

Expediente N°: E/05963/2013

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **GRUPOPSCOM S C P** en virtud de denuncia presentada por Don **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 12 de agosto de 2013 tiene entrada en esta Agencia un escrito de **A.A.A.**, en nombre de la **ASOCIACIÓN ANDALUZA DE COMERCIO ELECTRÓNICO** el que declara lo siguiente:

Que en junio de 2013 se solicitó, mediante correo electrónico, el cese al envío de correos electrónicos comerciales al tiempo que se ejerció la oposición mediante el enlace facilitado en el propio correo electrónico publicitario.

Que a pesar de lo anterior, ha recibido entre julio de 2013 y agosto de 2013 una serie de correos electrónicos comerciales en la dirección@andce.es, correos que no han sido previamente solicitados ni consentidos.

Junto a su denuncia aporta de los copia de los correos electrónicos denunciados.

Copia de los siguientes envíos a través de email:

- o Email de fecha 13/4/2013 a las 10:13 remitido desde la dirección promo@..... a la dirección@andce.es. El correo lleva por asunto "*El mejor del mundo, sin competencia...*" e incluye publicidad relativa a productos de sexshop comercializados en la página web www.sensualand.com. El correo incluye con una cláusula informativa en la que se informa que la marca SENSUALAND pertenece a la empresa GRUPOPSCOM. El correo facilita un enlace para darse de baja en la recepción de publicidad
- o Email de fecha 7/7/2013 a las 13:44 remitido desde la dirección a la dirección@andce.es. El correo lleva por asunto "*Hoy domingo especial REBAJAS: Tenga, Pipedream y Big Teaze Toys*" e incluye publicidad relativa a productos de sexshop comercializados en la página web www.sensualand.com. El correo incluye con una cláusula informativa en la que se informa que la marca SENSUALAND pertenece a la empresa GRUPOPSCOM. El correo facilita un enlace para darse de baja en la recepción de publicidad. (Se adjunta cabeceras del correo).
- o Email de fecha 14/7/2013 a las 15:02 remitido desde la dirección info@email..... a la dirección@andce.es. El correo lleva por asunto

“Recuerda agregar UFFF en tus pedidos vamos!” e incluye publicidad relativa a productos de sexshop comercializados en la página web www.sensualand.com. El correo incluye con una cláusula informativa en la que se informa que la marca SENSUALAND pertenece a la empresa GRUPOPSCOM. El correo facilita un enlace para darse de baja en la recepción de publicidad. (Se adjunta cabeceras del correo).

- o Email de fecha 30/7/2013 a las 12:59 remitido desde la dirección info@email..... a la dirección@andce.es. El correo lleva por asunto *“Acabamos el mes con un nuevo estreno: Swede en exclusiva”* e incluye publicidad relativa a productos de sexshop comercializados en la página web www.sensualand.com. El correo incluye con una cláusula informativa en la que se informa que la marca SENSUALAND pertenece a la empresa GRUPOPSCOM. El correo facilita un enlace para darse de baja en la recepción de publicidad. (Se adjunta cabeceras del correo).
- o Email de fecha 7/6/2013 a las 15:11 remitido desde la dirección@andce.es a la dirección@sensualand.com y a la dirección info@..... en el que comunican que va a proceder a denunciar los envíos de comunicaciones comerciales a la Agencia Española de Protección de Datos.
- o Email de fecha 11/8/2013 a las 13:09 remitido desde la dirección@...sensualand.... a la dirección@andce.es. El correo lleva por asunto *“35%” menos en todos tus pedidos sin limite de uso* e incluye publicidad relativa a productos de sexshop comercializados en la página web www.sensualand.com. El correo incluye con una cláusula informativa en la que se informa que la marca SENSUALAND pertenece a la empresa GRUPOPSCOM. El correo facilita un enlace para darse de baja en la recepción de publicidad. (Se adjunta cabeceras del correo).

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

En fecha de 13/9/2013 se obtiene de la cláusula de protección de datos de página web de www.sensualand.com (www.sensualand.com) donde se recoge que el titular y responsable del fichero es la sociedad GRUPOPSCOM, SCP. Esta información coincide con la que figura en las propias comunicaciones comerciales denunciadas.

1. La empresa GRUPOPSCOM SCP ha sido denunciada en anteriores ocasiones dando lugar a la apertura de dos procedimientos sancionadores. El PS/730/2013 que culminó con la Resolución R/00964/2014 por la que se sancionó a GRUPOPSCOM



SCP por una infracción del artículo 21 de la LSSI y el PS/00184/2014 actualmente en tramitación. Hay que señalar que en el marco de ambas actuaciones se intentaron realizar sendas inspecciones a la sociedad GRUPOPSCOM SCP no resultando posible realizarlas debido a la falta de colaboración de su representante, **D. B.B.B.**, con quien llegó a contactarse telefónicamente en el teléfono *****TEL.1** negándose a colaborar no facilitando la dirección real de la sociedad para realizar la correspondiente inspección.

2. Mediante diligencia practicada se ha constatado lo siguiente:

2.1. El dominio *****DOMINIO.1** a fecha de 23/7/2014 se encuentra libre.

2.2. La página web de www.sensualand.com refiere, a fecha de 13/9/2013, a la sociedad GRUPOPSCOM, SCP con NIF *****NIF.1** como titular y responsable de dicha página, informando de que los datos personales recabados a través de ella para la venta on-line de productos se incorporan a los ficheros de la sociedad. GRUPOPSCOM SCP cuenta con el fichero CLIENTES Y/O PROVEEDORES inscrito por dicha sociedad en el Registro General de la Agencia Española de Protección de Datos con el código *****CÓD.1**.

2.3. La página web de www.sensualand.com refiere, a fecha de 23/7/2014, a la sociedad DROP BUSINESS, SL con NIF *********, empresa que no cuenta con ningún fichero inscrito en el Registro de Protección de Datos de la Agencia española de Protección de Datos, pese a que desde ella se recaban datos personales ya que se realizan ventas on-line de productos y en su cláusula de protección de datos informa de que los datos recabados a través de dicha página web se incorporarán a los ficheros inscritos por la empresa en dicho Registro.

3. En el procedimiento PS/00184/2014 que se tramita en esta Agencia contra la empresa GRUPOPSCOM, SCP y D. B.B.B., la empresa GRUPOPSCOM SCP comunicó que fue cerrada a 31 de octubre de 2013, siendo informada de tal efecto la Agencia Tributaria, añadiendo que la página web www.sensualand.com no es propiedad de GRUPOPSCOM.

4. Finalmente, cabe señalar que de acuerdo con el artículo 38.3.c de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI) en la redacción dada por la Ley 9/2014 de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, se considera infracción grave *“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”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

La competencia para resolver los hechos relacionados con la comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 38.4.d) de la LSSI, la Agencia Española de Protección de Datos según dispone el artículo 43.1 de dicha Ley.

II

En el presente caso, se procede a examinar la reclamación de fecha de entrada en esta AEPD—**12/08/13**—en dónde el epigrafiado pone de manifiesto lo siguiente:

“En las fechas siguientes he recibido comunicaciones comerciales por correo electrónico sin que previamente se hubiera solicitado expresamente o existiera una relación contractual previa”—folio nº 1--.

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 entre el público en general 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, tanto por la LSSI (a consecuencia de la transposición de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio) como por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo **LOPD**).

El envío de publicidad a través de medios electrónicos requiere que haya sido previamente autorizado o consentido, así se recoge en el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSI), modificado por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que señala 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”.

En este caso, se denuncia que ha recibido sin su consentimiento cinco SMS con contenido publicitario, aportando como indicios razonables de los hechos denunciados,

imágenes de los mensajes recibidos en la dirección de correo electrónica:@andce.es en las siguientes fechas **07/07/13, 14/07/13, 11/08/13**.

Sobre este particular debe señalarse que el artículo 38.3.b) de la LSSI, en su anterior regulación consideraba infracción grave *“El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a destinatarios que no hayan autorizado o solicitado expresamente su remisión, o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando éste no hubiera solicitado o autorizado su remisión”*.

Sin embargo la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones modificó el mencionado artículo de la LSSI, se establece de la siguiente manera *“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 apartado 4 d) del art. 38 de la LSSI, considera 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”*.

Así las cosas, tras la reforma de la LSSI, los hechos objeto de denuncia podrían ser constitutivos de una **infracción leve**, ya que no se considera en la actualidad, a diferencia de lo establecido en la anterior regulación, que cinco mensajes remitidos a un mismo destinatario, en este caso al denunciante, sea un envío masivo e insistente o sistemático.

Las infracciones prescriben según lo dispuesto en las Leyes que las establezcan, comenzando el plazo a contarse desde el día en que se comete la infracción.

En este contexto ha de tenerse en cuenta además que el artículo 45 de la LSSI establece, en cuanto a la prescripción de las infracciones, que *“las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses”*. (*el subrayado pertenece a la AEPD).

De conformidad con lo expuesto, se ha de considerar prescrita la infracción denunciada, habida cuenta de que los hechos objeto de denuncia datan de las siguientes fechas: **07/07/13, 14/07/13, 11/08/13**, tal y como se depende de la documentación aportada junto con la denuncia.

Por todo ello procede ordenar el **ARCHIVO** del presente procedimiento por prescripción de la infracción/es objeto de denuncia.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

- 1. PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
- 2. NOTIFICAR** la presente Resolución a la Entidad--- **GRUPOPSCOM SCP** y a Don **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.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director 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.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos