



Procedimiento nº.: PS/00138/2016

**ASUNTO: Recurso de Reposición N° RR/00809/2016**

Examinado el recurso de reposición interpuesto por la entidad **SYNERTEC GROUP, S.L.** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00138/2016, y en base a los siguientes,

**HECHOS**

**PRIMERO:** Con fecha 11 de octubre de 2016, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00138/2016, en virtud de la cual se imponía a la entidad SYNERTEC GROUP, S.L. (en lo sucesivo SYNERTEC), una sanción de 5.000 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI), infracción tipificada como leve en el artículo 38.4.d), de conformidad con lo establecido en los artículos 39.1.c) y 40 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en fecha 26 de octubre de 2016, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

**SEGUNDO:** Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00138/2016, quedó constancia de los siguientes:

*<<PRIMERO: Con fecha 07/12/2015, tuvo entrada en esta Agencia denuncia interpuesta por el denunciante, en la que manifiesta que a pesar de estar dado de alta en la LISTA RÓBINSON desde hace más de 3 años y existir una resolución por parte de la Agencia Española de Protección de Datos con número R100380/2015 asociada al procedimiento nº PS/00471/2014, las empresas relacionadas en la citada resolución, AGORA y SYNERTEC continúan enviándole publicidad sin haberla solicitado (folio 1)*

*SEGUNDO: El Acta de Inspección E/06481/20136/I-01 (obrante en el procedimiento sancionador PS/00471/2014) extendida en fecha 03/04/2014, en la inspección efectuada a SYNERTEC con motivo de la denuncia presentada en la Agencia por el denunciante y motivada por la recepción en su dirección [\\*\\*\\*EMAIL.1](#) de correos comerciales remitidos sin su consentimiento desde direcciones pertenecientes al dominio tumejoroferta.es, contiene, entre otros, los siguientes hechos puestos de manifiesto durante la citada inspección:*

*“...*

*2. Los representantes de SYNERTEC GROUP, S.L., en adelante SYNERTEC realizan las siguientes manifestaciones en respuesta a las cuestiones planteadas por los inspectores:*

*2.1 La actividad principal de SYNERTEC consiste en la captación de nuevos clientes para los mercados residencial, autónomos y PYME, para TELEFONICA.*



Los datos de las personas a las que van dirigidas las campañas publicitarias realizadas por SYNERTEC se obtienen de los propios interesados a través de consultas realizadas telefónicamente y de los sitios web [www.altas-movistar.es](http://www.altas-movistar.es) (mercado residencial y autónomos) y [www.centralitas-movistar.es](http://www.centralitas-movistar.es) (mercado de PYMES)

...

2.3 SYNERTEC pertenece a un grupo de empresas que está compuesto, aparte de por la propia SYNERTEC, por las siguientes empresas:

- AGORA CONTROL Y GESTION EMPRESARIAL, SL
- ASESORIA DE MARKETING LA MODERNA, SL
- ENTONA, SL.

2.4 SYNERTEC ejecuta campañas publicitarias para otras entidades utilizando los datos del fichero "POTENCIALES CLIENTES" en base a contratos de prestación de servicios. El objeto de dichos contratos no es la cesión de los datos de SYNERTEC a otras entidades sino el envío de la publicidad diseñada por un tercero a los potenciales clientes de SYNERTEC. AGORA CONTROL Y GESTION EMPRESARIAL SL, en adelante AGORA, y ADSL HOUSE SL son dos de los clientes para los que se realizan este tipo de servicios.

2.5 AGORA, que comparte sede con SYNERTEC, es una empresa totalmente separada de ésta última así como lo están sus bases de datos y ficheros. Mientras SYNERTEC trabaja con TELEFONICA, AGORA lo hace con las operadoras JAZZTEL, ONO, ORANGE y VODAFONE. Es por ello que en ocasiones AGORA está interesada en hacer campañas cuyos destinatarios sean los potenciales clientes de SYNERTEC.

2.6 El servicio a través del cual SYNERTEC remitía los correos es una plataforma tecnológica denominada ECIRCLE contratada a ECIRCLE SPAIN SLU, que después fue adquirido por TERADATA IBERIA SLU, en adelante ECIRCLE

Debido a que el servicio prestado no satisfacía las necesidades de SYNERTEC, ésta solicitó el 18 de febrero la rescisión del contrato que tuvo efecto el 4 de marzo de 2014.

3. Los inspectores de la Agencia solicitan al representante de SYNERTEC que les permita el acceso a los sistemas de información sobre los que se realizan las siguientes comprobaciones:

3.1 Se realiza una búsqueda en el fichero de potenciales clientes utilizando como criterio la dirección de correo electrónico \*\*\*EMAIL.1. Se localizan dos registros en el fichero que registran el alta del potencial cliente el 20 de agosto de 2013 a través de la página web [www.altas-movistar.es](http://www.altas-movistar.es) a las 14:29 y a las 14:30" (folios 104-108)

TERCERO: La dirección de correo electrónico \*\*\*EMAIL.1, así como su nombre y teléfono fueron facilitados por el denunciante el día 20 de agosto de 2013, al acceder en dos ocasiones (14:29:03 y 14:30:42) desde la \*\*\*IP.1 a la página web [www.altas-movistar.es](http://www.altas-movistar.es), de la que es titular SYNERTEC como distribuidor oficial de MOVISTAR, rellenando dos formularios. Para la cumplimentación de dichos formularios se debe aceptar la política de privacidad, la cual es clickeable y se puede acceder para la información del uso de datos a futuro. En el pie de la página web [www.altas-movistar.es](http://www.altas-movistar.es)



hay un enlace a la política de privacidad con el siguiente contenido:

*“De acuerdo con el contenido del Artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, le informamos de que los datos recogidos en el formulario y en las llamadas recibidas por parte del cliente, serán incluidos y tratados en nuestro fichero de clientes, el cual se encuentra debidamente inscrito en la AEPD y cuyo responsable es SINERTEC GROUP, SL. La finalidad del tratamiento es la realización de ofertas, promociones, comercialización y contratación de productos de ocio, cultura, deporte, enseñanza, artes gráficas, alimentación, bebidas, banca, actividad financiera, construcción, obras públicas, inmobiliario, nuevas tecnologías, automoción, caza, pesca, sanidad, seguros, transportes, vigilancia, seguridad, comercio, oficinas, despachos, hostelería, restauración, turismo, medios de comunicación, publicidad, salud, belleza, textil, calzado, complementos, minería, metalurgia, energía, química, farmacia, administración local, autonómica y del estado gestionados por la marca, utilizando cualquier medio de comunicación ya sea postal, electrónico o de cualquier otro tipo, incluyendo la emisión de llamadas automatizadas. Los interesados autorizan expresamente a que sus datos puedan ser comunicados a las entidades mercantiles relacionadas con la marca, exclusivamente con la finalidad antes mencionada. Los interesados podrán ejercer sus derechos dirigiéndose, en los términos legalmente previstos, al Responsable del Fichero: SINERTEC GROUP, SL., (C/...1) (Madrid).” (folios 68-71, 86-89, 109-111)*

CUARTO: Con fecha 27 de febrero de 2015 el Director de la Agencia Española de Protección de Datos dictó la resolución R/380/2015 en el procedimiento sancionador PS/00471/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a SYNERTEC, vista la denuncia presentada por el denunciante, imponiendo a dicha entidad una multa de 52.000 € por la infracción del artículo 21 de la LSSI, en base, entre otros, a los siguientes hechos probados:

*“PRIMERO: Con fecha de 23 de septiembre de 2013 tiene entrada en esta Agencia escrito del denunciante, manifestando que desde que realizó una portabilidad de su número de teléfono fijo y conexión a Internet en agosto de 2013 comenzó a sufrir el acoso a través de mensajes de correo electrónico en su cuenta [\\*\\*\\*EMAIL.1](#).*

*Los correos electrónicos tienen como origen el dominio promociones.tumejoroferta.es y continúan remitiéndoles mensajes publicitarios a pesar de haber solicitado la oposición al uso con fines publicitario de sus datos.*

*SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se realiza visita de Inspección a la entidad SYNERTEC y se realizan diversas actuaciones, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:*

- *El denunciante aporta copia de un correo electrónico recibido el 29 de agosto de 2013 remitido desde [\\*\\*\\*EMAIL.2](#) en el que se confirma la baja de [\\*\\*\\*EMAIL.3](#). “*

*Dicha resolución es firme al ser confirmada por sentencia de fecha 10/06/2016 dictada por la Audiencia Nacional (Procedimiento Ordinario 847/2015), al desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por SYNERTEC contra la misma (folios 104, 115-134, 185-200)*

QUINTO: El denunciante recibió en su cuenta de correo [\\*\\*\\*EMAIL.1](#) los correos electrónicos cuyas características se listan a continuación.



Cuenta origen	IP origen	Fecha	Hora
<a href="#">***EMAIL.4</a>	***IP.2	29/9/2015	11:01+00
<a href="#">***EMAIL.4</a>	***IP.3	8/10/2015	10:44+02
<a href="#">***EMAIL.4</a>	***IP.4	11/11/2015	10:52+01
<a href="#">***EMAIL.4</a>	***IP.5	16/11/2015	13:00+01
<a href="#">***EMAIL.4</a>	***IP.6	18/11/2015	8:30+01
<a href="#">***EMAIL.5</a>	***IP.7	20/11/2015	8:00+01
<a href="#">***EMAIL.4</a>	***IP.7	24/11/2015	12:30+01

Los correos electrónicos contenían información comercial referente a servicios y productos de distinta tipología: Telefonía, formación y financieros.

Los correos electrónicos disponen de información sobre el cómo solicitar la baja de la lista de destinatarios en forma de "Si desea darse de baja haga clic aquí".

Al pie de las comunicaciones figura el siguiente literal: "Recibe esta comunicación porque **se ha dado de alta en Agora Control y Gestión Empresarial S.L.** y es conforme a la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico y de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal." (folios 1-23)

SEXTO: El dominio [tumejoroferta.es](#) está registrado a nombre de **A.A.A.** figurando como persona de contacto **B.B.B.** y el e-mail **\*\*\*EMAIL.6. B.B.B.** figura inscrito en el Registro Mercantil Central como XXX de SYNERTEC (folios XXXX)

SEPTIMO: El dominio [promocionesexclusivas.es](#) está registrado a nombre de T2O Admedia Services, S.L. figurando como persona de contacto **C.C.C.** y el e-mail **\*\*\*EMAIL.7** (folios 201-207)

OCTAVO: Consta en el expediente copia del contrato de prestación de servicios suscrito el día 20 de junio de 2013 entre SYNERTEC (responsable del fichero) y AGORA (encargado del tratamiento) con, entre otros, el siguiente contenido:

**"EXPONEN**

*I. Que el responsable del fichero ha encomendado al Encargado del tratamiento la prestación de los servicios que a continuación se detallan:*

*Servicios de Marketing*

*Alquiler de BBDD*

*Cualquier actividad propia con la contratada*

*II. Que para la correcta prestación de los servicios relacionados con anterioridad el Responsable del Fichero pondrá a disposición del Encargado del Tratamiento ficheros automatizados o no automatizados que contienen datos de carácter personal.*

*III. Que en cumplimiento del artículo 12 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, ambas partes acuerdan libremente regular el acceso y tratamiento de los datos de carácter personal*



mencionados, de conformidad con los siguientes:

## PACTOS

### Primero.- OBJETO

Los ficheros que contengan datos de carácter personal puestos a disposición del Encargado del Tratamiento se encuentran debidamente legalizados y legitimados. El acceso por parte de éste a los datos del Responsable del Fichero no se considerará comunicación de datos, ya que el mismo resulta indispensable para la prestación de los servicios encargados.

### Segundo.- FINALIDAD DEL TRATAMIENTO

El acceso por parte del Encargado del Tratamiento a los datos de carácter personal que se encuentran en los ficheros del Responsable, será única y exclusivamente para dar cumplimiento a las finalidades relacionadas en el expositivo I.

### Tercero.- GARANTÍA Y PROTECCIÓN DE LOS DATOS

En el tratamiento de estos datos personales, el Responsable del Fichero y el Encargado del Tratamiento, se comprometen a garantizar y proteger las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas afectadas y, especialmente, su honor y su intimidad familiar y personal.

### Cuarto.- DELEGACIÓN DE FUNCIONES

El Responsable del Fichero facilita y delega las funciones propias que ostenta al Encargado del Tratamiento para que realice los servicios contratados.

...

### Sexto.- OBLIGACIONES DEL ENCARGADO DEL TRATAMIENTO

...

2ª. Tratar los datos conforme a las instrucciones del Responsable del Fichero, no haciendo uso de los datos para finalidades diferentes a las acordadas en el pacto segundo" (folios 93-95)>>

**TERCERO:** SYNERTEC ha presentado en fecha 16/11/2016 en el servicio de Correos, con fecha de entrada 21/11/2016 en esta Agencia Española de Protección de Datos, recurso de reposición fundamentándolo en las siguientes alegaciones:

1ª. El envío de los seis correos electrónicos remitidos al denunciante se debió a un error involuntario cometido como consecuencia de la permanencia de la dirección de correo electrónico de éste en los archivos de SYNERTEC, que eran tratados por AGORA CONTROL Y GESTION EMPRESARIAL, S.L. (en adelante AGORA), en su calidad de encargada del tratamiento. Si bien SYNERTEC era la responsable del fichero, el encargado del tratamiento era AGORA que fue la que remitió los referidos correos electrónicos a clientes que así lo hubieran autorizado con las finalidades propias del acuerdo suscrito entre ambas entidades.

2ª. SYNERTEC carece de responsabilidad en la infracción imputada ya que no era concedora de la remisión de los correos electrónicos objeto de sanción, actividad que se debe a la entidad encargada de tratar los datos (AGORA).

3ª. Falta de motivación en la sanción impuesta ya que en la resolución no se especifican las medidas que deberían adoptarse en el futuro, ni se contempla apercibimiento alguno respecto a la conducta infractora, ni los perjuicios causados lo



que genera indefensión y en consecuencia la nulidad del procedimiento.

- 4ª. Inaplicabilidad de la reincidencia como criterio de graduación de la sanción.
- 5ª. Existencia de “*non bis in ídem*” por cuanto ya fue sancionada por los mismos hechos.
- 6ª. Aplicación del apercibimiento.
- 7ª. Subsidiariamente, graduación de la sanción en su cuantía mínima dada la ausencia de intencionalidad, reincidencia, ausencia de perjuicios al denunciante y beneficios por la comisión de la infracción.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

Es competente para resolver el presente recurso la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LPACAP).

### **II**

En relación con las manifestaciones efectuadas por SYNERTEC, debe señalarse que las recogidas en el Hecho Tercero (1ª a 3ª) de la presente resolución ya fueron analizadas y desestimadas en los Fundamentos de Derecho del IV al VIII ambos inclusive, de la Resolución recurrida, tal como se transcribe a continuación:

#### <<IV

*Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, se debe destacar que la LSSI dispone en sus artículos 21 y 22 lo siguiente:*

#### *Art. 21*

*“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.”*

Art. 22.1

*“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 puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.*

*Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos”*

*En el presente supuesto, ha quedado acreditado que, entre el 29/09/2015 y el 24/11/2015, SYNERTEC remitió un total de 6 correos electrónicos a la dirección de correo electrónico del denunciante [\\*\\*\\*EMAIL.1](#), dirección que se encontraba incluida en un fichero de su titularidad en el cual el denunciante se dio de alta en fecha 20/08/2013 mediante su registro el través del sitio web [www.altas-movistar.es](http://www.altas-movistar.es) aceptando la política de privacidad en la cual daba su consentimiento para el tratamiento de sus datos con fines comerciales. Los 6 correos fueron remitidos desde la dirección [\\*\\*\\*EMAIL.4](#), significándose que el dominio [tumejoroferta.es](http://tumejoroferta.es) está registrado a nombre de **A.A.A.** figurando como persona de contacto **B.B.B.** y el e-mail [\\*\\*\\*EMAIL.6](#). **B.B.B.** figura inscrito en el Registro Mercantil Central como XXX de SYNERTEC. Asimismo en el procedimiento sancionador PS/471/25014 en el que se sancionó a SYNERTEC por el envío de correos electrónicos comerciales al denunciante desde direcciones de correo electrónico del dominio [tumejoroferta.es](http://tumejoroferta.es), SYNERTEC reconoció que **“El servicio a través del cual SYNERTEC remitía los correos es una plataforma tecnológica denominada ECIRCLE contratada a ECIRCLE SPAIN SLU, que después fue adquirido por TERADATA IBERIA SLU, en adelante ECIRCLE”**.*

*Respecto al correo electrónico comercial recibido por el denunciante en fecha 20/11/2015 y remitido desde la dirección de correo electrónico [\\*\\*\\*EMAIL.5](#) no se ha acreditado la responsabilidad de SYNERTEC en su remisión por cuanto en la instrucción del presente procedimiento sancionador se ha determinado que el dominio [promocionesexclusivas.es](http://promocionesexclusivas.es) está registrado a nombre de T2O Admedia Services, S.L.*

*Cabe concluir por tanto que los 6 correos electrónicos comerciales fueron enviados a pesar que, a petición del denunciante, en fecha 29/08/2013 SYNERTEC le confirmó su baja en el envío de comunicaciones comerciales mediante correo electrónico remitido desde [\\*\\*\\*EMAIL.2](#). Por tanto SYNERTEC no contaba con el consentimiento del destinatario (el denunciante) para el envío de los 6 correos electrónicos remitidos entre*



el 29/09/2015 y el 24/11/2015, esto es con posterioridad a la baja de la dirección de correo del denunciante [\\*\\*\\*EMAIL.1](#) confirmada por SYNERTEC en fecha 29/08/2013.

## V

El Título VII de la LSSI bajo la rúbrica “Infracciones y sanciones” contiene el régimen sancionador aplicable en caso de que se produzca alguna de las infracciones contenidas en el cuadro de infracciones que en el mismo se recoge.

En concreto, el artículo 37 especifica que “los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos al régimen sancionador establecido en este Título cuando la presente Ley les sea de aplicación” (el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)

La definición de prestador del servicio se contiene en el apartado c) del Anexo de la citada norma que considera como tal la “persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”. Y por servicio de la sociedad de la información el apartado a) entiende “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

- 1.º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.
- 2.º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.
- 3.º La gestión de compras en la red por grupos de personas.
- 4.º El envío de comunicaciones comerciales.
- 5.º El suministro de información por vía telemática.

No tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado y, en particular, los siguientes: (...)

En el presente caso ha de considerarse Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información a la entidad SYNERTEC y por tanto situarla bajo las obligaciones y el régimen sancionador de la LSSI.

## VI

En cuanto a la presunta infracción del artículo 21.1 de la LSSI por parte de AGORA debe señalarse que no se ha determinado su relación de titularidad entre los dominios [tumejoroferta.es](#) y [promociones exclusivas.es](#) desde los cuales se enviaron al denunciante los 7 correos comerciales que consta acreditado fueron recibidos por éste en su dirección [\\*\\*\\*EMAIL.1](#).

En este punto debe recordarse lo dispuesto por la LSSI:





*“Artículo 19 Régimen jurídico*

- 1. Las comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales se registrarán, además de por la presente Ley, por su normativa propia y la vigente en materia comercial y de publicidad.*
- 2. 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.”*

*El art. 3 apartados d) y g) de la LOPD definen:*

*“Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.”*

*“Encargado del tratamiento es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.”*

*Dispone el art. 5.1.i) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (RDLOPD en adelante), que el encargado del tratamiento es La persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio.*

*Por su parte el art. 5.1.q) del citado RDLOPD establece que el responsable del fichero o del tratamiento es Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente.*

*Podrán ser también responsables del fichero o del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados.*

*La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros y a los encargados del tratamiento (art. 43), “Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley” concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d) y 3.g).*

*En cuanto a las relaciones entre el responsable del fichero o tratamiento y el encargado del tratamiento, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 12 de la LOPD:*

*“2. La realización de tratamientos por cuenta de terceros deberá estar regulada en un contrato que deberá constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del*



responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas.

En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el [artículo 9 de esta Ley](#) que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

3. Una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento.

4. En el caso de que el encargado del tratamiento destine los datos a otra finalidad, los comunique o los utilice incumpliendo las estipulaciones del contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiera incurrido personalmente.”

En el presente caso AGORA y SYNERTEC suscribieron en fecha 20/06/2013 un contrato de prestación de servicios por el cual SYNERTEC (responsable del fichero) encomendaba a AGORA (encargado del tratamiento) los “servicios de Marketing” para lo cual SYNERTEC ponía a disposición de AGORA “ficheros automatizados o no automatizados que contienen datos de carácter personal” con la finalidad ya citada (“servicios de Marketing”), debiendo AGORA “tratar los datos conforme a las instrucciones del Responsable del Fichero, no haciendo uso de los datos para finalidades diferentes a las acordadas en el pacto segundo” (servicios de marketing).

En el presente caso, y respecto de la campaña publicitaria que se examina, no consta que AGORA haya incumplido ningún mandato del responsable del fichero, es decir, de SYNERTEC, por cuanto en el citado contrato suscrito entre ambas en fecha 20/06/2013, SYNERTEC no explicita a AGORA los servicios de marketing que se realizarán, y lo que es más concluyente, no contiene instrucción alguna respecto al tratamiento de los datos contenidos en los ficheros de los que es responsable SYNERTEC a los cuales tendría acceso AGORA, de tal modo que no se concretan qué instrucciones ha incumplido o que desvío de finalidad puede imputarse a AGORA que encuentre cabida en el artículo 12.4 de la LOPD, concluyendo por tanto que esta última no puede ser considerada responsable del tratamiento de los datos del denunciante.

En consecuencia no cabe apreciar la existencia de responsabilidad de AGORA en la infracción del artículo 21.1 de la LSSI presuntamente cometida conforme a lo acordado en el acuerdo de inicio del presente procedimiento sancionador. Por el contrario SYNERTEC es responsable del envío de las comunicaciones comerciales, ya que decidió realizar las campañas (finalidad) y delimitó el colectivo de personas a las que debían de remitirse, es decir decidió sobre el contenido y uso de las comunicaciones comerciales por correo electrónico.

## VII

De conformidad con lo establecido en el artículo 38, en sus apartados 3 y 4 de la LSSI, se consideran infracciones graves y leves las siguientes:

“3. Son infracciones graves:



c) *El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, a su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21”.*

*“4. Son infracciones leves:*

d) *El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave”.*

*En consecuencia, la infracción del artículo 21 de la LSSI, en los términos indicados por el citado artículo 38.4.d), se califica en términos generales como infracción leve, aunque si se produce un envío masivo de comunicaciones comerciales no solicitadas a diferentes destinatarios o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario, en los términos que se indican en el también citado artículo 38.3.C), se producirá una infracción de carácter grave a los efectos de la LSSI.*

*El presente supuesto se ajusta al tipo de infracción establecido en el artículo 38.4.d) de la LSSI, calificado como infracción leve, al tratarse de una remisión de 6 correos electrónicos después de la fecha de confirmación por parte de SYNERTEC de la baja de la dirección electrónica del denunciante [\\*\\*\\*EMAIL.1](#) en el envío de comunicaciones comerciales.*

## VIII

*Según establece el art. 39.1, apartado c), de la LSSI, las infracciones leves podrán ser sancionadas con multa de hasta 30.000 €, fijando los criterios para su graduación el artículo 40 de la misma norma, que dispone lo 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 relación con los criterios de graduación de las sanciones recogidos en el transcrito artículos 40 y, en especial, teniendo en cuenta el número de correos comerciales recibidos por el denunciante (6) así como el periodo durante el cual los recibió, (entre el 29/09/2015 y el 24/11/2015) y dada la existencia de reincidencia en la*



*comisión de la infracción por cuanto SYNERTEC ya fue sancionada por estos mismos hechos por resolución (R/380/2015) de fecha 27 de febrero de 2015 dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, que devino firme al ser confirmada por sentencia de fecha 10/06/2016 dictada por la Audiencia Nacional (Procedimiento Ordinario 847/2015), al desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por SYNERTEC contra la misma, procede imponer a SYNERTEC una sanción de 5.000 €, por la infracción del artículo 21.1 de la LSSI.>>*

### III

Abundando en lo anterior dichas alegaciones han sido desestimadas por la Audiencia Nacional en sentencia de fecha 10/06/2016 dictada en el Procedimiento Ordinario 847/2015, en la cual se señala:

*<<CUARTO.- Siguiendo el orden expuesto en la demanda se va a examinar en primer lugar, la invocada vulneración del principio de tipicidad.*

*Cabe recordar en primer lugar, que en materia sancionadora, el Tribunal Constitucional ha establecido como uno de los pilares básicos para la interpretación del derecho Administrativo sancionador que los principios y JURISPRUDENCIA 4 garantías básicas presentes en el ámbito del derecho penal son aplicables, con ciertos matices, en el ejercicio de cualquier potestad sancionadora de la Administración Pública ( SSTC 76/1990 , 120/1994 , 154/1994 , 23/1995 , 97/1995 , 147/1995 , 45/1997de 26 de abril , entre otras muchas).*

*El apartado 1 del artículo 129 LRJPAC delimita el principio de tipicidad de las infracciones disponiendo que "solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley".*

*El Tribunal Constitucional, ha sostenido que el principio de tipicidad consiste en la necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, (SSTC 61/1990, 116/1993, 151/1997, 124/2000, 113/2002, 129/2003, 297/2005, 129/2006 etc).*

*La infracción grave por la que ha sido sancionada Synertec Group S.L. es la tipificada en el artículo 38.3.c) de la Ley 34/2002, de 11 de julio , en la redacción dada por la Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, aplicada con efectos retroactivos ex artículo 128.2 de la LRJPAC por la resolución recurrida al considerarla más favorable, sin que se suscite cuestión sobre el particular, que conceptúa como tal " c) el envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21".*

*Por su parte el artículo 21 dispone:*

*"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.

Y ello en relación además con el artículo 22.1:

"1. 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. 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 (...)"

Es decir, para la remisión de correos electrónicos publicitarios o comerciales (categoría en la que se insertan los remitidos a tenor de la definición efectuada en el apartado f) del Anexo de la LSSI, sin que en la demanda se haya puesto en duda dicho extremo) se requiere la autorización de su destinatario o que éste no se haya opuesto a su envío en un momento posterior a la recepción de dichas comunicaciones.

Lo anterior al amparo de la normativa vigente sobre la materia en el ámbito comunitario, pues la citada Ley 34/2002 incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información y se hace eco en una reforma posterior 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 a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), aplicable a esta materia, que se traspuso en la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

Así, en su Considerando 40, señala la citada Directiva 2002/58/CE que " Deben ofrecerse garantías a los abonados contra la intrusión en su intimidad mediante comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, especialmente a través de llamadores automáticos, faxes y mensajes de correo electrónico, incluidos los de SMS.



*Por una parte, el envío de estas formas de comunicaciones comerciales no solicitadas puede resultar relativamente sencillo y económico, y por otra, puede conllevar una molestia e incluso un coste para el receptor. Además, en algunos casos su volumen puede dar lugar a dificultades en las redes de comunicaciones electrónicas y en los equipos terminales. Se justifica, para este tipo de comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa, la exigencia de obtener el consentimiento expreso previo de los receptores antes de que puedan dirigírseles comunicaciones de esta índole".*

*De otro lado, el artículo 19.2 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".*

*En el caso de autos, no se cuestiona que la entidad recurrente contaba ab initio, con el consentimiento del denunciante para la remisión de e-mails publicitarios, constando que con fecha 20 de agosto de 2013 fue proporcionado el correo del denunciante a través del sitio web [www.altas-movistar.es](http://www.altas-movistar.es), habilitándose para la remisión de publicidad por medios electrónicos. Sin embargo, posteriormente se dio de baja en la recepción de dichos e-mails y el denunciante revocó su consentimiento inicial al amparo del citado artículo 22.1 de la LSSI, a través de un enlace insertado a tal fin en los correos publicitarios que le fueron enviados, por lo que la remisión de correos posteriores a la revocación del consentimiento vulneraba lo dispuesto en el artículo 21 de la LSSI.*

*Precisamente es el citado envío de correos electrónicos publicitarios posteriores a conocer la revocación del consentimiento, esto es al 29 de agosto de 2013 (fecha en la que \*\*\*EMAIL.2 confirma al denunciante la baja del mail \*\*\*EMAIL.3) la conducta tomada en consideración por la resolución recurrida, habiéndose remitido hasta un total de 75 correos promocionales a partir de dicha fecha (de los que 18 se enviaron entre el 24 de septiembre y el 26 de octubre de 2013), pese a conocer la revocación del consentimiento del destinatario y por tanto con infracción del artículo 21.1 de la LSSI.*

*Alega la actora que la remisión de los correos electrónicos posteriores a la baja se debió a la existencia de un problema o fallo informático, que es el que origina que la baja del denunciante no se produzca en todas las plataformas que el denunciado había autorizado.*

*Ahora bien, como ha señalado esta Sala y Sección en la sentencia de 9 de enero de 2015 (Rec. 17872013) en relación con los errores informáticos " La concurrencia de un supuesto error informático como justificante de la remisión indebida del correo electrónico no puede ser admitida pues son muchas las sentencias en que se ha insistido en que los errores informáticos no son suficientes para eliminar la antijuridicidad de las conductas sancionadas. Así en las sentencias dictadas en los Rec. 110/2013 o 36872012".*

*En definitiva, la conducta que nos ocupa, al margen de lo que posteriormente se dirá al examinar el principio de culpabilidad, se integra en el tipo aplicado, por lo que concurre la tipicidad cuya infracción se denuncia, pues hay predeterminación normativa que desempeña la función de garantía mediante la cual se tiene predicción de la conducta ilícita y de las consecuencias que lleva aparejada.*



*QUINTO.- Seguidamente vamos a analizar el segundo motivo de impugnación referido a la vulneración del principio de culpabilidad.*

*Principio reconocido en el artículo 130.1 de la LRJPAC al disponer que " Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa los responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia", si bien esta simple inobservancia no puede ser entendida como la admisión en el derecho administrativo sancionador de la responsabilidad objetiva, que está proscrita en ese ámbito, requiriéndose la existencia de dolo o culpa, habiendo señalado en esta línea la STC 246/1991, de 19 de diciembre, que la culpabilidad constituye un principio estructural básico del Derecho administrativo sancionador.*

*Sustenta la actora la falta de culpabilidad en que el resultado producido no es consecuencia de culpa o negligencia de las partes sino de un error informático y además de una empresa ajena a la recurrente.*

*Respecto al invocado fallo informático no cabe sino remitirnos a lo ya expuesto en el fundamento de derecho precedente, debiendo añadirse que no se trata de cumplir sólo formalmente las obligaciones establecidas en la normativa facilitando un link para darse de baja en los correos sino también materialmente, lo que requiere la efectividad de la baja para impedir el envío de publicidad no consentida, y en el supuesto que nos ocupa, los e-mails publicitarios posteriores a la revocación del consentimiento se estuvieron remitiendo a lo largo de varios meses, desde septiembre de 2013 hasta el 28 de enero de 2014 sin que se articularan mecanismos correctores para evitar que se siguiera mandando publicidad comercial al denunciante.*

*Considera la actora que en todo caso, de ser imputable a alguien la remisión de los correos posteriores a la baja sería a Ecircle, que es la empresa contratada que prestaba el servicio y asumió determinadas obligaciones para la prestación de los servicios objetos del contrato y tiene la consideración de encargado del tratamiento y debe responder en exclusiva ex artículo 12.4 de la LOPD , sin que pueda considerarse responsable a Synertec de unos hechos en los que no ha intervenido. Es más, esgrime que ni siquiera Synertec tiene la consideración de prestador del servicio porque el servicio lo presta Ecircle y de conformidad con el artículo 37 de la LSSI no estaría sometida al régimen sancionador de la Ley.*

*Pues bien Synertec es una entidad que ejecuta campañas publicitarias para terceros utilizando los datos del fichero "potenciales clientes", y para la remisión de los correos publicitarios utiliza la plataforma tecnológica denominada Ecircle contratada a Ecircle Spain SLU. Como ya hemos dicho el correo electrónico del denunciante constaba en el fichero del que es responsable Synertec habiéndole obtenido a través del sitio web [www.altas-movistar.es](http://www.altas-movistar.es). La política de privacidad de la página que debe aceptarse para solicitar información informa que el responsable del fichero es Synertec.*

*Es un hecho acreditado que la plataforma Ecircle tenía limitaciones que impedían la ejecución concurrente sobre una misma base de datos de varias campañas o grupo de envíos y para soslayar dicha limitación se propuso por Ecircle y admitió por Synertec como solución la replicación de las bases de datos de la entidad. De esa forma Synertec podría hacer envíos sobre cada una de las copias y a tal fin se crearon 5 copias de la base de datos del mercado residencial y de autónomos y otras tantas*



*copias de la base de datos del mercado de PYMES.*

*Las bajas solicitadas sobre una base de datos a través del enlace incluido en los correos remitidos debían de replicarse en el resto de bases de datos, lo que podía incidir en la efectiva materialización de las bajas y así el 3 de julio de 2013 uno de los potenciales clientes se quejó de que las bajas no estaban funcionando correctamente. Synertec se puso en contacto con Ecircle para que subsanase dicha incidencia y al considerar Ecircle la incidencia solucionada, Synertec no realizó ninguna supervisión con posterioridad al objeto de comprobar el adecuado funcionamiento de las bajas solicitadas por los destinatarios de los correos que se había tornado más complejo al tener que replicar la baja en todas las copias de las bases de datos.*

*Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que Synertec no ha aportado copia del contrato suscrito con Ecirce sino una propuesta de servicio, aunque si ha remitido el contrato suscrito con otra empresa de su grupo (entre Ecircle y Agora Control y Gestión Empresarial S.L. el 2 de julio de 2013), de lo que cabe colegir que tampoco dispone de un contrato propiamente dicho, por lo que no puede considerarse acreditada la condición de encargado de tratamiento que se le atribuye en la demanda y que aparece regulada en el artículo 12 de la LOPD.*

*Pero es que además, sobre la interpretación del artículo 12.4 de la LO invocado por la actora, esta Sala ha señalado en la SAN de 17 de mayo de 2013 (Rec. 25/2010 ) con cita de la SAN de 3 de abril de 2005 (Rec. 241/2003 ) lo siguiente " Lo que determina la LOPD en el artículo 12.4 es que en el caso de que el encargado del tratamiento utilice los datos incumpliendo las estipulaciones del contrato, responderá de las infracciones en que hubiere incurrido personalmente. El término "también" que utiliza el precepto deja claro que no se establece allí un mecanismo de sustitución ni de derivación de responsabilidad sino de agregación, pues el responsable del fichero no pierde su condición de tal ni queda exonerado de responsabilidad por el hecho de que el encargado del tratamiento que incumple lo estipulado se atribuya "también" la consideración de responsable del tratamiento. En el mismo sentido SAN de 14 de marzo de 2007 Rec. 280/2005)".*

*Por otro lado, la LSSI, en su artículo 37, sujeta al régimen sancionador establecido en dicho título a los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando dicha Ley les sea de aplicación.*

*El apartado c) del Anexo de la LSSI define al "prestador de servicios", como la " persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información". Y por servicio de sociedad de la información entiende el apartado a) del citado Anexo*

*"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".*

*Seguidamente señala que son servicios de la información, entre otros, y siempre que represnten una actividad económica: " 4º el envío de comunicaciones comerciales".*

*Así las cosas Synertec ha de ser considerada prestador del servicio a los efectos de aplicación del régimen sancionador establecido en la citada Ley, por cuanto es la*





*empresa que decidió realizar las campañas y delimitó el colectivo de personas a que debían remitirse, es decir decidió sobre el contenido y uso de las comunicaciones comerciales por correo electrónico y llevó a cabo las campañas publicitarias utilizando para el envío de los correos los servicios de la plataforma tecnológica Ecircle contratada a Ecircle Spain SLU.*

*En definitiva, le es imputable la infracción apreciada por la resolución recurrida a título de culpa, sin que quepa hablar de falta de culpabilidad en la entidad recurrente, ya que debió haber extremado la diligencia debida, especialmente a raíz de los problemas surgidos en el funcionamiento de las bajas, en orden a constatar si Ecircle cumplía las instrucciones que ella le debería haber dado sobre la exclusión de datos de personas que habían ejercido el derecho de oposición y no ha acreditado que haya realizado comprobaciones a tal fin.*

*SEXTO.- En cuanto a la posibilidad de aplicación del apercibimiento contemplado en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI tras la reforma operada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, hay que señalar que la regulación que de dicha figura se realiza por la LSSI es similar a la efectuada en el artículo 45.6 de la LOPD en el que se inspira. Así establece el artículo 39 bis de la LSSI:*

*"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 otra parte, entre las sanciones a imponer por las infracciones recogidas en el artículo 38 de la LSSI, se contempla únicamente en el artículo 39 de la citada Ley la de multa, pero no el apercibimiento.*

*Resulta, por tanto, aquí aplicable la doctrina de la Sala en relación con la figura del apercibimiento en materia de protección de datos y al respecto cabe traer a colación las SSAN de 29 de noviembre de 2013 (Rec. 455/2011) y 8 de mayo de 2015 (Rec. 122/2014).*

*Así, sobre la naturaleza del apercibimiento en la LOPD dijimos en la citada sentencia de 29 de noviembre de 2013 lo siguiente: << ... el legislador ha previsto la sustitución del procedimiento sancionador y, por ende, de la sanción que correspondería al sujeto responsable por la comisión de una infracción leve o grave por la adopción de*



*medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de infracción y de corrección de las consecuencias derivadas de la misma, cuando la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado quinto del artículo 45 así lo justifiquen.*

*En consecuencia, el "apercibimiento" a que se refiere el precepto no constituye una sanción y tiene por objeto, exclusivamente, que el sujeto responsable "en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes", siendo tales medidas las que establezca en cada supuesto la Agencia Española de Protección de Datos. De manera que el artículo 45.6 de la LOPD no contempla la imposición de la sanción de, consistente en la amonestación que se hace al sujeto responsable de una infracción administrativa, haciéndole saber el reproche social que merece su conducta infractora.*

*Tal consideración se ve avalada también por el hecho de que el "apercibimiento", al que se refiere la norma, no se ve precedido de la tramitación de procedimiento sancionador, en cuyo seno se acuerde, y se contrapone abiertamente a la imposición de sanciones, tal y como indica expresamente el precepto, tanto al prever su aplicación en lugar de la apertura del procedimiento sancionador, como al exigir su procedencia, entre otros requisitos, que "el infractor no hubiere sido sancionado o apercibido con anterioridad".*

*En este sentido, resulta revelador el hecho de que el incumplimiento del apercibimiento o su desatención conlleve la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.*

*En definitiva, nos encontramos ante una habilitación legal y expresa a la Agencia Española de Protección de Datos para sustituir la sanción que correspondería a la conducta infractora apreciada por un mero requerimiento para la adopción de determinadas medidas correctoras, al que se denomina "apercibimiento", que carece de naturaleza sancionadora.*

*Consecuentemente, el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la Agencia Española de Protección de Datos una potestad que difiere sustancialmente de la sancionadora y que puede ejercer en lugar de esta cuando concurren las singulares y excepcionales circunstancias que contempla el precepto.*

*A ello debe añadirse que el fundamento de la atribución de tal potestad administrativa no puede ser otra más que la constatación de que bajo ciertas circunstancias que contempla el precepto, la cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad de hecho resulta tan extraordinaria que la conducta no merece la imposición de sanción ni, por ende, es objeto del reproche social que acompaña a esta medida>.*

*Conforme a lo expuesto, al no tener el apercibimiento regulado en la LSSI naturaleza sancionadora, no puede imponerse el mismo en sustitución de la sanción impuesta, debiéndose desestimar este motivo de impugnación.*

*SÉPTIMO.- Subsidiariamente, postula la actora la aplicación del artículo 39 bis de la LSSI y en concreto su apartado 1) al considerar que concurren varias circunstancias encuadrables tanto en el artículo 39 bis como en el artículo 40 de dicha ley, tales como*



*la inexistencia de intencionalidad, falta de reincidencia, inexistencia de perjuicios, la inexistencia de beneficios, la actitud colaboradora con la inspección, el intento de solucionar el problema tan pronto se tuvo conocimiento de él etc.*

*El artículo 39 bis de la LSSI dispone en su apartado 1, que 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 art. 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". Por su parte, el artículo 40 dispone que 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 art. 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes".*

*Sin embargo considera la Sala que no procede la aplicación del artículo 39 bis, apartado 1 de la LSSI, al no apreciarse los presupuestos establecidos para su aplicación en los apartados b), c), d) y e) ni tampoco en el a) que requiere la concurrencia "significativa" de varios de los supuestos contemplados en el artículo 40, que aquí no cabe apreciar, teniendo en cuenta que la infracción se puede cometer de forma culposa, que suele ser el supuesto más habitual; el tiempo durante el que se ha cometido la infracción; los perjuicios causados al afectado que están en relación con el número de correos recibidos sin su consentimiento, etc.*

*Por otro lado, la AEPD ha ponderado correctamente las circunstancias concurrentes, concretadas en el número de correos remitidos, 75 (de los que 18 se enviaron entre el 24 de septiembre y el 26 de octubre de 2013) y el periodo durante los cuales se recibieron, a lo largo de varios meses ha impuesto una multa de 52.000 €, en la mitad inferior de la asignada por el artículo 39 de la LSSI que permite sancionar las infracciones graves, como la aquí apreciada, con multa de 30.001 hasta 150.000 €. En definitiva, procede la desestimación del recurso interpuesto.>>*



#### IV

Respecto a la existencia de “*non bis in ídem*” por cuanto ya fue sancionada por los mismos hechos en el procedimiento sancionador PS/471/2014, no cabe aceptar tal argumento por cuanto cabe recordar el artículo 25.1 de la Constitución Española, en su vertiente o manifestación de la interdicción de la doble sanción consagra el principio del non bis in ídem, principio que en su proyección en el procedimiento administrativo sancionador aparece regulado en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que en su artículo 31.1 establece que “*No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.*” No existe identidad de hechos por cuanto en el procedimiento sancionador PS/471/2016 y en el presente se enjuician hechos distintos por cuanto se refieren al envío por SYNERTEC de correos electrónicos comerciales a distintas destinatarios sin contar con consentimiento o solicitud previa.

#### V

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, SYNERTEC no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

**PRIMERO: DESESTIMAR** el recurso de reposición interpuesto por **SYNERTEC GROUP, S.L.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 11 de octubre de 2016, en el procedimiento sancionador PS/00138/2016.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución a la entidad **SYNERTEC GROUP, S.L.**

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

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto según lo previsto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.



Mar España Martí  
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos