



Expediente N°: E/01173/2016

RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad "**ELFACTORY.....**", **A.A.A.** (en adelante **A.A.A.**) y **B.B.B.** (en adelante **B.B.B.**) en virtud de denuncia presentada por **C.C.C.** y teniendo como base los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha de 15 de enero de 2016 tiene entrada en esta Agencia, a través de su sede electrónica, una denuncia interpuesta por **C.C.C.** (en adelante el denunciante) en la que manifiesta que el 13 de enero de 2016 recibe un correo electrónico de carácter comercial en su cuenta contacto@..... remitido desde la cuenta@....., sin contar con su consentimiento. Se adjunta a la denuncia copia del correo electrónico recibido y copia de las cabeceras completas del mismo.

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, constatando los siguientes extremos:

1. El denunciante recibió en su cuenta de correo contacto@..... el correo electrónico cuyas características se listan a continuación:

Cuenta origen	Fecha
.....@.....	13/01/2016

El correo electrónico contiene información comercial referente a servicios y productos comercializados en la página web www.elfactory......
A pie del correo electrónico, figura el siguiente texto informativo:

- Los datos de su contacto, provienen del Registro Mercantil Central, directorios telefónicos on-line y en papel, de su propia página web, así como a través de su petición telefónica, escrita o e-mail recibidos, o bien se han recogido a través de los formularios contenidos en la web www.elfactory......
- Se puede solicitar la baja de los datos que figuran en el fichero, remitiendo un correo electrónico a baja@elfactory..... con el asunto BAJA o siguiendo el enlace indicado al efecto.
- El responsable del fichero se identifica como "Elfactorydelordendador.es".
- Se solicita el consentimiento para el envío de información sobre los productos y en el caso de no recibir respuesta por parte del destinatario del correo, se entiende que no existe inconveniente alguno en recibir sus boletines

comerciales.

2. **ARSYS** confirma que el correo electrónico se realizó desde un servidor de su propiedad que utiliza para prestar servicio a sus clientes.

El correo [.....@.....](#) estuvo dado de alta en sus servidores desde el 16/11/2015 hasta el 24/01/2016, fecha en que se dio de baja.

Durante el mes de enero de 2016 se detectaron envíos de correos desde esta cuenta, sin que se desprenda ningún comportamiento anómalo del servicio.

3. Con respecto al responsable del envío, **ARSYS** manifiesta que el dominio de la cuenta de origen **“***DOMINIO.1”** está registrado a nombre de **A.A.A.**, quién además tiene contratado el servicio de correo electrónico (Plan Correo *****DOMINIO.1**).

Entre los datos de **A.A.A.** en calidad de cliente, figuran el nombre y apellidos de **B.B.B.**.

El registro del dominio ha sido dado de baja con fecha 22/03/2016.

Asimismo, el correo electrónico asociado al mismo ha sido dado de baja el 24/03/2016.

4. El dominio **“elfactory.....”** está registrado a nombre de **A.A.A.**.
5. En respuestas a las solicitudes de información realizadas por el inspector actuante en referencia al envío del correo electrónico en cuestión, **B.B.B.** remite varios escritos en los que manifiesta:

5.1. Ser el titular de once páginas web, entre las cuales se encuentra **“elfactory.....”**.

5.2. Como sistema, no solicita ni guarda datos de ningún cliente, salvo aquellos que son necesarios para realizar la facturación. Su forma de contacto es mediante llamada telefónica o correo electrónico, no utilizando pasarela de pago o similar en la que pudiera recogerse dato alguno.

5.3. Al respecto, no tiene constancia en su programa “Outlook Exprees” de los datos referidos a la dirección de correo [contacto@.....](#), ni como cliente ni como empresa que hubiera solicitado información, salvo aquellos publicados en la página web “wepardo.com”, consultados a raíz de recibir una notificación de la Agencia Española de Protección de Datos en relación al expediente de investigación **E/00227/2016** en el que se denunciaba un hecho similar respecto a otra de sus páginas web. En ese caso, tras consultar los datos de contacto en la citada página web, se puso en contacto con el denunciante con objeto de verificar el correo denunciado.

5.4. Por tanto, no dispone de ningún tipo de consentimiento del titular de dicha dirección de correo electrónico para remitir la comunicación comercial denunciada.

5.5. No existe relación contractual o de algún tipo con el titular de la referida dirección de correo.

5.6. La cuenta desde la que ha llegado el email denunciado, estaba registrada en la compañía **ARSYS**.

5.7. El pasado 9 de marzo de 2016, recibió un email de la empresa **ARSYS** en el que le indicaban que se estaba enviando SPAM desde la cuenta [info@.....](#), con movimientos extraños en la misma en las horas indicadas: 02:00, 04:00 y 06:00. Por este motivo y a raíz de una segunda denuncia objeto del presente expediente de investigación, ha cancelado sus servicios con dicha empresa, salvo los relativos al dominio

5.8. Hubo una relación contractual con **A.A.A.** durante el período comprendido entre 01/04/2012 - 11/09/2013.

Entre las funciones desempeñadas por **A.A.A.**, figuraban la contratación de dominios y demás temas relacionados.

Se acompaña copia del certificado de empresa

5.9. En cuanto al dominio **“***DOMINIO.1”** figura registrado por **A.A.A.** con fecha de creación 04/10/2015.

6. En respuesta a las solicitudes de información realizadas por el inspector actuante, en referencia al envío del correo electrónico denunciado, **A.A.A.** remite un escrito en el que manifiesta:

6.1. Haber tenido una relación contractual con **B.B.B.** hasta el 11/09/2013, fecha en la que se rescindió su contrato.

6.2. Desconocer todos los aspectos relativos al envío de la comunicación comercial emitida con fecha 13/01/2016 desde [.....@.....](#) para [contacto@.....](#).

6.3. No tener ninguna relación con la dirección [contacto@.....](#), ni con **B.B.B.** en lo que respecta al dominio **“elfactory.....”**.

6.4. No haber registrado el dominio **“***DOMINIO.1”**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 43.1 de la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante la LSSI).

II

El artículo 37 de la LSII establece como sujetos sobre los que impone su régimen sancionador a *“los prestadores de servicios de la sociedad de la información”*.

Para determinar qué sujetos se ajustan a dicha definición, ha de acudirse a lo dispuesto en el Anexo de la citada ley, que define al *“Prestador de servicios”* (apartado,) *“como la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”*. Lo que se completa con la definición que sobre *“Servicios de la sociedad de la información o servicios”* ofrece el apartado a), del Anexo: *“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.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

- 1. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.*
- 2. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.*
- 3. La gestión de compras en la red por grupos de personas.*
- 4. El envío de comunicaciones comerciales.*
- 5. El suministro de información por vía telemática.”*

En este caso de las actuaciones practicadas se desprende que el prestador de servicios que realizó la comunicación comercial fue A.A.A. al ser la titular de la dirección IP y tener registrado el dominio de origen del correo a su nombre.

III

Por su parte, el artículo 21 de la LSSI, nos dice 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 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.”

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.”

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en las letras a) y b) del citado apartado 2 del artículo 39 bis.

V

En todo caso, debe señalarse que, si bien estamos ante comunicaciones comerciales no solicitadas, lo que significaría la concurrencia de una actuación infractora por parte de la responsable, al tener noticia de los hechos aquí expuestos, se ha procedido a dar de baja el dominio y la dirección IP, desde la que se efectuó el envío denunciado, sin que conste comunicación comercial posterior a la dirección de correo electrónica del afectado, partir de lo cual, debe tenerse en consideración lo siguiente:

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de noviembre de 2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que pese a referirse al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD tiene plena aplicación al apercibimiento regulado por la LSSI.

La Audiencia Nacional a propósito de la naturaleza jurídica de esta figura 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 (debemos entender hechas las consideraciones, por lo que aquí respecta, al artículo 39 bis, 2 de la LSSI) 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 -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 consideración a lo expuesto, habida cuenta de que la actuación del denunciado, podría ser constitutiva de una infracción de la LSSI, de que el mismo nunca antes han sido apercibido o sancionado por la AEPD, y de que concurren significativamente varias de las circunstancias descritas en el artículo 39 bis, 1, de la LSSI, este organismo está facultado para, en lugar de iniciar la apertura de un procedimiento sancionador, apercibir al mismo a fin de que adopten 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 y de forma diligente por la entidad denunciada al encontrarse el dominio y la dirección IP a nombre de **A.A.A.** en estos momentos de baja, 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.

VI

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **A.A.A.**, **B.B.B.** y a **C.C.C.**.

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 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 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