



Procedimiento nº: PS/00174/2012

ASUNTO: Recurso de Reposición Nº RR/00663/2012

Examinado el recurso de reposición interpuesto por Dña. **B.B.B.** contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador PS/00174/2012, y en base a los siguientes,

HECHOS

PRIMERO: Con fecha 20 de julio de 2012, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el procedimiento sancionador, PS/00174/2012, en virtud de la cual se imponía a Dña. **B.B.B.**, una sanción de 1000 €, por la vulneración de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), infracción tipificada como grave en el artículo 44.3.b), de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 5 de la citada Ley Orgánica.

Dicha resolución, que fue notificada a la recurrente en fecha 25/07/2012, fue dictada previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

SEGUNDO: Como hechos probados del citado procedimiento sancionador, PS/00174/2012, quedó constancia de los siguientes:

<<...PRIMERO: En escrito fechado el 7/3/2012, con fecha de entrada en la Agencia de 27/3/2012, el Juzgado de instrucción nº 14 de Málaga traslada a la Agencia copia de documentación relativa al procedimiento abreviado 213/2011, por denuncia relativa a la creación de un perfil falso en la red social Badoo (D.D.D.), con el nombre "F.F.F.", conteniendo fotografías de la denunciante obtenidas de Facebook y el siguiente texto: "Quiero amistad con cualquiera 32-35." Y la siguiente descripción: " No me gusta la gente falsa que va por la vida engañando para conseguir sus fines... así que si eres uno de ellos, pasa de largo please!!!! por lo demás poco que contar, si quieres saber mas de mi... preguntame!!! No comoooooooooooo.... jajajaja".

*En denuncia presentada en comisaría el 21/10/2011, Dña. **A.A.A.** (en lo sucesivo, la denunciante) manifiesta haber tenido conocimiento el 11/10/2011, a través de un amigo, de que otra persona mantenía conversaciones en Badoo a través de un perfil en el que figuraban sus fotografías. El día 26/10/2011 reitera sus declaraciones en comisaría y deja constancia del perjuicio que le causa, dado que los amigos de su propia hija tan tenido acceso al perfil.*

En actuaciones policiales se constata, mediante informaciones suministradas por Badoo, que el perfil se creó el 10/10/2011 utilizando una cuenta de correo que a la vez había sido utilizada para publicar una demanda de empleo en un portal de anuncios.



Tras citar a la autora de la demanda de empleo, Dña. **B.B.B.** (en lo sucesivo la denunciada), esta reconoce haber sido “la persona que haciendo uso de las fotografías pertenecientes a la denunciante, abrió una cuenta en el portal BADOO, con la intención de poder contactar con una persona que conoció también a través de internet, si bien manifiesta desconocer las consecuencias legales que esto podría acarrear, así como que tampoco era su intención causar algún perjuicio a la legítima titular de las fotografías”. Según declara, su intención era utilizar una identidad diferente averiguar las razones por las que no volvió a tener contacto con esa persona. Según declaró a la Policía el 8/11/2011, “abrió un perfil en BADOO con el nombre de F.F.F., inventándose todos los datos de registro, pero utilizando las fotografías de una chica, que en el Facebook aparece registrada [...] y quien la declarante tenía como agregada al Facebook, lo que indica que en algún momento la citada [...] aceptó una invitación de amistad por su parte. [...] lo antes posible iba a confesarle a su conocido de **G.G.G.** que la persona con la que él pensaba que hablaba no era la mujer de las fotos, sino ella”. El 9/11/2011 ratificó sus declaraciones ante el Juzgado de instrucción nº 9 de Málaga.

El 5/3/2012 el Fiscal solicita el sobreseimiento de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de delito y estima que deben remitirse a la AEPD. En auto de 7/3/2012, la magistrada decreta el sobreseimiento y acuerda el traslado a la Agencia (folios 1 a 58).

SEGUNDO: Con fecha 16/07/2012 se intenta acceder al perfil creado por la denunciada en la red social Badoo (**D.D.D.**) con el nombre “F.F.F.” que contenía las fotografías de la denunciante, sin que sea posible al haber sido eliminado o no estar disponible temporalmente (folio 80)...>>

TERCERO: Dña. **B.B.B.** ha presentado en la Subdelegación de Gobierno de Málaga el 25/08/2012, teniendo entrada en esta Agencia Española de Protección de Datos en fecha 31/08/2012, recurso de reposición fundamentándolo, básicamente en las manifestaciones que se extractan:

“...no puede acreditarse el número de usuarios de la red social que han podido tener acceso a las imágenes...”

“...Parece evidente que, en el caso que nos ocupa, no existe tratamiento automatizado de los datos, ni los datos personales están destinados a un fichero...”

“...ya que no hay ningún dato que identifique a la denunciante, puesto que todos los datos que aparecen son inventados...”

“...exención doméstica...”

“...Yo soy consciente que una persona no puede hacerse pasar por otra en una red, pero esto no es lo que hice...”

“...La Fiscalía no ve absolutamente nada punible, no siendo ajustado a la realidad el que fuera la Fiscalía la que estimara que el expediente debía remitirse a la AEPD, ya que esta remisión fue a iniciativa de la titular del Juzgado de Instrucción nº 14 de



Málaga porque al tener dudas sobre la ilicitud...”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver el presente recurso el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto 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 (en lo sucesivo LRJPAC).

II

En relación con las manifestaciones efectuadas por la recurrente, en los Fundamentos de Derecho del II al VII ambos inclusive, de la Resolución recurrida se recogían, tal como se transcribe a continuación:

<<II

En relación con los hechos que se imputan en el presente procedimiento, se hace necesario en primer lugar transcribir diversos conceptos que se acuñan en el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999.

“a) Datos de carácter personal: Cualquier información (...)

b) Fichero: Todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.

c) Tratamiento de datos: 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.

d) Responsable del fichero o tratamiento: Persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

e) Afectado o interesado: Persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo.

f) Procedimiento de disociación: Todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable.

h) Consentimiento del interesado: Toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen.

j) Fuentes accesibles al público: Aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa, o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de



nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los Diarios y Boletines oficiales y los medios de comunicación.”

III

El artículo 6.1 de la LOPD, que señala que: “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 negocial, 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.”

Por su parte, resulta necesario indicar que el Tribunal Supremo, en una reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso, de fecha 8 de febrero de 2012 ha declarado el requisito de que los datos personales figuren en fuentes accesibles al público contrario a derecho, concretamente, al artículo 7 letra f) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. Este último, si bien requiere que el tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido y que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado, no exige que los datos personales figuren en fuentes accesibles al público.

De acuerdo con el criterio mantenido por la Audiencia Nacional, al tratamiento de datos de carácter personal en Internet le resulta de aplicación la normativa española de protección de datos. En particular, resulta relevante la sentencia de 20/04/2009 (recurso 561/2007), donde el órgano judicial aplica los fundamentos de la sentencia de 7/11/2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso Lindqvist. Asunto C-101/01), al entender 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 Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT29), órgano consultivo europeo independiente establecido en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, adoptó el 12 de junio de 2009 el Dictamen 5/2009, sobre las redes sociales en línea. Este documento se centra en cómo el funcionamiento de los servicios de redes sociales



(SRS) puede satisfacer los requisitos de la legislación sobre protección de datos de la Unión Europea.

En particular, en el documento se destaca cómo muchos usuarios de las redes sociales se mueven dentro de una esfera puramente personal, poniéndose en contacto con gente como parte de la gestión de sus asuntos personales, familiares o domésticos. Según destaca el GT29, la citada Directiva no impone las obligaciones de un responsable de datos a un individuo que procesa datos personales "en el transcurso de actividades estrictamente personales o domésticas". Siguiendo este precepto, el GT29 estima que, con carácter general, en la mayor parte de las actividades realizadas por los usuarios de un SRS debe aplicarse lo que denomina "exención doméstica", en lugar de la normativa de protección de datos.

Ahora bien, en el Dictamen se especifican así mismo tres supuestos en los que tales actividades no estarían cubiertas por la "exención doméstica". El primer supuesto se refiere a los casos en los que se utiliza el SRS como plataforma de colaboración para una asociación o una empresa. Si un usuario de SRS actúa en nombre de una sociedad o asociación, o utiliza el SRS principalmente como una plataforma para conseguir objetivos comerciales, políticos o benéficos, la exención no se aplica. En este caso, el usuario asume todas las obligaciones de un responsable de datos que está revelando datos personales a otro responsable de datos (el SRS) y a terceros (otros usuarios del SRS o, potencialmente, otros responsables de datos con acceso a los mismos). En estas circunstancias, el usuario necesita el consentimiento de las personas concernidas o algún otro fundamento legítimo dispuesto en la Directiva de Protección de Datos.

El GT29 expone que los prestadores del SRS deben garantizar la instauración de configuraciones por defecto gratuitas y que respeten la privacidad, restringiendo el acceso a los contactos seleccionados. En estas condiciones, cuando el acceso a la información del perfil se amplía hasta más allá de los contactos seleccionados, como cuando se facilita el acceso al perfil a todos los miembros del SRS o cuando los datos son indexables por motores de búsqueda, el acceso se sale de la esfera personal o doméstica. De igual manera, si un usuario toma una decisión informada de ampliar el acceso más allá de los "amigos" seleccionados, las responsabilidades inherentes a un responsable de datos se activan. Efectivamente, se aplicará el mismo régimen legal que cuando cualquier persona utiliza otras plataformas tecnológicas para divulgar datos personales en Internet. En varios Estados Miembros, la falta de restricciones de acceso (y así el carácter público) significa que la Directiva de Protección de Datos se aplica en el sentido de que el usuario de Internet adquiere responsabilidades de un responsable de datos. No obstante, el GT29 hace constar que, aunque la exención doméstica no se aplique, el usuario de SRS puede beneficiarse de otras exenciones como la exención con fines periodísticos o de expresión literaria o artística. En dichos casos, se ha de llegar a un equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho a la privacidad.

Finalmente, el GT29 aborda un tercer escenario en que la "exención doméstica" no sería aplicable. Se trata de aquellos supuestos en los que es preciso garantizar los derechos de terceros, particularmente en relación con datos sensibles. No obstante, se hace constar que, aun cuando se aplique la "exención doméstica", un usuario podría ser responsable de acuerdo con las disposiciones generales de la legislación civil o penal nacional en cuestión (por ejemplo, por difamación, responsabilidad civil extracontractual por suplantación de personalidad, responsabilidad penal).



En el Dictamen se aclara el concepto de “datos sensibles”. Así, los datos que revelan el origen racial o étnico, opiniones políticas, creencias religiosas o filosóficas, la pertenencia a un sindicato o datos relativos a la salud o a la vida sexual se consideran sensibles. Los datos personales sensibles solo se pueden publicar en Internet con el consentimiento explícito del sujeto de datos o si el sujeto de datos ha hecho que los datos sean manifiestamente públicos él mismo.

El GT29 expone que en algunos Estados Miembros de la UE, las imágenes de los sujetos de datos se consideran una categoría especial de datos personales, ya que se pueden utilizar para distinguir entre orígenes raciales/étnicos o pueden utilizarse para deducir las creencias religiosas o los datos sobre la salud. El GT29, en general, no considera que las imágenes en Internet sean datos sensibles, a menos que éstas se utilicen claramente para revelar datos sensibles acerca de los individuos.

En consecuencia, de conformidad con el criterio interpretativo mantenido por el GT29, es preciso que concurra alguno de los escenarios expuestos, en los que la “exención doméstica” no resulta de aplicación, para que sean aplicables los requisitos previstos en la LOPD.

No obstante, en el apartado 3.9 del Dictamen el GT29 aborda los derechos de los individuos afectados que, de acuerdo con las disposiciones expuestas en los artículos 12 y 14 de la Directiva 95/46/CE, deben respetar los SRS. Así, el GT29 concluye que los derechos de acceso, rectificación y cancelación no se limitan a los usuarios del servicio, sino a cualquier persona física cuyos datos se procesen. Los miembros y no miembros de los SRS deberán tener un medio de ejercitar tales derechos.

En el presente caso, se ha constatado por la Inspección que los datos de carácter personal de la denunciante (fotografías con la imagen de la misma), han sido tratados en Badoo sin el consentimiento previo de la afectada, siendo accesibles por cualquier usuario de esta red social. En consecuencia, de acuerdo con los criterios expuestos, no resulta de aplicación la “exención doméstica”, siendo plenamente aplicable a ese tratamiento la normativa de protección de datos.

V

En Sentencia de 20/10/2011 la Audiencia Nacional confirmaba la sanción impuesta por la Agencia al titular de una línea telefónica desde la que se había colgado un video en internet. En esta Sentencia se argumentaba: “En este caso, quien incluye el video en YouTube es el responsable del tratamiento pues decide, a través de dicha inclusión en Internet, sobre la publicación y difusión del citado video, y en definitiva sobre la finalidad del tratamiento, ostentando la condición de responsable del tratamiento. Puesto que, como se ha expuesto anteriormente de forma detallada, el vídeo fue incluido en la cuenta de usuario utilizando la “Contraseña” de YouTube y la cuenta y contraseña fueron creadas desde la línea titularidad del recurrente instalada en su domicilio, debe considerarse al recurrente responsable del tratamiento y, por tanto, responsable de la infracción por el tratamiento in consentido de datos consecuencia de la inclusión del video en YouTube.”

En el presente caso la denunciada ha reconocido que creó un perfil en la red social Badoo con datos de carácter personal de la denunciante (fotografías), sin el consentimiento de esta, por lo que es responsable de la citada infracción.



VI

El artículo 44.3.b) de la LOPD en su vigente redacción aprobada por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, tipifica como infracción grave: “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”

La Audiencia Nacional ha manifestado en su Sentencia de 22 de octubre de 2003 que <<la descripción de conductas que establece el artículo 44.3d) de la Ley Orgánica 15/1999 cumple las exigencias derivadas del principio de tipicidad, a juicio de esta Sala, toda vez que del expresado precepto se desprende con claridad cuál es la conducta prohibida. En efecto, el tipo aplicable considera infracción grave “tratar de forma automatizada los datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en la Ley”, por tanto, se está describiendo una conducta –el tratamiento automatizado de datos personales o su uso posterior- que precisa, para configurar el tipo, que dicha conducta haya vulnerado los principios que establece la Ley Orgánica. Ahora bien, estos principios no son de aquellos que deben inferirse de dicha regulación legal, sino que aparecen claramente determinados y relacionados en el título II de la Ley, concretamente, por lo que ahora interesa, en el artículo 6 se recoge un principio que resulta elemental en la materia, que es la necesidad de consentimiento del afectado para que puedan tratarse automatizadamente datos de carácter personal. Por tanto, la conducta ilícita por la que se sanciona a la parte recurrente como responsable del tratamiento consiste en usar datos sin consentimiento de los titulares de los mismos...>>

VII

Los artículos 45.1, 2, 4 y 5 de la LOPD en su vigente redacción aprobada por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible indican:

- “1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 a 40.000 euros.*
- 2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros (...)*
- 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.»

Dicho artículo 45.5 de la LOPD, que no es sino la manifestación del llamado principio de proporcionalidad (art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), incluido en el más general de prohibición de exceso reconocido por la Jurisprudencia como Principio General del Derecho (Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982), y es consecuencia del valor justicia que informa nuestro Ordenamiento Jurídico (Art. 1 de la Constitución Española), sin embargo debe aplicarse con exquisita ponderación, y sólo en los casos en los que la culpabilidad resulte sustancialmente atenuada atendidas las circunstancias del caso concreto.

En el presente caso, no consta que la denunciada tuviese consentimiento de la denunciante para el tratamiento de sus datos personales en Internet. Tampoco se ha producido ninguna excepción del consentimiento exigido, según las excepciones previstas en el transcrito artículo 6.2 de la LOPD.

Por otra parte, la naturaleza de los datos y la gravedad de los derechos hacen necesario utilizar el procedimiento sancionador para sancionar una conducta no amparable en las reglas de Internet sin que quepa limitarse a exigir la cancelación.



No obstante, debe tenerse en cuenta a los efectos de la aplicación del artículo 45.5 de la LOPD, la circunstancia - el entorno de Internet proclive a la introducción de información - así como el hecho de que no consta acreditada reincidencia en la conducta imputada a la imputada, consistente en el tratamiento sin consentimiento de los datos de la denunciante; teniendo en cuenta el carácter no continuado de la infracción y la falta de vinculación de la actividad de la infractora con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, así como que es persona física.

Por todo ello, teniendo en cuenta los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 45.4 y 5 de la LOPD y procede imponer una sanción de 2.000 (dos mil euros)...>>

III

a) En relación con la manifestación efectuada por la recurrente de que *"...no puede acreditarse el número de usuarios de la red social que han podido tener acceso a las imágenes..."*

En la documentación remitida por el Juzgado de Instrucción nº 14 de Málaga existe constancia de que la recurrente entabló conversación, como mínimo, con 15 usuarios de la red, e incluso uno de ellos la interpela con el pseudónimo de la denunciante (**E.E.E.**).

En la declaración prestada el 8/11/2011 la recurrente reconoció: *"..., mantuvo conversación en privado, no sólo con el conocido de G.G.G., sino con otras personas que iniciaban conversación con ella..."*

En la declaración prestada por la denunciante el 26/10/2011 comunica que el perfil con sus fotografías ha sido visto por algunos amigos y por amigos de su hija:

"...Que la declarante no ha llegado a contactar con la persona en cuestión, ya que ni ella misma tiene cuenta abierta en Badoo, si bien tiene amigos que le han comentado, que si que han mantenido en privado una conversación a través de Badoo con esta persona, incluso los amigos de su hija, y le han dicho que esta persona, haciendo uso de la imagen de sus fotografías, dice cosas vulgares, así como todo tipo de obscenidades, que ella prefiere no nombrar.

-- Que en estos momentos desconoce si alguno de sus amigos conserva alguna de estas conversaciones, pero quiere dejar constancia del perjuicio que le está creando, ya que moralmente esto no es de su agrado, así como el daño que esto puede causar a su propia imagen, ya que como ha mencionado antes, incluso amigos de su hija han tenido acceso a esta información.

*-- Que es deseo expreso suyo, que se realicen las gestiones necesarias con los administradores del portal Badoo.com, para que la cuenta denunciada, con URL **H.H.H.:// C.C.C.**, abierta en dicho portal de Internet, y en la que aparecen SUS fotografías sin que ella haya dado permiso para ello, sea dada de baja..."*

b) Tampoco puede ser tenida en cuenta la alegación *"...Parece evidente que, en*



el caso que nos ocupa, no existe tratamiento automatizado de los datos, ni los datos personales están destinados a un fichero..." por cuanto la captación de las imágenes de la denunciante de Facebook (que la identifican plenamente) y su posterior incorporación al perfil creado en la red social Badoo, constituye un tratamiento de los datos de la denunciante de acuerdo con la definición de tratamiento de datos contenida en el artículo 3.c) de la LOPD. Dichas imágenes fueron incorporadas al fichero de Badoo, siendo necesaria para la titular de las imágenes, la presentación de una denuncia para que dichas imágenes, sus fotografías, fueran retiradas de dicha red social. A este respecto procede reiterar el criterio expresado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ya citado caso Lindqvist (Asunto C-101/01),

I c) Igualmente no puede ser tenida en cuenta la alegación *"...ya que no hay ningún dato que identifique a la denunciante, puesto que todos los datos que aparecen son inventados..."* Todos los datos eran inventados, excepto las fotografías que corresponden a la denunciante. El artículo 3.a) de la LOPD establece que se entenderá por Datos de carácter personal: *"Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables"*. Así mismo el art. 5.f) del citado Real Decreto 1720/2007, establece: *"Datos de carácter personal: Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables..."*

d) En cuanto a la alegación de que su actuación no constituiría un tratamiento de datos amparado por la LOPD y estaría cubierta por la *"...exención doméstica..."* Ha de considerarse que de acuerdo con la documentación remitida por el Juzgado de Instrucción nº 14 de Málaga existe constancia de que la recurrente entabló conversación como mínimo con 15 usuarios de la red, e incluso uno de ellos le pregunta **E.E.E.** Ha de tenerse en cuenta que en su perfil estableció: *"Quiero amistad con cualquiera 32-35"*, así como que: *"El GT29 expone que los prestadores del SRS deben garantizar la instauración de configuraciones por defecto gratuitas y que respeten la privacidad, restringiendo el acceso a los contactos seleccionados. En estas condiciones, cuando el acceso a la información del perfil se amplía hasta más allá de los contactos seleccionados, como cuando se facilita el acceso al perfil a todos los miembros del SRS..."* (el subrayado es de la AEPD). De la documentación aportada se desprende que los usuarios de Badoo que contactaron con la recurrente lo hicieron de forma espontánea, sin ser previamente invitados por esta, por lo que se deduce que el perfil falso era directamente accesible por los usuarios del portal, sin que quepa interpretar que el acceso al perfil hubiera sido previamente restringido por la recurrente.

e) No puede ser tenida en cuenta la alegación manifestada en el presente recurso *"...Yo soy consciente que una persona no puede hacerse pasar por otra en una red, pero esto no es lo que hice..."*, por cuanto, en la declaración prestada el 8/11/2011 ante el Secretario del Atestado 4639/2011 manifestó:

*-- Que debido a que la declarante estaba interesada en seguir contactando con él y también, para saber que era lo que le había pasado, también en la primera quincena de octubre, no recordando exactamente cuando decidió darse de alta en Badoo. Así para poder averiguar lo que habla ocurrido con esta persona, quien ya no quería hablar con ella, pensó que si tornaba la fotografía de otra mujer, lograría ponerse en contacto con él. Por ello, abrió un perfil en Badoo con el nombre de **F.F.F.**, inventándose todos los*



datos de registro, pero utilizando las fotografías de una chica, que en el Facebook aparece registrada como E.E.E., y quien la declarante tenía como agregada al FACEBOOK...”

Es decir, independientemente de que la recurrente pretendiera suplantar la identidad de la denunciante, lo cierto es que utilizó, sin autorización, la imagen de esta (que la identificaba plenamente) con la intención reconocida de conocer a otros usuarios del portal.

f) En relación a la alegación realizada en el presente recurso de reposición: “... La Fiscalía no ve absolutamente nada punible, no siendo ajustado a la realidad el que fuera la Fiscalía la que estimara que el expediente debía remitirse a la AEPD, ya que esta remisión fue a iniciativa de la titular del Juzgado de Instrucción nº 14 de Málaga porque al tener dudas sobre la ilicitud...” Entre la documentación recibida se encuentra el documento firmado por el fiscal el 5/03/2012 en el que manifiesta: “...EL FISCAL, solicita el sobreseimiento de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de delito, debiéndose remitirse las actuaciones a la Agencia de Protección de Datos a efectos de sanción administrativa...”

Por lo tanto, en el presente recurso de reposición, la recurrente no ha aportado nuevos hechos o argumentos jurídicos que permitan reconsiderar la validez de la resolución impugnada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

El Director de la Agencia Española de Protección de Datos **RESUELVE:**

PRIMERO: DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por Dña. **B.B.B.** contra la Resolución de esta Agencia Española de Protección de Datos dictada con fecha 20 de julio de 2012, en el procedimiento sancionador PS/00174/2012.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución a Dña. **B.B.B.**

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 Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD.

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.