



Procedimiento N°: A/00178/2017

RESOLUCIÓN: R/01958/2017

En el procedimiento A/00178/2017, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la ASSOCIACIÓ RÀDIO XXX, vista la denuncia presentada por presentada por **A.A.A.**, Doña **C.C.C.**, y Don **B.B.B.**, y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 24 de enero de 2017, tuvo entrada una denuncia presentada por Doña **C.C.C.** ante la Autoridad Catalana de Protección de Datos, que la trasladó a esta Agencia. En el escrito se queja de que su hijo menor desde hace dos años no quiere salir en la Revista municipal y la revista hace oídos sordos.

Acompaña algunos correos electrónicos enviados por Doña **C.C.C.** indicando que el consentimiento para publicar las fotos lo tienen que dar los padres del niño que son sus tutores legales y no sus abuelos que no ven a su nieto hace mucho tiempo.

SEGUNDO: La Inspección de Datos solicitó a la madre que indicase que fotografías de su hijo estaban publicadas en la Revista de XXX. Acompañó una fotografía junto con un mensaje: "Feliz cumpleaños **A.A.A.**. Que pases un feliz día. De tus yayos **D.D.D.**. DD-MM-AA"

Como el menor tenía más de 14 años, se solicitó que fuese el menor el que indicase que no consentía en la publicación. Se recibió escrito indicando que no ha dado su consentimiento ni lo dará para salir en la Revista denunciada.

TERCERO: Con fecha 12 de junio de 2017, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00178/2017. Dicho acuerdo fue notificado al denunciado.

CUARTO: Con fecha 30 de junio de 2017, se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que expone lo siguiente: que la fotografía se publicó en la sección de felicitaciones, que tiene por objeto que los propios lectores puedan felicitar a familiares y amigos por sus cumpleaños o fechas señaladas. La sección se basa en la buena intención de los participantes. En el caso denunciado contábamos con la autorización de la abuela para su publicación (se aporta justificación documental). Al tener conocimiento de que la madre del menor se oponía a la publicación de la fotografía, se le hizo saber a la abuela, que pareció comprenderlo, pero volvió a hacer lo mismo al año siguiente. Ante lo ocurrido y dada la dificultad de implantar un protocolo que garantice el cumplimiento de la normativa de protección de datos, han procedido a eliminar esa sección. Añaden que lamentan lo sucedido y que no ha sido su intención perjudicar a nadie.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: La Revista de la ASSOCIACIÓ RÀDIO XXX mantenía una sección de felicitaciones para que los propios lectores incluyesen felicitaciones para familiares y amigos.

SEGUNDO: La abuela de **A.A.A.** envió una fotografía de su nieto, acompañando al mensaje siguiente: "Feliz cumpleaños **A.A.A.**. Que pases un feliz día. De tus yayos **D.D.D.**. DD-MM-AA"

TERCERO: Los padres de **A.A.A.** no consentían la publicación de la imagen de su hijo. Tampoco consintió el menor una vez cumplió 14 años.

CUARTO: La Revista de la ASSOCIACIÓ RÀDIO XXX tenía el consentimiento firmado de la abuela de **A.A.A.** para publicar su fotografía.

QUINTO: Para evitar estos problemas, la Revista de la ASSOCIACIÓ RÀDIO XXX ha eliminado la sección de felicitaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Es competente para resolver este procedimiento la Directora 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, en relación con la incorporación de fotografías de menores en la revista del denunciado, podrían suponer la comisión, por parte del mismo, de una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, que establece 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 comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario"*

para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado”.

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en su Sentencia 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.

En el presente caso, consta acreditado que el denunciado es responsable de haber insertado en su revista los datos personales de un menor. Este hecho constituye un tratamiento de datos de carácter personal que exige disponer del consentimiento inequívoco del afectado, o de sus representantes legales, correspondiendo al denunciado acreditar esta circunstancia.

El denunciado ha acreditado que había obtenido el consentimiento para la publicación de la fotografía del menor por parte de su abuela. No obstante, y dadas las malas relaciones familiares existentes, los padres y el menor al cumplir los catorce años, no autorizaban dicha publicación.

Por tanto, el denunciado realizó un tratamiento de los datos personales del afectado, sin estar habilitado para ello y sin que concurra ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD, de modo que se considera infringido el citado artículo 6.1 de la LOPD por parte del denunciado, que es responsable de dicha infracción.

III

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 del denunciado vulnera el citado principio, toda vez que ha quedado acreditado el tratamiento de la imagen del afectado al publicarlo en la revista indicada sin el consentimiento de los padres y del menor mismo. Por tanto, el denunciado, que interviene en los hechos como responsable del tratamiento, 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.

IV

El apartado 6 del artículo 45 de la LOPD establece lo siguiente:

“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”.

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 la actividad del denunciado con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad, el volumen de datos afectado por la presunta infracción, la ausencia de intencionalidad y la ausencia de reincidencia.

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 Revista denunciada ha retirado la sección de felicitaciones para evitar que se repitan los hechos denunciados. 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 el denunciado 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 la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00004/2015** seguido contra la ASSOCIACIÓ RÀDIO XXX, 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 la ASSOCIACIÓ RÀDIO XXX.

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 reglamento de desarrollo de la LOPD aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la LOPD), y de conformidad con lo establecido en los artículos 112 y 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante la Directora 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.

Mar España Martí
Directora de la Agencia Española de Protección de Datos