



Procedimiento nº.: E/03153/2018

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00686/2018

Examinado el recurso de reposición interpuesto por **MINISTERIO DEL INTERIOR --DIRECCION GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL-- DIRECCION ADJUNTO OPERATIVA ZONA DE ANDALUCIA COMANDANCIA DE CADIZ COMPAÑIA FISCAL (Cádiz)** contra la resolución dictada por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente de actuaciones previas de inspección **E/03153/2018**, y en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 12 de septiembre de 2018, se dictó resolución por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente de actuaciones previas de inspección **E/03153/2018**, procediéndose al **Archivo** de actuaciones en aplicación del principio de presunción de inocencia.

Dicha resolución, que fue notificada al recurrente en tiempo y forma según consta acreditado en el expediente, según aviso de recibo que figura en el expediente.

SEGUNDO: **MINISTERIO DEL INTERIOR DIRECCION GENRAL DE LA GUARDIA CIVIL DIRECCION ADJUNTO OPERATIVA ZONA DE ANDALUCIA COMANDANCIA DE CADIZ COMPAÑIA FISCAL (Cádiz)** (en lo sucesivo el recurrente) ha presentado en esta Agencia, en fecha 11 de octubre de 2018, recurso de reposición, fundamentándolo básicamente en los siguientes extremos:

“En el apartado 2.1.1 (**pag.2**) del escrito recibido de esa Agencia alega el denunciado lo siguiente (...).

“Esta alegación por parte del denunciado es rotundamente **falsa**, toda vez que el único Teniente destinado en esta Unidad y al que hace referencia se encontraba en **comisión de servicios en el extranjero** (...), encontrándose como Jefe del dispositivo el día en que ocurren los hechos.

Estas alegaciones/manifestaciones que realiza el denunciado carecen de credibilidad alguna, puesto que en el Canal **Youtube**, el usuario tiene la posibilidad a la hora de subir un video de consignar las opciones para ponerlo como **“Público”**.

“El denunciado ya tenía experiencia respecto a la subida de videos en la Web **Youtube**, puesto que se pudo observar en su momento en dicha Web, que tenía otro video anterior al publicado, ...constando como titular el denunciado.

“A lo anteriormente expuesto, se adjunta al presente escrito, declaración del Sr. Teniente Jefe de la Sección Fiscal del Puerto de Cádiz (...) en la fecha en que suceden los hechos y declaración del Guardia Civil denunciante”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

En virtud de los poderes que el artículo 58.2 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante RGPD) reconoce a cada autoridad de control, y según lo establecido en el art. 37.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos es competente para resolver este procedimiento.

II

En fecha **11/10/2018** se recibe en este organismo escrito calificado como Recurso de reposición contra la Resolución de **Archivo** de esta Agencia en el marco del procedimiento con número de referencia **E/03153/2018**.

El mismo trae causa de la **Denuncia** presentada en fecha **16/04/18** por medio de la cual se traslada como hecho principal el siguiente:

*“existencia de una grabación de audio-video colgada en la Web **Youtube**, en dónde aparece su imagen en un control de vehículos y personas efectuado en el desempeño de sus funciones profesionales (...)*” –folio nº 1--.

Los **hechos** por tanto no admiten discusión, al producirse un “tratamiento de la imagen” de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones profesionales, sin tener el consentimiento informado del mismo, siendo expuesta la imagen de este en una plataforma web dedicada a compartir videos de diversa índole.

La Denuncia es remitida por medio de **Oficio** de fecha de entrada en este organismo **16/04/2018**, estando la misma firmada por el Guardia Civil Denunciante con número de carnet profesional *****CARNET.1***.

El artículo 62 apartado 5 de la Ley 39/2015 (1 octubre) dispone lo siguiente: *“La presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de **interesado** en el procedimiento”* (* la negrita pertenece a este organismo).

Por tanto este organismo se limitó a analizar los “hechos” en el marco de la normativa en vigor, procediendo a enjuiciar si los mismos debían tener algún tipo de reproche administrativo.

Según consta acreditado por parte de esta Agencia se dio traslado de los “hechos” a la parte denunciada, para que alegara en Derecho lo que estimara oportuno, procediendo mediante escrito de fecha **30/07/18** a contestar lo siguiente:

“que estaba realizando unas grabaciones para personal militar, Guardia Civil y Policía Nacional, ...donde la pasión por las motos Trail Ventura y los viajes entre las Islas le suponían un total desconocimiento (...)”



“Ninguno de los Agentes presentes opuso discrepancia, ni oposición a las grabaciones conociendo la finalidad de los videos (...) y en ningún momento se persigue mermar ni poner en riesgo la seguridad del dispositivo (...)”

*“Se procede por mi parte al borrado y cancelación de dicho Canal, dado que por esta parte Nunca hubo intención torticera en la utilización de estas grabaciones (...), por lo cual y por mi **HONOR** pido disculpas....”.*

III

Analizados los hechos, cabe señalar que la imagen de un funcionario es un **dato personal**, objeto de tutela por diversas ramas de nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 3 a) LOPD (LO 15/99, 13 diciembre) dispone: **“Datos de carácter personal:** cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

El artículo 6.1 LOPD (vigente en el momento de producirse los hechos) dispone lo siguiente:

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

No admite discusión, que el denunciado no acreditó disponer del consentimiento informado del denunciante para obtener su imagen, pues ningún documento probatorio se ha aportado al respecto, menos aún para difundirla por un canal de videos, a disposición de cualquier usuario.

Por parte de este organismo, se acreditó (Servicio de Inspección de Datos AEPD) que en fecha **07/09/2018** el video colgado con la denominación **“***VIDEO.1 (A.A.A.) no está disponible** en el canal www.youtube.com (**URL.1).

Por consiguiente, las imágenes objeto de difusión fueron objeto de retirada, tras tener conocimiento el denunciado de la reclamación interpuesta en este organismo, procediendo a emitir unas “sinceras” disculpas a la parte denunciante.

Por tanto, la infracción administrativa fue declarada probada por este organismo, esto es, que se había producido un **“tratamiento no consentido”** de los datos personales (del funcionario denunciante).

El artículo 45 apartado 6º de la LOPD (LO 15/99, 13 de diciembre) dispone:

*“**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 caso expuesto, la única **medida** exigible por este organismo sería la retirada inmediata del video en cuestión, más allá del contenido del mismo o las expresiones que pudieran verse en el mismo, hecho que quedó claramente demostrado en la fase de instrucción oportuna, como se ha indicado anteriormente.

La discrecionalidad no equivale nunca a arbitrariedad, se puntualiza que el ejercicio de la potestad discrecional exige que el acto en que se concreta el ejercicio de esa potestad sea razonado (STS de 20 de septiembre de 1994).

En el caso analizado, se valoró que la expresión vertida era puntual, sin perjuicio de tratarse de un insulto, el hecho de que no había sido sancionado anteriormente en la materia, así como la retirada del video en cuestión y las disculpas esgrimidas.

La potestad de discrecionalidad implica la facultad de elegir entre las sanciones reguladas **legalmente**, por la que mejor se corresponda a la gravedad de los hechos descritos, sin dar cabida a motivos espurios, revanchistas o de otra índole, considerándose acertado en el caso expuesto por la sanción del **Apercibimiento**.

Como acertadamente se indicó, en la hoy recurrida resolución de fecha **12/09/2018**, cuando se han adoptado las medidas correctoras oportunas, que suponen el cese de la afectación al derecho afectado, no procede realizar apercibimiento alguno, al carecer el mismo de sentido práctico, procediendo a decretar el Archivo del procedimiento, lo que no implica que la conducta denunciada no fuese considerada como contraria a la normativa en vigor.

En caso de una “**nueva**” conducta por la parte denunciada, contraria a la normativa en vigor, se tendría en cuenta a la hora de proceder a la apertura de un procedimiento sancionador, por infracción de la normativa vigente en materia de protección de datos.

Sobre este aspecto, existen diversos pronunciamientos, como lo señalado por la Sentencia de la **Audiencia Nacional** de 29-11-2013, de acuerdo con cuyo Fundamento Jurídico SEXTO, los procedimientos de apercibimiento que finalizan sin requerimiento se deben resolver como **archivo**, debiendo estimarse adoptadas ya las medidas correctoras pertinentes en el caso por lo que debe procederse a resolver el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno al denunciado, en aplicación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

IV

De manera que analizadas las alegaciones esgrimidas por la parte denunciante, cabe concluir que la resolución impugnada se **ajusta a la legalidad vigente**, al ser una **potestad**



discrecional de esta Agencia, optar ante el caso denunciado por aplicar la figura del Apercibimiento, en este caso sin medidas.

Lo anterior, no es impedimento, para quizás haber recordado a la parte denunciada, que no se puede grabar a los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones profesionales, sin su consentimiento expreso, fuera de los casos en que la actividad de los mismos o su actuación requiera de algún tipo de reproche penal o de otra índole, en cuyo caso las imágenes obtenidas deben ser trasladadas al Ministerio Fiscal o al Juzgado de Instrucción más próximo al lugar de comisión de los hechos.

Todo ello sin perjuicio de que la conducta denunciada pueda ser subsumible en otros tipos infractores administrativos, que serán objeto de enjuiciamiento en los órganos competentes, a los efectos legales oportunos.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por **MINISTERIO DEL INTERIOR --DIRECCION GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL-- DIRECCION ADJUNTO OPERATIVA ZONA DE ANDALUCIA COMANDANCIA DE CADIZ COMPAÑIA FISCAL (CÁDIZ)** contra la resolución de esta Agencia dictada con fecha 12 de septiembre de 2018, en el expediente de actuaciones previas de inspección E/03153/2018.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a **MINISTERIO DEL INTERIOR --DIRECCION GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL-- DIRECCION ADJUNTO OPERATIVA ZONA DE ANDALUCIA COMANDANCIA DE CADIZ COMPAÑIA FISCAL (CADIZ)**.

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, se podrá interponer en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto según lo previsto en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 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 del referido texto legal.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos