



Procedimiento N°: A/00084/2014

RESOLUCIÓN: R/01175/2014

En el procedimiento A/00084/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Dña. **C.C.C.**, vista la denuncia presentada por Dña. **D.D.D.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: En fecha 21 de marzo de 2014 tiene entrada en esta Agencia una denuncia de Dña. **D.D.D.** (en lo sucesivo la denunciante), en relación con la recepción de un mensaje electrónico publicitario de la peluquería **A.A.A.** de Dña. **C.C.C.** (en lo sucesivo la denunciada) dirigido a 50 destinatarios, en el que no se ocultaba al resto su nombre y apellido y dirección electrónica. Junto a la denuncia se aporta una copia impresa del mensaje, fechado el 17 de marzo de 2014, remitido desde **B.B.B.**, con el asunto “**A.A.A.**”.

SEGUNDO: Con fecha 23 de abril de 2014, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00084/2014. Dicho acuerdo fue notificado a la denunciante y a la denunciada.

TERCERO: Con fecha 20/05/2014 se recibe en esta Agencia escrito de la denunciante solicitando retirar su reclamación.

Así mismo el 20/05/2014 se recibe en esta Agencia escrito de la denunciada en el que manifiesta:

<<...De hecho obra en la compañía el correspondiente Documento de Seguridad con las medidas de seguridad prevista a tal respecto y que son conocidas por el personal de la compañía.

Si se remitió dicho e-mail lo fue por un lamentable y único error de una trabajadora que además no pudo remediarlo pues cuando se percató del envío el e-mail ya había salido de su carpeta del correo electrónico.

El deber de secreto que incumbe a los responsables de los ficheros, recogido en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, conlleva que el responsable o quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos almacenados no pueden revelar ni dar a conocer el contenido teniendo la obligación de guardarlos, aún después de finalizada la relación con el titular de dichos datos.

Teniendo en cuenta las exigencias expuestas en el párrafo anterior, debe dejarse constancia que esta parte procedió en su día a comunicar a todo su personal las obligaciones relativas a la confidencialidad de los datos personales objeto de

tratamiento previstas en el Documento de Seguridad mediante la entrega de las correspondientes indicaciones que se adjuntan debidamente firmadas al presente escrito como DOC. N° 1.

De esta forma cada uno de los trabajadores adoptó y acató las medidas expuestas mediante la firma del documento entregado a los mismos, por lo que el envío del correo electrónico objeto del presente procedimiento ha sido del todo fortuito e involuntario y se debe únicamente a un error humano.

*SEGUNDA- Tan pronto como se detectó dicho error la trabajadora responsable del mismo, la Sra. **E.E.E.** procedió a dar cuenta del mismo al Responsable de Seguridad, tal y como establece el Documento de Seguridad de **C.C.C.** procediéndose a abrir la correspondiente incidencia.*

Se adjunta a la presente el ANEXO 1.1 del Documento de Seguridad correspondiente al "Procedimiento de actuación ante una incidencia" como DOC. N° 2 y como DOC. N° 3 el registro de la indicada incidencia.

Como medida correctora esta parte ha procedido además a recordar a todo su personal las obligaciones de confidencialidad en relación al tratamiento de datos personales, particularmente en cuanto al envío de correos electrónicos.

En prueba de lo expuesto, se acompaña dicho recordatorio como DOC. N° 4.

*A mayor abundamiento, por parte de la Dirección de esta empresa se ha procedido a enviar una carta a DOÑA **D.D.D.** disculpándonos por el fortuito error e intentando compensar a la misma con la prestación por nuestra parte de uno de nuestros servicios de peluquería de manera totalmente gratuita.*

Se adjunta en prueba de lo expuesto dicha carta como DOC. N° 5...>>

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha 21 de marzo de 2014 tiene entrada en esta Agencia una denuncia de la denunciante, en relación con la recepción de un mensaje electrónico publicitario de la peluquería **A.A.A.** de la denunciada dirigido a 50 destinatarios, en el que no se ocultaba al resto su nombre y apellido y dirección electrónica. Junto a la denuncia se aporta una copia impresa del mensaje, fechado el 17 de marzo de 2014, remitido desde **B.B.B.**, con el asunto "**A.A.A.**" (folios 1 a 5).

SEGUNDO: Con fecha 20/05/2014 se recibe en esta Agencia escrito de la denunciada en el que manifiesta: "...De esta forma cada uno de los trabajadores adoptó y acató las medidas expuestas mediante la firma del documento entregado a los mismos, por lo que el envío del correo electrónico objeto del presente procedimiento ha sido del todo fortuito e involuntario y se debe únicamente a un error humano..." (folios 35 a 82).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37. g) en relación con el artículo 36 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD)

II

La LOPD en sus art. 1 y 2.1) establece:

“La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.”

“1. La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado.”

III

La LOPD delimita su ámbito de aplicación en el párrafo primero de su artículo 2.1, definiendo el concepto de dato de carácter personal en su artículo 3.a) como *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*. El tratamiento de datos se define en la letra c) del mismo precepto como las *“Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”*.

A la vista de lo anterior, se deduce que la dirección de correo electrónico ha de ser considerada como dato de carácter personal y su tratamiento sometido a la citada Ley Orgánica, por lo que, con carácter general, no será posible su utilización o cesión si el interesado no ha dado su consentimiento para ello.

IV

El artículo 10 de la LOPD dispone que: *“El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.”*

El deber de secreto tiene como finalidad evitar que, por parte de quienes están en contacto con los datos personales almacenados en ficheros, se realicen filtraciones

de los datos no consentidas por los titulares de los mismos. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declaró en su sentencia de 19 de julio de 2001: *“El deber de guardar secreto del artículo 10 queda definido por el carácter personal del dato integrado en el fichero, de cuyo secreto sólo tiene facultad de disposición el sujeto afectado, pues no en vano el derecho a la intimidad es un derecho individual y no colectivo. Por ello es igualmente ilícita la comunicación a cualquier tercero, con independencia de la relación que mantenga con él la persona a que se refiera la información (...)”*.

En este sentido, la Audiencia Nacional también ha señalado, entre otras, en sentencias de fechas 14 de septiembre de 2001 y 29 de septiembre de 2004 lo siguiente: *“Este deber de sigilo resulta esencial en las sociedades actuales cada vez más complejas, en las que los avances de la técnica sitúan a la persona en zonas de riesgo para la protección de derechos fundamentales, como la intimidad o el derecho a la protección de los datos que recoge el artículo 18.4 de la CE.*

En efecto, este precepto contiene un <<instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos>> (STC 292/2000). Derecho fundamental a la protección de los datos que <<persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino>> (STC 292/2000) que impida que se produzcan situaciones atentatorias con la dignidad de la persona, <<es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida>>.

En el presente caso, ha quedado acreditado en el expediente que la denunciante, recibió un correo electrónico, donde se visualizaban direcciones de correo electrónico de terceras personas, entre la que estaba incluida su propia dirección de correo electrónico, por lo que ha de entenderse vulnerado el deber de secreto que impone el artículo 10 de la LOPD.

V

En el Título VII de la LOPD, al regular las Infracciones y sanciones, define en el artículo 43.1 como *“Responsables*

1. Los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos estarán sujetos al régimen sancionador establecido en la presente Ley...”

VI

El artículo 44.3.d) de la LOPD en su vigente redacción aprobada por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, califica como infracción grave: *“La vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal al que se refiere el artículo 10 de la presente Ley”*

Así la denunciada ha incurrido en la infracción grave descrita, pues incumplió el deber de secreto previsto en el artículo 10 de la LOPD revelando el dato personal de la

denunciante, su dirección de correo electrónico. Infracción grave que podría ser sancionada con multa de 40.001 a 300.000 euros de acuerdo con el art. 45.2 de la LOPD.

VII

No obstante, la disposición final quincuagésima sexta de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible (BOE 5-3-2011) ha añadido un nuevo apartado 6 al artículo 45 de la Ley 15/1999 de Protección de Datos, en lugar del existente hasta su entrada en vigor, del siguiente tenor:

“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”.

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado apartado 6. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

No obstante, la denunciada ha de tener en consideración en lo sucesivo que, al margen de los requisitos previstos en el artículo 21 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), al respecto del envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, el envío de mensajes electrónicos debe atender también las obligaciones recogidas en la normativa vigente de protección de datos, en particular en lo relativo a preservar la confidencialidad de los destinatarios de los mensajes. A este respecto, cuando al remitente del mensaje le sea exigible este deber de secreto y siempre que no sean aplicables excepciones relacionadas con supuestos en los que los titulares estén ligados por relaciones de ámbito doméstico, laboral o profesional, se considera preciso el recurso a una modalidad de envío que ofrecen los programas de correo electrónico disponibles en el mercado, la cual permite detallar las direcciones electrónicas de los destinatarios múltiples en un campo específico del encabezado del mensaje: el campo CCO (con copia oculta), en lugar del habitual CC.

Así mismo ha quedado acreditado que la denunciada ha comunicado a esta Agencia las medidas correctoras adoptadas. Teniendo en cuenta estas circunstancias, no procede requerimiento alguno.

VIII

La sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso 455/2011, de 29/11/2013, analiza el apercibimiento como un acto de naturaleza no sancionadora, como se deduce del fundamento de derecho Sexto:

<<...Debe reconocerse que esta Sala y Sección en alguna ocasión ha calificado el apercibimiento impuesto por la AEPD, en aplicación del artículo examinado, como sanción (SAN de 7 de junio de 2012, rec. 285/2010), y en otros casos ha desestimado recursos contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones análogas a la recurrida en este procedimiento, sin reparar en la naturaleza no sancionadora de la medida expresada (SSAN de 20 de enero de 2013, rec. 577/2011, y de 20 de marzo de 2013, rec. 421/2011). No obstante, los concretos términos en que se ha suscitado la controversia en el presente recurso contencioso-administrativo conducen a esta Sala a las conclusiones expuestas, corrigiendo así la doctrina que hasta ahora venía presidiendo la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD...>>

Además, la sentencia interpreta o liga apercibimiento o apercibir con el requerimiento de una actuación para subsanar la infracción, y si no existe tal requerimiento, por haber cumplido las medidas esperadas relacionadas con la infracción, no sería apercibimiento, sino archivo, como se deduce del citado fundamento de derecho:

<<...Pues bien, en el caso que nos ocupa el supuesto concreto, de entre los expresados en el apartado quinto del artículo 45, acogido por la resolución administrativa recurrida para justificar la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD es el primero, pues aprecia “una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción”, tal y como expresa su fundamento de derecho VII.

Por ello, concurriendo las circunstancias que permitían la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD, procedía “apercibir” o requerir a la denunciada para que llevara a cabo las medidas correctoras que la Agencia Española de Protección de Datos considerase pertinentes, en sustitución de la sanción que de otro modo hubiera correspondido.

No obstante, dado que resultaba acreditado que la denunciada por iniciativa propia había adoptado ya una serie de medidas correctoras, que comunicó a la Agencia Española de Protección de Datos, y que esta había verificado que los datos del denunciante no eran ya localizables en la web del denunciado, la Agencia Española de Protección de Datos no consideró oportuno imponer a la denunciada la obligación de llevar a cabo otras medidas correctoras, por lo que no acordó requerimiento alguno en tal sentido a ésta.

Recuérdese que al tener conocimiento de la denuncia la entidad denunciada, procedió por iniciativa propia a dirigirse a Google para que se eliminara la URL donde se

reproducían la Revista y el artículo, a solicitar a sus colaboradores que suprimieran cualquier nombre de sus artículos o cualquier otra información susceptible de parecer dato personal y que revisaran las citas del área privada de la web para borrar cualquier otro dato sensible, y, por último, a revisar la configuración de los accesos para que los buscadores no tuvieran acceso a las Revistas.

En consecuencia, si la Agencia Española de Protección de Datos estimaba adoptadas ya las medidas correctoras pertinentes en el caso, como ocurrió, tal y como expresa la resolución recurrida, la actuación administrativa procedente en Derecho era al archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, pues así se deduce de la correcta interpretación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

Por el contrario, la resolución administrativa recurrida procedió a “apercibir” a la entidad PYB ENTERPRISES S.L., aunque sin imponerle la obligación de adoptar medida correctora alguna, lo que solo puede ser interpretado como la imposición de un “apercibimiento”, entendido bien como amonestación, es decir, como sanción, o bien como un mero requerimiento sin objeto. En el primer caso nos hallaríamos ante la imposición de una sanción no prevista en la LOPD, con manifiesta infracción de los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora, previstos en los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el segundo supuesto ante un acto de contenido imposible, nulo de pleno derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 62.1.c) de la misma Ley...>>

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00084/2014** seguido contra Dña. **C.C.C.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, en relación con la denuncia por la infracción del artículo 10 de la citada ley.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Dña. **C.C.C.**.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Dña. **D.D.D.**.

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