



Procedimiento N°: A/00238/2016

RESOLUCIÓN: R/01904/2016

En el procedimiento A/00238/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a D. **A.A.A.**, vista la denuncia presentada por la **D.G. GUARDIA CIVIL, COMPAÑIA DE XXXX** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: En fecha 26 de junio de 2015 tiene entrada en la Agencia un escrito del Puesto de la Guardia Civil de ***LOCALIDAD.1 (Albacete) (en lo sucesivo el denunciante), al que se adjunta copia de una acta-denuncia (2015-*****) formulada por dos agentes contra un trabajador de una empresa, don **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciado), en el marco de una operación de incautación de cocaína. Según se expone en el acta-denuncia, los trabajadores, que estaban siendo vigilados, fueron advertidos para que mantuvieran discreción sobre la operación, detectándose a pesar de ello que el trabajador denunciado divulgó, a través de la aplicación de mensajería instantánea *Whatsapp*, una imagen de los denunciantes (de la que se aporta copia impresa) y otra de las bolsas que habían sido incautadas, siendo esta última filtrada a los medios de comunicación.

En el acta-denuncia se indica que las diligencias tramitadas (2015-*****) han sido también remitidas al Juzgado de Guardia de ***LOCALIDAD.1.

SEGUNDO: En fecha 7 de julio de 2015 por la Inspección de Datos se verifica que en <http://cadenaser.com> y en <http://www.radioazul.com> figuran publicadas sendas informaciones, fechadas el DD y el DD de MM, respectivamente, que hacen referencia al hallazgo, por los trabajadores de una empresa de ***LOCALIDAD.1, de un alijo de cocaína, ilustrándose la noticia con una fotografía en la que no figura la imagen de ninguna persona.

En escrito de fecha de entrada de 28 de julio de 2015 el Puesto de la Guardia Civil de ***LOCALIDAD.1 informa a la Agencia de que las diligencias policiales estaban siendo tramitadas por el Juzgado de Instrucción nº 1 de los de ***LOCALIDAD.1.

En fecha 31 de julio de 2015 por la Inspección de Datos se solicita al Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de ***LOCALIDAD.1 que informe a la Agencia del estado de tramitación de las diligencias, a los efectos de determinar la concurrencia de una infracción administrativa por parte del denunciado, que justificara la iniciación del correspondiente procedimiento. No habiéndose recibido respuesta, en fecha 17 de mayo de 2016 se reitera la solicitud, sin que hasta la finalización de las actuaciones de inspección se haya recibido la información solicitada.

TERCERO: Con fecha 17/05/2016 tiene entrada en esta Agencia, escrito del citado Juzgado informando que: *“En relación con la solicitud de información recibida en este*

Juzgado en fecha de 19 de mayo de 2015 (...) relativa a los hechos acaecidos en DD de AA en esta localidad. Se le informa a UD, que dichos (...) hechos dieron lugar al procedimiento penal identificado como Diligencias Previas 513/2015, el cual fue sobreseído con fecha de 21 de julio de 2015. Se adjunta a tal efecto copia del Auto de Sobreseimiento Libre.”

CUARTO: Con fecha 21 de junio 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/00238/2016 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 (LOPD), con relación a la denuncia por infracción de su artículo 6.1, tipificada como grave en el artículo 44.3.b). Dicho acuerdo fue notificado al denunciante y al denunciado.

QUINTO: Con fecha 20/07/2016 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica:

<<...Me encontraba en dicha empresa cuando se realizó una operación de incautación de cocaína.

En el momento del hallazgo y en las horas sucesivas estaba acompañado en todo momento por mis compañeros de trabajo.

Tras el hallazgo se avisó de inmediato a la D.G. de la GUARDIA CIVIL, quienes llevaron el caso en todo momento, nosotros estuvimos todos retenidos hasta que se nos ordenó marcharnos.

Yo, es cierto que realice dos fotografías, con el teléfono móvil y avise a mis familiares para que no me esperasen para comer, mediante un whatsapp.

Por todo lo expuesto anteriormente, alego que:

En el momento que avise a mis familiares, no lo hice con el fin de difundir lo que en esos momentos estaba ocurriendo dentro de la empresa y por supuesto nunca quise dejar al descubierto la identidad de los agentes que se encontraban en ese momento trabajando en el caso.

Después de avisar a mis familiares, se nos avisó por parte de la GUARDIA CIVIL, para que mantuviésemos discreción sobre la operación y por mi parte así fue.

Nunca me puse en contacto con ningún medio de comunicación, ni redes sociales ya que no tengo cuentas en ellas.

En aquel momento en la empresa estábamos todos los trabajadores y también se presentaron personas de a pie, ya que es un punto de venta de productos, por ello el caso fue más comentado.

Por tanto mi intención nunca fue entorpecer el trabajo de los agentes, ni por supuesto



divulgue imágenes o noticias relacionadas con la operación.

No puedo adjuntar más pruebas ya que no las poseo...>> (el subrayado es de la AEPD).

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha 26 de junio de 2015 tiene entrada en la Agencia un escrito del Puesto de la Guardia Civil de ***LOCALIDAD.1 (Albacete) (en lo sucesivo el denunciante), al que se adjunta copia de una acta-denuncia (2015-*****) formulada por dos agentes contra un trabajador de una empresa, don **A.A.A.** (en lo sucesivo el denunciado), en el marco de una operación de incautación de cocaína. Según se expone en el acta-denuncia, los trabajadores, que estaban siendo vigilados, fueron advertidos para que mantuvieran discreción sobre la operación, detectándose a pesar de ello que el trabajador denunciado divulgó, a través de la aplicación de mensajería instantánea *Whatsapp*, una imagen de los denunciantes (de la que se aporta copia impresa) y otra de las bolsas que habían sido incautadas, siendo esta última filtrada a los medios de comunicación.

En el acta-denuncia se indica que las diligencias tramitadas (2015-*****) han sido también remitidas al Juzgado de Guardia de ***LOCALIDAD.1 (folios 1 a 4).

SEGUNDO: Con fecha 20/07/2016 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica:

<<...Me encontraba en dicha empresa cuando se realizó una operación de incautación de cocaína.

En el momento del hallazgo y en las horas sucesivas estaba acompañado en todo momento por mis compañeros de trabajo.

Tras el hallazgo se avisó de inmediato a la D.G. de la GUARDIA CIVIL, quienes llevaron el caso en todo momento, nosotros estuvimos todos retenidos hasta que se nos ordenó marcharnos.

Yo, es cierto que realice dos fotografías, con el teléfono móvil y avise a mis familiares para que no me esperasen para comer, mediante un whatsapp.

Por todo lo expuesto anteriormente, alego que:

En el momento que avise a mis familiares, no lo hice con el fin de difundir lo que en esos momentos estaba ocurriendo dentro de la empresa y por supuesto nunca quise dejar al descubierto la identidad de los agentes que se encontraban en ese momento trabajando en el caso.

Después de avisar a mis familiares, se nos avisó por parte de la GUARDIA CIVIL, para que mantuviésemos discreción sobre la operación y por mi parte así fue.

Nunca me puse en contacto con ningún medio de comunicación, ni redes sociales ya

que no tengo cuentas en ellas.

En aquel momento en la empresa estábamos todos los trabajadores y también se presentaron personas de a pie, ya que es un punto de venta de productos, por ello el caso fue más comentado.

Por tanto mi intención nunca fue entorpecer el trabajo de los agentes, ni por supuesto divulgue imágenes o noticias relacionadas con la operación.

No puedo adjuntar más pruebas ya que no las poseo...>> (el subrayado es de la AEPD) (folio 52).

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 se hace referencia a la observación formulada por la Sra. Lindqvist la cual se limita al tratamiento de datos de una sola persona y los apartados 25 y 26 relativos al concepto de dato personal, considerando incluido en el mismo “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 que el trabajador denunciado divulgó, a través de la aplicación de mensajería instantánea *Whatsapp*, una imagen de dos agentes (de la que se aporta copia impresa) y otra de las bolsas que habían sido incautadas siendo esta última, filtrada a los medios de comunicación.

IV

No obstante, la disposición final quincuagésima sexta de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible (BOE 5-3-2011) ha añadido un nuevo apartado 6 al artículo 45 de la Ley 15/1999 de Protección de Datos en lugar del existente hasta su promulgación del siguiente tenor:

“Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador, y en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurren 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 imputado, teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del denunciado 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.

El denunciado ha reconocido “...que realice dos fotografías, con el teléfono móvil y avise a mis familiares para que no me esperasen para comer, mediante un whatsapp...”. No obstante, en el presente caso no proceden medidas correctoras. 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 sería apercibimiento, sino archivo, como se deduce del citado fundamento de derecho: *<<...Pues bien, en el caso que nos ocupa el supuesto concreto, de entre los expresados en el apartado quinto del artículo 45, acogido por la resolución administrativa recurrida para justificar la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD es el primero, pues aprecia “una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del denunciado 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”, tal y como expresa su fundamento de derecho VII.*

Por ello, concurriendo las circunstancias que permitían la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD, procedía “apercibir” o requerir a la denunciada para que llevara a cabo las medidas correctoras que la Agencia Española de Protección de Datos considerase pertinentes, en sustitución de la sanción que de otro modo hubiera correspondido.



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.

Recuérdese que al tener conocimiento de la denuncia la entidad denunciada, procedió por iniciativa propia a dirigirse a Google para que se eliminara la URL donde se reproducían la Revista y el artículo, a solicitar a sus colaboradores que suprimieran cualquier nombre de sus artículos o cualquier otra información susceptible de parecer dato personal y que revisaran las citas del área privada de la web para borrar cualquier otro dato sensible, y, por último, a revisar la configuración de los accesos para que los buscadores no tuvieran acceso a las Revistas.

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 precedente 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.

Por el contrario, la resolución administrativa recurrida procedió a “apercibir” a la entidad PYB ENTERPRISES S.L., aunque sin imponerle la obligación de adoptar medida correctora alguna, lo que solo puede ser interpretado como la imposición de un “apercibimiento”, entendido bien como amonestación, es decir, como sanción, o bien como un mero requerimiento sin objeto. En el primer caso nos hallaríamos ante la imposición de una sanción no prevista en la LOPD, con manifiesta infracción de los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora, previstos en los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el segundo supuesto ante un acto de contenido imposible, nulo de pleno derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 62.1.c) de la misma Ley...>>

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00238/2016** seguido contra D. **A.A.A.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, en relación con la denuncia por la infracción del artículo 6.1 de la citada ley.

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

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a la **D.G. GUARDIA CIVIL. COMPAÑIA DE XXXX.**



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 el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 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