

Procedimiento N°: A/00160/2018

RESOLUCIÓN: R/01051/2018

En el procedimiento A/00160/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Don **B.B.B.**, vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.**, y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 22 de marzo de 2018 tiene entrada en esta Agencia una denuncia presentada por Don **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante), en la que manifiesta lo siguiente:

1. Él y Don **B.B.B.** mantuvieron en el pasado una relación de amistad y profesional, habiendo sido el denunciante entrenador del denunciado.
2. Con fecha 18 de marzo de 2017, el denunciado, en su perfil de la red social Facebook (*****PERFIL.1**), realizó el siguiente comentario en una publicación previa de fecha 26 de diciembre de 2016: *“La suerte es que no están de tu lado. (....). Cuando quieras vuelves a escribir en mi muro, que te pongo (....)”*.
3. En esa misma fecha, el denunciado publicó, también en su perfil de Facebook, una imagen con un extracto de la Resolución del Comité de Disciplina Deportiva de la Real Federación Española de Atletismo, en el expediente nº *****EXP.1**, en la que consta lo siguiente: *“Por todo lo expuesto, el Comité de Disciplina Deportiva de la Real Federación Española de Atletismo, ha aprobado por unanimidad la siguiente resolución: Imponer a Don **A.A.A.** por la comisión de una infracción de las norma generales deportivas, en concreto haber cometido un acto (.....)”*.
4. Las publicaciones son accesibles desde cualquier navegador sin necesidad de ser usuario de la red social.
5. Las afirmaciones efectuadas por el denunciado son falsas, pues se realizaron sin que la sanción fuera firme. De hecho, la resolución fue recurrida y revocada por el Tribunal Administrativo del Deporte.

Aporta acta de página web certificada ante notario en el que constan las publicaciones objeto de denuncia, copia de la resolución del Comité de Disciplina Deportiva de la RFEA y copia de la resolución del Tribunal Administrativo del Deporte.

SEGUNDO: Con fecha 17 de abril de 2018 figura Diligencia para hacer constar que, en esa fecha, se obtiene copia impresa, que se adjunta, de varias informaciones relacionadas con el procedimiento, consistentes en dos capturas de pantalla del perfil de Facebook del denunciado en el que aparecen las publicaciones objeto de denuncia.

TERCERO: Consultada el 17 de abril de 2018 la aplicación de la AEPD que gestiona la consulta de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, al denunciado no le constan registros previos.

CUARTO: Con fecha 24 de abril de 2018, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00160/2018. Dicho acuerdo fue notificado al denunciado.

QUINTO: Con fecha 23 de mayo de 2018, se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que informa de la retirada de las publicaciones objeto del presente procedimiento. Aporta captura de pantalla en la que se acredita dicha retirada. Además, realiza una serie de alegaciones relativas a su relación con el denunciante y a los problemas entre ambos.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: El denunciante, Don **A.A.A.** y el denunciado, Don **B.B.B.**, mantuvieron en el pasado una relación de amistad y profesional, habiendo sido el denunciante entrenador del denunciado.

SEGUNDO: Con fecha 18 de marzo de 2017, el denunciado, en su perfil de la red social Facebook (*****PERFIL.1**), realizó el siguiente comentario, relativo a la persona del denunciante, en una publicación previa de fecha 26 de diciembre de 2016: *“La suerte es que no están de tu lado. (.....). Cuando quieras vuelves a escribir en mi muro, que te pongo (.....)”*.

TERCERO: En esa misma fecha, el denunciado publicó, también en su perfil de Facebook, una imagen con un extracto de la Resolución del Comité de Disciplina Deportiva de la Real Federación Española de Atletismo, en el expediente nº *****EXP.1**, en la que consta lo siguiente: *“Por todo lo expuesto, el Comité de Disciplina Deportiva de la Real Federación Española de Atletismo, ha aprobado por unanimidad la siguiente resolución: Imponer a Don **A.A.A.** por la comisión de una infracción de las norma generales deportivas, en concreto haber cometido un acto (.....)”*.

CUARTO: Las publicaciones eran accesibles desde cualquier navegador, sin necesidad de ser usuario de la red social.

QUINTO: Con fecha 23 de mayo de 2018, el denunciado acredita la retirada de las publicaciones objeto del presente procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora 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

Se imputa en este caso al denunciado la comisión de una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, que dispone:

"El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa".

Dicho principio conlleva la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, el consentimiento permite así al afectado ejercer el control sobre sus datos de carácter personal (la autodeterminación informativa), ya que es el propio interesado quien tiene que otorgar su consentimiento para que se pueda realizar el tratamiento de los citados datos.

Se trata de una garantía fundamental que solo encuentra como excepciones a ese consentimiento del afectado las establecidas en una ley, recogándose en el apartado 2 del citado artículo 6 de la LOPD una serie de excepciones a la prestación del citado consentimiento:

"No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado".

El tratamiento de datos sin consentimiento constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, (F.J. 7 primer párrafo), "...consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite

al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...)".

Son pues elementos consustanciales al derecho fundamental a la protección de datos personales la facultad que tiene el afectado de consentir en la recogida y tratamiento de sus datos personales y el conocimiento de la finalidad y del uso posterior que se va a dar a sus datos, así como de la identidad del que realiza el tratamiento.

En el presente caso, ha quedado acreditado que Don **B.B.B.** no contó con el consentimiento del denunciante para el tratamiento de sus datos de carácter personal, realizando publicaciones en su perfil de la red social Facebook, en abierto.

III

El artículo 44.3.b) de la LOPD califica como infracción grave:

"Tratar datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo".

De acuerdo con los fundamentos anteriores, Don **B.B.B.** ha tratado datos de carácter personal sin consentimiento del afectado, lo que procede calificar como infracción grave.

IV

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 LOPD, en lugar del existente hasta su promulgación, 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”.

Trasladando las consideraciones expuestas al supuesto que nos ocupa, se observa que la infracción de la LOPD de la que se responsabiliza al denunciado es una infracción “grave”; que el denunciado no ha sido sancionado o apercibido por esta Agencia en ninguna ocasión anterior; y que concurren de manera significativa varias de las circunstancias descritas en el artículo 45.4 de la LOPD: el carácter puntual de la infracción, el volumen de los tratamientos efectuados, el hecho de que la actividad principal del denunciado no consista en la realización de tratamientos de datos de carácter personal y la ausencia de beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción. Todo ello, unido a la naturaleza de los hechos que nos ocupan, justifica que la AEPD no acuerde la apertura de un procedimiento sancionador y que opte por aplicar el artículo 45.6 de la LOPD.

Ahora bien, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que sobre el apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD y a propósito de su naturaleza jurídica 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 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 y cuyo objeto es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando no se requieran medidas correctoras, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

En este caso concreto, atendida la naturaleza de la infracción y vistas las medidas ya adoptadas por el responsable de la misma, debe procederse, en consecuencia, a resolver el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno al denunciado, en aplicación de la interpretación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica. Recordando que la reiteración en conductas como la denunciada constituye un supuesto sobre el que concurren las circunstancias previstas para la aplicación del régimen sancionador contemplado en la LOPD.

A la vista del pronunciamiento recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec.455/2011) de acuerdo con lo señalado se debe proceder al archivo de las actuaciones.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR (A/00160/2018) las actuaciones practicadas a Don **B.B.B.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, con relación a la denuncia por infracción de su artículo 6, tipificada como **grave** en el artículo **44.3.b)**.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Don **B.B.B.**.

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 los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 esta 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