



Procedimiento Nº: A/00047/2014

RESOLUCIÓN: R/02021/2014

En el procedimiento A/00047/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad Asociación XXXXX, vista la denuncia presentada por Dña. **C.C.C.** (y 12 personas más), y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 09/04/2013, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de Dña. **C.C.C.** y 12 personas más (en lo sucesivo los denunciantes) en el que declaran lo siguiente:

Seis de los firmantes trabajaron hasta septiembre de 2011 para la Asociación XXXXX (en lo sucesivo XXXXX) y el resto fueron usuarios de la misma.

XXXXX organizó en el año 2010 una excursión a Málaga con los usuarios de la Asociación, patrocinada por la entidad Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga, Antequera y Jaén (en lo sucesivo UNICAJA), en la que se tomaron fotografías de los trabajadores denunciantes y de los usuarios que han sido utilizadas para la elaboración de un “calendario 2013” patrocinado por la última entidad citada.

Tanto los familiares firmantes de la denuncia como los ex trabajadores de la Asociación manifiestan su total disconformidad con el hecho de que su imagen o la de sus hijos aparezca publicada en el citado calendario.

Aportan copia de las imágenes publicadas.

SEGUNDO: Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

A. En respuesta al requerimiento de información que le fue remitido por los Servicios de Inspección, la entidad XXXXX informó lo siguiente:

1. La asociación dispone de autorizaciones de los usuarios que aparecen fotografiados cada mes en el calendario. Según manifiestan, son usuarios del Centro en la actualidad.
2. Aportan copia de seis autorizaciones firmadas por los padres de seis usuarios, con fecha 26/10/2012, en las que prestan su consentimiento “a participar en sesión fotográfica y publicación de las fotos en el calendario benéfico”. En estas autorizaciones, la entidad XXXXX informa lo siguiente:

“La Obra Social de Unicaja se ha puesto en contacto con nosotros para pedirnos que colaboremos en la creación de un calendario benéfico.

En este calendario aparecería la imagen de nuestros usuarios junto a los jugadores del equipo de baloncesto de Unicaja.

Esta es una iniciativa que nos favorece tanto para dar a conocer a nuestra entidad, como para obtener beneficios en función de los ingresos obtenidos.

Solicitamos con urgencia, los familiares interesados firmen la autorización rellena lo antes posible, ya que la foto se realizaría el próximo martes 30 de octubre.

El número de plazas es limitado, por este motivo, realizaremos un sorteo si las autorizaciones recibidas superan las invitaciones que Unicaja nos ofrece.

De no recibir la autorización firmada, entendemos que no desean participar en la misma”.

No obstante, ninguna de las autorizaciones aportadas por la Asociación corresponde a alguno de los denunciantes.

3. Las fotos objeto de la denuncia corresponden a usuarios que, en unos casos, siguen en la Asociación y, en otros, no. Dichas fotografías se obtuvieron en años anteriores para diversos eventos organizados por la Obra Social de Unicaja a favor de la Asociación.
4. XXXXX, no fue consultada para la divulgación de las fotos que aparecen al final del calendario, por lo que no pudo prestar su consentimiento.
5. UNICAJA es una entidad colaboradora de la Asociación, desde la creación de ésta.

B. Los Servicios de Inspección de la Agencia solicitaron información sobre los hechos denunciados a la entidad Fundación Unicaja, que respondió señalando que la elaboración del Calendario corrió a cargo de la Obra Social de UNICAJA.

C. En respuesta al requerimiento de información que le fue remitido por los Servicios de Inspección, la Obra Social de UNICAJA informó lo siguiente:

1. Las fotografías que aparecen en el Calendario Social 2013 se obtuvieron en diversos eventos organizados por la Asociación XXXXX dentro del proyecto solidario “OCIO SIN BARRERA”, dedicado a temas de ocio, cultura y deporte entre diversas Asociaciones de Discapacitados, asistiendo a eventos como partidos de baloncesto, visitas a museos, aulas del mar etc.
2. Las autorizaciones y consentimientos para la publicación de las fotografías que recogen diferentes eventos y que se han publicado en el Calendario, fue transmitido por XXXXX.
3. UNICAJA aporta copia del escrito de contestación de la Asociación, de fecha 23/10/2013, en el que esta entidad comunica la imposibilidad de facilitar a UNICAJA la documentación relativa a las citadas autorizaciones, señalando que las han extraviado tras un desalojo realizado por el Ayuntamiento en un local que ocupaba la Asociación. En el citado escrito se indica lo siguiente:

“En relación a tu email de 9 de octubre, donde nos solicitas las autorizaciones que en su día nos dieron las familias de los usuarios para la realización del evento del que salieron las fotografías que aparecen al final del calendario 2013, que es el tema que nos ocupa tenemos que responderte:

La Asociación pide las autorizaciones a las familias de los usuarios para cada evento, salida, excursión, etc., que se realiza. Fuera de la fecha concreta para la que se piden, no tienen validez ninguna.

Las autorizaciones que en su día nos dieron las familias para la realización del evento donde se hicieron esas fotos no podemos proporcionártelas porque desaparecieron en un desalojo masivo que nos hizo el Ayuntamiento de un local que les pertenecía y que en aquel momento ocupábamos como Asociación”.

4. La publicación fue elaborada por la Obra Social de UNICAJA con la participación de XXXXX.

TERCERO: Con fecha 11/03/2014, 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 a la entidad XXXXX a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción del artículo 11 de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.k) de la citada Ley Orgánica.

Con tal motivo, se concedió a la entidad XXXXX plazo para formular alegaciones,

recibiéndose escrito en el que manifiesta que no ha existido cesión inconsentida de datos, señalando que las fotografías tomadas en el año 2010 corresponden a una excursión patrocinada por la Obra Social de UNICAJA que fueron utilizadas tanto para fines propios de la asociación como para justificar ante la entidad patrocinadora la realización de la actividad, obteniendo para ello la autorización de las personas que aparecían en la imagen. Añade que se trata, además, de fotografías que no se encuentran ya en los archivos de la entidad, al haber sido extraviadas por los servicios del Ayuntamiento con motivo del desalojo de la anterior sede.

En todo caso, considera que la infracción que se imputa, referida a fotografías tomadas en un evento del año 2010, está prescrita.

La Asociación XXXXX recabó la autorización de las personas que aparecen en el Calendario junto a los jugadores del club de baloncesto, habiendo estimado que eran las únicas difundidas. La entidad desconocía la composición final de dicho calendario, elaborado y diseñado por otra entidad, de modo que las fotografías denunciadas fueron incluidas en el mismo sin su conocimiento y sin que se hubieran facilitado por la Asociación.

CUARTO: La denuncia reseñada en el Antecedente Primero dio lugar a la apertura de un procedimiento sancionador por el tratamiento de datos supuestamente realizado por la entidad UNICAJA sin el consentimiento de los afectados. Durante la instrucción del mismo se practicaron diversas pruebas, cuyo resultado se incorpora al presente procedimiento de apercibimiento:

1. En atención a lo solicitado por la entidad UNICAJA en su escrito de alegaciones a la apertura del procedimiento, se acordó admitir la propuesta de prueba formulada por la misma en los siguientes términos: “... interesa a esta parte el recibimiento del presente expediente a prueba, y se propone para su práctica la siguiente: - Documental: consistente en diversos documentos que están siendo recabados por esta parte para acreditar la inexistencia de circunstancias que determinen la imputabilidad y la culpabilidad de mi representada en relación con la inclusión en el calendario solidario de 2013 de las fotografías denunciadas”; y requerir a la misma para que aporte un ejemplar completo y original del Calendario Solidario 2013, en el que aparecen impresos los logotipos de “Unicaja Club Baloncesto”, “Ocio Sin Barreras” y “Unicaja Obra Social”.

Mediante escrito de 10/07/2014, la entidad UNICAJA manifestó lo siguiente:

“Tal y como se señaló en el escrito de alegaciones... una vez recibida por la Obra Social de UNICAJA la Resolución de 13 de marzo de 2014, mediante la que se acordó la incoación del presente expediente sancionador, esta entidad se dirigió a su E.E.E. D. D.D.D. (actual A.A.A. ...), para que aclarase algunas cuestiones, como, por ejemplo, quién había promovido el Calendario Solidario o por qué figura el logotipo de mi representada en el referido documento si éste no había sido promovido, financiado o elaborado por la misma. En este sentido, se adjuntó... la carta enviada por correo electrónico por la Obra Social de UNICAJA a D. D.D.D....

...éste remitió una respuesta, que se adjunta al presente escrito... En la mencionada respuesta, este señor reconoce que “el Calendario Solidario 2013 fue promovido y pagado por la Asociación del Ocio en Igualdad PARÁOCIO”...

La anterior afirmación acredita que la Obra Social de UNICAJA no ha podido cometer la infracción que se le imputa. Y ello, en la medida en que no participó en la elaboración del Calendario Solidario de 2013, en el que se recogen las imágenes denunciadas por los trabajadores y usuarios de la Asociación de Discapacitados XXXXX...

*...en relación con la contestación de D. **D.D.D.**, que se ha adjuntado a este escrito... es necesario hacer la siguiente precisión. Al describir el Proyecto Ocio Sin Barreras... indica que el mencionado proyecto nació en la Obra Social de UNICAJA en el año 2002. Sin embargo, esta afirmación es falsa... "Ocio sin Barreras" es un proyecto solidario que nació hace más de una década, al parecer impulsado por un entonces trabajador de la Obra Social de UNICAJA, pero el mismo fue creado a título personal. Es decir, aunque las funciones derivadas de su puesto de trabajo estuvieran relacionadas con actividades solidarias, el referido proyecto supone un proyecto ajeno a su antigua relación laboral como miembro de la Obra Social de UNICAJA...*

...no le es posible aportar un ejemplar completo y original del Calendario Solidario 2013, pues no dispone de ninguno".

La entidad UNICAJA aportó a las actuaciones copia de un correo electrónico dirigido a la Obra Social, en el que figura como remitente D. **D.D.D.**, de 11/04/2014, en el que se indica lo siguiente:

*"El Calendario Solidario 2013, fue promovido y pagado por la Asociación Fomento del Ocio en Igualdad Paraocio, con conocimiento de su ejecución en la Obra Social de Unicaja... este próximo lunes me ratificaré por escrito la antigua **B.B.B.** que estuvo en el cargo del año 1997 al 2012, la autorización verbal para poder utilizar las fotos de la discordia".*

3. Requerir a la entidad Asociación XXXXX para que aporte un ejemplar completo y original del Calendario Solidario 2013, en el que aparecen impresos los logotipos de "Unicaja Club Baloncesto", "Ocio Sin Barreras" y "Unicaja Obra Social".

Con fecha 27/06/2014 se recibe de esta entidad un ejemplar original del calendario, en el que constan los tres logotipos indicados y las fotografías objeto de la denuncia.

4. Requerir a la entidad Asociación Fomento del Ocio en Igualdad Paraocio para que aporte la información o documentación siguiente:

- . Vinculación de la entidad con el proyecto solidario denominado "Ocio Sin Barreras".
- . Un ejemplar completo y original del Calendario Solidario 2013 en el que aparecen impresos los logotipos de "Unicaja Club Baloncesto", "Ocio Sin Barreras" y "Unicaja Obra Social".
- . Informe sobre la participación de esa entidad, en su caso, en la elaboración del mencionado Calendario Solidario 2013 y documentación que lo acredite.
- . En caso de que esa entidad sea la responsable de la elaboración del Calendario Solidario 2013, informe sobre la participación en dicha elaboración del resto de entidades cuyo logotipo figura en el mismo ("Unicaja Club Baloncesto" y "Unicaja Obra Social"), y documentación que acredite esa relación entre la Asociación y el resto de patrocinadores.
- . En caso de que esa entidad sea la responsable de la elaboración del citado Calendario Solidario 2013, especificación del origen de las fotografías que se publican en el mismo, indicando el modo de obtención de dichas fotografías y documentación que pueda acreditar que disponía de autorización de las personas a las que corresponden las imágenes o de sus tutores legales.
- . En el caso de que dicha publicación haya sido elaborada por otra entidad, se requiere que especifiquen el nombre y domicilio de la misma, con detalle sobre la participación de la Asociación que justifique la inclusión del logotipo "Ocio Sin Barreras" en el repetido Calendario.

Mediante escrito de 07/07/2014, esta Asociación manifestó que no guarda ningún ejemplar del calendario y que no ha participado en su elaboración. Con este escrito, la entidad Asociación Fomento del Ocio en Igualdad Paraocio no aportó ninguna documentación.

5. Requerir a la entidad Baloncesto Málaga, S.A.D. para que aporte la información o documentación siguiente:

- . Un ejemplar completo y original del Calendario Solidario 2013 en el que aparecen impresos los logotipos de “Unicaja Club Baloncesto”, “Ocio Sin Barreras” y “Unicaja Obra Social”.
- . Informe sobre la intervención de la entidad, en su caso, en la elaboración del mencionado Calendario Solidario 2013 y documentación que lo acredite.
- . En caso de que esa entidad sea la responsable de la elaboración del Calendario Solidario 2013, informe sobre la participación en dicha elaboración del resto de entidades cuyo logotipo figura en el mismo (“Ocio Sin Barreras” y “Unicaja Obra Social”), y documentación que acredite esa relación entre Baloncesto Málaga, S.A.D. y el resto de patrocinadores.
- . En caso de que esa entidad sea la responsable de la elaboración del citado Calendario Solidario 2013, especificación del origen de las fotografías que se publican en el mismo, indicando el modo de obtención de dichas fotografías y documentación que pueda acreditar que disponía de autorización de las personas a las que corresponden las imágenes o de sus tutores legales.
- . En el caso de que dicha publicación haya sido elaborada por otra entidad, se requiere que especifiquen el nombre y domicilio de la misma, con detalle sobre la participación de Baloncesto Málaga, S.A.D. que justifique la inclusión de su logotipo en el Calendario Solidario 2013.

Mediante escrito de 30/06/2014, la entidad Baloncesto Málaga, S.A.D. manifestó lo siguiente:

“Primero.- No disponemos de ningún ejemplar original del calendario solidario 2013.

Segundo.- La intervención de esta entidad en la elaboración de dicho calendario consistió en la cesión gratuita de la imagen de algunos jugadores de este Club, a los únicos efectos de permitir su uso gráfico en dicho calendario, dada la finalidad social del mismo.

Tercero.- Baloncesto Málaga, SAD no fue la responsable en la elaboración de dicho calendario, pues nuestra intervención se limitó a lo indicado en el punto segundo anterior.

Desconocemos la participación, en su caso, de “Unicaja Obra Social”.

*Respecto a la participación de “Ocio sin Barreras”, que es un proyecto gestionado por la Asociación Fomento del Ocio en Igualdad PARAOCIO, dicha asociación a través de D. **D.D.D.**, nos solicitó la cesión de la imagen de los jugadores para la elaboración del calendario, dado que mantenemos relación con ella y colaboramos a través de la entrega gratuita de entradas para nuestros partidos, a fin de que asistan asociaciones de discapacitados, con el fin de fomentar la integración social de los mismos. En consecuencia, desde Baloncesto Málaga S.A.D., siempre se ha entendido que era dicha asociación (PARAOCIO) la que promovía y se responsabilizaba de la elaboración del citado calendario.*

Cuarto.- Al no ser Baloncesto Málaga, SAD la responsable en la elaboración de dicho calendario, desconocemos el origen de las fotografías.

Quinto.- El domicilio que conocemos de la Asociación Fomento del Ocio en Igualdad PARAOCIO es...

La participación de Baloncesto Málaga, SAD fue la referida en el punto segundo de este escrito, hecho que entiendo justificó la inclusión de nuestro logo por parte del responsable en la elaboración del calendario”

6. Incorporar al procedimiento la siguiente documentación:

- . Información obtenida del Registro Mercantil Central relativa a las entidades Baloncesto Málaga, S.A.D. y Gráficas Urania, S.A.
- . Información relativa a Gráficas Urania, S.A. obtenida del sitio web graficasurania.es.
- . Información insertada en el sitio web unicajabaloncesto.com sobre la venta del Calendario solidario 2013, fechada el 12/12/2012, en la que se indica: <<Esta acción solidaria que ya se

llevó a cabo en 2009 y 2010 se ha rescatado con la colaboración de Gráficas Urania, gracias a la voluntad de "Ocio sin Barreras" organización que nació en el año 2002 con el objetivo de coordinar visitas de las diferentes asociaciones de discapacitados a centros de ocio, espectáculos culturales o deportivos...>>.

7. Requerir a la entidad Gráficas Urania, S.A. para que aporte la información o documentación siguiente:

. Informe si esa entidad llevó a cabo la impresión del Calendario Solidario en el que aparecen impresos los logotipos de "Unicaja Club Baloncesto", "Ocio Sin Barreras" y "Unicaja Obra Social".
. En caso de que esa entidad hubiese efectuado la impresión del citado Calendario Solidario 2013, que especifique el nombre y domicilio de las personas o entidades que realizaron el encargo y el pago, y que aporte, asimismo, documentación que lo justifique (presupuesto, facturación emitida, etc.).

En respuesta a este requerimiento, Gráficas Urania, S.A. aportó un presupuesto de fecha 25/05/2012, emitido a nombre de la entidad Fundación Unicaja para la impresión de diez mil ejemplares del "Almanaque Solidario Ocio Sin Barreras"; copia de cuatro albaranes, todos ellos de fecha 07/12/2012, correspondientes a la entrega de 9500 ejemplares del Calendario solidario 2013 a la entidad Baloncesto Málaga, S.A.D. y 500 a "Unicaja Obra Social. ATT **D.D.D.**"; y copia de una carta remitida a Gráficas Urania, S.A. por la Asociación Fomento del Ocio en Igualdad Paraocio, de fecha 14/12/2012, en la que esta Asociación agradece a Gráficas Urania, S.A. *"la colaboración desinteresada en la impresión de los Calendarios Solidarios 2013 Ocio sin Barreras"*.

En su escrito de respuesta, Gráficas Urania, S.A. añade que "no se emitió factura alguna, "ya que como sponsor de Unicaja Baloncesto", Gráficas Urania participa en campañas a las que da su patrocinio.

HECHOS PROBADOS

1. Con fecha 09/04/2013, se recibió en la AEPD una denuncia formulada contra la entidad XXXXX por extrabajadores y familiares de asociados a la misma, con motivo de la inclusión de seis fotografías en la última página del Calendario Solidario 2013 en las que aparece la imagen de los trabajadores denunciados y de usuarios de la asociación. Según éstos manifiestan, dichas fotografías corresponden a una excursión a Málaga organizada en el año 2010 con los usuarios de la Asociación y patrocinada por UNICAJA.

2. En el Calendario Solidario 2013 al que se refiere la denuncia reseñada en el Hecho Probado Primero aparecen impresos los logotipos de "Unicaja Club Baloncesto", "Ocio Sin Barreras" y "Unicaja Obra Social". En cada una de sus páginas contiene una fotografía en la que aparece un miembro del equipo de baloncesto de la entidad Baloncesto Málaga, S.A.D. junto a otra persona con el calendario correspondiente a dos meses del año 2013, excepto en la última página, en la que figuran las seis fotografías objeto de la denuncia.

3. La Asociación XXXXX ha manifestado que dispone de autorizaciones de los usuarios de la misma que aparecen en cada mes del Calendario Solidario 2013 y que las fotos objeto de la denuncia corresponden a usuarios que, en unos casos, siguen en la Asociación y, en otros, no, obtenidas en años anteriores para diversos eventos organizados por la Obra Social de UNICAJA a favor de la Asociación. En relación con las fotografías denunciadas, XXXXX advierte que no fue

consultada para su divulgación.

4. En el escrito elaborado por la entidad XXXXX para recabar el consentimiento de los interesados para *“participar en la sesión fotográfica y publicación de las fotos en el calendario benéfico”* se indica: *“La Obra Social de Unicaja se ha puesto en contacto con nosotros para pedirnos que colaboremos en la creación de un calendario benéfico...”*.

5. En un escrito de fecha 23/10/2013, remitido a UNICAJA por la Asociación XXXXX esta entidad indica lo siguiente:

“La Asociación pide las autorizaciones a las familias de los usuarios para cada evento, salida, excursión, etc., que se realiza. Fuera de la fecha concreta para la que se piden, no tienen validez ninguna”.

6. La entidad UNICAJA ha manifestado que las fotografías a las que se refiere la denuncia reseñada en el Hecho Probado Primero se obtuvieron en diversos eventos organizados por la Asociación XXXXX dentro del proyecto solidario “OCIO SIN BARRERA”, dedicado a temas de ocio, cultura y deporte entre diversas Asociaciones de Discapacitados, asistiendo a eventos como partidos de baloncesto, visitas a museos, aulas del mar etc.

7. UNICAJA ha manifestado que la publicación del Calendario Solidario 2013 fue elaborado por la misma con la participación de XXXXX. No obstante, en su escrito de alegaciones a la apertura del procedimiento declaró esta manifestación se realizó por error, motivado por la inclusión de su logo en dicho calendario, y que la entidad no participó en su elaboración ni es responsable de la inclusión de las fotografías denunciadas.

8. La entidad UNICAJA aportó a las actuaciones copia de un correo electrónico de 11/04/2014 dirigido a la Obra Social en el que figura como remitente **D. D.D.D.**, perteneciente a la Asociación Fomento del Ocio en Igualdad Paraocio, responsable de la gestión del proyecto “OCIO SIN BARRERA”, en el que se indica lo siguiente:

*“El Calendario Solidario 2013, fue promovido y pagado por la Asociación Fomento del Ocio en Igualdad Paraocio, con conocimiento de su ejecución en la Obra Social de Unicaja... este próximo lunes me ratificaré por escrito la antigua **B.B.B.** que estuvo en el cargo del año 1997 al 2012, la autorización verbal para poder utilizar las fotos de la discordia”*.

9. La entidad Asociación Fomento del Ocio en Igualdad Paraocio ha negado haber participado en la elaboración del Calendario Solidario 2013.

10. La entidad Baloncesto Málaga, S.A.D. manifestó lo siguiente:

“La intervención de esta entidad en la elaboración de dicho calendario consistió en la cesión gratuita de la imagen de algunos jugadores de este Club, a los únicos efectos de permitir su uso gráfico en dicho calendario, dada la finalidad social del mismo...”

Desconocemos la participación, en su caso, de “Unicaja Obra Social”.

*Respecto a la participación de “Ocio sin Barreras”, que es un proyecto gestionado por la Asociación Fomento del Ocio en Igualdad PARAOCIO, dicha asociación a través de **D. D.D.D.**, nos solicitó la cesión de la imagen de los jugadores para la elaboración del calendario... desde Baloncesto Málaga S.A.D., siempre se ha entendido que era dicha asociación (PARAOCIO) la que promovía y se responsabilizaba de la elaboración del citado calendario.*

11. Información insertada en el sitio web unicajabaloncesto.com sobre la venta del Calendario solidario 2013, fechada el 12/12/2012, en la que se indica: *“<<Esta acción solidaria que ya se*

llevó a cabo en 2009 y 2010 se ha rescatado con la colaboración de Gráficas Urania, gracias a la voluntad de "Ocio sin Barreras", organización que nació en el año 2002 con el objetivo de coordinar visitas de las diferentes asociaciones de discapacitados a centros de ocio, espectáculos culturales o deportivos...>>.

12. La entidad Gráficas Urania, S.A., que se encargó de la impresión del Calendario Solidario 2013, aportó un presupuesto de fecha 25/05/2012, emitido a nombre de la entidad Fundación Unicaja, para la impresión de diez mil ejemplares del "Almanaque Solidario Ocio Sin Barreras"; copia de cuatro albaranes, todos ellos de fecha 07/12/2012, correspondientes a la entrega de 9500 ejemplares del Calendario solidario 2013 a la entidad Baloncesto Málaga, S.A.D. y 500 a "Unicaja Obra Social. ATT **D.D.D.**"; y copia de una carta remitida a Gráficas Urania, S.A. por la Asociación Fomento del Ocio en Igualdad Paraocio, de fecha 14/12/2012, en la que esta Asociación agradece a Gráficas Urania, S.A. *"la colaboración desinteresada en la impresión de los Calendarios Solidarios 2013 Ocio sin Barreras"*.

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

Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo, procede examinar la excepción alegada por la entidad XXXXX, que niega haber facilitado las fotografías objeto de la denuncia, incluidas en el Calendario Solidario 2013.

A este respecto, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26/11, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJPAC), que establece lo siguiente:

"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."

En el presente caso, se imputa a la entidad XXXXX un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPD, por cesión de seis fotografías incluidas en la última página del Calendario Solidario 2013 en las que aparece la imagen de los trabajadores denunciantes y de usuarios de la asociación, sin la autorización para ello de los afectados o de sus representantes legales.

Dicho Calendario Solidario 2013 contiene los logotipos de "Unicaja Club Baloncesto", "Ocio Sin Barreras" y "Unicaja Obra Social" y en cada una de sus páginas una fotografía en la que aparece un miembro del equipo de baloncesto de la entidad Baloncesto Málaga, S.A.D. junto a otra persona con el calendario correspondiente a dos meses del año 2013, excepto en su última página, en la que figuran las seis fotografías objeto de la denuncia.

La LOPD en su artículo 11 *"Comunicación de datos"*, dispone lo siguiente:

“1. Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

2. El consentimiento exigido en el apartado anterior no será preciso:

- a) Cuando la cesión está autorizada en una Ley.*
- b) Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.*
- c) Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. En este caso la comunicación sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique...*

3. Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquél a quien se pretenden comunicar.

4. El consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal tiene también un carácter de revocable.

5. Aquél a quien se comuniquen los datos de carácter personal se obliga, por el solo hecho de la comunicación, a la observancia de las disposiciones de la presente Ley.

6. Si la comunicación se efectúa previo procedimiento de disociación, no será aplicable lo establecido en los apartados anteriores”.

En el presente caso, consta acreditado el tratamiento de datos personales realizado, referido a la incorporación de las seis fotografías objeto de la denuncia al citado calendario, pero no ha sido posible determinar fehacientemente la entidad responsable de la elaboración del Calendario Solidario 2013 y, por tanto, responsable del tratamiento de los datos personales de los denunciantes sin su consentimiento.

Aunque en el escrito elaborado por la entidad XXXXX para recabar el consentimiento de los interesados en *“participar en la sesión fotográfica y publicación de las fotos en el calendario benéfico”* se indica que *“La Obra Social de Unicaja se ha puesto en contacto con nosotros para pedimos que colaboremos en la creación de un calendario benéfico...”*, y que la propia entidad UNICAJA admitió inicialmente que el Calendario Solidario 2013 fue elaborado por la misma con la participación de XXXXX, negando posteriormente esta intervención señalando que dicha manifestación se realizó por error, motivado por la inclusión de su logo en dicho calendario, existen numerosos indicios sobre la posible responsabilidad de otras entidades por el encargo y divulgación del mismo, especialmente de la entidad Asociación Fomento del Ocio en Igualdad Paraocio, responsable de la gestión del proyecto *“OCIO SIN BARRERA”*.

Esta Asociación negó su participado en los hechos denunciados. No obstante, la entidad UNICAJA aportó a las actuaciones copia de un correo electrónico de 11/04/2014 dirigido a los responsables de la *“Obra Social”*, en el que figura como remitente D. **D.D.D.**, perteneciente a la Asociación Fomento del Ocio en Igualdad Paraocio, en el que se admite expresamente que *“El Calendario Solidario 2013, fue promovido y pagado por la Asociación Fomento del Ocio en Igualdad Paraocio”*.

Por otra parte, la entidad Baloncesto Málaga, S.A.D. manifestó que fue la entidad

Asociación Fomento del Ocio en Igualdad Paraocio quien solicitó la cesión de la imagen de los jugadores para la elaboración del calendario y que Baloncesto Málaga S.A.D. siempre ha entendido que era dicha asociación la que promovía y se responsabilizaba de su elaboración.

También en la información publicada a través del sitio web unicajabaloncesto.com sobre la venta del Calendario solidario 2013, fechada el 12/12/2012, se indica que el mismo se lleva a cabo <<gracias a la voluntad de "Ocio sin Barreras", organización que nació en el año 2002 con el objetivo de coordinar visitas de las diferentes asociaciones de discapacitados a centros de ocio, espectáculos culturales o deportivos...>>.

Asimismo, consta en las actuaciones copia de una carta remitida por la Asociación Fomento del Ocio en Igualdad Paraocio a Gráficas Urania, S.A., encargada de la impresión del calendario, de fecha 14/12/2012, en la que esta Asociación agradece a Gráficas Urania, S.A. *"la colaboración desinteresada en la impresión de los Calendarios Solidarios 2013 Ocio sin Barreras"*.

Además, existen otros indicios que implican a otras entidades en los hechos, como son la Fundación Unicaja y la propia UNICAJA (Obra Social), así como la citada Baloncesto Málaga, S.A.D., aunque tales indicios no son concluyentes. En concreto, consta incorporada a las actuaciones, aportada por la entidad Gráficas Urania, S.A. la siguiente documentación:

- . Un presupuesto de fecha 25/05/2012, emitido a nombre de la entidad Fundación Unicaja, para la impresión de diez mil ejemplares del "Almanaque Solidario Ocio Sin Barreras";
- . Copia de cuatro albaranes, todos ellos de fecha 07/12/2012, correspondientes a la entrega de 9500 ejemplares del Calendario solidario 2013 a la entidad Baloncesto Málaga, S.A.D. y 500 a "Unicaja Obra Social. ATT **D.D.D.**".

Del mismo modo, no ha sido posible determinar en qué circunstancias se tomaron aquellas fotografías, para así establecer si la entidad que decidió la incorporación de tales fotografías al calendario disponía de ellas previa y legítimamente o si le fueron cedidas con esta finalidad por una entidad tercera, en este caso XXXXX.

Los propios denunciantes han indicado en su denuncia que las fotografías corresponden a una excursión a Málaga organizada en el año 2010 con los usuarios de la asociación XXXXX y patrocinada por UNICAJA, y esta última ha señalado que las fotografías a las que se refiere la denuncia se obtuvieron en diversos eventos organizados por la Asociación XXXXX dentro del proyecto solidario "OCIO SIN BARRERA".

La Asociación XXXXX, en cambio, advierte que las fotos objeto de la denuncia se obtuvieron en diversos eventos de años anteriores organizados por la Obra Social de UNICAJA a favor de la Asociación. Asimismo, ha manifestado que dicha asociación no fue consultada sobre la divulgación de tales fotografías.

Esta entidad únicamente ha reconocido que recabaron su colaboración en relación con el resto de fotografías que figuran en el calendario, distintas a las que han motivado la denuncia, en la que aparece un miembro del equipo de baloncesto de la entidad Baloncesto Málaga, S.A.D. junto a otra persona, señalando que esta persona o su representante legal prestó el consentimiento suscribiendo un formulario establecido expresamente para recabar el consentimiento de los interesados en *"participar en la sesión fotográfica y publicación de las fotos en el calendario benéfico"*.

Por tanto, las actuaciones desarrolladas, tanto durante la fase previa de investigación

como en la fase instructora, no han permitido determinar la entidad que llevó a cabo la recogida de las mismas ni las circunstancias relativas al consentimiento de los afectados en las que fueron tomadas. Consiguientemente, tampoco consta acreditado qué entidad aportó las fotografías denunciadas para su incorporación al repetido calendario.

En consecuencia, no se estima necesario analizar si la entidad XXXXX disponía del consentimiento de los afectados para utilizar las fotografías en cuestión con la finalidad de insertarlas en el Calendario Solidario 2013, suponiendo que las mismas hubiesen sido facilitadas por dicha entidad, ni tampoco analizar la concurrencia de circunstancias que eximen de la obligación de recabar el consentimiento.

En definitiva, se concluye la inexistencia de pruebas de cargo suficientes para destruir el principio de presunción de inocencia, dado que no ha sido posible constatar fehacientemente la autoría de los hechos puestos de manifiesto en la denuncia.

No puede obviarse que al Derecho administrativo sancionador le son de aplicación, con alguna matización pero sin excepciones, los principios inspiradores del orden penal, resultando clara la plena virtualidad de los principios de presunción de inocencia e *“in dubio pro reo”* en el ámbito de la potestad sancionadora, que desplazan a quien acusa la carga de probar los hechos y su autoría. La presunción de inocencia debe regir sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, pues el ejercicio del *“ius puniendi”*, en sus diversas manifestaciones, está condicionado al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 76/1990, de 26/04, considera que el derecho a la presunción de inocencia comporta *“que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio”*. De acuerdo con este planteamiento, 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 (en lo sucesivo LRJPAC), establece que *“Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”*.

Asimismo, el mismo Tribunal Constitucional, en Sentencia 44/1989, de 20/02, indica que *“Nuestra doctrina y jurisprudencia penal han venido sosteniendo que, aunque ambos puedan considerarse como manifestaciones de un genérico favor rei, existe una diferencia sustancial entre el derecho a la presunción de inocencia, que desenvuelve su eficacia cuando existe una falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales y el principio jurisprudencial in dubio pro reo que pertenece al momento de la valoración o apreciación probatoria, y que ha de juzgar cuando, concurrente aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal de que se trate”*.

En definitiva, aquellos principios impiden imputar una infracción administrativa cuando no se haya practicado una mínima prueba de cargo acreditativa de los hechos que motivan esta imputación o de la intervención en los mismos del presunto infractor, aplicando el principio *“in dubio pro reo”* en caso de duda respecto de un hecho concreto y determinante, que obliga en todo caso a resolver dicha duda del modo más favorable al interesado.

Por otra parte, la Audiencia Nacional ha señalado, en su Sentencia de fecha 25/05/2001, dictada en el recurso contencioso administrativo nº 29/2000, interpuesto contra una resolución de esta Agencia, que *“la Sala, como pasamos a razonar, de la valoración de la prueba obrante en el expediente administrativo llega a la conclusión que no ha quedado debidamente acreditado este hecho integrador del tipo, es decir no se prueba que el Banco entregara al Sr... el respectivo extracto, suscitándole este hecho concreto serias dudas, frente a la exigible certidumbre”*.

En este mismo sentido se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 21/02/2001, en la que señala que *“La única prueba de cargo, de la que la APD infiere la responsabilidad de la recurrente, es el hecho de que fuera el ex marido de Dña... quien suministrara al abogado dicho extracto que fue aportado al incidente de modificación de medidas, debiendo convenirse con la recurrente que la tenencia del extracto, a juicio de esta Sala, es una prueba indiciaria insuficiente para destruir su presunción de inocencia pues, ciertamente, dicho extracto pudo llegar a la posesión de D... por conductos distintos de su entrega directa por parte de la entidad bancaria, por lo que no quedando acreditada ninguna de estas hipótesis, esta duda razonable acerca de la forma en la que el ex marido obtuvo el extracto de la cuenta de la denunciante ha de operar siempre en beneficio de la sancionada, procediendo, en consecuencia, estimar su pretensión de anulación de la sanción impuesta por falta de prueba bastante de la participación de la recurrente en la entrega del extracto bancario a persona distinta de la titular de la cuenta”*.

En atención a lo expuesto, teniendo en cuenta que en el presente caso se observa una falta de acreditación de la autoría de los hechos denunciados, frente a la certeza y concreción exigida en estos supuestos para poder calificar las conductas como sancionables, debe concluirse que no existe prueba de cargo suficiente contra XXXXX, por lo que procede acordar el archivo del presente procedimiento en relación con la imputación relativa al presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPD.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00047/2014** seguido contra la entidad ASOCIACION XXXXX, 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 11 de la LOPD.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a la entidad ASOCIACION XXXXX.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Dña. **C.C.C.** (y 12 personas más).

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