



Procedimiento N°: A/00256/2018

RESOLUCIÓN: R/01589/2018

En el procedimiento A/00256/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Don **A.A.A.**, vista la denuncia presentada por la Dirección General de la Guardia Civil (Puesto de Colunga), y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 18 de abril de 2018, tiene entrada en esta Agencia una denuncia presentada por la Dirección General de la Guardia Civil (Puesto de Colunga), en la que manifiesta lo siguiente:

Don **A.A.A.** aprovechó que estaba interponiendo una denuncia en las dependencias de la Guardia Civil del Puesto de Colunga, en fecha 23 de marzo de 2018, y grabó a dos agentes con su teléfono móvil mientras le practicaban diligencias judiciales en las dependencias oficiales de recepción de denuncias.

Esta grabación se realizó desde el pasillo anexo mientras se practicaban diligencias y sin el consentimiento de los Agentes de la Guardia Civil.

En fecha 24 de marzo de 2018, se comprobó por la Guardia Civil que la grabación había sido difundida en la red social Facebook verificándose que hasta ese momento figuraban 150 visualizaciones.

Aportan fotografías de teléfonos móviles donde figura el perfil de Facebook de Don **A.A.A.**, el video y el número de visualizaciones realizadas.

SEGUNDO: En fecha 18 de junio de 2018, se ha remitido requerimiento de información al autor del video y de su publicación en Facebook, Don **A.A.A.**, en la dirección facilitada por la Guardia Civil, solicitando información relativa a las circunstancias en que se grabó en citado video, la información facilitada a los agentes de la Guardia Civil, el motivo de su publicación en Facebook y si se estableció alguna limitación para el acceso a este video.

Este requerimiento ha sido devuelto por el servicio de Correos en fecha 20 de junio de 2018 por "Desconocido"

TERCERO: Consultada 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 30 de julio 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/00256/2018 con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, con relación a la denuncia por la infracción de su artículo 6 ,

tipificada como grave en el artículo 44.3.b). Dicho acuerdo fue notificado al denunciado.

En fecha 2 de agosto de 2018, se intentó la notificación del citado acuerdo de inicio de procedimiento de apercibimiento al denunciado a través del servicio de Correos y Telégrafos. Según se desprende de la información facilitada por este servicio, dicha notificación fue devuelta a origen por desconocido. Con fecha 17 de agosto de 2018 se notificó, mediante su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

QUINTO: El denunciado no ha remitido escrito de alegación alguno frente al citado acuerdo.

SEXTO: No obstante, por esta Agencia se ha verificado, en fecha 17 de agosto de 2018, que los detalles de la grabación en las dependencias de la Guardia Civil del Puesto de Colunga ya no resultan públicamente accesibles en la red social.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha 18 de abril de 2018, se recibió en esta Agencia un escrito remitido por la Dirección General de la Guardia Civil (Puesto de Colunga), en la que manifiesta lo siguiente:

Don **A.A.A.** aprovechó que estaba interponiendo una denuncia en las dependencias de la Guardia Civil del Puesto de Colunga, en fecha 23 de marzo de 2018, y grabó a dos agentes con su teléfono móvil mientras le practicaban diligencias judiciales en las dependencias oficiales de recepción de denuncias.

Esta grabación se realizó desde el pasillo anexo mientras se practicaban diligencias y sin el consentimiento de los Agentes de la Guardia Civil.

SEGUNDO: En fecha 24 de marzo de 2018, se comprobó por la Guardia Civil que la grabación había sido difundida en la red social Facebook verificándose que hasta ese momento figuraban 150 visualizaciones.

Aportan fotografías de teléfonos móviles donde figura el perfil de Facebook de Don **A.A.A.**, el video y el número de visualizaciones realizadas.

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

CUARTO: Por esta Agencia se ha verificado en fecha 17 de agosto de 2018 que los detalles de la grabación en las dependencias de la Guardia Civil del Puesto de Colunga ya no resultan públicamente accesibles en la red social.

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 15/1999, 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”*.

En este caso la información divulgada concerniente a la imagen de Agentes de la Guardia Civil que se encontraban en los pasillos de las dependencias de recepción de denuncias y que los hace identificables.

Por otra parte, 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.

De acuerdo con aquella definición de tratamiento de datos personales, la incorporación de un documento a internet, concretamente al perfil de la red social Facebook, se considera un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada, 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.

Por tanto, el denunciado realizó un tratamiento con los datos personales de la denunciante.

III

Los hechos expuestos, en relación con la incorporación de información relativa a la denunciante a la red social Facebook, podrían suponer la comisión, por parte del denunciado, de una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, que establece lo siguiente:

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

Por su parte, el apartado 2 del mencionado artículo contiene una serie de excepciones a la regla general contenida en aquel apartado 1, estableciendo que: *“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 de los afectados 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 característicos del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

Por otra parte, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste. 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”.*

En el presente caso, consta acreditado que el denunciado es responsable de haber insertado en su perfil de Facebook los datos de las imágenes de algunos agentes de la Guardia Civil insertado en el mismo. Este hecho constituye un tratamiento de datos de carácter personal que exige disponer del consentimiento inequívoco de los afectados, correspondiendo al denunciado acreditar esta

circunstancia. Sin embargo, el denunciado no ha acreditado que hubiese obtenido el preceptivo consentimiento para ello.

Por tanto, el denunciado realizó un tratamiento de los datos personales de la denunciante, sin estar habilitado para ello y sin que concurra ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD, de modo que se considera infringido el citado artículo 6.1 de la LOPD por parte del mismo, que es responsable de dicha infracción. Esta interpretación coincide con la mantenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia de 6 de noviembre de 2003, dictada en el asunto C-101/01, Caso Lindqvist, en el que se examina la aplicación de la Directiva 95/46/CE a un tratamiento consistente en publicar datos personales en Internet. Esta Sentencia, en sus apartados 24 y siguientes, señala:

“24. El concepto de “datos personales” que emplea el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46 comprende, con arreglo a la definición que figura en el artículo 2, letra a), de dicha Directiva “toda información sobre una persona física identificada o identificable”. Este concepto incluye, sin duda, el nombre de una persona junto a su número de teléfono o a otra información relativa a sus condiciones de trabajo o a sus aficiones.

25. En cuanto al concepto de “tratamiento” de dichos datos que utiliza el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46, éste comprende, con arreglo a la definición del artículo 2, letra b), de dicha Directiva, “cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales”. Esta última disposición enumera varios ejemplos de tales operaciones, entre las que figura la comunicación por transmisión, la difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos. De ello se deriva que la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a datos personales debe considerarse un tratamiento de esta índole.

26. Queda por determinar si dicho tratamiento está “parcial o totalmente automatizado”. A este respecto, es preciso observar que difundir información en una página web implica, de acuerdo con los procedimientos técnicos e informáticos que se aplican actualmente, publicar dicha página en un servidor, así como realizar las operaciones necesarias para que resulte accesible a las personas que están conectadas a Internet. Estas operaciones se efectúan, al menos en parte, de manera automatizada.

27. Por tanto, procede responder a la primera cuestión que la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un “tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46”.

IV

El artículo 44.3.b) de la LOPD considera infracción grave “b) Tratar los datos de carácter personal sin recabar el consentimiento de las personas afectadas, cuando el

misma sea necesario conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo.”

Concretamente, por lo que ahora interesa, el artículo 6 de la LOPD recoge el citado principio que exige la necesidad de consentimiento de los afectados para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, salvo en los casos a que se refiere su apartado 2.

La conducta del denunciado vulnera el citado principio, toda vez que ha quedado acreditado el tratamiento de los datos personales de la denunciante al publicarlos en Facebook sin el consentimiento de la misma. Por tanto, el denunciado, que interviene en los hechos como responsable del tratamiento, ha incurrido en la infracción descrita ya que ha vulnerado el citado principio, consagrado en el artículo 6.1 de la LOPD, por tratar los datos de los afectados sin consentimiento, que encuentran su tipificación en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

V

El apartado 6 del artículo 45 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 los 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 la infracción de la LOPD de la que se responsabiliza al denunciado es una infracción “grave”; que el mismo no ha sido sancionado o apercibido por este organismo en ninguna ocasión anterior. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado por la concurrencia de varios criterios de los enunciados en el artículo 45.4 de la LOPD, concretamente, que no consta vinculación relevante de la actividad del mismo con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, el volumen de tratamientos y la ausencia de beneficios.

Todo ello, justifica que la AEPD no acordase la apertura de un procedimiento sancionador y que optase 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 considerando que el objeto del apercibimiento es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando éstas ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

Como se ha señalado, en el asunto analizado, consta que la publicación objeto de la denuncia, el cual contenía imágenes de la denunciante, ha sido retirados del perfil de Facebook del denunciado. Por tanto, a la vista del pronunciamiento recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) referente a los supuestos en los que el denunciado ha adoptado las medidas correctoras oportunas, 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 el procedimiento **A/00256/2018** 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, en relación con la denuncia por la infracción del artículo 6 de la LOPD.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo 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 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