

Procedimiento N°: A/00525/2016

RESOLUCIÓN: R/01287/2017

En el procedimiento A/00525/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERÍA, S.A.**, vista la denuncia presentada por **DISTRIBUIDORA VALLISOLETANA DE PUBLICACIONES, S.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fechas de 27 de julio y 7 de agosto de 2016 tiene entrada en esta Agencia sendos escritos de DISTRIBUIDORA VALLISOLETANA DE PUBLICACIONES, S.A. en los que se declara que:

1. Recibe correos electrónicos en sus cuentas del dominio *divapusa.com* con origen en direcciones de la entidad SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERÍA, S.A. (en adelante entidad denunciada o indistintamente SGEL).
2. Tras solicitar la baja, el remitente le contestó informándole de que atendería su solicitud pero continúa recibiendo correos electrónicos
3. El denunciante identifica como responsable de los envíos a SGEL.

Con la denuncia se aporta copia de la siguiente documentación:

- a) Solicitud de baja enviadas.
- b) Respuesta recibida a la solicitud de baja enviada.
- c) Correos electrónicos recibidos con posterioridad a la solicitud de baja, junto con sus cabeceras de internet.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de Datos de esta Agencia se realizó la investigación ante las entidades más abajo detalladas.

De esta manera, en el informe de actuaciones de investigación E/04718/2016 se detalla lo siguiente:

1. << Mediante correo electrónico de fecha 17 de marzo de 2016 desde la cuenta de **A.A.A. (.....1@sgel.es)** se informa al denunciante:

<<Disculpa el envío erróneo. Ya he hablado con informática para que eliminen el dominio que me indicas y evitar que volváis a recibir estos mails>>.

Mediante dicho correo se respondía a una solicitud de eliminar todas las cuentas del dominio *divapusa.com* de la base de datos de SGEL.

2. Con posterioridad, el denunciante recibe en su cuenta de correo@divapusa.com dos correos electrónicos cuyas características se listan a continuación.

Número	Cuenta origen	Fecha
1	2@sgel.es	31/8/2016
2	3@sgel.es	18/8/2016

Los correos electrónicos contienen información comercial referente a productos y servicios de SGEL.

El denunciante ha aportado otros correos electrónicos que no se pueden clasificar como comerciales, sino como meramente operativos con sus clientes.

3. El dominio *sgel.es* está registrado a nombre de SGEL.

En la página Aviso Legal del sitio web *www.sgel.es* se identifica al grupo SGEL como responsable del mismo.

4. Todos los correos electrónicos denunciados han sido remitidos desde la dirección IP ***IP.1.

La dirección IP ***IP.1 que identifica el origen de los correos denunciados por el denunciante coincide con la del servidor de correo electrónico asociado al dominio *sgel.es*.

5. En respuesta a la solicitud de información realizada por el inspector actuante, se recibe un escrito de los representantes de SGEL en el que manifiestan en referencia a los hechos denunciados que:

- 5.1. La remisión de los correos electrónicos a la dirección del denunciante vino motivada por la relación mercantil que SGEL mantuvo con DIVAPUSA, relación que se extendió por más de 25 años, hasta su extinción definitiva el 20 de julio de 2015.

Aporta la entidad copia de una carta fechada el 20 de mayo de 2015 en que comunicaba a la entidad denunciante su decisión de concluir las relaciones comerciales entre ambas entidades.

Habida cuenta de lo anterior, a lectura de los correos electrónicos aportados con la denuncia presentada y aportados en la solicitud remitida, evidencia que los mismos tienen por objeto proporcionar a los distribuidores tales como instrucciones para a comercialización por los puntos de venta, por parte de dichos distribuidores de los productos identificados en cada uno de los mensajes o datos de la facturación correspondiente.

- 5.2. De otra parte, cabe señalar que el envío de estas comunicaciones, tras la reclamación de DIVAPUSA, una vez terminada la relación mercantil, es única y exclusivamente consecuencia de un manifiesto error humano que propició el uso posterior de esta cuenta por los responsables internos de la gestión con los Distribuidores, considerando a DIVAPUSA como una empresa cuya relación se mantenía activa, sin ser esta la realidad.

A este respecto, y a la luz de la finalidad de los correos electrónicos remitidos, resulta evidente que es SGEL a principal interesada en poner término a cualquier envío de información operativa dirigida a terceros ajenos a su servicio, puesto que la información corporativa facilitada puede ser clasificada como confidencial, tal y como se detalla en la advertencia legal incluida al final de cada uno de los correos.

En todo caso, SGEL ha implantado los medios necesarios y procedimientos para garantizar que todos los usuarios implicados en la gestión con las empresas Distribuidoras conozcan esta circunstancia para evitar reincidencias de esta índole, que solo pueden causar perjuicio a nuestra propia compañía>>.

TERCERO: Con fecha 13 de enero de 2017 la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa al denunciante el presente procedimiento de apercibimiento A/00525/2017.

CUARTO: Con fecha 30 de enero de 2017 tuvo entrada en esta agencia un escrito de SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERÍA, S.L. en el que se reiteraban las manifestaciones ya expuestas en la investigación previa realizada, con insistencia en que los mensajes emitidos en ningún caso se trataba de comunicaciones comerciales, y se aportaba un documento denominado “*Procedimiento de Comunicaciones a Distribuidores*” de fecha octubre 2016.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fechas de 27 de julio y 7 de agosto de 2016 la entidad DISTRIBUIDORA VALLISOLETANA DE PUBLICACIONES, S.A. vino a declarar a esta Agencia Española de Protección de Datos que había recibido correos electrónicos en sus cuentas del dominio *divapusa.com* con origen en direcciones de la entidad SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERÍA, S.A. (SGEL) y que, tras solicitar la baja, el remitente le contestó informándole de que atendería su solicitud, pero que, pese a ello, continuaba recibiendo correos electrónicos.

SEGUNDO: Que los Servicios de Inspección de Datos de esta Agencia realizó la correspondiente investigación sobre estos hechos, constatando que mediante correo electrónico de fecha 17 de marzo de 2016 desde la cuenta de **A.A.A. (.....1@sgel.es)** se informa a la entidad denunciante: “*Disculpa el envío erróneo. Ya he hablado con informática para que eliminen el dominio que me indicas y evitar que volváis a recibir estos mails*”.

TERCERO: Que en dicha investigación se constató asimismo que mediante dicho correo se respondía a una solicitud de eliminar todas las cuentas del dominio *divapusa.com* de la base de datos de SGEL.

CUARTO: Que se constató también que, con posterioridad a lo expuesto en los dos puntos anteriores, DISTRIBUIDORA VALLISOLETANA DE PUBLICACIONES, S.A. recibió en su cuenta de correo@divapusa.com dos correos electrónicos cuyas características se listan a continuación:

Número	Cuenta origen	Fecha
1	2@sgel.es	31/08/2016
2	3@sgel.es	18/08/2016

QUINTO: Que estos correos electrónicos contienen información comercial referente a productos y servicios de SGEL.

SEXTO: Que el dominio *sgel.es* está registrado a nombre de SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERIA. S.A.

SÉPTIMO: Que estos correos fueron remitidos desde la dirección IP ***IP.1; coincidente con la del servidor de correo electrónico asociado al dominio *sgel.es*, citado en el punto anterior.

OCTAVO: Que SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERIA. S.A. manifestó a la Inspección de Datos que la remisión de los correos electrónicos a la dirección del denunciante vino motivada por la relación mercantil que mantuvo con DIVAPUSA; relación que se extendió por más de 25 años, hasta su extinción definitiva el 20 de julio de 2015, según se recoge en la carta fechada el 20 de mayo de 2015 en que comunicaba a la entidad denunciante su decisión de concluir las relaciones comerciales entre ambas entidades.

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 37.g), en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD); y de acuerdo también con lo establecido en el artículo 43 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante LSSI).

II

El artículo 21 de la LSSI, 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”.

En el presente caso concreto, con fechas de 27 de julio y 7 de agosto de 2016 la entidad DISTRIBUIDORA VALLISOLETANA DE PUBLICACIONES, S.A. vino a declarar a esta Agencia que había recibido correos electrónicos en sus cuentas del dominio *divapusa.com* con origen en direcciones de la entidad SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERIA. S.A. (SGEL) y que, tras solicitar la baja, el remitente le contestó informándole de que atendería su solicitud, pero que, pese a ello, continuaba recibiendo correos electrónicos.

En efecto, y como consta en el expediente, los Servicios de Inspección de Datos de esta Agencia ha constatado que mediante correo electrónico de fecha 17 de marzo de 2016 desde la cuenta de **A.A.A. (.....1@sgel.es)** se informa a la entidad denunciante: *“Disculpa el envío erróneo. Ya he hablado con informática para que eliminen el dominio que me indicas y evitar que volváis a recibir estos mails”.*

En la investigación llevada a cabo se constató asimismo que mediante dicho correo se respondía a una solicitud de eliminar todas las cuentas del dominio *divapusa.com* de la base de datos de SGEL.

Con posterioridad a lo expuesto, DISTRIBUIDORA VALLISOLETANA DE PUBLICACIONES, S.A. recibió en su cuenta de correo@divapusa.com dos correos electrónicos cuyas características se listan a continuación:

Número	Cuenta origen	Fecha
1	2@sgel.es	31/08/2016
2	3@sgel.es	18/08/2016

Estos correos electrónicos contienen información comercial referente a productos

y servicios de SGEL.

Por otra parte, se ha constatado que el dominio *sgel.es* está registrado a nombre de SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERIA. S.A.; siendo los correos en cuestión remitidos desde la dirección IP ***IP.1; IP coincidente con la del servidor de correo electrónico asociado al dominio *sgel.es* citado.

Por su parte, SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERIA. S.A. manifestó a la Inspección de Datos que la remisión de los correos electrónicos a la dirección del denunciante vino motivada por la relación mercantil que mantuvo con DIVAPUSA; relación que se extendió por más de 25 años, hasta su extinción definitiva el 20 de julio de 2015, según se recoge en la carta fechada el 20 de mayo de 2015 en que comunicaba a la entidad denunciante su decisión de concluir las relaciones comerciales entre ambas entidades.

III

Esta infracción se encuentra tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la LSSI, 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”*, pudiendo ser sancionada con multa de hasta 30.000 euros.

IV

No obstante lo expuesto, el apartado 6 al artículo 45 de la LOPD establece que:

“Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar 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 resultasen 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 infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.*

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 este respecto, procede considerar lo establecido en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD, en la redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que establece lo siguiente:

“4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

- a) El carácter continuado de la infracción.*
- b) El volumen de los tratamientos efectuados.*

c) La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.

d) El volumen de negocio o actividad del infractor.

e) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

f) El grado de intencionalidad.

g) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.

h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.

i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.

j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.

5. 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 apartado 4 de este artículo.

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”.

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado apartado 6 de ese artículo 45.

V

Por otro lado, debe analizarse en el presente caso la circunstancia que el apercibimiento, que correspondería de acuerdo con el art. 39 bis 2 de la LSSI, no tendría aparejado requerimiento o medida alguna a adoptar por el denunciado, pues el mismo ha comunicado a esta Agencia, que ha regularizado la situación irregular, sin que se pueda requerir una medida ya adoptada, que evite el envío de las comunicaciones comerciales por medios electrónicos, por todo ello procede el archivo de las presentes actuaciones.

En este sentido conviene traer a colación lo dispuesto en las Sentencias de la Audiencia Nacional, 455/2011 de fecha 29 de noviembre de 2013 y 166/2013 de fecha

10 de junio de 2014, que señalan que la figura del apercibimiento tiene que llevar aparejada medidas concretas para el sujeto apercibido, ya que de otro modo se otorgaría al apercibimiento una suerte de naturaleza sancionadora, y nos hallaríamos ante la imposición de una sanción no prevista en la LSSI vulnerando los artículos 25 y 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En conclusión, la actuación administrativa procedente en Derecho es el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno al denunciado, pues así se deduce de la correcta interpretación del artículo 39 bis 2 de la LSSI, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR EL PROCEDIMIENTO (A/00525/2016) a SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERIA. S.A. con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis, apartado 2, de la LSSI, con relación a la denuncia por presunta infracción el artículo 21.1 de la LSSI; infracción tipificada como leve en el artículo 38.4.d) de la citada norma.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **SOCIEDAD GENERAL ESPAÑOLA DE LIBRERIA. S.A.** y a **DISTRIBUIDORA VALLISOLETANA DE PUBLICACIONES, S.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