



Procedimiento N°: A/00110/2014

RESOLUCIÓN: R/02626/2014

En el procedimiento A/00110/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a Dña. **A.A.A.**, vista la denuncia presentada por Dña. **C.C.C.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: En fecha de 28 de abril de 2014 tiene entrada un escrito de doña **C.C.C.** **C.C.C. C.C.C.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que solicita la intervención de la Agencia, en relación con la publicación en el sitio web *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.* de una fotografía con la imagen de su hijo de cuatro años, para usos comerciales, sin el consentimiento de ninguno de los progenitores. Según expone, ha tenido que realizar varias denuncias a través de la plataforma *Facebook* por la difusión, sin ninguna autorización, de diferentes imágenes de su hijo. Solicita que por la Agencia se realicen las actuaciones oportunas para que se elimine la citada imagen.

SEGUNDO: Por la Inspección de Datos se ha verificado en fecha 7 de mayo que la fotografía a la que se refiere la denunciante resulta públicamente accesible a través de internet en la página principal del sitio web *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.*, del que, según se expone en el Aviso Legal, es propietaria la denunciada, doña **A.A.A.**.

TERCERO: Con fecha 9 de junio de 2014, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00110/2014, por presunta infracción del artículo 6.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD), en relación con el artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica. Dicho acuerdo fue notificado a la denunciante

En fecha 13 de junio de 2014, se intentó la notificación del citado acuerdo de audiencia previa a la denunciada, a través del servicio de Correos y Telégrafos. Según se desprende de la información facilitada por este servicio, la notificación fue devuelta junto al documento de aviso de recibo, con la anotación “desconocido”.

Con fecha 8 de julio de 2014, se envió al Ayuntamiento del municipio de residencia de la denunciada un extracto del citado Acuerdo de audiencia previa, para su exposición en el Tablón de edictos, y al Boletín Oficial del Estado, publicándose en este último en fecha 25 de julio de 2014, otorgándose a la denunciada plazo para efectuar alegaciones a dicho acuerdo, acabando el mismo sin que por parte de ésta se presentara escrito alguno.

CUARTO: En fechas 27 de agosto y 30 de octubre de 2014 se solicitó diversa información y documentación a la denunciante.

Igualmente en fechas 8 de julio y 30 de octubre de 2014 se solicitó diversa información y documentación a las entidades Soluciones Corporativas I.P., S.L.U. y Creativos Carrera y Cocaño, S.L., respectivamente, entre ellas: <<...Especificación detallada de las actuaciones que, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, hubiera llevado a cabo esa sociedad al respecto de los contenidos alojados en el sitio web *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.*, aportando copia de toda la documentación acreditativa...>>

Con fecha 30/10/2014 se recibe por correo electrónico escrito de Soluciones Corporativas I.P., S.L.U. comunicando: <<...En relación a su petición [...] de retirada de ciertas imágenes que aparecen en la web B.B.B., y dado que la citada web se encuentra alojada en uno de nuestros servidores de hosting, le participamos que hemos podido localizar e identificar la imagen concreta de la que se exige la retirada: [...] habiendo procedido a eliminarla de nuestros servidores en atención a su requerimiento...>>

QUINTO: Con fecha 20/11/2014 se accede al sitio web www.denia..... en la que se comunica que <<Nuestra tienda online ha cerrado temporalmente para llevar a cabo el mantenimiento del sitio...>>

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha de 28 de abril de 2014 tiene entrada un escrito de la denunciante en el que solicita la intervención de la Agencia, en relación con la publicación en el sitio web *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.* de una fotografía con la imagen de su hijo de cuatro años, para usos comerciales, sin el consentimiento de ninguno de los progenitores. Según expone, ha tenido que realizar varias denuncias a través de la plataforma Facebook por la difusión, sin ninguna autorización, de diferentes imágenes de su hijo. Solicita que por la Agencia se realicen las actuaciones oportunas para que se elimine la citada imagen (folio 1 a 4).

SEGUNDO: Por la Inspección de Datos se ha verificado en fecha 7 de mayo que la fotografía a la que se refiere la denunciante resulta públicamente accesible a través de internet en la página principal del sitio web *¡Error! Referencia de hipervínculo no válida.*, del que, según se expone en el Aviso Legal, es propietaria la denunciada (folio 5 a 8).

TERCERO: Con fecha 30/10/2014 se recibe escrito de Soluciones Corporativas I.P., S.L. comunicando: <<...En relación a su petición [...] de retirada de ciertas imágenes que aparecen en la web B.B.B., y dado que la citada web se encuentra alojada en uno de nuestros servidores de hosting, le participamos que hemos podido localizar e identificar la imagen concreta de la que se exige la retirada: [...] habiendo procedido a eliminarla de nuestros servidores en atención a su requerimiento...>> (folio 66).

CUARTO: Con fecha 20/11/2014 se accede al sitio web www.denia.es..... en la que se comunica que <<Nuestra tienda online ha cerrado temporalmente para llevar a cabo el mantenimiento del sitio...>> (folio 67).

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

Los hechos expuestos suponen una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, en relación con el artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

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

El artículo 6.2, por su parte, establece que “*no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.*”

De acuerdo con el criterio mantenido por la Audiencia Nacional, al tratamiento de datos de carácter personal en Internet le resulta de aplicación la normativa española de protección de datos. En particular, resulta relevante la sentencia de 20/04/2009 (recurso 561/2007), donde el órgano judicial aplica los fundamentos de la sentencia de 7/11/2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso Lindqvist. Asunto C-101/01), al entender que “*la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones constituye un «tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 95/46.*”

Por otra parte, el citado artículo 13 del Reglamento de desarrollo de la LOPD señala: “*el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa*”, que al regular en su

artículo 13 el consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad, establece:

“1. Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.

2. En ningún caso podrán recabarse del menor, datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior.

3. Cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos, con expresa indicación de lo dispuesto en este artículo.

4. Corresponderá al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales.”

La citada infracción está tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la LOPD, que considera como tal *“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”*. Dicha infracción podría ser sancionada con multa de 40.001 a 300.000 euros, de acuerdo con el artículo 45.2 de la LOPD.

III

La disposición final quincuagésima sexta de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible (BOE 5-3-2011) ha añadido un nuevo apartado 6 al artículo 45 de la Ley 15/1999 de Protección de Datos en lugar del existente hasta su promulgación del siguiente tenor:

“Excepcionalmente el órgano sancionador podrá, previa audiencia de los interesados y atendida la naturaleza de los hechos y la concurrencia significativa de los criterios establecidos en el apartado anterior, no acordar la apertura del procedimiento sancionador, y en su lugar, apercibir al sujeto responsable a fin de que, en el plazo que el órgano sancionador determine, acredite la adopción de las medidas correctoras que en cada caso resultasen pertinentes, siempre que concurran los siguientes presupuestos:

- a) que los hechos fuesen constitutivos de infracción leve o grave conforme a lo dispuesto en esta Ley.*
- b) Que el infractor no hubiese sido sancionado o apercibido con anterioridad.*

Si el apercibimiento no fuera atendido en el plazo que el órgano sancionador hubiera determinado procederá la apertura del correspondiente procedimiento sancionador por dicho incumplimiento”.

En el presente supuesto se cumplen los requisitos recogidos en los apartados a) y b) del citado apartado 6. Junto a ello se constata una cualificada disminución de la culpabilidad de la imputada, teniendo en cuenta que no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción y que la compañía encargada del alojamiento del sitio web ha confirmado a esta Agencia las medidas correctoras adoptadas.

IV

No obstante, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, recurso 455/2011, de 29/11/2013, analiza el apercibimiento como un acto de naturaleza no sancionadora, como se deduce del fundamento de derecho SEXTO:

“Debe reconocerse que esta Sala y Sección en alguna ocasión ha calificado el apercibimiento impuesto por la AEPD, en aplicación del artículo examinado, como sanción (SAN de 7 de junio de 2012, rec. 285/2010), y en otros casos ha desestimado recursos contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones análogas a la recurrida en este procedimiento, sin reparar en la naturaleza no sancionadora de la medida expresada (SSAN de 20 de enero de 2013, rec. 577/2011, y de 20 de marzo de 2013, rec. 421/2011). No obstante, los concretos términos en que se ha suscitado la controversia en el presente recurso contencioso-administrativo conducen a esta Sala a las conclusiones expuestas, corrigiendo así la doctrina que hasta ahora venía presidiendo la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD.”

Además, la sentencia interpreta o liga apercibimiento o apercibir con el requerimiento de una actuación para subsanar la infracción, y si no existe tal requerimiento, por haber cumplido las medidas esperadas relacionadas con la infracción, no sería apercibimiento, sino archivo como se deduce del fundamento de derecho SEXTO:

“Pues bien, en el caso que nos ocupa el supuesto concreto, de entre los expresados en el apartado quinto del artículo 45, acogido por la resolución administrativa recurrida para justificar la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD es el primero, pues aprecia “una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado teniendo en cuenta que no consta vinculación relevante de la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad y no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción”, tal y como expresa su fundamento de derecho VII.

Por ello, concurriendo las circunstancias que permitían la aplicación del artículo 45.6 de la LOPD, procedía “apercibir” o requerir a la denunciada para que llevara a cabo las medidas correctoras que la Agencia Española de Protección de Datos considerase pertinentes, en sustitución de la sanción que de otro modo hubiera correspondido.

No obstante, dado que resultaba acreditado que la denunciada por iniciativa propia había adoptado ya una serie de medidas correctoras, que comunicó a la Agencia Española de Protección de Datos, y que esta había verificado que los datos del denunciante no eran ya localizables en la web del denunciado, la Agencia Española de Protección de Datos no consideró oportuno imponer a la denunciada la obligación de llevar a cabo otras medidas correctoras, por lo que no acordó requerimiento alguno en tal sentido a ésta.

Recuérdese que al tener conocimiento de la denuncia la entidad denunciada, procedió por iniciativa propia a dirigirse a Google para que se eliminara la URL donde se reproducían la Revista y el artículo, a solicitar a sus colaboradores que suprimieran cualquier nombre de sus artículos o cualquier otra información susceptible de parecer dato personal y que revisaran las citas del área privada de la web para borrar cualquier otro dato sensible, y, por último, a revisar la configuración de los accesos para que los buscadores no tuvieran acceso a las Revistas.

En consecuencia, si la Agencia Española de Protección de Datos estimaba adoptadas ya las medidas correctoras pertinentes en el caso, como ocurrió, tal y como expresa la resolución recurrida, la actuación administrativa procedente en Derecho era al archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, pues así se deduce de la correcta interpretación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica.

Por el contrario, la resolución administrativa recurrida procedió a “apercibir” a la entidad PYB ENTERPRISES S.L., aunque sin imponerle la obligación de adoptar medida correctora alguna, lo que solo puede ser interpretado como la imposición de un “apercibimiento”, entendido bien como amonestación, es decir, como sanción, o bien como un mero requerimiento sin objeto. En el primer caso nos hallaríamos ante la imposición de una sanción no prevista en la LOPD, con manifiesta infracción de los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora, previstos en los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el segundo supuesto ante un acto de contenido imposible, nulo de pleno derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 62.1.c) de la misma Ley.”

Al haberse retirado la imagen del hijo de la denunciante, cumpliendo la finalidad del apercibimiento y dada la naturaleza del procedimiento, procede su archivo.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento (**A/00110/2014**) seguido contra Dña. **A.A.A.** con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, por infracción del artículo 6.1 de la LOPD, en relación con el artículo 13 del citado Real Decreto 1720/2007.

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.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Dña. **A.A.A.**.

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo 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.

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