



Procedimiento N°: A/00407/2017

## RESOLUCIÓN: R/00027/2018

En el procedimiento A/00407/2017, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Don **A.A.A.**, vista la denuncia presentada por la Policía Local de Zaragoza, requerida por Don **B.B.B.**, y en virtud de los siguientes

### ANTECEDENTES

**PRIMERO:** Con fecha 12 de mayo de 2017 tiene entrada en esta Agencia un escrito remitido por la Policía Local de Zaragoza, en el que indican que el día 29 de abril de 2017, estaban haciendo un control de aforo en un establecimiento y fueron requeridos por Don **B.B.B.**, porque no le dejaban entrar en el establecimiento al haberse difundido su imagen, a través de whatsapp, en un grupo de porteros de establecimientos de la zona de “El Casco”. Acudieron a otro local para verificar los hechos expuestos y le indicaron que efectivamente, Don **A.A.A.** había realizado una fotografía del Sr. **B.B.B.** y la había difundido en el chat de porteros de la zona de “El Casco”. Procedió a borrarla de su teléfono en cuando compartió la imagen en el chat. En una sala de la mencionada zona, le confirmaron que fue un miembro de seguridad, Don **A.A.A.**, tomó la fotografía por un problema en la vía pública y que por el derecho de admisión no le estaba permitida la entrada en ese establecimiento. La Policía les informó que tomar imágenes de las personas era un tratamiento de datos de personas identificadas o identificables y que difundirlas por whatsapp o en un chat es una cesión.

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

**TERCERO:** Con fecha 27 de noviembre de 2017, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00407/2017. Dicho acuerdo fue notificado al denunciado.

**CUARTO:** Con fecha 26 de diciembre de 2017, se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que alega que los hechos que se pusieron en conocimiento de la Policía de Zaragoza no han podido ser acreditados, ya que éstos se limitaron a transcribir lo que señalaba Don Don **B.B.B.**, sin indicar dónde prestaba el denunciado servicio de portero. No obstante, acata el requerimiento y se compromete a tomar las medidas adecuadas para cumplir la normativa de protección de datos en el tratamiento de los mismos.

### HECHOS PROBADOS

**PRIMERO:** La Policía Local de Zaragoza remite una denuncia señalando que el día 29 de abril de 2017, estaban haciendo un control de aforo en un establecimiento y fueron requeridos por Don **B.B.B.**, porque no le dejaban entrar en el establecimiento. El Sr. **B.B.B.** indico que no le dejaban entrar porque se había difundido su imagen, a través de whatsapp, en un grupo de porteros de establecimientos de la zona de “El Casco”.

**SEGUNDO:** La Policía Local de Zaragoza acudió a otro local para verificar los hechos expuestos y le indicaron que, efectivamente, Don **A.A.A.** había realizado una fotografía del Sr. **B.B.B.** y la había difundido en el chat de porteros de la zona de “El Casco”. En una sala de la mencionada zona, le confirmaron que fue un miembro de seguridad, Don **A.A.A.**, el que tomó la fotografía por un problema en la vía pública y que por el derecho de admisión no le estaba permitida la entrada en ese establecimiento.

**TERCERO:** Don **A.A.A.** no reconoce haber tomado la foto y haberla remitido a un grupo de porteros de la zona “El Casco”, pero indica que acata el requerimiento y se compromete a tomar las medidas adecuadas para cumplir la normativa de protección de datos en el tratamiento de los mismos.

## **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**

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”*.

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.

Atendiendo a la definición contenida en las normas citadas, que consideran dato de carácter personal *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*, la fotografía objeto del presente procedimiento se ajustará a este concepto siempre que permita la identificación de la persona que aparece en dicha imagen. La Directiva 95/46/CE en su Considerando 14 lo afirma expresamente al señalar lo siguiente:

*“Considerando que, habida cuenta de la importancia que, en el marco de la sociedad de la información, reviste el actual desarrollo de las técnicas para captar, transmitir, manejar, registrar, conservar o comunicar los datos relativos a las personas físicas constituidos por sonido e imagen, la presente Directiva habrá de aplicarse a los tratamientos que afectan a dichos datos”.*

Por otra parte, la aplicabilidad de la normativa de protección de datos de carácter personal, de acuerdo con lo indicado en 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.

De acuerdo con aquella definición de tratamiento de datos personales, la mera captación de imágenes de las personas, puede considerarse un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada, debiendo analizarse en cada caso si este tratamiento se efectúa sobre información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

Así, en el presente supuesto, considerando que la imagen del denunciante enviada por whatsapp permite la identificación del mismo, debe concluirse la existencia de datos de carácter personal y la plena aplicabilidad de los principios y garantías expuestas en la normativa de protección de datos de carácter personal.

### III

El artículo 6.1 de la LOPD dispone 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.

En el presente caso, consta acreditado que la Policía Local de Zaragoza acudió al requerimiento del denunciante ya que no le dejaban entrar en un local de la zona de “El Casco”. El denunciante señaló que el motivo era que un portero de un establecimiento de esa zona le había hecho una fotografía y la había enviado a otros porteros de los establecimientos de “El Casco” con la finalidad de que no le dejaran entrar. Estos hechos fueron verificados por otros dos porteros, que indicaron quien había sido el autor de la foto y la había difundido.

Por tanto, el autor de la fotografía no disponía del consentimiento del afectado para el tratamiento de datos realizado, consistente en la realización de una fotografía y su difusión en un grupo de Whatsapp con la finalidad de impedir la entrada en los locales de la zona.

Por todo lo que antecede, se considera infringido el artículo 6.1 de la LOPD por parte de la denunciada, que es responsable de dicha infracción.

Alega el denunciado que solo hay manifestaciones y no acreditación de los hechos denunciados. En el informe de la Policía Local de Zaragoza consta que los Agentes actuantes acudieron a dos locales y pudieron ver el mensaje de whatsapp recibido y el teléfono del remitente. Por ello, si había indicios de la autoría y difusión de la fotografía del denunciante.

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

El principio cuya vulneración se imputa a Don **A.A.A.**, el del consentimiento, se configura como principio básico en materia de protección de datos, y así se recoge en numerosas Sentencias de la Audiencia Nacional.

En este caso, Don **A.A.A.** ha incurrido en la infracción descrita ya que ha vulnerado el principio citado, consagrados en el artículo 6.1 de la LOPD, conducta que encuentra 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”.*

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado artículo 45.6 de la LOPD. Junto a ello se constata una cualificada

disminución de la culpabilidad de la entidad por la concurrencia de varios criterios de los enunciados en el artículo 45.4 de la LOPD, concretamente, la no vinculación de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, el volumen de negocio o actividad; así como la ausencia de reincidencia.

Todo ello, justifica que la AEPD no haya acordado 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 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 fotografía del denunciante fue borrada inmediatamente por dos de sus destinatarios al tener conocimiento de que la oposición a su publicación y el denunciado ha acatado el requerimiento y se ha comprometido a tomar las medidas adecuadas para cumplir la normativa de protección de datos en el tratamiento de los mismos.

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 la denunciada ha adoptado las medidas correctoras oportunas, de acuerdo con lo señalado se debe proceder al archivo de las actuaciones. No obstante, y para evitar problemas similares a los denunciados, Don **A.A.A.** deberá obtener el consentimiento inequívoco para el tratamiento de datos personales; así como conservar la acreditación de dicho consentimiento.

De acuerdo con lo señalado,

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

**SE ACUERDA:**

**1.- ARCHIVAR** el procedimiento **A/00407/2017** 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