



Procedimiento Nº: A/00021/2015

RESOLUCIÓN: R/00836/2015

En el procedimiento A/00021/2015, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Dña. **A.A.A.** y D. **D.D.D.**, vista la denuncia presentada por Dña. **C.C.C.**, y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 24/11/2014, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de Dña. **C.C.C.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que denuncia que, en agosto de 2009, encargó una sesión fotográfica de su hijo de 15 meses de edad a Dña. **A.A.A.**.

En febrero de 2013, descubrió en la red de Facebook y perteneciente a "ESTUD IDEA", cuyo titular es D. **B.B.B.** (en lo sucesivo el denunciado), una de las fotos que realizó la Sra. **A.A.A.** a su hijo, impresa en una bolsa de regalo haciendo publicidad.

Puesta en contacto con el citado estudio, éste le comunicó que la foto había sido facilitada por la Sra. **A.A.A.**, para que le realizara un trabajo. Añade que solicitó la retirada de la fotografía y que esta petición fue atendida de manera inmediata.

Existen actuaciones en el Juzgado de Primera Instancia num. 4 de Albacete motivadas por los mismos hechos denunciados. Se aporta copia de la Sentencia dictada por dicho Juzgado, de fecha 23/07/2014, en la que constan los mismos hechos reseñados anteriormente. Según se indica en dicha Sentencia, el encargo del reportaje fotográfico efectuado por la denunciante a Dña. **A.A.A.** tuvo lugar en el año 2007, y no en el 2009 que se indica en la denuncia formulada ante la AEPD.

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se tuvo conocimiento de los siguientes extremos, detallados en el Informe de Actuaciones Previas elaborado:

. Con fecha 13/01/2015, en respuesta al requerimiento de información que le fue efectuado por los Servicios de Inspección, el denunciado manifestó que la fotografía le fue entregada en el año 2007 a fin de que hiciese una muestra de productos disponibles con la misma para mostrar a los progenitores del menor cuando fueran a recoger el reportaje del mismo, por si a la vista de la muestra les interesasen algunos de los productos que podrían encargarse.

TERCERO: Con fecha 27/01/2015, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, por virtud de lo dispuesto en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), acordó someter al denunciado a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción del artículo 6 de dicha norma, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica

CUARTO: Con tal motivo, se concedió al denunciado plazo para formular alegaciones, recibiendo escrito en el que solicita el archivo del procedimiento, conforme a las siguientes consideraciones:

. Reitera que, tal y como relata la misma denunciante, procedió de inmediato a la retirada de la fotografía objeto de la denuncia, en el mismo momento que tuvo conocimiento de la falta de consentimiento expreso.

. Realiza trabajos personalizados siempre a partir de fotografías que envían fotógrafos profesionales en base a los pedidos que le efectúan sus clientes, dirigidos exclusivamente a éstos, entendiendo implícito el consentimiento en el acto del propio envío. Estos profesionales de la fotografía ofrecen los productos personalizados que realiza “Estud Idea” a sus clientes, a los cual han realizado previamente un estudio fotográfico.

. “Estud Idea” se dio de alta de Facebook durante el año 2012, con lo cual el tiempo de exposición de la fotografía objeto de denuncia fue mínimo

. Añade que el grado de intencionalidad fue nulo, por entender que constaba el consentimiento por parte de la denunciante, y que no obtuvo beneficios como consecuencia de la exposición de la fotografía.

Aporta acreditación de la apertura de la página de Facebook en la que consta la indicación “Se unió a Facebook 3 de enero de 2012; y estadísticas del alcance de la página de facebook de “Estud Idea” a efectos de acreditación del escaso alcance de la misma en los momentos anteriores y posteriores de exposición de la fotografía objeto de la denuncia.

HECHOS PROBADOS

1. En el año 2007, la denunciante encargó un reportaje fotográfico de su hijo, menor de edad, en el estudio de Dña. **A.A.A.**.

2. Dña. **A.A.A.** facilitó al denunciado una de las fotografías del hijo de la denunciante, obtenida en el reportaje reseñado en el Hecho Probado Primero, con el encargo de que fuera utilizada en una muestra de los productos personalizados que éste realiza. El denunciado ha declarado que dicha fotografía le fue facilitada en el año 2007.

3. En febrero de 2013, la fotografía facilitada por Dña. **A.A.A.** al denunciado figuraba insertada en la red social Facebook, impresa en una bolsa de regalo con la que se publicitaban los trabajos que realiza el denunciado, el cual ha admitido que incorporó dicha fotografía a Facebook. La denunciante ha declarado que contactó con el denunciado para exigir la retirada de la fotografía de su hijo de Facebook y que esta petición fue inmediatamente atendida por el denunciado.

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

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 citada Ley Orgánica 15/1999, como *“Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*, añadiendo el apartado 1.f) del artículo 5 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD), que dato de carácter personal es *“cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*.

La definición de persona identificable aparece en la letra o) del citado artículo 5.1 del RLOPD, que considera como tal *“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 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 consideran dato de carácter personal *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*, las fotografías objeto del presente procedimiento se ajustan a este concepto por cuanto permite la identificación de la persona afectada. En relación con la imagen, la Directiva 95/46/CE en su Considerando 14 lo afirma expresamente al señalar lo siguiente:

“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”.

Este concepto de dato personal no puede ser más amplio. La Audiencia Nacional en su sentencia de 08/03/2002, ha señalado que *para que exista dato de carácter personal (en contraposición con dato disociado) no es imprescindible una plena coincidencia entre el dato y una persona concreta, sino que es suficiente con que tal identificación pueda efectuarse sin*

esfuerzos desproporcionados, tal y como se desprende del mencionado artículo 3 de la Ley, en sus apartados a) y f) y también del Considerando 26 de la invocada Directiva 95/46/CE que expresamente señala 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 dicha persona; que los principios de la protección no se aplicarán a aquellos datos hechos anónimos de manera tal que ya no sea posible identificar al interesado”.

Por otra parte, la aplicabilidad de la normativa de protección de datos de carácter personal, según el citado artículo 2.1 de la LOPD, requiere que dichos datos aparezcan registrados en un soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento.

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”.*

Por tanto, 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.

De acuerdo con aquella definición de tratamiento de datos personales, la incorporación de una fotografía a la red social Facebook puede considerarse un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada, en la medida en que dicho tratamiento se efectúa sobre información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, por lo que debe concluirse la plena aplicabilidad de los principios y garantías expuestos en la normativa de protección de datos de carácter personal.

III

El artículo 4.2 de la LOPD, que dispone lo siguiente:

“Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.”

El artículo 3.d) de la LOPD, define como responsable del fichero a la *“persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”*, en este caso en concreto la denunciada es responsable del tratamiento de los datos de la denunciante, que conoce por haber recibido como parte un procedimiento judicial y, según ha reconocido, fue ella misma quién publica estos datos en un tablón de anuncios público sin contar con el consentimiento de la titular de los mismos.

El principio de calidad que prohíbe utilizar datos para una finalidad incompatible o distinta de aquella para la que los mismos fueron recabados, se contiene en el Título II de la LOPD, como uno de los principios básicos de la protección de datos.

Asimismo, el apartado 2 del artículo 4 de la LOPD está muy relacionado con el consentimiento regulado en el artículo 6 de la Ley Orgánica mencionada, que ha acentuado las garantías precisas para el tratamiento de los datos personales en lo relativo a los requisitos del



consentimiento, de la información previa a éste, y de las finalidades para las que los datos pueden ser recabados y tratados.

En el supuesto examinado, no se ha acreditado por parte de Dña. **A.A.A.** que obtuviera el consentimiento de la denunciante para el tratamiento de los datos personales del hijo de ésta, menor de edad (fotografía), con la finalidad de que fueran utilizados para la elaboración de productos en los que dicha fotografía apareciera impresa. A pesar de ello, Dña. **A.A.A.** facilitó esta fotografía a un profesional especializado en la elaboración de esos productos con el encargo de que fuera utilizada con esta finalidad.

En el caso que nos ocupa, Dña. **A.A.A.** estaba habilitada para tratar los datos del hijo de la denunciante para la realización de un reportaje fotográfico, pero no con otra finalidad distinta.

A la vista de la argumentación expuesta, debe considerarse que la utilización de la fotografía en cuestión para la realización de los productos encargado por Dña. **A.A.A.**, tal como se detalla en los Hechos Probados, supone una desviación de la finalidad en el tratamiento de los datos del denunciante, que implica la vulneración del artículo 4.2 de la LOPD.

El artículo 44.3.c) de la LOPD tipifica como infracción grave: *“Tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave”*.

Estos hechos vulneran el *“principio de calidad de los datos”*, recogido en el artículo 4 de la LOPD, que se tipifica como infracción grave en el artículo 44.3.c) de la misma norma, que considera como tal *“Tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave”*.

Conforme dispone el artículo 47.1 de la LOPD, las infracciones graves (entre las que se encontraría la cometida en este caso) prescriben a los dos años, computándose este plazo, según el citado artículo en su apartado 2, desde el día en que la infracción se hubiera cometido. En este caso, los hechos reseñados tuvieron lugar en el año 2007, habiéndose formulado denuncia ante esta Agencia de Protección de Datos el 24/11/2014.

Por tanto, la infracción denunciada en relación con Dña. **A.A.A.** ha prescrito de conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo 47.1 de la LOPD.

Como señala el artículo 132.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero), *“El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día que la infracción se hubiera cometido. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador”*. En el presente caso no ha existido iniciación de expediente alguno con anterioridad al cumplimiento del plazo de dos años previsto en el artículo 47.1 de la LOPD, habiéndose cumplido dicho plazo sin que ni siquiera esta Agencia de Protección de Datos hubiese tenido conocimiento de los hechos denunciados con anterioridad a la fecha de prescripción.

Por este motivo no se incluyó la imputación correspondiente a Dña. **A.A.A.** en el acuerdo de apertura del presente procedimiento de apercibimiento, al haberse producido la prescripción de la presunta infracción.

IV

El artículo 6.1 de la LOPD dispone lo siguiente: *“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”*.

Por su parte, el apartado 2 del mencionado artículo contiene una serie de excepciones a la regla general contenida en aquel apartado 1, estableciendo 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”*.

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 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 7 primer párrafo) *“...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 (...)”*.

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.

Por otra parte, corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con los datos personales de éste. A este respecto, la Audiencia Nacional, en sentencia de fecha 31/05/2006 señaló lo siguiente: *“Por otra parte es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la ley”*.

En el presente caso, consta acreditado que el denunciado es responsable de haber insertado en la red social Facebook una fotografía del hijo de la denunciante, menor de edad, impresa en una bolsa de regalo con la que se publicitaban los productos que éste realiza como actividad empresarial, sin que para ello hubiese obtenido el preceptivo consentimiento de los tutores legales del menor de edad. Según las pruebas aportadas por la denunciante, la fotografía

en cuestión figuraba en Facebook, vinculada a los productos del denunciado, en febrero de 2013, circunstancia que no ha sido negada por éste.

Este hecho constituye un tratamiento de datos de carácter personal que exige disponer del consentimiento inequívoco de los afectados, correspondiendo al denunciado acreditar esta circunstancia.

El denunciado ha alegado que la fotografía le fue facilitada por Dña. **A.A.A.** con el encargo de varios productos de muestra y que, en estos casos, entiende que el consentimiento se obtiene por los profesionales de la fotografía que realizan este tipo de encargos. Sin embargo, no se analiza la utilización de la fotografía del hijo de la denunciante para la realización de los productos que Dña. **A.A.A.** encargó al denunciado, sino la utilización de la misma para publicitar sus trabajos en Facebook, y esta divulgación no se justifica por el encargo mencionado.

Por tanto, el denunciado realizó un tratamiento de los datos personales del afectado sin el consentimiento de sus tutores legales, sin estar habilitado para ello y sin que concurra ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD. Ha quedado acreditado que la denunciante no prestó el necesario consentimiento previo para el tratamiento de los datos, y tampoco concurre ninguno de los supuestos exentos de prestar tal consentimiento, de modo que se considera infringido el citado artículo 6.1 de la LOPD.

Resulta, por tanto, evidente la existencia de, al menos, una falta de la diligencia debida en los hechos imputados plenamente imputable al denunciado.

En consecuencia, por todo lo que antecede se considera infringido el artículo 6.1 de la LOPD por parte del denunciado, que es responsable de dicha infracción. Esta interpretación coincide con la mantenida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia de 6 de noviembre de 2003, dictada en el asunto C-101/01, Caso Lindqvist, en el que se examina la aplicación de la Directiva 95/46/CE a un tratamiento consistente en publicar datos personales en Internet. Esta Sentencia, en sus apartados 24 y siguientes, señala:

“24. El concepto de “datos personales” que emplea el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46 comprende, con arreglo a la definición que figura en el artículo 2, letra a), de dicha Directiva “toda información sobre una persona física identificada o identificable”. 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.

25. En cuanto al concepto de “tratamiento” de dichos datos que utiliza el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46, éste comprende, con arreglo a la definición del artículo 2, letra b), de dicha Directiva, “cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales”. Esta última disposición enumera varios ejemplos de tales operaciones, entre las que figura la comunicación por transmisión, la difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los datos. De ello se deriva que la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a datos personales debe considerarse un tratamiento de esta índole.

26. Queda por determinar si dicho tratamiento está “parcial o totalmente automatizado”. A este respecto, es preciso observar que difundir información en una página web implica, de acuerdo con los procedimientos técnicos e informáticos que se aplican actualmente, publicar dicha página en un servidor, así como realizar las operaciones necesarias para que resulte accesible a las personas que están conectadas a Internet. Estas operaciones se efectúan, al menos en parte, de

manera automatizada.

27. 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”.

V

El artículo 44.3.b) de la LOPD considera infracción grave *“b) 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.”*

Concretamente, por lo que ahora interesa, el artículo 6 de la LOPD recoge el citado principio que exige la necesidad de consentimiento de los afectados para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, salvo en los casos a que se refiere su apartado 2.

La conducta por la que se sanciona al imputado vulnera el citado principio, toda vez que ha quedado acreditado el tratamiento de los datos personales del hijo de la denunciante, al publicarlos en la referida red social sin el consentimiento de los afectados o sus representantes legales. Por tanto, el denunciado, que interviene en los hechos como responsable del tratamiento, realizado a su propia iniciativa, ha incurrido en la infracción descrita ya que ha vulnerado el citado principio, consagrado en el artículo 6.1 de la LOPD, por tratar los datos de los afectados sin consentimiento, que encuentran su tipificación en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

VI

El artículo 45.6 de la LOPD, introducido a través de la reforma operada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, 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.”

Trasladando las consideraciones expuestas al supuesto que nos ocupa, se observa que la infracción de la LOPD de la que se responsabiliza al denunciado es una infracción “grave”; que el mismo no ha sido sancionado o apercibido por este organismo en ninguna ocasión anterior.

Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la imputada teniendo en cuenta que no consta vinculación de su actividad con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad, el grado de intencionalidad apreciado y el volumen de tratamientos de datos personales afectados por la infracción, así como la inmediata respuesta a la solicitud de la denunciante para que la fotografía objeto de la denuncia fuese retirada de Facebook.

Todo ello, justifica que la AEPD **no haya acordado la apertura de un procedimiento sancionador y que opte por aplicar el artículo 45.6 de la LOPD.**

Ahora bien, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto, que sobre el apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD y a propósito de su naturaleza jurídica advierte que *“no constituye una sanción”* y que se trata de *“medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción”* que *sustituyen* a la sanción. La Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la AEPD una *“potestad”* diferente de la sancionadora cuyo ejercicio se condiciona a la concurrencia de las especiales circunstancias descritas en el precepto.

En congruencia con la naturaleza atribuida al apercibimiento como una alternativa a la sanción cuando, atendidas las circunstancias del caso, el sujeto de la infracción no es merecedor de aquella, y considerando que el objeto del apercibimiento es la imposición de medidas correctoras, la SAN citada concluye que cuando éstas ya hubieran sido adoptadas, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

Como se ha señalado, en el asunto analizado, consta que la fotografía del hijo de la denunciante fue inmediatamente retirada de Facebook por el denunciado, en atención a la solicitud formulada en tal sentido por la denunciante, según esta misma ha declarada en su denuncia.

Por tanto, a la vista del pronunciamiento recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec. 455/2011) referente a los supuestos en los que **la denunciada ha adoptado las medidas correctoras oportunas**, de acuerdo con lo señalado **se debe proceder al archivo de las actuaciones.**

De acuerdo con lo señalado,

Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00021/2015** seguido contra D. **D.D.D.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en relación con la denuncia por la infracción del artículo 6 de la LOPD.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a D. **D.D.D.** y a DÑA. **C.C.C.**

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 esta acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

José Luis Rodríguez Álvarez
Director de la Agencia Española de Protección de Datos