**Procedimiento Nº: A/00163/2018**

**RESOLUCIÓN: R/01018/2018**

En el procedimiento A/00163/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Don ***A.A.A.***, vista la denuncia presentada por Dña. ***B.B.B.*** y en virtud de los siguientes,

## ANTECEDENTES

**PRIMERO**: Con fecha 30 de diciembre de 2017 tienen entrada en esta Agencia dos escritos presentados por Dña. ***B.B.B.*** (en lo sucesivo, la denunciante) en los que manifiesta que, sin mediar su autorización para ello, ha sido incluida en un grupo de Whatsapp denominado "C.C.C.", que se creó a las 08:48 horas del día 30 de diciembre de 2017 desde el número de teléfono móvil ******TLF.1,*** con el que no mantiene ninguna relación.

La denunciante, ha aportado, entre otra, la siguiente documentación junto con sus escritos de denuncia y la documentación complementaria que presentó con fecha 23 de enero de 2018:

- Relación que muestra los números de teléfono móvil de cada uno los integrantes del grupo, el contenido de los mensajes enviados por éstos entre el 30 de diciembre de 2017 y el 20 de enero de 2018 y las fechas de salida de los miembros del grupo. Se comprueba que algunos de los mensajes se refieren a que, al parecer, el grupo está formado por administradores de fincas o personas relacionadas con dicho sector.
- Captura de pantalla de su teléfono móvil, donde aparece el número de teléfono del administrador del grupo ******TLF.1*** asociado al nombre de ***A.A.A.***

**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:

2.1 La entidad Vodafone España, SAU ha informado con fecha 21 de febrero de 2018 que Dña. ***B.B.B.,*** en adelante ***B.B.B.***, es titular de la línea ******TLF.1***

2.2 Con fecha 5 de marzo de 2018, se remite escrito de requerimiento de información a ***B.B.B.*** que resulta devuelto por el servicio de Correos, motivo por el cual con fecha 27 de marzo de 2018 se intenta contactar vía telefónica con la titular de la línea ******TLF.1***. Fruto de ese contacto se mantiene una conversación telefónica con quien se identifica como ***A.A.A.*** y afirma ser esposo de la titular de la citada línea y usuario de dicho teléfono. Informado de la devolución del envío certificado proporciona una dirección de correo electrónico para la remisión del requerimiento de información. Con

posterioridad dicha persona realiza una llamada telefónica desde esa línea de teléfono comunicando que es trabajador de la empresa “C.C.C.”.

2.3 La empresa C.C.C. Madrid, S.L. presta servicios de limpieza, control de acceso y mantenimiento.

2.4 Con fechas 4 y 9 de abril de 2018, se reciben en esta Agencia dos correos electrónicos en los que Don ***A.A.A.*** (en adelante ***A.A.A.*** o el denunciado) informa de lo que sigue:

- Que es el usuario del móvil ******TLF.1***, aunque la titular del contrato sea su mujer, cuyo nombre y apellidos coinciden con los de ***B.B.B.***.
- Con fecha 30 de diciembre de 2017, creó un grupo de Whatsapp con una base de datos telefónicos obtenidos a través de fuentes públicas de los propios interesados. Adjunta impresión de pantalla de la información que aparece en Internet de una Administradora de Fincas, donde figura el número de teléfono de la misma que fue utilizado para su inclusión en el grupo de Whatsapp creado el 30 de diciembre de 2017.
- Respecto del origen de los datos de la denunciante, manifiesta que “*me fueron facilitados por ella el año pasado cuando yo le envié un email con información de nuestra empresa y ella me respondió que quería que le presupuestásemos una Mancomunidad de propietarios en Tres Cantos y luego posteriormente me desplace a ver la comunidad con ella in situ y nos cambiamos nuestras tarjetas o datos entre nosotros.*”, no obstante lo cual no aporta ningún elemento de prueba justificativo de tales manifestaciones.
- El grupo se creó, a iniciativa propia, para felicitar las fiestas navideñas, sin intención de utilizarlo con fines comerciales u otros usos.
- El grupo fue inmediatamente eliminado tras una petición de uno de los contactos en tal sentido. Se adjunta captura de pantalla de dicha solicitud y contestación a la misma de fecha 30 de diciembre de 2017.

2.5 La denunciante ha tenido acceso a los números de teléfono móvil, fotos de perfil y nombres o datos identificativos de usuario del resto de integrantes del grupo de Whatsapp denominado “C.C.C.”, amén de que a éstos también les ha sido revelado el número de teléfono móvil y nombre y apellido de la denunciante.

**TERCERO**: Consultada el 12 de abril de 2018 la aplicación de la AEPD que gestiona la consulta de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, a RPD no le constan registros previos.

**CUARTO:** Con fecha 19 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/00163/2018. Dicho acuerdo fue notificado al denunciado con fecha 27 de abril de 2018.

**SEXTO:** Con fecha 27 de abril de 2018, Don ***A.A.A.*** recibió el acuerdo de Trámite de Audiencia Previa al Apercibimiento, no habiendo recibido alegaciones hasta esta fecha.

## HECHOS PROBADOS

1) A las 08:48 horas del día 30 de diciembre de 2017 Don ***A.A.A.*** creó un grupo de Whatsapp denominado "C.C.C." desde el número de teléfono móvil ******TLF.1***, entre cuyos integrantes se encontraba la denunciante.

2) La titular de la línea ******TLF.1*** es Dña. ***B.B.B.***, aunque el usuario de la misma es su esposo Don ***A.A.A.***.

3) Don ***A.A.A.*** creó el reseñado grupo de Whatsapp a iniciativa propia, siendo el administrador del grupo.

4) La empresa C.C.C. Madrid, S.L. presta servicios de limpieza, control de acceso y mantenimiento. El denunciante ha manifestado que era trabajador de la misma.

5) Consta acreditado que el citado grupo de Whatsapp estuvo activo, al menos, entre el 30 de diciembre de 2017 y el 20 de enero de 2018, período en el que muchos de sus integrantes se salieron del grupo.

6) En cuanto al origen de los datos utilizados para la creación del reseñado grupo de Whatsapp, Don ***A.A.A.*** ha indicado:

   - Que el grupo se creó *"con una base de datos telefónicos obtenidos a través de fuentes públicas de los propios interesados. Estos datos aparecen publicados en las páginas web (Anexo I) de todos ellos con fines de información."*
   - En cuanto a la denunciante: "*estos datos me fueron facilitados por ella el año pasado cuando yo le envié un email con información de nuestra empresa y ella me respondió que quería que le presupuestásemos una Mancomunidad de propietarios en Tres Cantos y luego posteriormente me desplace a ver la comunidad con ella in situ y nos cambiamos nuestras tarjetas o datos entre nosotros."*

7) La creación de dicho grupo de mensajería instantánea conlleva el tratamiento de los siguientes datos de carácter personal de los participantes incluidos por el administrador en el mismo: números de teléfono móvil, fotos de perfil y nombres o datos identificativos de usuario utilizados por éstos, los cuales resultaban accesibles a todos sus miembros desde el propio grupo.

8) Don A.A.A. ha informado que el grupo de Whatsapp fue eliminado.

## 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 LOPD.

### II

El artículo 1 de la LOPD dispone: *"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".*

En cuanto al ámbito de aplicación de la citada norma, el artículo 2.1 de la misma señala: *"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"*; definiéndose el concepto de dato de carácter personal en el apartado a) del artículo 3 de la citada Ley Orgánica, como *"Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables"*, añadiendo el apartado 1.f) del artículo 5 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD), que dato de carácter personal es *"cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables"*.

La definición de persona identificable aparece en la letra o) del citado artículo 5.1 del RLOPD, que considera como tal *"toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información 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 este mismo sentido se pronuncia el artículo 2.a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, según el cual, a efectos de dicha Directiva, se entiende por dato personal *"toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social"*. Asimismo, el Considerando 26 de esta Directiva se refiere a esta cuestión señalando que, para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona para identificar a aquélla.

Este concepto de dato personal no puede ser más amplio. La Audiencia Nacional ha señalado que "*para que exista dato de carácter personal (en contraposición con dato disociado) no es imprescindible una plena coincidencia entre el dato y una persona concreta, sino que es suficiente con que tal identificación pueda efectuarse sin esfuerzos desproporcionados, tal y como se desprende del mencionado artículo 3 de la Ley, en sus apartados a) y f) y también del Considerando 26 de la invocada Directiva 95/46/CE que expresamente señala que, para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona, para identificar a dicha persona; que los principios de la protección no se aplicarán a aquellos datos hechos anónimos de manera tal que ya no sea posible identificar al interesado".*

Por otra parte, la aplicabilidad de la normativa de protección de datos de carácter personal, según el citado artículo 2.1 de la LOPD, requiere que dichos datos aparezcan registrados en un soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento.

El artículo 3 de la LOPD define en su letra c) el tratamiento de datos como aquellas *"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"*.

Por tanto, la garantía del derecho a la protección de datos conferida por la normativa de referencia requiere que exista una actuación que constituya un tratamiento de datos personales en el sentido expresado.

La vigente LOPD atribuye la condición de responsables de las infracciones a los responsables de los ficheros (art. 43), concepto que debe integrarse con la definición que de los mismos recoge el artículo 3.d). Este precepto incluye en el concepto de responsable tanto al que lo es del fichero como al del tratamiento de datos personales.

En el caso que nos ocupa, Don ***A.A.A.*** ha actuado como responsable del tratamiento, al ser *"persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento*", según lo recogido en la letra d) del artículo 3 de la LOPD.

Téngase en cuenta que dicha persona decidió utilizar una aplicación de mensajería instantánea para crear, con fecha 30 de diciembre de 2017, un grupo de Whatsapp que requería del tratamiento de los datos de carácter personal de los intervinientes que incluyó en el mismo, posibilitando que éstos pudieran acceder a través de dicha aplicación a la información de carácter personal referida a los usuarios que lo formaban. Por lo que el denunciado creó desde una línea de teléfono de la que era usuario un fichero automatizado y realizó un tratamiento de datos de carácter personal concerniente a las personas físicas que incluyó endicho grupo, entre las que figuraba la denunciante.

De acuerdo con las definiciones expuestas, la creación del reseñado grupo de Whatsapp ha supuesto un tratamiento de los datos personales de los miembros incluidos en el citado grupo que cae bajo el ámbito de aplicación de la LOPD, en la medida en que dicho tratamiento se efectúa sobre información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, por lo que debe concluirse la plena aplicabilidad de los principios y garantías expuestos en la normativa de protección de datos de carácter personal.

**III**

En lo que respecta a la infracción del principio del consentimiento, el artículo 6.1 de la LOPD establece que: "*El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa*".

El artículo 3.h) de la LOPD define "Consentimiento del interesado" como *"toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen"*.

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, recogiéndose en el apartado 2 del citado artículo 6 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 negocial, 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 términos similares, el artículo 10 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, (RDLOPD), que bajo el epígrafe "Supuestos que *legitiman el tratamiento o cesión de los datos",* determina en su apartado 1 que:

*"1. Los datos de carácter personal únicamente podrán ser objeto de tratamiento o cesión si el interesado hubiera prestado previamente su consentimiento para ello."*

Asimismo, los apartados 1 y 3 del artículo 12 del RLOPD establecen *los siguientes "Principios generales" en cuanto a la "Obtención del consentimiento del afectado":*

*"1. El responsable del tratamiento deberá obtener el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos de carácter personal salvo en aquellos supuestos en que el mismo no sea exigible con arreglo a lo dispuesto en las leyes.*

*La solicitud del consentimiento deberá ir referida a un tratamiento o serie de tratamientos concretos, con delimitación de la finalidad para los que se recaba, así como de las restantes condiciones que concurran en el tratamiento o serie de tratamientos.*

*2. Cuando se solicite el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos, éste deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario. En caso contrario, el consentimiento será nulo.*

*3. Corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho."*

Por lo cual, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales *del mismo o constatar, en su caso, que se produce alguna de las excepciones al consentimiento previstas por la normativa vigente, puesto que debe estar en disposición de justificar tales circunstancias.*

A este respecto, la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 31/05/2006 señaló lo siguiente: *"Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la ley".*

Por otra parte, el artículo 6 del Reglamento General de Protección de Datos, Reglamento (UE) 2016/679, norma aplicable a partir del 25 de mayo de 2018, establece que el tratamiento de datos personales *"solo será lícito si se cumple la menos una de las siguientes condiciones": "a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno varios fines específicos; b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que le interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales" " (…);* fijando en su artículo 7.1) en relación con el consentimiento del interesado que *"el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales."*

En este supuesto, el denunciado creó un grupo de mensajería instantánea que ha supuesto un tratamiento de datos de carácter personal no consentido por parte de los titulares de dichos datos, y que concernía a la siguiente información personal de los participantes en el mismo: números de teléfono móvil, fotos de perfil y nombres o datos identificativos de usuario utilizados por éstos, la cual, además, resultaba accesible a todos sus integrantes desde el propio grupo.

**IV**

En el presente caso, Don ***A.A.A.*** no ha acreditado mediante ningún medio de prueba que contaba con el consentimiento de la denunciante para tratar sus datos de

carácter personal con la finalidad de incluirlos en el mencionado grupo de mensajería instantánea. Téngase en cuenta que dicho administrador no ha justificado el origen de los datos de la afectada tratados, puesto que no ha acreditado la existencia del contacto comercial mantenido por la misma con la empresa C.C.C. Madrid, S.L. que supuestamente dio lugar a que el denunciado visitase una Mancomunidad de Propietarios en Tres Cantos para realizar un presupuesto solicitado por la denunciante. Asimismo, tampoco ha presentado la tarjeta que ha indicado le fue entregada por la denunciante ( hecho probado nº 6). A lo que se suma que la denunciante ha indicado en su denuncia que "*Esta mañana me he encontrado dentro de un grupo de Whatsapp que ha creado una empresa que yo no conozco ni he autorizado para que use mis datos"*.

Asimismo, el denunciado no ha justificado mediante ningún medio de prueba que mediase el consentimiento del resto de afectados para tratar sus datos personales incluyéndolos en un grupo de whatsapp. Precisamente, el hecho de manifestar que utilizó los datos de contacto (teléfonos móviles) que aparecían publicados con fines de información en páginas web de los propios interesados acredita que el denunciado utilizó dichos datos sin mediar el consentimiento inequívoco de sus titulares, ya que las páginas web de Internet no tienen la consideración de "Fuentes accesibles al público" en la LOPD.

El artículo 3.j) de la LOPD define como "Fuentes accesibles al público: *aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación."*

Por su parte, el artículo 7 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, define como "Fuentes accesibles al público":

*"1. A efectos del artículo 3, párrafo j) de la Ley Orgánica 15/1999, se entenderá que sólo tendrán el carácter de fuentes accesibles al público:*

*a) El censo promocional, regulado conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.*

*b) Las guías de servicios de comunicaciones electrónicas, en los términos previstos por su normativa específica.*

*c) Las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección profesional e indicación de su pertenencia al grupo. La dirección profesional podrá incluir los datos del domicilio postal completo, número telefónico, número de fax y dirección electrónica. En el caso de Colegios profesionales, podrán indicarse como datos de pertenencia al grupo los de número de colegiado, fecha de incorporación y situación de ejercicio profesional.*

*d) Los diarios y boletines oficiales.*

*e) Los medios de comunicación social.*

*2. En todo caso, para que los supuestos enumerados en el apartado anterior puedan ser considerados fuentes accesibles al público, será preciso que su consulta pueda ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. "*

De lo que se desprende que al no proceder los datos personales tratados de fuentes accesibles al público y no haberse justificado por el responsable del tratamiento que su utilización fuera necesaria para la satisfacción de un interés legítimo del mismo, no se produce la excepción a la obtención del consentimiento recogida en el apartado 2 del artículo 6 de la LOPD a la que, sin citar expresamente, se refería el denunciado al señalar los datos "aparecen publicados en páginas web" o se obtuvieron de "fuentes públicas de los propios interesados".

La publicación de datos personales en páginas web como datos de contacto a fin de que los usuarios de los portales puedan obtener información complementaria sobre los servicios ofrecidos no conlleva la prestación del consentimiento de los titulares de los mismos para usos distintos, por lo que el denunciado no estaba exento de haber obtenido el consentimiento de los afectados cuyos números de teléfono móvil utilizó para crear un grupo de Whatsapp.

En consecuencia, a la vista de lo expuesto el denunciado no contaba con el consentimiento de las personas que incluyó en dicho grupo para tratar sus datos personales con esa finalidad concreta, motivo por el cual dicho tratamiento se realizó sin mediar el consentimiento inequívoco de los afectados ni concurrir alguna de las excepciones al consentimiento contempladas en el aparatado 2 del artículo 6 de la LOPD.

**V**

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 lo expuesto, se considera que el tratamiento efectuado por Don ***A.A.A.*** al crear el grupo de Whatsapp en cuestión sin mediar el consentimiento de los afectados que lo integraban, vulnera, a título de culpa, el principio del consentimiento consagrado en el artículo 6.1 de la LOPD, conducta que encuentra su tipificación en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

**VI**

Asimismo, el presente procedimiento tiene por objeto determinar las responsabilidades que se derivan de la revelación de datos de carácter personal de la denunciante al resto de integrantes del grupo de Whatssap estudiado, cuyos datos personales también fueron revelados tanto a la denunciante como a los demás miembros del grupo, y que se creó a iniciativa propia del administrador del mismo, no constando probada la existencia de ningún tipo de relación entre ellos.

El artículo 10 de la LOPD dispone: *"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"*.

Dado el contenido de este precepto, ha de entenderse que el mismo 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 a terceros. Este deber de secreto, que incumbe no sólo a los responsables de los ficheros sino a todos aquellos que intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal, comporta que el responsable de los datos almacenados no pueda revelar ni dar a conocer su contenido teniendo el *"deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo"*, de modo que los datos tratados no puedan ser conocidos por ninguna persona o entidad ajena fuera de los casos autorizados por la Ley, pues en eso consiste precisamente el secreto.

Así el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declaró que: "*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 (...)".*

Este deber de sigilo resulta esencial en las sociedades actuales cada vez más complejas, en las que las personas están situadas, cada vez más, 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 Constitución Española. En efecto, este precepto contiene un *"instituto de garantía 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"* (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30/11). Este derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino 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 este sentido el deber de sigilo como se señala en las SSAN, Sec. 1ª, de 14 de septiembre de 2002 (Rec.196/00), 13 de abril de 2005 (Rec. 230/2003), 18 de julio de 2007 (Rec. 377/2005 ) "*es una exigencia elemental y anterior al propio reconocimiento del derecho fundamental a la libertad informática a que se refiere la STC 292/2000 (...) 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 los derechos fundamentales, como la intimidad o el derecho a la protección de datos que recoge el artículo 18.4 de la CE (...)*".

En este caso, ese deber de secreto o confidencialidad comporta que el creador del grupo, responsable de la custodia de los datos de carácter personal de los afectados objeto de tratamiento, no puede revelarlos a terceros, salvo con consentimiento de los mismos o en los casos autorizados por la ley (artículos 11 y 12 de la LOPD).

Sin embargo, el uso por Don ***A.A.A.*** del teléfono móvil de la denunciante y del resto de afectados para crear, sin consentimiento de los mismos, un grupo de mensajería instantánea convierte al administrador del citado grupo en responsable de la difusión entre los miembros del grupo de la información personal concerniente a los números de teléfono móvil, fotos de perfil y nombres o datos identificativos de usuario utilizados por éstos que resulta accesible desde el propio grupo.

En el presente caso, la creación del reseñado grupo de Whatsapp permitió el acceso por parte de terceros a datos personales relativos a la denunciante y a la inversa, ya que ésta accedió a información de carácter personal concerniente al resto de miembros, según el detalle que conste en los hechos probados, cuestión que ha quedado acreditada en el presente procedimiento.

**VII**

El artículo 44.3.d) de la LOPD, 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."*

De acuerdo con lo expuesto en el anterior fundamento de Derecho, Don ***A.A.A.***, administrador del reseñado grupo de Whatsapp, ha infringido el deber de secreto garantizado en el artículo 10 de la LOPD, toda vez que resulta responsable de revelar a los integrantes del mismo los datos personales del resto de miembros, puesto que ha posibilitado a cada uno de ellos el acceso a la información de carácter personal anteriormente indicada concerniente a los restantes integrantes, todo ello sin acreditar mediante ningún medio de prueba que mediara el consentimiento de los afectados para ello ni ha justificado que dicho tratamiento de datos estuviera legalmente habilitado.

**VIII**

El artículo 45.6 de la LOPD establece lo siguiente:

"*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*".

A este respecto, procede considerar lo establecido en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD:

*"4. La cuantía de las sanciones se graduará atendiendo a los siguientes criterios:*

a *El carácter continuado de la infracción.*
b *El volumen de los tratamientos efectuados.*
c *La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal.*
d *El volumen de negocio o actividad del infractor.*
e *Los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.*
f *El grado de intencionalidad.*
g *La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza.*

*h) La naturaleza de los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas.*

*i) La acreditación de que con anterioridad a los hechos constitutivos de infracción la entidad imputada tenía implantados procedimientos adecuados de actuación en la recogida y tratamiento de IOS datos de carácter personal, siendo la infracción consecuencia de una anomalía en el funcionamiento de dichos procedimientos no debida a una falta de diligencia exigible al infractor.*

*j) Cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad presentes en la concreta actuación infractora.*

*5. 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 apartado 4 de este artículo.*
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".*

Trasladando las consideraciones expuestas al supuesto que nos ocupa, se observa que las infracciones de cuya comisión se responsabiliza a Don A.A.A. están calificadas como infracción "grave" y que dicha persona no ha sido sancionada o apercibida por esta Agencia en ninguna ocasión anterior. Junto a ello, se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del mismo al concurrir, de manera significativa, varias de los criterios enunciados en el artículo 45.4 de la LOPD.

Concretamente, se tiene en cuenta que Don ***A.A.A.*** no tiene como actividad principal el tratamiento de datos personales, la ausencia de beneficios obtenidos por la comisión de las infracciones citadas y la falta de pruebas relativas a la existencia de perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas. Todo ello, unido a la naturaleza de los hechos que nos ocupan, justifica que la AEPD opte por aplicar el artículo 45.6 de la LOPD.

**IX**

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 habida cuenta que el administrador del grupo ha comunicado que procedió a eliminar el grupo de Whatsapp tras una petición de uno de los contactos en tal sentido, debe procederse en consecuencia, a resolver el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a Don ***A.A.A.***, en aplicación de la interpretación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

De acuerdo con lo señalado,

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

**SE ACUERDA:**

**1.- ARCHIVAR el procedimiento A/00163/2018** seguido contra Don ***A.A.A.***, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con relación a la denuncia por infracción de sus artículos 6.1 y 10, infracciones tipificadas, respectivamente, como graves en los artículos 44.3.b) y 44.3.d) de dicha norma.

**2.- NOTIFICAR** el presente Acuerdo a Don ***A.A.A.*** y a Dña. ***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