Procedimiento Nº: A/00400/2016

RESOLUCIÓN: R/03247/2016

En el procedimiento A/00400/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad ***EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA S.L. - ORLAONLINE.ES***, vista la denuncia presentada por ***A.A.A.*** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 12 de mayo de 2016 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por ***A.A.A.***, en adelante el denunciante, cuyos aspectos más relevantes se describen a continuación:

1. Recibe correos electrónicos en su cuenta ***.....@madrid.org*** con origen en direcciones de correo electrónico bajo el dominio orlaonline.es, excepto uno de ellos que proviene de la dirección de correo *.....@gmail.com.*
2. No ha solicitado o autorizado previamente los envíos.
3. Los correos electrónicos que recibe no disponen de una dirección electrónica para solicitar la baja.
4. A pesar de haber solicitado la baja de la lista de destinatarios continúa recibiendo correos electrónicos.

La denuncia aporta copia de la siguiente documentación:

a) Cabeceras completas de uno de los correos electrónicos recibidos.

b) Solicitudes de baja enviadas.

Como respuesta a la solicitud de subsanación remitida por esta Agencia, con fecha de 5 de julio de 2016 tiene entrada en esta Agencia un escrito del denunciante en el que aporta copia de las cabeceras completas de 5 correos electrónicos recibidos.

SEGUNDO: De las actuaciones practicadas y del examen de la documentación aportada por el denunciante se desprende lo siguiente:

1. El denunciante aporta copia de cuatro correos comerciales procedentes de cuentas de correo bajo el dominio orlaonline.es, y con fechas del año 2014. Consta al pie de los mismos información sobre el responsable del fichero ante el que ejercer los derechos ARCO la entidad BOOKSELF,S.L.

   Aporta copia de un correo electrónico recibido en su cuenta .....@madrid.org y remitido desde la cuenta .....@gmail.com con fecha 3 de mayo de 2016.

2. Los correos electrónicos contienen información comercial referente a un producto que se adquiere On Line consistente en la elaboración de una orla escolar.

3. Los correos electrónicos no disponen de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales.

   Al pie del correo se identifica a la empresa que ofrece el producto, la dirección postal y teléfono.

   También se ofrece la dirección electrónica de acceso a la página web (www.orlaonline.es).

4. El denunciante aporta copia de 4 mensajes remitidos desde su cuenta de correo electrónico a distintas direcciones de correo bajo el dominio orlaonline.es siendo todos ellos del año 2014, excepto el primero de ellos que está datado en abril de 2013.

5. En el sitio web www.orlaonline.es no se identifica al responsable del mismo y dispone de un apartado denominado contacto en el que se informa de la dirección de correo electrónico de contacto, y número de teléfono.

6. La dirección IP que identifica el ordenador origen de los correos denunciados no consta asignada a ningún operador, ya que figura reservada por Internet Assigned Numbers Authority - IANA.

7. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, se recibe un escrito de los representantes de ***EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA S.L.*** en el que manifiestan en referencia a los hechos denunciados que:

   7.1. Los correos electrónicos correspondientes al año 2014 han sido enviados desde la empresa BOOKSELF, S.L.

   7.2. ***EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA S.L.*** tan sólo ha remitido el correo electrónico remitido en fecha de 3 de mayo de 2016.

   7.3. ***EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA S.L.*** obtiene el dato de la cuenta de correo a consecuencia del contrato de compraventa de negocio, firmado entre BOOKSELF, S.L y EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA, firmado con fecha de 11 de Enero de 2016, del cual adjunta copia.

   A partir del momento de la firma del contrato, los datos de clientes, proveedores, clientes potenciales, personal, nóminas, etc. de BOOKSELF, S.L. pasan a formar parte de las bases de datos de EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA, S.L. pasando por tanto esta empresa, a ser responsable de su tratamiento.

   7.4. No les consta haber recibido de manera formal una solicitud de cancelación de datos.

   Han procedido a eliminar su dirección de correo electrónico de la base de datos, y asimismo, han comunicado al denunciante con fecha 29 de septiembre de 2016 que procedían a cancelar su dato personal de forma inmediata.

TERCERO: Con fecha 20 de octubre de 2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente

procedimiento de apercibimiento A/00400/2016. Dicho acuerdo fue notificado a los denunciantes y al denunciado.

CUARTO: Con fecha 16/11/2016 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica, en síntesis, que ya ha eliminado la dirección de correo destinataria de las comunicaciones, aportando documentación justificativa.

HECHOS PROBADOS

UNO.- En fecha de 03/05/2016 el denunciante recibe comunicación comercial por correo electrónico enviado desde una cuenta con el dominio orlaonline.es cuya titularidad corresponde a EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA S.L

DOS.- EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA S.L obtiene el dato del denunciante, a raíz del contrato de compraventa de negocio, firmado entre BOOKSELF, S.L y EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA, firmado con fecha de 11 de Enero de 2016

TRES.- A partir del momento de la firma del contrato, los datos de clientes, proveedores, clientes potenciales, personal, nóminas, etc. de BOOKSELF, S.L. pasan a formar parte de las bases de datos de EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA, S.L. pasando por tanto esta empresa, a ser responsable de su tratamiento.

CUATRO.- El denunciante aporta junto a su denuncia copia de tres comunicaciones de fechas 14/02/2014, 02/04/2014 y 19/05/2014 dirigidas a .....@orlaonline.es donde solicita la baja de su base de datos.

CINCO.- El correo electrónico recibido en el mes de mayo del año 2016 no tiene medio de oposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

De conformidad con lo establecido en el artículo 43.1 párrafo segundo de la LSSI la competencia para resolver el presente Procedimiento de Apercibimiento corresponde a la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos.

II

En el presente caso se imputa a la EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA S.L., la comisión de una infracción del artículo 21.1 y 2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (en lo sucesivo, LSSI), que 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."

III

En el presente caso ha resultado probado – y asimismo lo ha reconocido la propia EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA S.L. – que remitió comunicaciones comerciales al denunciante sin el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 21 de la LSSI para la remisión de comunicaciones comerciales son la autorización previa y expresa, o la existencia de una relación comercial previa de servicios similares a los ofrecidos en la citada comunicación. En este sentido el origen de la dirección de correo del denunciante es la compraventa de un negocio firmado por contrato entre las entidades BOOKSELF, S.L., y la entidad denunciada, en consecuencia los datos de clientes, proveedores, potenciales clientes, personal, nomina, etc.,. de aquella pasaron a ésta.

Dicha circunstancia en modo alguno puede suponer para EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA S.L. habilitación legal alguna, ni para el envío de comunicaciones comerciales, ni para realizar ningún tipo de tratamiento puesto que no tiene el consentimiento de los titulares de aquellos, que en principio tenían o podían tener relación con BOOKSELF, S.L., que ampararan dicha tenencia.

Asimismo, en las comunicaciones remitidas tampoco se incluía un medio de oposición sencillo y gratuito como reza el citado precepto.

Por todo ello, no se cumplen dichos requisitos del art. 21 LSSI, debiendo declarar la comisión de la infracción por parte de EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA S.L.

IV

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."

En el presente caso estamos ante la comisión de una infracción leve, en la medida en que no pueden considerarse el envío de masivo de comunicaciones comerciales, únicamente consta la remitida por la entidad denunciada en fecha de 03/05/2016.

V

A los efectos de acordar la resolución procedente debe tenerse en cuenta lo previsto para la moderación de las sanciones en los artículos 39 bis y 40 de dicha norma, añadido a raíz de la modificación operada en la LSSI, el cual dispone lo siguiente:

"Artículo 39 bis 2 Moderación de sanciones

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."

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."

A la vista de lo previsto en el apartado segundo del artículo 39 bis de la LSSI, y en aplicación del criterio jurisprudencial señalado con anterioridad, esta Agencia considera que en este supuesto procede el presente procedimiento de apercibimiento.

Ello en atención a las siguientes circunstancias: por un lado se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del art. 39.2 bis y, por otro lado, se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la entidad imputada, teniendo en cuenta la concurrencia significativa de varios de los criterios contemplados en el artículo 40 de dicha norma.

En especial, se entiende que concurre, el supuesto derivado de la consideración de un único envío comercial, a lo que hay que añadir la inexistencia de perjuicios alegados por el denunciante y falta de constancia de que el infractor haya obtenido beneficios con motivo de los hechos imputados.

VI

La Sentencia de la Audiencia Nacional 455/2011 de fecha 29/11/2013 Fundamento de Derecho Sexto, analiza el apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD y a propósito de su naturaleza jurídica advierte 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 confiere a la AEPD 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 ya sea el previsto en la LOPD, ya sea el previsto en la LSSI (como ocurre en el presente caso), como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella y cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras.

Pues bien atendiendo a que la entidad denunciada obtuvo la dirección de correo del denunciante de la base de datos de BOOKSELF, S.L., antecesora en el negocio y por tanto, dicha obtención no está amparada en el consentimiento de los titulares de los datos allí contenidos, para garantizar la adecuación tanto a la LOPD, como en el caso denunciado, para ser destinatario de comunicaciones comerciales reguladas en la LSSI, EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA S.L. no puede utilizar dicha información, ni tenerla ni por tanto tratarla de ningún modo, lo que incluye remitir publicidad postal o electrónica, (i) debiendo eliminarla o asegurarse de que tiene el consentimiento de los titulares para cualquier utilización.

Asimismo, en cuanto a la vulneración del apartado 2 del citado art. 21 de la LSSI, (ii) debe incluir en cada comunicación comercial un medio de oposición sencillo y gratuito a los destinatarios.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

PRIMERO.- (A/00400/2016) a **EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA S.L.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, aparado 2 de la LSSI, con relación a la denuncia por infracción el artículo 21.1 y 2 de la LSSI, tipificada como leve en el artículo 38.4 d) de la citada norma.

SEGUNDO.- REQUERIR a EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA S.L. de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 39 bis 2, para que en el plazo de UN MES desde la notificación de la presente resolución.

2.1 **CUMPLA** lo previsto en el artículo 21.1 y 2 de la LSSI, para lo que se insta a dicha entidad a adoptar las medidas señaladas en el Fundamento de Derecho VI de la presente resolución.

2.2 **INFORME** a la Agencia Española de Protección de Datos del cumplimiento de lo requerido, aportando los documentos u otros medios de prueba en los que se ponga de manifiesto su cumplimiento.

TERCERO.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a ***EDITORIAL DIDÁCTICA TECNOLÓGICA S.L*** y a ***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 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 (artículo 48.2 de la LOPD), 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 esta 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