Procedimiento Nº: A/00088/2015

RESOLUCIÓN: R/01255/2015

En el procedimiento A/00088/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **SHINE IBERIA, S.L.**, vista la denuncia presentada por Dña. ***A.A.A.*** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: En fecha 10 de febrero de 2015 tiene entrada en esta Agencia denuncia de doña ***A.A.A.*** (en lo sucesivo la denunciante) contra **SHINE IBERIA, S.L.** (en lo sucesivo el denunciado), por el envío de un mensaje electrónico dirigido a once destinatarios sin ocultar su dirección electrónica personal ***B.B.B.***, de la que, según expone, se desprende su vinculación profesional.

Aporta copia impresa del mensaje electrónico fechado un año antes, el 7 de enero de 2014, con el asunto *"Fase casting presencial Valencia"*, convocando a la celebración de unas pruebas para la selección de participantes.

SEGUNDO: Con fecha 14 de abril de 2015, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00088/2015. Dicho acuerdo fue notificado a la denunciante y al denunciado.

TERCERO: Con fecha 6/05/2015 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica:

<<…De los hechos denunciados y de la comunicación realizada por la AEPD se desprende que el hecho controvertido radica en la consideración como dato personal a la dirección de correo electrónico corporativo que la denunciante habría comunicado a SHINE.

Pues bien, mi representada entiende que el correo electrónico corporativo ***B.B.B.*** *no es un dato de carácter personal por dos razones esenciales que son las que se alegan a continuación…>>*

<<…Con carácter particular, y entrando de lleno de manera concreta en las circunstancias que han dado lugar a la apertura del Procedimiento que es objeto del presente escrito, SHINE ha adoptado dos medidas adicionales con el fin de evitar la recurrencia de un hecho involuntario, similar al causante de la denuncia, y que pudiera suponer en un futuro la infracción de la vigente normativa en materia de protección de datos de carácter personal, y en concreto, la eventual infracción de las obligaciones de confidencialidad y secreto de los datos personales que trate SHINE de acuerdo con el

artículo 10 de la LOPD:

a) En primer lugar, envío de un correo electrónico por parte de la dirección de la empresa a toda la plantilla de SHINE a fin de informar a los mismos de los riesgos en los que puede incurrirse como consecuencia del uso incorrecto del campo CC en correos electrónicos enviados a usuarios particulares o distribución de hojas Excel o bases de datos con datos de carácter personal, atendiendo de manera concreta a los procesos de "casting", así como la necesidad de utilizar el campo CCO, mencionando no solamente los riesgos de incumplimiento de la LOPD en los que puede incurrir SHINE, sino también las consecuencias disciplinarias de carácter laboral que puede acarrearle a los empleados el incumplimiento de dicha norma.

b) En segundo lugar, diseño de un procedimiento interno, (especialmente dentro del departamento de "castings") de tal manera que el envío de correos masivos a destinatarios particulares o el envío a terceros de bases de datos u hojas Excel con datos personales quede sujeto a la aprobación y supervisión previa de un Responsable del departamento.

A tal efecto, SHINE queda a disposición de la Agencia Española de Protección de Datos a fin de aportar información acreditativa del cumplimiento de las dos medidas aquí descritas, para el caso de que lo considerara necesario, así como para adoptar cualesquiera otras que fueran consideradas como necesarias y oportunas por dicha institución.

Finalmente, SHINE desea insistir nuevamente en su convencimiento de que no ha infringido norma legal o reglamentaria alguna, sin perjuicio de lo cual desea hacer constar igualmente que los hechos descritos en la denuncia han sido involuntarios, aislados y producto de un desafortunado error, habiéndose implantado medidas suficientes para su subsanación y para evitar que circunstancias parecidas o similares a la presente puedan repetirse en un futuro…>> (el subrayado es de la AEPD).

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha 10 de febrero de 2015 tiene entrada en esta Agencia escrito de la denunciante contra el denunciado, por el envío de un mensaje electrónico dirigido a once destinatarios sin ocultar su dirección electrónica personal ***B.B.B.*** (folios 1 a 9).

SEGUNDO: Con fecha 6/05/2015 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica: <<… *desea hacer constar igualmente que los hechos descritos en la denuncia han sido involuntarios, aislados y producto de un desafortunado error, habiéndose implantado medidas suficientes para su subsanación y para evitar que circunstancias parecidas o similares a la presente puedan repetirse en un futuro…*>> (folios 39 a 44).

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"*.

En el presente caso no puede ser tenida en cuenta la alegación del denunciado, en el sentido de que la dirección de correo electrónico de la denunciante, como dirección corporativa, no constituye dato personal, por cuanto la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, de 15/01/2011 en su fundamento cuarto establece:

<<…Siguiendo el orden expuesto en la demanda se va a analizar la primera cuestión referente a si la dirección de correo electrónico DIRECCION000 registrada en los ficheros de la entidad y a la que se remitió el video en cuestión, constituye o no un dato de carácter personal.

El concepto de dato de carácter personal aparece definido en el artículo 3.a) de la LOPD, como "cualquier información referente a personas físicas identificadas o identificables".

Por su parte el artículo 5 del Reglamento de desarrollo de la citada Ley, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, define en su apartado 1.f) los datos de carácter personal como "cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica,

acústica o de cualquier tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables". Y en el apartado 1.o) se define persona identificable, como "toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier comunicación referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados".

En relación con la dirección de correo electrónico, esta Sala ha considerado en las SSAN, Sec. 1ª, de 23 de marzo 2006 (Rec. 911/2003) y de 25 de mayo de 2006 (Rec. 536/2004), que la dirección de correo electrónico de la que es titular una persona física, constituye una información que le concierne, que le afecta, y que forma parte del ámbito de su privacidad protegido por la Ley de Protección de Datos, siéndole plenamente aplicable su régimen jurídico.

En dichos procedimientos se argumentaba que en los supuestos a los que se referían la dirección de correo electrónico no recogía el nombre y apellidos de su titular y no tenía vinculación con su identidad, por lo que no debería considerarse como dato de carácter personal, pero ello fue desestimado por las citadas sentencias. En concreto, la SAN de 25 de mayo de 2006 especificaba que la dirección de correo electrónico de que es titular una persona física constituye un dato personal porque "con independencia de que la denominación de la dirección corresponda o no con el nombre y apellido de su titular, país o empresa en la que trabaja, lo cierto es que se puede mediante una operación nada difícil, identificar perfectamente a una persona física, ya que esa dirección de correo electrónico aparecerá vinculada a un dominio concreto, por lo que sólo será necesario consultar al servidor en que se gestione dicho servicio. Es más esta Sala, en un caso como el número del Documento Nacional de Identidad, que en principio no tiene aparente relación externa con el nombre y apellido de su titular, ha entendido que es un dato de carácter personal amparado por la LOPD en la sentencia de 27 de octubre de 2004 (Rec. 1112/2002)".

Por tanto, la dirección de correo electrónico de una persona física, en la medida que permite identificar a su titular sin plazos ni actividades desproporcionadas, constituye un dato personal y su tratamiento en casos como el presente, y sin perjuicio de las previsiones específicas establecidas por la Ley de Servicios de Sociedad de la Información para otros supuestos, está sometido a las previsiones de la LOPD.

En el caso de autos, la dirección de correo electrónico que la Asociación recurrente tenía registrada en sus ficheros era DIRECCION000 que, en contra de lo alegado por la recurrente, no es una dirección de correo electrónico de una persona jurídica, en concreto de los Laboratorios Losán S.L., sino de una persona física, el denunciante D. Florian. A mayor abundamiento, en el presente caso la dirección aparece conformada por el nombre de la persona física titular de la misma. Se trata de la dirección de correo de una persona física en los laboratorios donde presta sus servicios, viene referida a dicha persona física, tratándose de su dirección profesional.

Esta Sala ha reiterado que el dato del afectado, aunque se refiera al lugar de ejercicio de su profesión, es un dato de una persona física con una actividad profesional, cuya protección cae en la órbita de la citada Ley Orgánica 15/1999, SAN, Sec. 1ª de 3 de octubre de 2007 (Rec. 163/2006).

Además, cabe señalar que el tratamiento que hizo la Asociación recurrente de la citada dirección de correo para remitir el video y comunicado en cuestión, no guarda relación con la actividad de los citados laboratorios, sino que hace referencia a una cuestión referente a un ámbito distinto, estrictamente privado o personal que trasciende el ámbito de la citada entidad y de la actividad profesional del denunciante…>> (el subrayado es de la AEPD).

A la vista de lo anterior, se deduce que la dirección de correo electrónico de la denunciante, 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 ha recibido un correo electrónico desde una dirección de correo y remitido por el

denunciado, donde se visualizaban direcciones de correos electrónico de terceras personas, entre los que estaba incluido el suyo propio, por lo que ha de entenderse vulnerado el deber de secreto que impone el artículo 10 de la LOPD.

V

El artículo 44.3.d) de la LOPD en su vigente redacción aprobada por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en vigor desde el 6 de marzo de 2011, de acuerdo con su disposición final sexagésima, 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 el denunciado 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.

VI

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, el denunciado 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 el denunciado ha comunicado a esta Agencia las medidas correctoras adoptadas. Teniendo en cuenta estas circunstancias, no procede requerimiento alguno.

VII

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…>>

En el presente caso, ha quedado acreditado que el denunciado ha comunicado a esta Agencia las medidas correctoras adoptada cumpliendo la finalidad del apercibimiento, por todo ello, procede el archivo del presente procedimiento, dada la naturaleza del mismo.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00088/2015** seguido contra **SHINE IBERIA, S.L.**, 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

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 esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a **SHINE IBERIA, S.L.**

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

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