



Procedimiento N°: A/00004/2019

RESOLUCIÓN: R/00134/2019

En el procedimiento A/00004/2019, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la **COMUNIDAD CRISTIANA DEL ESPIRITU SANTO** vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 19 de agosto de 2018 se registra de entrada en esta Agencia reclamación interpuesta por Don **A.A.A.**, (en adelante, el reclamante o destinatario), en la Agencia Española de Protección de Datos, dando cuenta que desde hace aproximadamente un mes viene recibiendo mensajes cortos de texto (SMS) procedentes del “Centro de Ayuda– Getafe” desde la línea *****TELEFONO.1**.

El reclamante manifiesta que no ha estado nunca en Getafe y desconoce cómo el remitente ha obtenido su número de teléfono, si bien en su reclamación facilita un domicilio de dicho municipio.

El reclamante aporta copia impresa de varios de los SMSs recibidos en los que se promocionan actividades y servicios ofrecidos por el Centro de Ayuda-Getafe. El último de los SMSs recibidos desde la citada línea de teléfono es de fecha 11 de agosto de 2018. Dicho mensaje no ofrece un mecanismo de baja para oponerse a la recepción de dichos envíos.

El reclamante también aporta impresión del mensaje enviado en contestación a uno recibido con fecha 10 de agosto de 2018, en el que el reclamante solicita que le den de baja en su base de datos, así como de la contestación recibida del citado Centro de Ayuda, confirmándole que le darán de baja y que la información de que disponen es la que captan sus voluntarios en la calle.

SEGUNDO: A la vista de los hechos expuestos en la reclamación y de los documentos aportados por el reclamante, la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos en cuestión.

En el marco de dichas actuaciones, con fecha 11 de diciembre de 2018, se solicita información al Centro de Apoyo a las Familias del Ayuntamiento de Getafe, que contesta mediante escrito registrado de entrada con fecha 21 de diciembre de 2018 informando de que:

1. El Centro de Apoyo a las Familias, situado en *****DIRECCION.1** de dicho municipio, es un centro dependiente del Ayuntamiento, de titularidad pública y perteneciente a Servicios Sociales.
2. Desconocen el número de teléfono *****TELEFONO.1**, indicando que no pertenece al Ayuntamiento.

3. Tampoco tienen datos del denunciante que no es usuario de Servicios Sociales ni está empadronado en el Municipio.

Con fecha 16 de enero de 2019, se solicita a ORANGE ESPAGNE S.A. información sobre el titular del número de teléfono desde el que se remiten los SMS, que informa con fecha 29 de enero de 2019 identificando como titular del reseñado número de teléfono a Don **A.A.A.**, con domicilio en *****LOCALIDAD.1**.

Con fecha 1 de febrero de 2019, se remite requerimiento de información al titular de la línea *****TELEFONO.1**.

TERCERO: Con fecha 7 de febrero de 2019, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el procedimiento de apercibimiento A/00004/2019 a Don **A.A.A.**, en su condición de titular de la línea *****TELEFONO.1**,

CUARTO: Notificado el mencionado trámite de Audiencia al titular de la línea *****TELEFONO.1**, con fecha 27 de febrero de 2019 se recibe en esta Agencia escrito del representante legal de la Comunidad Cristiana del Espíritu Santo reconociendo la comisión de la infracción imputada, si bien puntualiza que la disponibilidad del número de teléfono del reclamante se debe a un error producido en el marco de su actividad captando información por sus voluntarios en la calle. Que el número de teléfono se facilitó por un tercero que no corresponde al nombre del reclamante.

Asimismo, se indica que tan pronto se tuvo conocimiento de los hechos, se adoptaron las medidas pertinentes para corregir la situación irregular, procediendo a cancelar todos los datos relativos al reclamante. Alegan también falta de reincidencia por infracciones de la misma naturaleza, que se está ante un hecho aislado, ausencia de intencionalidad y buena fe en su conducta, inexistencia de perjuicios y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción, añadiendo que se ha informado sobre la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre a todos los empleados del Centro.

QUINTO: Consultada el 19 de marzo de 2019 la aplicación de la AEPD que gestiona la consulta de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, se verifica que a la Comunidad Cristiana del Espíritu Santo no le constan registros previos.

HECHOS PROBADOS

1) Con fecha 11 de agosto de 2018 el reclamante recibió un mensaje corto de texto (SMS) del Centro de Ayuda-Getafe desde la línea *****TELEFONO.1** invitándole a participar en una charla organizada por dicho Centro y promocionando alguna de las actividades desarrolladas en el mismo. El mensaje, que no había sido autorizado previa y expresamente por su destinatario, en este caso el reclamante, no incluía un mecanismo de baja para oponerse a la recepción de dichos envíos.

2) La Comunidad Cristiana del Espíritu Santo ha reconocido haber utilizado el dato del teléfono móvil del denunciante para remitirle el SMS descrito en el hecho probado anterior. Según dicha entidad el número de teléfono móvil del reclamante fue facilitado por un tercero cuyo nombre no se correspondía con el del denunciante.



3) Con fecha 10 de agosto de 2018 se envió desde el Centro de Ayuda citado un mensaje corto de texto al reclamante confirmándole, en contestación a su solicitud en tal sentido, que procedían a darle de baja de su base de datos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI).

II

La LSSI dispone en su artículo 21 lo siguiente: *“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.*

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

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

Añade el artículo 22.1 lo siguiente: *“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”

La citada infracción se encuentra tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de dicha norma, que califica como tal *“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.”*

III

El artículo 38.4.d) de la LSSI considera 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 este caso la Comunidad Cristina del Espíritu Santo ha reconocido la comisión de la infracción citada, desprendiéndose de lo alegado que utilizó el número de teléfono móvil del reclamante para enviarle un SMS promocionando su participación en actividades organizadas por dicha entidad. Dicho envío se llevó a cabo sin mediar su consentimiento previo y expreso del reclamante (destinatario) para ello, conforme prueba que el número de teléfono móvil fuera facilitado por un tercero a voluntarios de esa entidad. Asimismo, no media la excepción a dicho consentimiento al no producirse relación contractual previa entre remitente y destinatario del mensaje estudiado.

IV

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

“1. El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el artículo 40.*
- b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.*
- c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.*
- d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.*
- e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.*

2. Los órganos con competencia sancionadora, atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, podrán acordar no iniciar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir al sujeto responsable, a fin de que en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que, en cada caso, resulten pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

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

dispuesto en esta Ley.

b) Que el órgano competente no hubiese sancionado o apercibido con anterioridad al infractor como consecuencia de la comisión de infracciones previstas en esta Ley. Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado, procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento.”

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

“La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

- a) La existencia de intencionalidad.*
- b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.*
- c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.*
- d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.*
- e) Los beneficios obtenidos por la infracción.*
- f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida.*
- g) La adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.”*

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en el citado apartado 2 del artículo 39 bis, dado que se observa que la presunta infracción de la LSSI constituiría una infracción “leve”; que la Comunidad remitente del SMS estudiado no ha sido sancionada o apercibida por la Agencia Española de Protección de Datos en ninguna ocasión anterior; y que concurre el supuesto previsto en el artículo 39 bis 1.a) de la LSSI, toda vez que se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la Comunidad remitente del mensaje teniendo en cuenta la concurrencia significativa de las circunstancias derivadas tanto de la falta de constancia de que a raíz del envío se hayan producido perjuicios al destinatario del mensaje promocional no autorizado analizado como de que el remitente haya obtenido beneficios a raíz del envío. Todo lo cual permite acordar no iniciar la apertura del procedimiento sancionador y, en su lugar, apercibir a la entidad que ha reconocido la responsabilidad en el envío del SMS.

V

En todo caso, debe señalarse que, si bien se está ante una comunicación comercial vía SMS no solicitada, ya que se remitió sin autorización previa y expresa del destinatario, lo que significaría la concurrencia de una actuación infractora por parte de la Comunidad remitente del mensaje, ésta al tener noticia de los hechos aquí expuestos, ha comunicado a esta Agencia que procedió, en forma inmediata, a dar de baja de sus bases de datos la información referida al reclamante..

Pues bien, en atención a las citadas circunstancias se considera necesario subrayar que la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 29 de noviembre de 2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto advierte, a propósito de la naturaleza jurídica de esta figura, la cual pese a referirse al apercibimiento regulado en el artículo



45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) tiene plena aplicación al apercibimiento regulado por la LSSI, que “no constituye *una sanción*” y que se trata de “*medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción*” que *sustituyen* a la sanción. La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD (estas consideraciones deben entenderse hechas, por lo que aquí respecta, al artículo 39 bis, 2 de la LSSI) confiere a la Agencia Española de Protección de Datos una “*potestad*” diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento -como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella- cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando las medidas correctoras pertinentes ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho será acordar el Archivo de las actuaciones.

En el presente caso, y teniendo en cuenta las circunstancias descritas, este organismo está facultado para, en lugar de iniciar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibir al denunciado a fin de que adopte las oportunas medidas correctoras.

Sin embargo, en base a los principios de intervención mínima y proporcionalidad que informan la capacidad de actuación de esta Agencia y teniendo en cuenta que las medidas correctoras que procedería imponer fueron ya adoptadas por iniciativa propia, en armonía con el pronunciamiento de la Audiencia Nacional recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) debe acordarse el **Archivo** de las actuaciones de investigación practicadas.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado, por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

De acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR las actuaciones practicadas en el procedimiento **A/00004/2019**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2, de la LSSI, con relación a la reclamación por infracción del artículo 21 de la LSSI.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a la **COMUNIDAD CRISTIANA DEL ESPIRITU SANTO** y a Don **A.A.A.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la LOPDGDD, la presente Resolución se hará pública una vez haya sido notificada a los interesados.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.6 de la LOPDGDD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora 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 este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

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