones de la Agencia de Protección de Datos: f) Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones.”*, tipificada como grave en el artículo 44.3.i) de dicha norma, que considera como tal, *“No atender los requerimientos o apercibimientos de la Agencia Española de Protección de Datos o no proporcionar a aquélla cuantos documentos e informaciones sean solicitados por la misma”*, pudiendo ser sancionada con multa de **40.001 € a 300.000 €**, de acuerdo con el artículo 45.2 de la citada Ley Orgánica.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a la entidad **FORO CAPITAL PYMES S.L.**

4.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **D. A.A.A.**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

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