

Procedimiento N°: A/00287/2014

RESOLUCIÓN: R/00757/2015

En el procedimiento A/00287/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **GESTIÓN, SOLUCIÓN Y CALIDAD, S.A.**, vista la denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 19/05/2014 tiene entrada en esta Agencia un escrito presentado por D. **A.A.A.** (en adelante denunciante) en el que denuncia a la mercantil GESTION, SOLUCION Y CALIDAD, S.A. (en adelante GESCAL) manifestando que ha recibido un mensaje publicitario en su teléfono móvil después de haber solicitado la cancelación de todos sus datos personales.

Se adjunta la siguiente documentación:

- Impresión de pantalla del correo electrónico remitido de: **C.C.C.** para: <....@....>, el día 18 de octubre de 2013 19:50, en el asunto consta: *Base de Datos*. En el cuerpo del mensaje se solicita lo siguiente:

Este mes de octubre causo baja en el centro termal y de fitness Talasoponiente, tal y como ya he solicitado en dos ocasiones (por correo escrito, certificado y con acuse de recibo, y en sus propias instalaciones), y por las razones que también reiteradamente he venido detallando (y que podrían ser muchas más, sólo he considerado las más relevantes)

De forma paralela, y al amparo de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, expresamente pido la cancelación y borrado de aquellos datos referidos a mi persona que obrasen en su poder, en el plazo determinado reglamentariamente de 10 días que empezaría a contar el 31 de octubre.

Un saludo muy cordial:

A.A.A.

Socio Talaso 20.694

DNI: D.D.D.

- Escrito de GESCAL (TALASOPONIENTE) dirigido al denunciante, de fecha 28 de octubre de 2013, en el que le comunican lo siguiente:

Recibida conforme a la normativa vigente en materia de protección de datos personales, su solicitud de derecho de cancelación (...) por lo que sus datos personales serán bloqueados en nuestros ficheros sin que sea posible su tratamiento, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones Públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Una vez transcurridos dichos plazos, procederemos a su completa supresión.

- Cuatro fotografías de un terminal telefónico en el que se visualiza lo siguiente:

De: TALASO 02/05/2014 14:27 PUBLI ADELANTATE AL VERANO DISFRUTA DE 3 MESES EN TALASO POR SOLO 149€ CONSULTA EN EL ***TEL.1 ULTIMO DÍA EL 6 DE MAYO <http://goo.gl/hqBvhn>

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. En fecha 18/10/2013 (19:50 h.), el denunciante solicitó a GESCAL la cancelación de sus datos personales que obrasen en posesión de dicha entidad.
2. En fecha 28/10/2013 GESCAL remite al denunciante carta en la que le informa de la cancelación y bloqueo de sus datos personales.
3. En fecha 02/05/2014 (14:27 h.) el denunciante recibió un SMS comercial enviado por GESCAL.
4. El enlace, dirección de internet url < **B.B.B.**, que consta en el SMS comercial remitido al denunciante, dirige a una página web en la que consta lo siguiente:

TALASOPONIENTE

Si no desea recibir notificaciones por sms [pulse aquí](#)

5. GESCAL informó a la Agencia de los siguientes extremos:

El 28 de octubre de 2013, se abre en el expediente del cliente 20694, que se corresponde con el denunciante, indicación literal de: *"No enviar ningún tipo de mail, sms o cualquier tipo de comunicación"*. No se marca sin embargo, por error, la casilla *"no Mailing"* de la ficha DATOS del cliente, lo que impediría el tratamiento posterior de los datos con dicha finalidad en caso de que esté marcada.

El denunciante fue tratado, en la aplicación de gestión, como *"cliente de baja"* desde el 1 de noviembre de 2013.

Se hizo una campaña re-captación de socios para el período estival, a través de una plataforma de envío de SMS, utilizando los teléfonos extraídos de la base de datos de la aplicación de gestión, que no discriminó el bloqueo de los datos del denunciante para la realización de campañas, por no estar marcada la casilla *"No Mailing"*.

A raíz de los citados hechos se han determinado una serie de actuaciones a fin de evitar que vuelva a ocurrir en el futuro, si bien, estas actuaciones están en fase de ejecución:

Con respecto a la Auditoría Bienal, realizada por última vez en el 2013. Evaluar el estado de implantación de recomendaciones de la Auditoría Legal, en los extremos señalados en el Artículo 96 del RLOPD. Así mismo se va a auditar de nuevo la aplicación con un mayor nivel de profundidad y se aplicarán medidas al respecto.

En relación con el Documento de Seguridad: Se ha abierto una incidencia



para el tratamiento del error, prohibiéndose las campañas de marketing telefónico hasta encontrar una solución al bloqueo de los datos.

TERCERO: Con fecha 24/10/2014, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00287/2014. Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y GESCAL.

CUARTO: Con fecha 18/11/2014 se recibe en esta Agencia escrito del denunciante manifestando su conformidad con las medidas adoptadas por GESCAL para solucionar los hechos objeto de denuncia.

QUINTO: Con fecha 20/11/2014 se recibe en esta Agencia escrito de GESCAL en el que pone de manifiesto la adopción de medidas como son:

“Se modifica el programa de gestión. Este cambio permitirá mejorar significativas en la gestión de los datos personales y especialmente, permitirá bloquear los datos de aquellos clientes que no autoricen las comunicaciones comerciales promocionales, mediante la parametrización del programa, según las variables consentimiento! revocación.

- No realizar campañas de marketing directo hasta la implantación de la nueva aplicación, en enero de 2015 (según plan previsto). En todo caso se procederá a comprobar sistemáticamente que los consentimientos o revocaciones de los titulares de datos, se encuentren debidamente registrados, y se actúa conforme a los mismos.*
- Discriminar los datos ante las variables del consentimiento para acciones de marketing.*
- Antes de realizar cualquier comunicación individual con cliente/solicitante, se debe consultar la base de datos y comprobar si existe marcada la opción “ E.E.E.” hasta el pleno funcionamiento de la aplicación seleccionada para suplir la actual. “*

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha 18/10/2013 (19:50 h.), el denunciante solicitó a GESCAL la cancelación de sus datos personales que obrasen en posesión de dicha entidad.

SEGUNDO: En fecha 28/10/2013 GESCAL remite al denunciante carta en la que le informa de la cancelación y bloqueo de sus datos personales.

TERCERO: En fecha 02/05/2014 (14:27 h.) el denunciante recibió un SMS comercial enviado por GESCAL.

El enlace, dirección de internet url < **B.B.B.**, que consta en el SMS comercial remitido al denunciante, dirige a una página web en la que consta lo siguiente:

TALASOPONIENTE Si no desea recibir notificaciones por sms [pulse aquí](#)

CUARTO: GESCAL acredita la adopción de medidas correctoras de la infracción imputada en el procedimiento según se refleja en el antecedente de hecho quinto de la presente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En primer lugar, debemos indicar que entre la remisión del envío denunciado y el inicio del presente procedimiento se ha promulgado la Ley 9/2014 de 9 de mayo de Telecomunicaciones, cuya Disposición Final Segunda introduce importantes modificaciones en la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, las cuales han de ser tenidas en cuenta en este procedimiento en virtud de la aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable.

En este sentido, el segundo párrafo del artículo 43.1 de la LSSI en su redacción conferida por la Ley 9/2014 establece que *“igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3.c), d) e i) y 38.4.d), g) y h) de esta Ley”*; otorgando por tanto a la Agencia Española de Protección de Datos la facultad para imponer sanciones por la comisión de la infracción del artículo 21 de la citada Ley, o, en su caso, apercibir al sujeto responsable en la forma prevista en el nuevo artículo 39 bis 2 de dicha norma.

II

Actualmente se denomina *“spam”* a todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica. De este modo se entiende por *“spam”* cualquier mensaje no solicitado y que, normalmente, tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada es el correo electrónico.

Esta conducta es particularmente grave cuando se realiza en forma masiva. El envío de mensajes comerciales sin el consentimiento previo está prohibido por la legislación española.

El bajo coste de los envíos de correos electrónicos vía Internet o mediante telefonía móvil (SMS y MMS), su posible anonimato, la velocidad con que llega a los destinatarios y las posibilidades que ofrece en cuanto al volumen de las transmisiones, han permitido que esta práctica se realice de forma abusiva e indiscriminada.

El artículo 21 de la LSSI, en la redacción introducida por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, establece que:

“1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

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

a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

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

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

De esta forma, la LSSI, en su artículo 21.1, prohíbe de forma expresa "el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas". Es decir, se desautorizan las comunicaciones comerciales dirigidas a la promoción directa o indirecta de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, sin consentimiento expreso del destinatario, si bien esta prohibición encuentra su excepción en apartado 2 del citado artículo 21, que autoriza el envío de comunicaciones comerciales cuando "exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente". De este modo, el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, fuera del supuesto excepcional del artículo 21.2 de la LSSI, puede constituir una infracción leve o grave de la LSSI.

El artículo 19, apartado 2, de la LSSI preceptúa que "En todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales".

Por tanto, en relación con el consentimiento del destinatario para el tratamiento de sus datos con la finalidad de enviarle comunicaciones comerciales por vía electrónica, es preciso considerar lo dispuesto en la normativa de protección de datos y, en concreto, en el artículo 3.h) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD) que define el "consentimiento del interesado" como: "toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen".

Asimismo resulta aplicable lo previsto en el artículo 45.1.b) del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que señala que cuando los datos se destinen a publicidad y prospección comercial los interesados a quienes se les solicite su consentimiento deberán ser informados "sobre los sectores específicos y concretos de actividad respecto de los que podrá recibir información o publicidad"

Así las cosas, de acuerdo con dichas normas, el consentimiento, además de previo, específico e inequívoco, deberá ser informado. Y esta información deberá ser plena y exacta acerca del sector de actividad del que puede recibir publicidad, con advertencia sobre el derecho a denegar o retirar el consentimiento. Esta información así configurada debe tomarse como un presupuesto necesario para otorgar validez a la manifestación de voluntad del afectado.

III

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

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

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

El concepto de comunicación comercial, de acuerdo con la definición recogida en el Anexo f), párrafo primero de la LSSI, engloba todas las formas de comunicaciones destinadas a promocionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Por otro lado, la LSSI en su Anexo a) define “Servicio de la Sociedad de la Información” como *“todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario*

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

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

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

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



De lo anterior se deduce que, cuando la comunicación comercial no reúne los requisitos que requiere el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, pierde el carácter de comunicación comercial. En este sentido el párrafo segundo del Anexo f) de la LSSI señala dos supuestos, que no tendrán, a los efectos de esta Ley, la consideración de comunicación comercial. Por un lado, los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, y, por otro, las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.

IV

Descrito el marco normativo aplicable a las comunicaciones comerciales remitidas a través de medios electrónicos, hay que dilucidar si el SMS de contenido comercial recibido por el denunciante el 02/05/2013 y enviado por GESCAL 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 SMS publicitario de GESCAL fue enviado al denunciante sin mediar el consentimiento previo y expreso del destinatario del mismo por cuanto en fecha 18/10/2013 había solicitado la cancelación de sus datos personales en los ficheros de la entidad, cancelación y bloqueo de datos que quedó registrada en la entidad en fecha 28/10/2013..

Por lo tanto, cabe concluir que GESCAL ha incumplido la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI al enviar un SMS de contenido 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 al haber quedado justificada la inexistencia de una relación contractual previa entre remitente y destinatario del envío en cuestión, que se acreditado solicitó la cancelación de sus datos personales de sus ficheros que le fue conformada por GESCAL en fecha 2/10/2013.

V

Conforme al artículo 9.3 de la Constitución Española, *“La Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”*. Y en este sentido constante jurisprudencia ha mantenido el principio de retroactividad de la ley sancionadora más favorable. Destacamos así la Sentencia del Tribunal Constitucional 131/1986 de 29 de octubre que señala refiriéndose al principio de retroactividad de la ley penal más favorable *“es que, además, dicho principio supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva”*.

Y en este sentido el artículo 128.2 de la ley 30/1992, de 28 de noviembre, dispone: *“Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*, dado que, como señala el apartado 17 de su Exposición de motivos, es objeto de la misma la aplicación de *“los principios básicos a que debe someterse el*

ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia".

En consecuencia, en aplicación del anterior criterio jurisprudencial procede aplicar de forma retroactiva el régimen sancionador de la LSSI introducido por la modificación operada en dicha norma por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, al resultar éste en su conjunto más favorable que el vigente en el momento de la comisión de los hechos objeto de imputación.

El artículo 38.4.d) de la LSSI califica como infracción leve *"El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave."*

En el presente caso, la infracción del artículo 21 de la LSSI que se imputa a GESCAL ha de calificarse como infracción leve, toda vez que la remisión de un SMS comercial sin cláusula de baja 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 remitente y destinatario del envío, no puede calificarse como envío insistente o sistemático de comunicaciones comerciales por medios electrónicos, tal y como requiere el artículo 38.3.c) de dicha norma para constituir infracción grave.

VI

A tenor de lo establecido en el artículo 39 de la LSSI las infracciones leves podrán sancionarse con multa de hasta 30.001 €, estableciéndose los criterios para su graduación en el artículo 40 de la misma norma, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Artículo 40. Graduación de la cuantía de las sanciones.

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

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

En este supuesto, y también en aplicación del principio de retroactividad de la norma más favorable recogido en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992, de 28 de noviembre a los efectos de acordar la resolución procedente debe tenerse en cuenta lo

previsto para la moderación de las sanciones en el artículo 39.bis añadido a raíz de la modificación operada en la LSSI, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 39 bis Moderación de sanciones

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

a) Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el artículo 40.

b) Cuando la entidad infractora haya regularizado la situación irregular de forma diligente.

c) Cuando pueda apreciarse que la conducta del afectado ha podido inducir a la comisión de la infracción.

d) Cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad.

e) Cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.

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

A la vista de lo previsto en el apartado segundo del artículo 39.bis, esta Agencia considera que en el presente caso procedería apercibir a GESCAL en atención a las siguientes circunstancias: por un lado se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado precepto y, por otro lado, 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 la concurrencia significativa de los criterios de ausencia de intencionalidad, inexistencia de perjuicios alegados por el destinatario del mensaje y falta de constancia de beneficios obtenidos por la comisión de la infracción contemplados en los criterios a), e) y d) del artículo 40 de la LSSI.

VII

Ahora bien, en el presente caso, no obstante lo anterior, debe analizarse la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el artículo 39 bis 2 de la LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida correctora alguna a adoptar por GESCAL toda vez que la infracción imputada a GESCAL (art. 21.1 de la LSSI) fue corregida mediante la adopción de medidas técnicas y organizativas (reflejadas en el hecho probado quinto) en orden a impedir en el futuro el envío de comunicaciones comerciales no consentidas o autorizadas por el destinatario, medidas con la cuales el denunciante ha manifestado su total conformidad. Es decir, esta Agencia no podría apercibir al responsable de la infracción requiriéndole la adopción de medidas correctoras que evitasen el tratamiento del número de teléfono del denunciante para el envío de SMS con fines publicitarios, puesto dicha entidad ha adoptado las medidas correctoras anteriormente señaladas para que el denunciante no reciba nuevas comunicaciones comerciales por medios electrónicos.

A la vista de dicha situación, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que aunque referida al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD también resulta extrapolable al apercibimiento regulado en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, advierte a propósito de la naturaleza jurídica de dicha figura que *“no constituye una sanción”*, tratándose de *“medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción”* que *sustituyen* a la sanción. Así, la Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD 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 la misma, la Sentencia de la Audiencia Nacional citada concluye que cuando las medidas correctoras objeto del apercibimiento ya hubieran sido adoptadas por el infractor, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

A la vista del pronunciamiento recogido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013 (Rec. 455/2011), y reforzado posteriormente en su Sentencia de fecha 10/06/2014 (Rec. 166/2013), referente a los supuestos en los que **el denunciado ha adoptado las medidas correctoras oportunas** para subsanar la situación creada, de acuerdo con lo señalado **se debe proceder al archivo de las actuaciones.**

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. **ARCHIVAR el procedimiento (A/00287/2014)** seguido a **GESTIÓN, SOLUCIÓN Y CALIDAD, S.A.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2 de la LSSI, con relación con la denuncia por infracción del artículo 21.1 de la citada norma.



2.- **NOTIFICAR** el presente Acuerdo a **GESTIÓN, SOLUCIÓN Y CALIDAD, S.A..**

3.- **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