



Procedimiento N°: A/00383/2016

RESOLUCIÓN: R/00296/2017

En el procedimiento A/00383/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a D. **A.A.A.**, vista la denuncia presentada por Dña. **B.B.B.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: En fecha 21 de junio de 2016 tiene entrada en esta Agencia denuncia de doña **B.B.B.** (en lo sucesivo la denunciante) contra su exmarido don **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciado), por publicar en su propio perfil de la red social Google+ unas fotografías con su imagen. Según expone ha solicitado su retirada sin éxito, aportando copia de varios mensajes remitidos al denunciado en este sentido.

Aporta copia de un acta notarial de 27 de mayo de 2016, en la que se da fe del acceso a la página <https://.....> y a 20 fotografías de la afectada allí accesibles.

SEGUNDO: En fecha 6 de julio de 2016 por la Inspección de Datos se verifica que a través de la citada dirección web resultan accesibles varias fotografías con la imagen de la denunciante.

TERCERO: Con fecha 28 de octubre de 2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00383/2016 de conformidad con lo establecido en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) con relación a la denuncia por infracción del artículo 6.1, tipificada como grave en el artículo 44.3.b). Dicho acuerdo fue notificado al denunciado.

CUARTO: Con fecha 10/01/2017 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica: <<...Dichas fotografías fueron puestas por ambos, no únicamente por mí, estando vigente nuestra relación, y se pusieron debido a que la familia de ella reside en el extranjero y así poder tener conocimiento de nuestra vida en común por parte de ellos (...)

No obstante todo ello, a fin de evitar mayores inconvenientes, y dada la actitud desplegada por el actual esposo de mi exmujer quien fue quien en primera instancia me indicó que debía eliminar las fotos, por mi parte, a través de profesionales de informática, he intentado eliminar dichas fotografías sin éxito alguno.

En acreditación de todo lo anterior acompaño...>>

QUINTO: Solicitada la colaboración de Google.

Con fecha 24/01/2017 se remite escrito al denunciante comunicándole: “...Por la presente se adjunta copia del correo electrónico que con fecha de hoy se le ha dirigido a los efectos de que Usted pueda dar de baja las citadas fotografías...”

En el citado correo se comunicaba: “En relación con el procedimiento del asunto, al respecto de las fotografías publicadas en **https://.....1**, se solicita que a la mayor brevedad posible nos detalle las acciones que realice a través de **https://.....2**, donde deberá detallar la URL de cada una de las fotografías que deben ser borradas (no del álbum completo).

También puede seguir los pasos aquí descritos, utilizando la cuenta desde la que se creó dicho álbum.”

SEXTO: Con fecha 8/02/2017 se recibe correo electrónico del denunciado comunicando:

<<...Decir que estas fotos, no son ni de origen profesional, ni de contenido sexual.

Que se le comunico a **B.B.B.**, que se intentaría quitar las fotos, y tanto yo como (...) que además aportamos todas las capturas de pantalla de mi móvil para demostrar que hemos actuado de buena fe y nos ha resultado imposible quitar las fotos o incluso los álbumes.

También se ha solicitado ya 2 veces a google quitar las fotos y también los álbumes completos, voy a adjuntar en este correo o en el siguiente la carta y contestación de google, y esto no pueden borrar tampoco las fotos.

Pido por favor que se cierre ya este asunto, ya que por mis medios y por los de google es imposible borrar las fotos.

Os reenvió la carta de google...>>

SÉPTIMO: Solicitada nuevamente la colaboración de Google, se le comunica:

<<...Te reenvió el mensaje que nos ha remitido el titular del álbum de fotos, que incluye vuestra respuesta.

Como puedes comprobar, el caso es que las fotos ya no son accesibles en **https://.....** pero sí en **https://.....1** y el usuario no acierta a evitar su publicación, a pesar de las indicaciones que le habéis dado.

¿Podemos hacer algo al respecto, para atender la voluntad de su exmujer?
¿Qué debería hacer el usuario?...>>

Contestando Google: <<...Como hemos comentado por teléfono, si el problema reside en que el particular no recuerda la contraseña de la cuenta de correo electrónico a la que tiene asociada la publicación del álbum de fotos que aún sigue público, puede

recuperar la misma siguiendo los pasos que se indican en este **enlace**.

En el caso de que la afectada quisiera solicitar la retirada de dicha información, (debe ser la afectada, no el propietario de la cuenta), debe reportar la URL de cada fotografía en la que aparece su imagen a través de este enlace: **<https://.....3...>>**

OCTAVO: Traslada la contestación de Google a la denunciante ha contestado a esta Agencia:

<<...Disponemos del enlace que nos ha enviado para eliminar las fotos, pero creemos que la persona que debe eliminar las fotografías y dejar de distribuirlas por internet es A.A.A. que es la persona que sin autorización las lleva publicando 5 años. Ya contactamos con google y no nos dio de baja las fotografías mucho antes de contactar con ustedes y en varias ocasiones.

Rogamos la denuncia siga su curso legal, en caso contrario tendremos que presentarla en el juzgado y de nuevo en la agencia de protección de datos, puesto que las fotografías según la Ley son datos personales gráficos y se están publicando 5 años y cerca de 40 fotografías...>>

NOVENO: Traslada la contestación de Google al denunciando ha comunicado a esta Agencia:

<<...Escribo referente a las fotos publicadas de (...), dichas fotos publicadas solamente cuando existía el matrimonio y no después.

Las fechas que yo publique las fotos a familiares comunes serían desde el 2008 al 2011 máximo (...)

El problema no es acceder a la cuenta o perfil y acceder a las fotos...es borrar las fotos...no deja borrarlas sólo verlas...

He contado con 3 informáticos cualificados y no hay posibilidad de borrarlas.

También se escribió una carta a Google que no sólo 18 fotos...

Quitasen...sino que además de las fotos los álbumes completos, no quiero fotos de esa relación que existió en esa época...

Google no es capaz de eliminarla, además os reenvió el email a vosotros...

Sin más espero que se termine esta situación que es inaguantable...

He hecho todo lo que está en mis manos y posibilidades...>>

<<...he contactado con mis informáticos, por el tema de las fotos, comunicarte que no podemos eliminar las fotos, se pueden visualizar pero no se pueden eliminar.

Estas fotos están vinculadas a otra cuenta de la cual no tengo acceso.

Adjunto enlace de acceso a visualización de las fotos

<http://.....>4

Solicito que sea google elimine tanto las fotos como los álbumes...>>

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha 21 de junio de 2016 tiene entrada en esta Agencia escrito de la denunciante contra su exmarido el denunciado, por publicar en su propio perfil de la red social Google+ unas fotografías con su imagen. Según expone, ha solicitado su retirada sin éxito, aportando copia de varios mensajes remitidos al denunciado en este sentido.

Aporta copia de un acta notarial de 27 de mayo de 2016, en la que se da fe del acceso a la página <https://.....> y a 20 fotografías de la afectada allí accesibles.

SEGUNDO: En fecha 6 de julio de 2016 y 28 de marzo de 2017, por la Inspección de Datos se verifica que a través de la citada dirección web resultan accesibles varias fotografías con la imagen de la denunciante.

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

Los hechos expuestos suponen por parte del denunciado, una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, que regula: *“el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”*.

El artículo 6.2, por su parte, establece 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.”*

La citada infracción está tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la LOPD, que considera como tal *“Tratar los 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”*. Dicha infracción podría ser sancionada con multa de 40.001 a 300.000 euros, de acuerdo con el artículo 45.2 de la LOPD.

III

Para determinar si la actuación del denunciado constituye un tratamiento o no de datos, debe tenerse en cuenta el criterio de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de noviembre de 2003, en el asunto C-101/01, que no limita la aplicación de la normativa de protección de datos personales a los supuestos en que el tratamiento afecta a varias personas.

Así lo ponen de manifiesto su apartado 20, en el que el Tribunal considera incluido en el concepto de dato personal *“toda información sobre una persona física identificada o identificable”*, añadiendo que *“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”*.

Así mismo establece la sentencia citada en su apartado 27 que: *“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.”*

En el presente caso se ha verificado por la Agencia que a través de la citada dirección web resultaban accesibles varias fotografías con la imagen de la denunciante.

IV

No obstante, el artículo 45.6 de la LOPD establece:

“Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador, y en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

- a) que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.*
- b) Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.*

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento

sancionador por dicho incumplimiento”.

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado apartado 6. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad del denunciado, teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del mismo con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción.

En el presente caso, el denunciado ha realizado las actuaciones correctoras tendentes a subsanar la situación denunciada, aunque las mismas hayan sido infructuosas por causas ajenas a él. También hay que tener en cuenta que la denunciante puede retirar las fotografías sin que conste que lo haya hecho. Teniendo en cuenta estas circunstancias, no procede requerimiento alguno.

V

Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso 455/2011, de 29/11/2013, analiza el apercibimiento como un acto de naturaleza no sancionadora, como se deduce del fundamento de derecho Sexto:

<<...Debe reconocerse que esta Sala y Sección en alguna ocasión ha calificado el apercibimiento impuesto por la AEPD, en aplicación del artículo examinado, como sanción (SAN de 7 de junio de 2012, rec. 285/2010), y en otros casos ha desestimado recursos contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones análogas a la recurrida en este procedimiento, sin reparar en la naturaleza no sancionadora de la medida expresada (SSAN de 20 de enero de 2013, rec. 577/2011, y de 20 de marzo de 2013, rec. 421/2011). No obstante, los concretos términos en que se ha suscitado la controversia en el presente recurso contencioso-administrativo conducen a esta Sala a las conclusiones expuestas, corrigiendo así la doctrina que hasta ahora venía presidiendo la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD...>>

Además, la sentencia interpreta o liga apercibimiento o apercibir con el requerimiento de una actuación para subsanar la infracción, y si no existe tal requerimiento, por haber cumplido las medidas esperadas relacionadas con la infracción, no procedería apercibir sino el archivo del procedimiento.

<< (...) No obstante, dado que resultaba acreditado que la denunciada por iniciativa propia había adoptado ya una serie de medidas correctoras, que comunicó a la Agencia Española de Protección de Datos, y que esta había verificado que los datos del denunciante no eran ya localizables en la web del denunciado, la Agencia Española de Protección de Datos no consideró oportuno imponer a la denunciada la obligación de llevar a cabo otras medidas correctoras, por lo que no acordó requerimiento alguno en tal sentido a ésta (...)

En consecuencia, si la Agencia Española de Protección de Datos estimaba adoptadas ya las medidas correctoras pertinentes en el caso, como ocurrió, tal y como expresa la resolución recurrida, la actuación administrativa procedente en Derecho era al archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la

entidad denunciada, pues así se deduce de la correcta interpretación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica (...)>>

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR (A/00383/2016) a D. **A.A.A.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, con relación a la denuncia por infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a D. **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