Audiencia Nacional

(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia de 11 marzo 2013

RJCA\2013\283

PROTECCION DE DATOS DE CARACTER PERSONAL: Infracción: publicación de fotografía de la recurrente en la red social facebook: consideración de la fotografía como dato personal: improcedencia: falta del requisito de que se trate de imagen de persona identificable: infracción inexistente.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo 510/2011

Ponente: Excmo Sr. Javier Bermúdez Sánchez

El director de la Agencia Española de Protección de Datos dictó Resolución de27-07-2011por la que se desestimó el recurso interpuesto contra el archivo de denuncia presentada por la recurrente por la difusión de una fotografía suya en la red social Facebook.

La AN *desestima* el recurso contencioso-administrativo interpuesto y confirma la Resolución recurrida.

SENTENCIA

Madrid, a once de marzo de dos mil trece.

Visto por la Sección Primera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número 510/2011, interpuesto por Dª Socorro , representada por la Procuradora Dª Cristina Velasco Echávarri, contra la Resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de 27 julio 2011 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 9 junio 2011 acordando el archivo.

Ha sido parte demandada en las presentes actuaciones la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el presente recurso el 21 septiembre 2011, y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por término de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito presentado el 16 enero 2012, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita "sentencia por la que se declare no conforme a derecho la desestimación del recurso de reposición interpuesto por mi representada contra la resolución dictada por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos el 27 julio 2011 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por mi representada contra la Resolución de dicha Agencia de fecha 9 junio 2011 acordando el archivo de la denuncia número E/01858/2011, ordenando a la Administración que incoe las actuaciones inspectoras pertinentes e inicie procedimiento sancionador contra las personas denunciadas en el escrito de denuncia

(Cámara de Comercio e Industria de Salamanca, Confederación de organizaciones de empresarios salmantinos (CONFAES) y don Antonio Martín Mesonero), todo ello por ser los hechos denunciados, y probados en el expediente, constitutivos de las infracciones alegadas en este escrito. Todo ello con expresa condena en costas a la Administración demandada".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 22 febrero 2012, alegando los hechos y fundamentos que estimó oportunos, solicitó se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso contencioso- administrativo por ser conforme a Derecho el acto recurrido.

TERCERO .- Tras la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, con el resultado obrante en las actuaciones, y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, y no habiéndose solicitado trámite de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 6 marzo 2013, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. *D. JAVIER BERMUDEZ SANCHEZ* .

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO

.- El recurso tiene por objeto la Resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de 27 julio 2011 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 9 junio 2011 acordando el archivo.

Son hechos que constan en la resolución recurrida conforme a la denuncia:

"Con fecha 9 de junio de 2011, se dictó resolución por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, acordando el archivo de la denuncia nº NUM000 , presentada por doña Socorro , con fecha de entrada en esta Agencia de 25 de abril de 2011. En este escrito se denunciaba la difusión, a través del muro del perfil que la Confederación de Organizaciones de Empresarios Salmantinos (CONFAES) ha creado en la red social Facebook, de una fotografía de la denunciante tomada en la vía pública, acompañada del siguiente texto: "¿Alguien conoce a esta chica? ¿Sabéis si trabaja para la prensa amarilla? Lleva todo el día siguiendo, cámara en ristre, al presidente de CONFAES y la Cámara de Comercio en Valladolid".

"Según relataba la señora Socorro , la imagen había sido tomada mientras desarrollaba su labor profesional como periodista "siguiendo la agenda" del presidente de CONFAES, a quien también reconocía haber fotografiado para ilustrar una información noticiosa referida a la utilización de un coche oficial para fines distintos del oficial.

"La señora Socorro declaraba que, transcurridas 18 horas de la publicación de la fotografía, esta fue retirada de la red social a solicitud de su abogado, haciéndose constar el siguiente texto en el muro del perfil: "Hemos decidido, una vez aclarado el asunto, retirar la fotografía de la persona que en el día de ayer siguió durante varias horas al presidente de la Cámara de Comercio y de CONFAES por Valladolid. Lamentamos profundamente que los profesionales se vean obligados a participar en campañas de acoso propias de la prensa amarilla y queremos expresar nuestro máximo respeto a los periodistas y a su trabajo diario. Lamentamos también que, pese a una reciente sentencia judicial que condena estas actividades, La Gaceta de Salamanca prosiga en su campaña de acoso contra el presidente de la Cámara de Comercio y de Confaes".

"La señora Socorro transcribía asimismo el contenido de la información difundida dos días después, el 24 de marzo de 2011, en el sitio web de la Cámara de Comercio e Industria de Salamanca: "... el Presidente fue acosado en Valladolid por una persona no identificada, que le ha tomado fotografías repetidamente. En este punto, conocidos los detalles de la situación, se informó de la decisión de publicitar una foto de la persona en los canales de redes sociales de la institución al (único objeto de conocer la identidad de la persona y por motivos estrictamente de seguridad.

© Thomson Reuters

Igualmente se informó al pleno de que una vez confirmado que esta acción formaba parte de la campaña de la Gaceta de Salamanca, se procedió a la retirada de la fotografía".

"La denunciante ha aportado a la Agencia una copia del comunicado emitido el 29 de marzo de 2011 por la Asociación Salmantina de Periodistas (ASPE), criticando la intimidación practicada por la Cámara de Comercio de Salamanca contra una periodista publicando una fotografía suya en Facebook y "considerando asimismo que el hecho de que al día siguiente del suceso, la Cámara haya retirado la foto de Facebook no menoscaba el daño a la imagen producido a la profesional, que durante 18 horas ha sido expuesta indebidamente a una opinión pública manipulada".

"La denunciante también había aportado a la Agencia una copia impresa parcial del muro de la página de CONFAES en Facebook, donde se apreciaba una fotografía de 2 cm, que mostraba a una mujer de perfil, caminando, imagen que la denunciante reconocía como propia, si bien no le resultaba posible a esta Agencia, dado que la fotografía ya ha sido eliminada de la red social, dictaminar acerca de si dicha imagen constituye o no un dato de carácter personal en los términos previstos por el artículo 5.1 o), del Real Decreto 1720/2007 (RCL 2008, 150) , por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley orgánica 15/1999 (RCL 1999, 3058) (LOPD), que define como persona identificable a "toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados". En la resolución se argumentaba que no tenía tampoco esta Agencia ninguna constancia de que junto a la imagen se hubiera publicado cualquier otro dato que permitiera la identificación de la denunciante".

Interpuesto recurso de reposición fue desestimado mediante Resolución de 27 de julio de 2011.

SEGUNDO

.- La recurrente alega en apoyo de su pretensión que la publicación de su fotografía en el muro de facebook de la Cámara de Comercio durante 18 horas, es un hecho que reconocen la jefa de prensa en las diligencias penales, cuyo testimonio literal se ha aportado a este recurso, y la jefa de prensa de la confederación de organizaciones de empresarios salmantinos CONFAES y de la Cámara de Comercio, pues declararon haber tenido conocimiento en la noche del 22 marzo, haber recibido una llamada de una periodista de la Gaceta llamada Rocío que les indicó que la fotografía que habían colocado era de la periodista de la Gaceta doña Socorro y que por favor la descolgaron, como consta en el folio 66 del testimonio de las diligencias penales en la declaración de la imputada doña Valentina , que declara ser periodista contratada como empleada de comunicación conjunto de CONFAES y de la Cámara; y, a pesar de ello, no decidieron borrarla hasta el día siguiente hacia las 14 horas. Alega, que si bien la denunciante aportó una fotocopia de 2 cm, su fotografía estuvo durante 18 horas colgada, en una imagen que cualquier ordenador podía ampliarse, y que a través de esa fotografía la propia denunciante sería identificada por ella y por el resto de periodistas de La Gaceta, por lo que queda demostrado que los responsables de la página conocieron la identidad de la persona de la fotografía, cuando menos a última hora de la tarde del día 22 y no decidieron borrarla hasta el día siguiente a eso de las 14 horas, cuando se recibió el burofax del abogado de La Gaceta, por lo que se ha vulnerado el artículo 6.1 de la Ley orgánica 15/1999 (RCL 1999, 3058) , porque la fotografía tiene la consideración de dato de carácter personal, ya que permitía su identificación, sin que hubiera consentimiento de la afectada, siendo de aplicación al caso de la Cámara de Comercio, lo establecido en el artículo 46 de la Ley 15/1999 (RCL 1999, 3058) , y la Agencia archivó la denuncia sin tan siquiera hacer labores de investigación al haber entendido que en la fotografía colgada en la red, la recurrente no era identificada o identificable, y porque se estaría en un caso de "exención doméstica", que en este caso, considera la actora, no concurre. Alega, la actora que, al contrario, constan las excepciones que refiere el mismo dictamen en el que se basa la Agencia, como es que el servicio de redes sociales se utiliza como plataforma de colaboración para una asociación o empresa para conseguir objetivos comerciales, políticos o benéficos, como es en el caso la Cámara de Comercio e Industria y CONFAES, pues según la periodista que trabaja en esas instituciones ha declarado "que suelen subir a facebook noticias del día a día de las actividades de la Cámara y de CONFAES y notas de prensa", por lo que el perfil de estas entidades se utiliza como una auténtica web institucional; y permiten que cualquier usuario de facebook pueda acceder a sus

© Thomson Reuters

publicaciones; y los datos publicados en el perfil de facebook fueron "sensibles", teniendo en cuenta los comentarios publicados por algunos navegantes y se invitaba a todos a que comentaran sobre ella.

El Abogado del Estado se basa en la resolución sancionadora, que llega a la conclusión de que no concurren pruebas concluyentes y plenas de la existencia de la infracción denunciada, pues la Agencia justifica la no incoación de actuaciones inspectoras en que la fotografía de 2 cm aportada por la recurrente, que en el momento de interponer la denuncia ante la Agencia dicha imagen ya había sido retirada de la red social, por lo que le resulta imposible dictaminar acerca de si dicha imagen constituye o no un dato de carácter personal en los términos previstos en el artículo 5.1 o), del Real Decreto 1720/2007 (RCL 2008, 150) , y añade que "no tiene tampoco esta Agencia ninguna constancia de que junto a la imagen se hubiera publicado cualquier otro dato que permitiera la identificación de la denunciante".

Sostiene el Abogado del Estado que, si bien las fotografías se configuran como un dato de carácter personal en el artículo 5.1 del Real Decreto 1720/2007 (RCL 2008, 150) , sólo tendrán la consideración de datos de carácter personal en el caso de que las mismas permitan la identificación de las personas que en ellas aparece. Y asimismo se cita en la Resolución el dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en líneas elaborado por el grupo de trabajo del artículo 29, órgano consultivo europeo, establecido en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46 (LCEur 1995, 2977) , en el que tras afirmar que los datos sensibles sólo se pueden publicar en Internet con el consentimiento explícito del afectado, señala que las imágenes en Internet no pueden ser consideradas como datos sensibles, a menos que se utilicen claramente para revelar datos sensibles acerca de los individuos, y en el caso presente, dado que la imagen ya no se encontraba en Internet en el momento de la denuncia, lo que le hubiera permitido realizar a la Agencia un análisis más exhaustivo acerca de la incidencia de la publicación de la misma en la esfera personal de la recurrente, y que de la misma no resulta claramente la identificación de la recurrente, y no queda acreditado el tratamiento inadecuado de los datos de carácter personal.

Asimismo señala Abogado del Estado que, en consecuencia, la Agencia de Protección de Datos no es entonces el órgano competente para dirimir controversias en materia de honor, intimidad personal y propia imagen por parte de las redes sociales de Internet.

TERCERO

.- Para resolver la controversia suscitada, se debe partir de que la consideración de las fotografías como dato personal requiere que se trate de imagen de persona identificable (SAN 29 de septiembre de 2011 (PROV 2011, 373979) , rec. 2/2010 , fotografías reportaje 11M en El Mundo).

Así, el artículo 2.1 de la Ley orgánica 15/99 (RCL 1999, 3058) señala que *"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 (RCL 1999, 3058) , como *"Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables".*

Asimismo, el artículo 3.a) de la LOPD (RCL 1999, 3058) , define los datos de carácter personal como: *"Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables* " y, el artículo 3. b) de la LOPD (RCL 1999, 3058) define el concepto de fichero como " *todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso". El* artículo 3.c) de la LOPD (RCL 1999, 3058) *define el tratamiento de datos como las "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".*

A su vez, e *l* artículo 2.e) de la Directiva 95/46 (LCEur 1995, 2977) , 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". Y de acuerdo con el mismo, e *l Reglamento de la* LOPD (RCL 1999, 3058) , aprobado por el R.D, 1720/2007 (RCL 2008, 150) en su artículo 5 , f) considera dato personal cualquier información gráfica o fotográfica concerniente a personas físicas identificadas o identificables, y en su apartado o *),* define como persona identificable: *toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados.*

CUARTO

.- Considera la Sala que, en atención a la regulación y jurisprudencia expuesta, en esta litis, consta sólo una imagen de 2 cm, y sobre la misma no se puede predicar la condición expuesta del carácter identificable, sin perjuicio de que existiera una versión original hoy no disponible para la Agencia, sobre la que basar, en su caso, la infracción. No existiendo más prueba, y constando que ya no existe la mencionada fotografía, como ha comprobado la Agencia, no resulta procedente que la Agencia realice más diligencias. La existencia de copia de la foto unido a los testimonios de las jefas de prensa, confirman que la fotografía existió en la red, pero no consta su posible ampliación, que permitiera el carácter identificable, por lo que se trata de una actuación cuya investigación y sanción no resulta de la competencia de la Agencia.

Por todo lo cual procede la desestimación de la pretensión de la actora.

QUINTO

.- A los efectos previstos en el art. 139 de la Ley reguladora de esta jurisdicción (RCL 1998, 1741) , en su redacción original aplicable al caso, en materia de costas procesales, no se aprecia temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS QUE PROCEDE DESESTIMAR

el recurso interpuesto por Dª Socorro , representada por la Procuradora Dª Cristina Velasco Echávarri, contra la Resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de 27 julio 2011 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 9 junio 2011 acordando el archivo, sin hacer expresa condena en costas.

Notifíquese a las partes la presente resolución indicándoles que contra la misma no cabe recurso de casación.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

LA SECRETARIA JUDICIAL

© Thomson Reuters