



Expediente Nº: E/02612/2013

### RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

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

#### HECHOS

**PRIMERO:** Con fechas de 1 de abril y 19 de mayo de 2013 tienen entrada en esta Agencia sendos escritos de Don **A.A.A.**, en adelante el denunciante, comunicando la recepción de publicidad no deseada del Restaurante "XXXXX" por vía electrónica en su cuenta de correo .....@gmail.com .

En relación con dichos hechos el denunciante manifiesta lo siguiente:

1. El día 29 de abril de 2011, recibió en su dirección de correo .....@gmail.com, un correo electrónico desde la dirección .....1@live.com dando contestación a una solicitud de información sobre el Restaurante XXXXX. Observa que se trata de un envío por error, ya que la solicitud consta realizada por el titular de la dirección .....@gmail.com.
2. Con fecha 29 de abril de 2011, el denunciante remite un correo electrónico a la dirección .....1@live.com comunicando un error en la dirección de correo electrónico utilizada para contestar la solicitud de reserva en el restaurante.
3. Con fecha 31 de mayo de 2011, el denunciante recibe en su dirección de correo un envío publicitario del Restaurante XXXXX. Dicho correo consta remitido desde la dirección .....1@live.com y muestra las direcciones de correo electrónico de alrededor de 100 destinatarios del mismo correo.
4. Con esa misma fecha el denunciante remite un correo a la dirección .....1@live.com en el que solicita la baja de su dirección de correo e informa de que deben utilizar el campo CCO para que las direcciones de correo de los destinatarios no sean visibles.
5. Con fecha 4 de junio de 2011, el denunciante recibe un correo de la dirección .....1@live.com indicándole que, efectivamente, su dirección de correo está incluida en su lista de contactos por error.
6. No obstante, con fecha 18 de junio de 2012, recibe en su dirección de correo electrónico una nueva comunicación comercial del citado Restaurante, la cual consta como remitida desde la dirección .....1@live.com..
7. Con fecha 18 de junio de 2012, y en contestación al correo anterior, el denunciante remite un correo electrónico indicando que ha solicitado varias veces a "B.B.B." la BAJA de su dirección de correo electrónico para no recibir más información y que la próxima vez presentara una denuncia en la Agencia.
8. Con fecha 14 de febrero de 2013 el denunciante recibió un nuevo correo comercial procedente de .....1@live.com conteniendo información comercial del Restaurante XXXXX .



El denunciante aporta copia de los correos recibidos y enviados que se han detallado en los puntos anteriores.

**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:

-Se verifica que los correos electrónicos de fechas 31 de mayo de 2011 y 18 de junio de 2012 están firmados por **B.B.B.**, quien consta como firmante del envío de fecha 4 de junio de 2011 confirmando la inclusión errónea del denunciante en su lista de contactos.

- Con fecha 4 de julio de 2013, la sociedad RESTAURACIONES MARHEMERO, S.L. propietaria del Restaurante "XXXXX", ha remitido a esta Agencia la siguiente información en relación con los hechos denunciados:

1. La sociedad no ha remitido ninguna comunicación a la dirección de email **.....@gmail.com**, ya que toda la información publicitaria que el Restaurante XXXXX remite a sus clientes se realiza desde la dirección **info@.....restaurante.es**, según consta en varias comunicaciones comerciales que aportan a modo acreditativo de tal afirmación.

2. Los datos del denunciante, incluida su cuenta de correo electrónico, no figuran en su fichero de clientes

3. Tras la recepción de la solicitud de información de la AEPD, ya que hasta esa fecha desconocían la existencia de queja del denunciante, han podido verificar que la dirección de correo electrónico remitente de las comunicaciones recibidas por el denunciante pertenece a un cliente que además es colaborador del restaurante que suele reenviar o remitir información relativa a nuestras ofertas y noticias a sus conocidos, entre los que parece estar el reclamante afectado.

4. Su colaborador remitía esa información a título particular a sus amigos y conocidos, siendo siempre comunicaciones privadas, en la que la sociedad nunca ha intervenido, pues efectivamente sus comunicaciones se remiten siempre desde nuestra dirección, con copia oculta y a los clientes que han accedido a aportar sus datos.

5. No existe ninguna relación contractual con el denunciante, siendo el único nexo de unión con éste la amistad o relación que puede tener con su colaborador-cliente.

6. El denunciante nunca ha contactado con el restaurante, ni para poner en su conocimiento los correos recibidos ni para mostrar su disconformidad con los envíos, motivo por el cual la sociedad no ha podido adoptar ninguna medida tendente a solventar este asunto.

7. Parece ser que la única razón del envío de las comunicaciones recibidas por el denunciante se debe a un error informático del colaborador, que entendió estaba solventado, pues tampoco era su intención molestar a un conocido suyo, ni menos aún que de esta actuación se pudiera derivar algún perjuicio para el restaurante.

8. Indican que el restaurante dejará de prestar servicios en los próximos días, pues las circunstancias económicas les impiden seguir haciéndolo.



## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido tanto en el artículo 37.d) 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 lo sucesivo LOPD), como en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 43.2 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).

### **II**

En primer término se analizan los hechos relacionados con la posible vulneración por parte del remitente del envío de fecha 31 de mayo de 2011 del deber de secreto recogido en el artículo 10 de la LOPD.

El citado precepto establece 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.*

### **III**

En el presente caso ha quedado acreditado que en el apartado de destinatario del mencionado envío aparecían las direcciones de correo electrónico de todos los destinatarios del mensaje, permitiendo de este modo a sus receptores, en este caso el denunciante, la visualización de información relativa a terceros.

Tales hechos podrían constituir infracción grave en el artículo 44.3.d) de la LOPD, que califica como tal *“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”*.

No obstante lo anterior, en este supuesto debe tenerse en cuenta que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), que regula con carácter general el instituto de la prescripción, hace una remisión normativa a las leyes especiales por razón de la materia objeto de regulación. A su vez, el artículo 132.1 dispone que *“Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan.”*

En este sentido, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), establece en el artículo 47, lo siguiente:

*“1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves al año.*

*2. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.*

*3. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviere paralizado durante más de seis meses por causas no imputables al presunto infractor.*

*4. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.*

*5. El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.*

*6. La prescripción se interrumpirá por la iniciación, con conocimiento del interesado, el procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si el mismo está paralizado durante más de seis meses por causa no imputable al infractor. ”*

Por otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del precepto antes citado, así como en el artículo 132.2 de la LRJPAC, el único modo de interrumpir el cómputo del plazo de prescripción es la iniciación, con conocimiento del interesado, del oportuno procedimiento sancionador.

En virtud de lo expuesto, la posible infracción derivada de la vulneración del deber de secreto prescribió el 31 de mayo de 2013 de conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo 47.1 de la LOPD, debiendo tenerse en cuenta al respecto que el denunciante aportó la copia y cabeceras del mensaje de fecha 31 de mayo de 2011 mediante escrito presentado en esta Agencia el día 19 de mayo de 2013.

Esta circunstancia, que suponía la inminente prescripción de la infracción, ha determinado la inexistencia de tiempo material suficiente para realizar las actuaciones de inspección previas a la incoación, en su caso, de procedimiento sancionador por tales hechos. En consecuencia, procede declarar la prescripción de la presunta infracción al artículo 10 de la LOPD.



#### IV

En segundo término y en lo que se refiere a la supuesta infracción derivada del envío de comunicaciones comerciales no autorizadas hay que reseñar que la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, en su artículo 2.h), define el correo electrónico en los siguientes términos: *“Todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo”*.

Por su parte, la LSSI prohíbe las comunicaciones comerciales no solicitadas, partiendo de un concepto de comunicación comercial que se califica como servicio de la sociedad de la información y que se define en su Anexo como: *“f) Comunicación comercial»: toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional*.

*A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”*.

La LSSI dedica su Título III a la regulación de las citadas *“Comunicaciones comerciales por vía electrónica”*, disponiéndose en el artículo 21 de la citada norma, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, 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 electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección”*.



Por tanto, el envío de mensajes publicitarios o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica, incluido el envío de mensajes SMS a terminales de telefonía móvil, debe haberse solicitado o autorizado expresamente por los destinatarios de los mismos, salvo que exista una relación contractual previa en los términos recogidos en dicho precepto.

## V

En el presente caso, tras las actuaciones previas de investigación practicadas, no ha podido acreditarse que la entidad RESTAURACIONES MARHEMERO, S.L., propietaria del citado Restaurante, haya enviado al denunciante los tres mensajes publicitarios objeto de denuncia.

En relación con dicha afirmación ha de tenerse en cuenta que la reseñada entidad no sólo ha señalado que en sus ficheros no figuran registrados los datos del denunciante, incluido su correo electrónico, como cliente, sino que también ha justificado documentalmente que para la remisión de correos publicitarios utiliza la dirección de correo electrónico info@.....restaurante.es. Según dicha entidad, la dirección de correo .....1@live.com origen de los envíos denunciados pertenece a un cliente y colaborador del Restaurante, quien, a título particular y privado, suele reenviar o remitir la información publicitaria del local a sus conocidos.

La valoración de los elementos de prueba recabados a raíz de las actuaciones previas de investigación debe someterse a los criterios generales de valoración admitidos en Derecho. Así, en el ámbito administrativo sancionador son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad del principio de presunción de inocencia.

Así, en reciente sentencia acordada por la Audiencia Nacional de fecha 5 de febrero de 2013, (Rec. 468/2011) se señalaba:

*“CUARTO: Se trata en definitiva de resolver en el procedimiento, de conformidad con la normativa y doctrina expuestas en el fundamento jurídico segundo, si el envío del correo electrónico de contenido publicitario por parte de XXX al denunciante, había sido solicitado o al menos previamente autorizado por tal receptor.*

*Si bien es cierto que dicho consentimiento previo se niega por el destinatario del e-mail comercial, también lo es que en esta materia, al igual que en resto de las que integran el derecho administrativo sancionador, y tal y como argumenta XXX en la demanda, rige el principio de presunción de inocencia constitucionalmente consagrado en el artículo 24.2 CE.*

*Así, constituye doctrina consolidada del Tribunal constitucional (SSTC 131/2033, de 30 de junio, y 245/205, de 10 de octubre) que una de las exigencias inherentes al derecho a la presunción de inocencia, es que la sanción ha de estar fundamentada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta imputada, y que recae sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del denunciado.*

*Pronunciándose en igual sentido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 23/11/2004 (Rec. 207/2001) por todas), que hace mención a la necesidad de que en derecho administrativo sancionador exista una prueba plena de la culpabilidad, de tal forma que la presunción de inocencia prime en todas aquellas situaciones en las que se plantee la duda sobre la posible responsabilidad del sometido a procedimiento.*



*Aplicando dicha doctrina al supuesto de autos y por las consideraciones que se acaban de exponer, esta Sala disiente de la fundamentación de la resolución combatida. Consideramos, en cambio, que sí ha quedado probada en las actuaciones la versión de que de los hechos acontecidos efectúa la entidad actora, tanto durante la tramitación del expediente administrativo, como asimismo en la demanda,(..)* ”

Tal y como se señalaba en la sentencia de fecha 5 de febrero de 2013 anteriormente citada, la presunción de inocencia debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 76/1990 considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”*.

Asimismo, se debe tener en cuenta, en relación con el principio de presunción de inocencia lo que establece el artículo 137 de LRJPAC al fijar que: *“1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”*

En definitiva, la aplicación del principio de *“presunción de inocencia”* impide imputar una infracción administrativa cuando no se haya obtenido y constatado una prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación o de la intervención en los mismos del presunto infractor, aplicando el principio *“in dubio pro reo”* en caso de duda respecto de un hecho concreto y determinante, que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al denunciado, en especial cuando no puede determinarse de forma justificada y probada la responsabilidad subjetiva imputable al supuesto causante de la conducta infractora.

De acuerdo con este planteamiento, el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en lo sucesivo LRJPAC), establece que *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia.”*

Por tanto, con motivo de las consideraciones efectuadas con anterioridad y siendo totalmente aplicables los principios de la libre valoración probatoria, e incluso el de la valoración conjunta de la practicada, no procede activar un procedimiento sancionador contra RESTAURACIONES MARHEMERO, S.L. al no haber quedado acreditado con la certeza que requiere la materia sancionadora que los mensajes publicitarios recibidos por el denunciante hubieran sido enviados por dicha sociedad al mismo.

Por ello, dada la ausencia de elementos fácticos con entidad suficiente para imputar a dicha sociedad el posible incumplimiento de la prohibición recogida en el artículo 21.1 de la LSSI, procede acordar el archivo del presente expediente de actuaciones previas de investigación.



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 **RESTAURACIONES MARHEMERO S.L.** 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