

Procedimiento N°: A/00242/2016

RESOLUCIÓN: R/02863/2016

En el procedimiento A/00242/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a D. **C.C.C.**, vista la denuncia presentada por Dña. **D.D.D.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: En fecha 16 de noviembre de 2015 tiene entrada en la Agencia un escrito de doña **D.D.D.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que denuncia a don **C.C.C.** (en lo sucesivo el denunciado) por publicar en internet las fotografías de sus hijos menores de edad.

En fecha 20 de noviembre se solicita a la denunciante que aporte documentación adicional, en particular, los documentos que puedan acreditar la relación establecida con el denunciado para la prestación de servicios profesionales. Se solicita asimismo que especifique las iniciativas llevadas a cabo para lograr la cancelación de las fotografías en internet, incluyendo las solicitudes dirigidas al denunciado o a las plataformas donde se publican las fotos (Facebook, YouTube, 500pix).

En fecha 1 de febrero de 2016, no habiéndose recibido contestación a la solicitud de la Inspección, por la Directora de la Agencia se acuerda el archivo de las actuaciones con referencia E/07260/2016.

SEGUNDO: En fecha 19 de abril de 2016 tiene entrada en la Agencia un nuevo escrito de la afectada en el que manifiesta haber solicitado al denunciado, a través de su abogada, la retirada de las fotografías mediante burofax de 29 de marzo, del que acompaña copia. En este documento se indica: *“En cierta ocasión y en tanto que Vd. se dedica profesionalmente y de manera ocasional a la fotografía, realizó un reportaje fotográfico a los dos hijos menores de mis clientes. Este reportaje fue un encargo de mis clientes y pertenece única y exclusivamente a estos y por ello su difusión pública queda totalmente desautorizada por mis representados”*.

Adjunta asimismo copia de la contestación recibida, fechada el 31 de marzo, en la que el fotógrafo expone que realizó las fotografías *“con el debido consentimiento paterno y dada la relación amistosa que antes nos unía”*. En el escrito afirma que *“a fecha 30 de marzo de 2016 he retirado todas las fotografías de sus hijos de mis diferentes páginas web, sin tener intención alguna de volver a publicarlas para continuar con su divulgación ni promoción”*.

La denunciante aporta copia impresa de varias fotografías que, según expone, siguen publicadas en las plataformas Flickr y YouTube.

En fecha 25 de abril de 2016 por la Inspección de Datos se verifica que algunas de las fotografías referidas siguen accesibles en Flickr, en el perfil **“B.B.B.”**. En fecha 1

de junio por la Inspección de Datos se verifica que otras fotografías son accesibles a través de un video publicado en YouTube, en la cuenta “**A.A.A.**”.

TERCERO: Con fecha 22 de junio de 2016, la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00242/2016 de acuerdo con el 45.6 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), con relación a la denuncia por infracción de su artículo 6.1 de la LOPD, en relación con el artículo 13 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD) y tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica. Dicho acuerdo fue notificado a la denunciante y al denunciado.

CUARTO: Con fecha 18/07/2016 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica: *“...Al respecto debemos indicar que esta parte, entendiendo que el consentimiento de los padres había sido retirado y sin discutir la titularidad de las fotografías y videos de los menores, retiró inmediatamente toda imagen o vídeos de los mismos. Así pues, la difusión de imágenes o vídeos que fueron publicados fueron canceladas desde el primer requerimiento en todos en todos los portales donde fueron publicados. En concreto Don **C.C.C.** no tiene cuenta en Flickr desde hace aproximadamente un año (...)*

*Respecto a la cuenta de Youtube “BNFotografía **C.C.C.**” fue creada mediante el teléfono (**TEL.1) que Don **C.C.C.** tenía como empleado de Dña. **D.D.D.**. Al ser despedido -DD-MM-AA- la empresaria dio de baja dicho teléfono; por lo cual el denunciado no puede acceder a la cuenta de Youtube desde esa fecha...”*

QUINTO: Con fecha 14/09/2016 se constata que las fotografías referidas ya no son accesibles en Flickr.

En la misma fecha se remite escrito a la denunciante que fue recibido el 19/09/2016, en el que se comunica: *“<<...En el procedimiento de referencia, que se está tramitando por la Subdirección General de Inspección de Datos, se ha alegado por el denunciado la imposibilidad material de cancelar el video <http://www.youtube.com>....., por estar vinculada la cuenta correspondiente a una línea telefónica de la que ya no es usuario, al extinguirse la relación laboral mantenida con usted.*

A este respecto y con objeto de lograr la cancelación definitiva de los datos (imágenes) de sus hijos accesibles a través de dicho video, le solicito que en el plazo de quince días, a contar desde la recepción del presente escrito, nos remita copia de toda la documentación que pueda acreditar las solicitudes de cancelación efectuadas por usted, como representante legal de los menores afectados, ante el prestador del servicio. Para ello puede hacer uso del proceso de reclamación de privacidad de YouTube disponible en <https://support.google.com/youtube>..... o bien a través del botón Denunciar, accesible al pie del video...>>

La denunciante no ha remitido escrito de contestación alguno.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: En fecha 16 de noviembre de 2015 tiene entrada en la Agencia un escrito de la denunciante contra el denunciado por publicar en internet las fotografías de sus hijos menores de edad (folios 1 a 22).

En fecha 20 de noviembre se solicita a la denunciante que aporte documentación adicional, en particular, los documentos que puedan acreditar la relación establecida con el denunciado para la prestación de servicios profesionales. Se solicita asimismo que especifique las iniciativas llevadas a cabo para lograr la cancelación de las fotografías en internet, incluyendo las solicitudes dirigidas al denunciado o a las plataformas donde se publican las fotos (Facebook, YouTube, 500pix) (folios 23 a 47).

En fecha 1 de febrero de 2016, no habiéndose recibido contestación a la solicitud de la Inspección, por la Directora de la Agencia se acuerda el archivo de las actuaciones con referencia E/07260/2016 (folios 48 y 49).

SEGUNDO: En fecha 19 de abril tiene entrada en la Agencia un nuevo escrito de la afectada en el que manifiesta haber solicitado al denunciado, a través de su abogada, la retirada de las fotografías mediante burofax de 29 de marzo, del que acompaña copia. En este documento se indica: *“En cierta ocasión y en tanto que Vd. se dedica profesionalmente y de manera ocasional a la fotografía, realizó un reportaje fotográfico a los dos hijos menores de mis clientes. Este reportaje fue un encargo de mis clientes y pertenece única y exclusivamente a estos y por ello su difusión pública queda totalmente desautorizada por mis representados”*.

Adjunta asimismo copia de la contestación recibida, fechada el 31 de marzo, en la que el fotógrafo expone que realizó las fotografías *“con el debido consentimiento paterno y dada la relación amistosa que antes nos unía”*. En el escrito afirma que *“a fecha 30 de marzo de 2016 he retirado todas las fotografías de sus hijos de mis diferentes páginas web, sin tener intención alguna de volver a publicarlas para continuar con su divulgación ni promoción”*.

La denunciante aporta copia impresa de varias fotografías que, según expone, siguen publicadas en las plataformas Flickr y YouTube (folios 50 a 61).

En fecha 25 de abril por la Inspección de Datos se verifica que algunas de las fotografías referidas siguen accesibles en Flickr, en el perfil “ **B.B.B.**”. En fecha 1 de junio por la Inspección de Datos se verifica que otras fotografías son accesibles a través de un video publicado en YouTube, en la cuenta “ **A.A.A.**” (folios 62 a 77).

TERCERO: Con fecha 18/07/2016 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que comunica: *“...Al respecto debemos indicar que esta parte, entendiendo que el consentimiento de los padres había sido retirado y sin discutir la titularidad de las fotografías y videos de los menores, retiró inmediatamente toda imagen o vídeos de los mismos. Así pues, la difusión de imágenes o vídeos que fueron publicados fueron*

canceladas desde el primer requerimiento en todos en todos los portales donde fueron publicados. En concreto Don **C.C.C.** no tiene cuenta en Flickr desde hace aproximadamente un año (...)

Respecto a la cuenta de Youtube "BNFotografía **C.C.C.**" fue creada mediante el teléfono (**TEL.1) que Don **C.C.C.** tenía como empleado de Dña. **D.D.D.**. Al ser despedido -DD-MM-AA- la empresaria dio de baja dicho teléfono; por lo cual el denunciado no puede acceder a la cuenta de Youtube desde lo al el denunciado no fecha..." (folios 94 a 130).

CUARTO: Con fecha 14/09/2016 se constata que las fotografías referidas ya no son accesibles en Flickr (folios 135).

Con dicha fecha se remite escrito a la denunciante que fue recibido el 19/09/2016, en el que se comunica: <<...En el procedimiento de referencia, que se está tramitando por la Subdirección General de Inspección de Datos, se ha alegado por el denunciado la imposibilidad material de cancelar el video <http://www.youtube.com>....., por estar vinculada la cuenta correspondiente a una línea telefónica de la que ya no es usuario, al extinguirse la relación laboral mantenida con usted.

A este respecto y con objeto de lograr la cancelación definitiva de los datos (imágenes) de sus hijos accesibles a través de dicho video, le solicito que en el plazo de quince días, a contar desde la recepción del presente escrito, nos remita copia de toda la documentación que pueda acreditar las solicitudes de cancelación efectuadas por usted, como representante legal de los menores afectados, ante el prestador del servicio. Para ello puede hacer uso del proceso de reclamación de privacidad de YouTube disponible en <https://support.google.com/youtube>..... o bien a través del botón Denunciar, accesible al pie del video...>> (folios 136 y 137).

La denunciante no ha remitido escrito de contestación alguno.

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 suponen una infracción del artículo 6.1 de la LOPD, en relación con el artículo 13 del RLOPD.

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 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.”*

De acuerdo con el criterio mantenido por la Audiencia Nacional, al tratamiento de datos de carácter personal en Internet constituye un tratamiento de datos, amparado por 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 artículo 13 del RLOPD señala: *“Consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad.*

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 del denunciado, teniendo en cuenta que no constan beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción, así como que ha tomado las medidas oportunas.

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.”

Por todo ello, procede su archivo del presente procedimiento.

De acuerdo con lo señalado,

Por la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos,

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR (A/00242/2016) a D. **C.C.C.** 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 RLOPD, tipificada como leve en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a Dña. **E.E.E.** representante legal de D. **C.C.C..**

3.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a D. **D.D.D..**

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 el artículo 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 este 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