



## Procedimiento N° PS/00427/2012

### RESOLUCIÓN: R/02831/2012

En el procedimiento sancionador PS/00427/2012, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a D. **C.C.C.**, vista la denuncia presentada por Dña. **A.A.A.** y teniendo como base los siguientes

#### ANTECEDENTES

**PRIMERO:** Con fecha de 23 de enero de 2012 tiene entrada en esta Agencia un escrito de Dña. **A.A.A.** (en adelante la denunciante) en el que denuncia el tratamiento no consentido de sus datos para la creación de perfiles y anuncios en distintos sitios web, en particular *Facebook*, *Meetic*, *Ashley-Madison*, *Segundamano* y *Agregame*. Según declara, sospecha de Dña. **B.B.B.**, ex pareja de su actual pareja.

**SEGUNDO:** A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por la Inspección de esta Agencia se tiene conocimiento de lo siguiente:

1. Sobre el perfil creado en FACEBOOK

Los responsables de la red social Facebook no han podido hallar ningún perfil con la denominación indicada por la denunciante. Se remitió copia de la solicitud de amistad aportada en el escrito de denuncia pero en base a los datos obrantes en dicho mensaje los responsables de la red social Facebook no han podido hallar ningún perfil.

2. Sobre el perfil creado en MEETIC

Dado que la entidad responsable del sitio web [www.meetic.es](http://www.meetic.es) tiene su sede en Francia, se solicitó la colaboración de la CNIL, la autoridad competente en materia de protección de datos en Francia, para obtener los datos que permitiesen identificar al responsable de la creación del perfil. El 5 de marzo de 2012 se recibió un escrito de la CNIL informando del inicio de las actuaciones de investigación pero, a fecha del presente informe, no se ha recibido ninguna otra información en relación con los hechos.

3. Sobre los anuncios y las respuesta a anuncios en [www.segundamano.es](http://www.segundamano.es)

En los sistemas del responsable del sitio web constan cinco anuncios publicados en los que se incluyeron los números de teléfono de la denunciante. Entre ellos figura uno que consta como rechazado y en el que se informaba del deseo de alquilar una habitación en régimen de piso compartido. En el mismo se hizo constar como correo electrónico de contacto el del trabajo de la denunciante y su número de teléfono fijo.

La dirección IP desde la que se publicó el anuncio estaba asociada en el momento de la publicación a una línea instalada en el domicilio que la denunciada atribuye a a la persona de la que sospecha, cuyo titular es don **C.C.C.**

4. Sobre el perfil creado en [www.agregame.com](http://www.agregame.com)

En los sistemas de la entidad responsable del sitio web constan los datos de un



perfil creado en la página web con nombre de usuario indicado por la denunciante. Entre los datos facilitados consta el correo electrónico del trabajo de la denunciante y una fotografía de la denunciante disfrazada.

La dirección IP desde la que se registró el anuncio es coincidente con la del apartado anterior.

Los usuarios que se dan de alta en el portal deben proporcionar un conjunto mínimo de datos entre los que se encuentra el nombre de usuario, clave, fecha de nacimiento, sexo, correo electrónico, país, provincia, fotografía del usuario y una breve descripción de lo que el usuario busca. Una vez finalizado el proceso de registro se envía un correo electrónico informativo con los datos del perfil a la dirección de correo proporcionada. En la parte inferior de todos los perfiles existe un enlace con el texto "¿Perfil falso?: ¿Crees que éste perfil es falso o las imágenes no se corresponden?" que permite denunciar los casos de suplantación de identidad o imágenes erróneas.

5. Sobre el perfil creado en [www.ashley-madison.com](http://www.ashley-madison.com)

La entidad responsable del sitio web tiene su sede en Irlanda por lo que se solicitó la colaboración de la autoridad competente en dicho país. La entidad responsable del sitio web informa de que el perfil fue cancelado y no constan datos en sus servidores respecto al mismo.

6. El inspector actuante remitió una solicitud de información el 2 de abril de 2012 dirigida al titular de la mencionada línea, que consta como recibida el 16 de abril de 2012 en el sistema de información del servicio de Correos. No consta respuesta alguna a la solicitud de información.
7. El inspector actuante remitió también una solicitud de información el 31 de mayo de 2012 dirigida a Dña. **B.B.B.**, de la que constan dos intentos de entrega los días 7 y 8 de junio de 2012 y que ha sido devuelta al remitente al no haber sido recogida.

**TERCERO:** Como consecuencia de la citada investigación se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. Se ha acreditado el tratamiento de los datos personales de la denunciante en dos sitios web:
  - 1.1. En [www.segundamano.es](http://www.segundamano.es) se utilizaron para publicar un anuncio el 22 de marzo de 2011.
  - 1.2. En [www.agregame.com](http://www.agregame.com) se utilizaron para publicar un perfil de la denunciante el 19 de marzo de 2011.

2. No ha podido identificarse al responsable del tratamiento de los datos de la denunciante en el resto de los sitios web indicados en el escrito de denuncia.

En los 2 casos indicados la dirección IP asignada al equipo desde el que se publicaron los datos corresponde a una línea instalada en el domicilio que la denunciante atribuye a la ex pareja de su actual pareja, siendo su titular don **C.C.C.**

3. El requerimiento de la Inspección dirigido a don **C.C.C.** fue notificado a este el 16 de abril de 2012.
4. El 31 de mayo de 2012 se remitió un requerimiento de información a Dña. **B.B.B.**, al



domicilio de instalación de la línea, que no fue recogido.

**CUARTO:** La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), en su Disposición final Quincuagésima Sexta, introduce importantes modificaciones en el Título VII de la LOPD. A lo anterior ha de añadirse que ha añadido un nuevo apartado 6 al artículo 45 de la LOPD 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 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”.*

Sin embargo la nueva redacción del artículo 45.4 de la LOPD incluye nuevos elementos, entre los que deben destacarse los siguientes:

- *El volumen de negocio y actividad del infractor*
- *La vinculación de la actividad del infractor con la realización de tratamientos de datos de carácter personal*

Del análisis de la concurrencia de los citados nuevos criterios se concluye, sin prejuizo lo que se derive de la instrucción del procedimiento, que en un caso como el presente, en el que imputado es titular de la línea telefónica asociada a la dirección IP asignada a equipos desde los que se publicó un anuncio falso de alquiler de vivienda en Segundamano.es (22/3/2011) y se creó un perfil falso en el portal de contactos Agregame.com (19/3/2011), conteniendo fotografía de la denunciante y otros datos personales, que se ha realizado un tratamiento de datos de la denunciante, tratamiento que se realizó sin consentimiento de la misma. Tales circunstancias impiden considerar que concurre una especial disminución de la culpabilidad y antijuridicidad y por lo tanto optar por la vía del apercibimiento previsto en el artículo 45.6 de la LOPD.

**QUINTO:** Con fecha 27 de julio de 2012, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó iniciar procedimiento sancionador a don **C.C.C.** (en adelante, el imputado), por presunta infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13/12, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma, pudiendo ser sancionada, con multa de 40.001 € a 300.000 €, de acuerdo con el artículo 45.2 de



dicha Ley Orgánica.

**SEXO:** En fechas 17 y 20 de agosto de 2012, se intentó la notificación del citado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador al imputado, a través del servicio de Correos y Telégrafos, figurando en el acuse de recibo "ausente", siendo depositado en la oficina de Correos, sin ser recogido hasta que es devuelto por dicha entidad a esta Agencia.

Con fecha 11 de septiembre de 2012, se envió al Ayuntamiento de Barcelona extracto del citado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, para su exposición en el Tablón de edictos del citado Ayuntamiento y al Boletín Oficial del Estado, publicándose en este último en fecha 20 de septiembre de 2012, otorgándose al afectado plazo para efectuar alegaciones a dicho acuerdo, acabando el mismo sin que por parte de éste se presentara escrito alguno.

Con fecha 16 de octubre de 2012, tuvo entrada en esta Agencia escrito del Ayuntamiento de Barcelona, en el que hace constar que el edicto, correspondiente a la notificación del citado acuerdo del procedimiento sancionador, estuvo expuesto en el Tablón de edictos del citado Ayuntamiento desde el día 17/09 al 4/10/2012.

**SÉPTIMO:** Transcurrido el plazo concedido para formular alegaciones al acuerdo de inicio sin que se hayan recibido las mismas, el citado acuerdo se considera propuesta de resolución, por lo que procede a elevar el procedimiento a la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, en virtud de lo previsto en el artículo 13.2 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

### **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO:** La denunciante ha aportado a la Agencia copia impresa de diversas páginas web (folios 1 a 45), donde se realiza tratamiento de sus datos de carácter personal. En particular, por la Inspección se ha acreditado el tratamiento de los datos personales de la denunciante en dos sitios web:

- En [www.segundamano.es](http://www.segundamano.es) se utilizaron para publicar un anuncio el 22 de marzo de 2011.
- En [www.agregame.com](http://www.agregame.com) se utilizaron para publicar un perfil de la denunciante el 19 de marzo de 2011.

**SEGUNDO:** En los 2 casos indicados la dirección IP asignada al equipo desde el que se publicaron los datos corresponde a una línea instalada en el domicilio que la denunciante atribuye a la ex pareja de su actual pareja, siendo su titular don **C.C.C.** (folios 48, 49, 80 a 83, 102 a 104 y 107, relativos al primer sitio web, y folios 50, 51, 62 a 64, 71, 72, 74, 75 y 79, relativos al segundo).

**TERCERO:** El requerimiento de la Inspección dirigido a don **C.C.C.** fue notificado a este el 16 de abril de 2012.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**



## I

Es competente para resolver este procedimiento el Director 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

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 pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.*

*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

Para determinar si la actuación del imputado 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.*”

#### IV

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 LOPD, como *“Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*.

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”*. 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. En otro caso las mencionadas disposiciones no serán de aplicación.

De acuerdo con la definición de tratamiento de datos personales, en el presente caso ha quedado acreditado la creación de un perfil con los datos de la denunciante en el sitio web de contactos agregame.com, creado desde una conexión a internet instalada en el domicilio del imputado, de la cual es titular, de acuerdo con la documentación que obra en el presente procedimiento. Para la creación del perfil se realizó un tratamiento de la dirección de correo electrónica del trabajo de la denunciante, así como una fotografía de la misma.



Por otro lado, los datos personales de la denunciante fueron también tratados en al menos un anuncio publicado en el sitio web [segundamano.com](http://segundamano.com)

Ambos hechos constituyen un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la citada Ley Orgánica.

El vigente Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, define el concepto de datos de carácter personal como cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, concerniente a una persona física identificada o identificable.

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 considera dato de carácter personal *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*, la dirección de correo electrónico, sus números de teléfonos y fotografía de la denunciante, utilizados sin su consentimiento para crear un perfil en un sitio web de contactos y para insertar anuncios en el sitio web [segundamano.com](http://segundamano.com) se ajustan a este concepto. La Directiva 95/46/CE en su Considerando 14 lo afirma expresamente al señalar:

*“(14)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;”*

## V

El artículo 6, apartados 1 y 2 de la LOPD, estipula lo siguiente:

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

*2.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 de 30 de noviembre de 2000, *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 (...)* (F.J. 7 primer párrafo).

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 caso analizado, de las actuaciones practicadas se desprende que fue creado un perfil con los datos personales de la denunciante en un sitio web de contactos, así como la inserción de al menos un anuncio en el sitio web *segundamano.com*, incluyendo sus teléfonos, fotografía etc.

En conclusión, el tratamiento de datos personales de la denunciante desde equipos conectados a internet a través de la línea de la que es titular el imputado requiere el consentimiento de la titular de los mismos, teniendo en cuenta que la denunciante ha manifestado expresa y reiteradamente no haberlo otorgado, debe considerarse incumplido el principio de consentimiento regulado en el artículo 6 de la LOPD.

## 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...>>*

En el presente caso ha quedado acreditado que los datos de la denunciante fueron tratados desde equipos conectados a internet a través de la línea de la que es titular el imputado, instalada en el domicilio donde, en fase de actuaciones previas, por la Inspección se intentó notificar tanto al imputado como a la persona de quien sospechaba la denunciante. En ninguno de los casos se ha probado que estas personas no residan en ese domicilio, habiéndose logrado practicar la notificación en el caso del titular de la línea, imputado en el presente procedimiento.

El imputado no ha aportado documentación acreditativa del consentimiento que, en su caso, le hubiera sido otorgado por la denunciante para el tratamiento de sus datos con la mencionada finalidad, vulnerándose así el principio de consentimiento regulado en el artículo 6 de la LOPD, lo que, en consecuencia, supone la comisión de una infracción tipificada como grave en el transcrito artículo 44.3.d) de la citada Ley Orgánica.

## VII

El principio de culpabilidad es exigido en el procedimiento sancionador y así la STC 246/1991 considera inadmisibles en el ámbito del Derecho administrativo sancionador una responsabilidad sin culpa. Pero el principio de culpa no implica que sólo pueda sancionarse una actuación intencionada y a este respecto el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone “sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.”

El Tribunal Supremo (STS 16 de abril de 1991 y STS 22 de abril de 1991) considera que del elemento culpabilista se desprende “que la acción u omisión, calificada de infracción sancionable administrativamente, ha de ser, en todo caso, imputable a su autor, por dolo o imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable.” El mismo Tribunal razona que “no basta...para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa” sino que es preciso “que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia.” (STS 23 de enero de 1998).

A mayor abundamiento, la Audiencia Nacional en materia de protección de datos



de carácter personal, ha declarado que *“basta la simple negligencia o incumplimiento de los deberes que la Ley impone a las personas responsables de ficheros o del tratamiento de datos de extremar la diligencia...”*(SAN 29 de junio de 2001).

## VIII

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 inconsentido de datos consecuencia de la inclusión del video en YouTube.”*

En el presente caso se ha logrado acreditar por la Inspección de Datos que desde la línea de la que es titular el imputado se creó un perfil en un sitio web de contactos y se dio de alta al menos un anuncio en el sitio web segundamano.es, con datos de carácter personal de la denunciante, sin el consentimiento de esta, por lo que, de acuerdo con la referida Sentencia, la responsabilidad por el tratamiento ha de ser imputada a dicho titular, habida cuenta de que no se ha concretado la identidad del autor material de los hechos.

## IX

Los artículos 45.2, 4 y 5 de la LOPD en su vigente redacción aprobada por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible indican:

*“2. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de 40.001 a 300.000 euros, de acuerdo con el artículo 45.2 de la LOPD.*

*“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 el imputado 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 al imputado, 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).

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

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

**PRIMERO: IMPONER** a D. **C.C.C.**, por una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de dicha norma, una multa de 2000 € (dos mil euros) de conformidad con lo establecido en el artículo 45.2 y 5 de la citada Ley Orgánica.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente resolución a D. **C.C.C.** y a Dña. **A.A.A.**.

**TERCERO:** Advertir al sancionado que la sanción impuesta deberá hacerla efectiva en el plazo de pago voluntario que señala el artículo 68 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, en relación con el art. 62 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, mediante su ingreso en la cuenta restringida nº 0182 2370 43 0200000785 abierta a nombre de la Agencia Española de Protección de Datos en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. o en caso contrario, se procederá a su recaudación en período ejecutivo. Si recibe la notificación entre los días 1 y 15 de cada mes, ambos inclusive, el plazo para efectuar el pago voluntario será hasta el día 20 del mes siguiente o inmediato hábil posterior, y si recibe la notificación entre los días 16 y último de cada mes, ambos inclusive, el plazo del pago será hasta el 5 del segundo mes siguiente o inmediato hábil posterior.

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 (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 el Director 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 este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.