



**Procedimiento Nº: A/00390/2014**

**RESOLUCIÓN: R/00237/2015**

En el procedimiento A/00390/2014, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L., vista la denuncia presentada por Dña. **B.B.B.**, y en virtud de los siguientes,

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO:** Con fecha de 08/01/2014, tuvo entrada en esta Agencia un escrito de Dña. **M A.A.A.** (en lo sucesivo la denunciante) en el que denuncia a la entidad "ROC ROI" por la utilización de una fotografía de la misma, sin su conocimiento ni consentimiento, para hacer publicidad de un servicio de la empresa.

La denunciante aporta copia impresa de la fotografía objeto de la denuncia, en la que aparece la denunciante subida en un kayak, obtenida de las siguientes páginas web:

- . [www.carnetjove.cat](http://www.carnetjove.cat), con fotografía asociada al texto "ROC ROI" 2x1 EN L'EXCURSIÓ DE 2 HORES EN OPEN-KAYAK... Informa-te'n a [www.rocroi.com](http://www.rocroi.com)".
- . [www.zonaregalo.com](http://www.zonaregalo.com), con el texto "open-kayak para dos en Villanova i la Geltrú..."
- . [www.offerum.com](http://www.offerum.com), con el texto "-40% ¡Vive tu aventura en el mar! 2 horas de open-Kayak en la costa de Vilanova i la Geltrú".
- . [www.aladinia.com](http://www.aladinia.com) con el texto "Excursión en Open Kayak..."

**SEGUNDO:** A la vista de los hechos denunciados, en fase previa de investigación, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se llevaron a cabo las actuaciones siguientes:

. Con fecha 21/03/2014, se comprueba que la fotografía se mantiene publicada en los sitios web reseñados en el Antecedente Primero.

. En la misma fecha 21/03/2014, se accede al sitio web [rocroi.com](http://rocroi.com) y se obtiene impresión de pantalla en la que figura los siguientes datos identificativos: "ROCROI, S.L. – XXXXXXXXXX-España... email: .....@rocroi.com".

. Se localiza una entidad denominada ROCROI, S.L. Solicitada información a dicha entidad, manifiesta que no responde por ROC ROI, empresa de embarcaciones, sino que su nombre comercial es RESTAURANTE SANTIAGO y explotan un establecimiento de hostelería con dirección en el paseo marítimo de Marbella, no teniendo relación con la empresa denunciada "ROC ROI".

. Se localiza en Internet un sitio web [www.rocroidistribution.com](http://www.rocroidistribution.com) que indica en su pie "ROCROI SL" y como dirección "P.BIUSE, 8 LLAVORSI, LLEIDA", constatándose que se trata de una página web de embarcaciones y material náutico. El dominio de Internet [rocroidistribution.com](http://rocroidistribution.com) está registrado por "ROCROI" y consta como dirección "P.BIUSE, 8 LLAVORSI, LLEIDA". Se encuentra en el Registro Mercantil Central una entidad con la denominación social "ROC ROI

PALLARS SOBIRA, S.L.” con la misma dirección “P.BIUSE, 8 LLAVORSI, LLEIDA”. Esta dirección coincide con la que figura en la página [www.rocroi.com](http://www.rocroi.com) que aparece en una de las publicidades denunciadas.

. Solicitada información a la entidad ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L. a la dirección “P.BIUSE, 8 LLAVORSI, LLEIDA”, se recibe respuesta indicando que su empresa no ha subido la foto en cuestión ya que son portales que no pertenecen a su empresa, y que por tanto no tienen consentimiento de la afectada para dicha exposición de imágenes. Indican que los portales han sido oportunamente avisados de que dicha fotografía debe retirarse inmediatamente, a raíz de la notificación de esta Agencia. Indican también que en ningún momento la afectada se ha puesto en contacto con su empresa.

. Con fecha 27/11/2014, por los Servicios de inspección se realizaron búsquedas en las páginas web [www.carnetjove.cat](http://www.carnetjove.cat), [www.zonaregalo.com](http://www.zonaregalo.com), [www.offerum.com](http://www.offerum.com), [www.aladinia.com](http://www.aladinia.com), comprobando que en ellas continúa apareciendo publicidad insertada por ROC ROI pero no se encuentra la fotografía denunciada. En tales anuncios figura la referencia a la web [www.rocroi.com](http://www.rocroi.com).

**TERCERO:** Con fecha 18/12/2014, 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 ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L. a trámite de audiencia previa al apercibimiento, en relación con la denuncia por infracción de los artículos 6 y 10 de dicha norma, tipificadas como graves en los artículos 44.3.b) y 44.3.d) de la citada Ley Orgánica, respectivamente.

Con tal motivo, se concedió a ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L. plazo para formular alegaciones, que transcurre sin que en esta Agencia se haya recibido escrito alguno.

**CUARTO:** Con fecha 04/02/2015, por la subdirección General de Inspección de Datos se accede a los sitios web que se indican a continuación, comprobando lo siguiente:

. [www.carnetjove.cat](http://www.carnetjove.cat):

En la información que se ofrece en esta web los descuentos que disfrutan los titulares del Carné Joven en servicios y productos los ofrecen empresas y establecimientos que colaboran con este programa de la Generalitat de Cataluña.

Tales colaboradores disponen de un “portal” específico, al que acceden mediante usuario y contraseña. Se trata de entidades, empresas, organismos públicos o personas que ofrecen tales descuentos sin contraprestación \_ol-labor. Esta colaboración se regula a través de un convenio entre la Generalitat de Cataluña y los \_ol-laboradores.

. [www.zonaregalo.com](http://www.zonaregalo.com):

Según se indica en la página “Términos y Condiciones” insertada en esta web, a través de la misma se promueven productos y servicios de distintos proveedores, siendo estos proveedores los que asumen la responsabilidad por el producto o servicio que pudiera adquirir un cliente.

. [www.offerum.com](http://www.offerum.com):

En la página “Condiciones Generales de uso y contratación de ofertas de

ocio/servicios/escapadas/buscahoteles y política de privacidad” se indica que Offerum pone a disposición, comercializa e intermedia para los usuarios la compra colectiva online en condiciones especiales de productos, servicios y viajes combinados o servicios turísticos, para lo que suscribe acuerdos con distintos proveedores para diseñar la mejor oferta. Todas las ofertas publicadas en el sitio web son obtenidas directamente del proveedor que ofrece el producto o servicio.

. [www.aladinia.com](http://www.aladinia.com):

A través de esta web se ofrecen productos o servicio de otras entidades colaboradoras.

### **HECHOS PROBADOS**

1. La entidad ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L. es titular del dominio [www.rocroi.com](http://www.rocroi.com).
2. Con fecha de 08/01/2014, la denunciante presentó escrito de denuncia contra la entidad “ROC ROI” por la utilización de una fotografía de la misma, en la que aparece subida en un kayak, para insertar publicidad de los servicios que ofrece la empresa en las siguientes páginas web:
  - . [www.carnetjove.cat](http://www.carnetjove.cat), con fotografía asociada al texto “ROC ROI” 2x1 EN L'EXCURSIÓ DE 2 HORES EN OPEN-KAYAK... Informa-te'n a [www.rocroi.com](http://www.rocroi.com)”.
  - . [www.zonaregalo.com](http://www.zonaregalo.com), con el texto “open-kayak para dos en Villanova i la Geltrú...”.
  - . [www.offerum.com](http://www.offerum.com), con el texto “-40% ¡Vive tu aventura en el mar! 2 horas de open-Kayak en la costa de Vilanova i la Geltrú”.
  - . [www.aladinia.com](http://www.aladinia.com) con el texto “Excursión en Open Kayak...”.
3. Con fecha 21/03/2014, por los Servicios de Inspección de la AEPD se comprueba que la fotografía de la denunciante objeto de su denuncia se mantiene publicada en los sitios web reseñados en el Hecho Probado Segundo.
4. Con fecha 27/11/2014, por los Servicios de Inspección se realizaron búsquedas en las páginas web [www.carnetjove.cat](http://www.carnetjove.cat), [www.zonaregalo.com](http://www.zonaregalo.com), [www.offerum.com](http://www.offerum.com), [www.aladinia.com](http://www.aladinia.com), comprobando que en ellas continúa apareciendo publicidad insertada por “ROC ROI” pero no se encuentra la fotografía denunciada. En tales anuncios figura la referencia a la web [www.rocroi.com](http://www.rocroi.com).

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **I**

Es competente para resolver este procedimiento el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.g) en relación con el artículo 36 de la LOPD.

#### **II**

El artículo 1 de la LOPD dispone: “*La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad*”

*personal y familiar”.*

En cuanto al ámbito de aplicación de la citada norma el artículo 2.1 de la misma señala: *“La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”*; definiéndose el concepto de dato de carácter personal en el apartado a) del artículo 3 de la citada Ley Orgánica 15/1999, como *“Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*, añadiendo el apartado 1.f) del artículo 5 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD), que dato de carácter personal es *“cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*.

La definición de persona identificable aparece en la letra o) del citado artículo 5.1 del RLOPD, que considera como tal *“toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados”*.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 2.a) de la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la Protección de las Personas Físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, según el cual, a efectos de dicha Directiva, se entiende por dato personal *“toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”*. Asimismo, el Considerando 26 de esta Directiva se refiere a esta cuestión señalando que, para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona para identificar a aquélla.

Atendiendo a la definición contenida en las normas citadas, que consideran dato de carácter personal *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*, la fotografía objeto del presente procedimiento se ajustará a este concepto siempre que permita la identificación de la persona que aparece en dicha imagen. La Directiva 95/46/CE en su Considerando 14 lo afirma expresamente al señalar lo siguiente:

*“Considerando que, habida cuenta de la importancia que, en el marco de la sociedad de la información, reviste el actual desarrollo de las técnicas para captar, transmitir, manejar, registrar, conservar o comunicar los datos relativos a las personas físicas constituidos por sonido e imagen, la presente Directiva habrá de aplicarse a los tratamientos que afectan a dichos datos”*.

Este concepto de dato personal no puede ser más amplio. La Audiencia Nacional en su sentencia de 08/03/2002, ha señalado que *para que exista dato de carácter personal (en contraposición con dato disociado) no es imprescindible una plena coincidencia entre el dato y una persona concreta, sino que es suficiente con que tal identificación pueda efectuarse sin esfuerzos desproporcionados, tal y como se desprende del mencionado artículo 3 de la Ley, en sus apartados a) y f) y también del Considerando 26 de la invocada Directiva 95/46/CE que expresamente señala que, para determinar si una persona es identificable, hay que considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del*



*tratamiento o por cualquier otra persona, para identificar a dicha persona; que los principios de la protección no se aplicarán a aquellos datos hechos anónimos de manera tal que ya no sea posible identificar al interesado”.*

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

El artículo 3 de la LOPD define en su letra c) el tratamiento de datos como aquellas *“operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”.*

Por tanto, la garantía del derecho a la protección de datos conferida por la normativa de referencia requiere que exista una actuación que constituya un tratamiento de datos personales en el sentido expresado.

De acuerdo con aquella definición de tratamiento de datos personales, la mera captación de imágenes de las personas o su incorporación a una página Web puede considerarse un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada, debiendo analizarse en cada caso si este tratamiento se efectúa sobre información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.

Así, en el presente supuesto, considerando que la fotografía tomada de la denunciante permite su identificación, debe concluirse la existencia de datos de carácter personal y la plena aplicabilidad de los principios y garantías expuestas en la normativa de protección de datos de carácter personal.

### III

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

Por su parte, el apartado 2 del mencionado artículo contiene una serie de excepciones a la regla general contenida en aquel apartado 1, estableciendo que: *“No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación 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.

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

En el presente caso, consta acreditado que la entidad ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L. es responsable de la web [www.rocroi.com](http://www.rocroi.com). Asimismo, consta que en fecha 21/13/2014 aparecía insertada en las página web [www.carnetjove.cat](http://www.carnetjove.cat), [www.zonaregalo.com](http://www.zonaregalo.com), [www.offerum.com](http://www.offerum.com) y [www.aladinia.com](http://www.aladinia.com) una fotografía de la denunciante visible en anuncios que publicitan servicio ofrecidos por ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L., en los que se indica la página web para aquellos usuarios interesados en obtener más información sobre tales servicios.

ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L. no ha acreditado que la denunciante hubiese consentido con anterioridad dicho tratamiento de datos personales, habiéndose limitado a manifestar que no ha insertado dicha fotografía en las webs citadas, señalando que no le pertenecen. Sin embargo, la Subdirección General e Inspección de Datos ha podido comprobar que las webs citadas promueven productos y servicio de distintos proveedores colaboradores, que los responsables de estas webs seleccionan y con los que establecen una relación comercial, no siendo posible, por tanto, que la publicidad relativa a ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L. que figura en estas páginas hubiese sido insertada por un tercero ajeno a esta entidad.

Por tanto, resulta que ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L. no disponía del consentimiento de la afectada para los tratamientos de datos realizados, consistente en la utilización de su imagen en las citadas Webs.

Por todo lo que antecede, se considera infringido el artículo 6.1 de la LOPD por parte del denunciado, que es responsable de dicha infracción.

#### IV

Asimismo, el presente procedimiento tiene por objeto determinar las responsabilidades que se derivan de la revelación de los datos que resulta de la divulgación de la fotografía de la denunciante a través de las webs [www.carnetjove.cat](http://www.carnetjove.cat), [www.zonaregalo.com](http://www.zonaregalo.com), [www.offerum.com](http://www.offerum.com),

www.aladinia.com.

El artículo 10 de la LOPD dispone:

*“El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”.*

El deber de confidencialidad obliga no sólo al responsable del fichero sino a todo aquel que intervenga en cualquier fase del tratamiento.

Este deber de secreto comporta que el responsable de los datos almacenados no pueda revelar ni dar a conocer su contenido, teniendo el *“deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo”*. Este deber es una exigencia elemental y anterior al propio reconocimiento del derecho fundamental a la libertad informática, a que se refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30/11, y, por lo que ahora interesa, comporta que los datos tratados no pueden ser conocidos por ninguna persona o entidad ajena fuera de los casos autorizados por la Ley, pues en eso consiste precisamente el secreto.

Este deber de sigilo resulta esencial en las sociedades actuales cada vez más complejas, en las que los avances de la técnica sitúan a la persona en zonas de riesgo para la protección de derechos fundamentales, como la intimidad o el derecho a la protección de los datos que recoge el artículo 18.4 de la Constitución Española. En efecto, este precepto contiene un *“instituto de garantía de los derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”* (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30/11). Este derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino que impida que se produzcan situaciones atentatorias con la dignidad de la persona, es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida.

Igualmente, cabe destacar la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional, de fecha 14/09/2001, que en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto señala:

*“Pues bien, la conducta que configura el ilícito administrativo -artículo 43.3.g) de la Ley Orgánica 5/1992- requiere la existencia de culpa, que se concreta, por lo que ahora interesa, en el simple incumplimiento del deber de guardar secreto, deber que se transgrede cuando se facilita información a terceros de los datos que sobre el titular de una cuenta bancaria dispone la entidad recurrente, siendo indiferente a estos efectos que los datos se facilitaran mediante engaño, pues la entidad bancaria no observó una conducta diligente tendente a salvaguardar el expresado deber de secreto, y esta conducta basta para consumar la infracción cuya sanción se recurre en el presente recurso. En consecuencia, esa falta de diligencia configura el elemento culpabilístico de la infracción administrativa y resulta imputable a la recurrente. En definitiva, concurren los requisitos exigibles para que la conducta sea culpable, pues la conducta desarrollada vulnera el deber de guardar secreto, es una conducta tipificada como infracción administrativa, y la voluntariedad reviste forma de culpa”.*

En el presente caso, la entidad ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L., con la incorporación

de la fotografía de la denunciante a las webs [www.carnetjove.cat](http://www.carnetjove.cat), [www.zonaregalo.com](http://www.zonaregalo.com), [www.offerum.com](http://www.offerum.com), [www.aladinia.com](http://www.aladinia.com), sin acceso restringido, permitió el acceso por parte de terceros a datos personales relativos a la misma, según el detalle que conste en los hechos probados, cuestión que ha quedado acreditada en el presente procedimiento sin que el titular de los datos, en concreto, la denunciante, hubiesen prestado su consentimiento para ello.

Por tanto, queda acreditado que por parte de ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L., responsable de la custodia de los datos en cuestión, se vulneró el deber de secreto, garantizado en el artículo 10 de la LOPD, al haber posibilitado el acceso no restringido por terceros a datos personales sin contar con el consentimiento del titular de tales datos.

Este incumplimiento aparece tipificado como infracción grave en el artículo 44.3.d) de dicha norma, que califica como tal *“La vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal al que se refiere el artículo 10 de esta Ley”*.

## V

Los hechos constatados, consistentes en tratar los datos de la denunciante insertando una fotografía de la misma en las webs citadas y facilitar a terceros el acceso a dicha imagen sin el consentimiento de la titular de los datos, constituye una base fáctica para fundamentar la imputación a ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L. de las infracciones de los artículos 6 y 10 de la LOPD.

No obstante, nos encontramos ante un supuesto de concurso medial, en el que un mismo hecho deriva en dos infracciones, dándose la circunstancia que la comisión de una implica, necesariamente, la comisión de la otra. Esto es, del tratamiento de datos que supone incorporar una imagen a la web, a su vez, deriva en una vulneración del deber de secreto.

Por lo tanto, aplicando el artículo 4.4 del citado Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, procede subsumir ambas infracciones en una, procediendo imponer únicamente declarar la infracción del artículo 6 de la LOPD que, además, se trata de la infracción originaria que ha implicado la comisión de la otra.

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

En el presente caso se cumple el supuesto de hecho que tipifica este precepto, es decir, resulta acreditado un tratamiento de datos personales por parte de ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L. y la exigibilidad del consentimiento viene dada en la norma aplicable. Al tratar los datos de la denunciante sin su consentimiento, ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L. ha cometido la infracción tipificada en dicho artículo.

## VI

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



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

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

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

Trasladando las consideraciones expuestas al supuesto que nos ocupa, se observa que la infracción de la LOPD de la que se responsabiliza al denunciado es una infracción “grave”; que el denunciado no ha sido sancionado o apercibido por este organismo en ninguna ocasión anterior; y que concurren de manera significativa varias de las circunstancias descritas en el artículo 45.5 de la LOPD. Todo ello, unido a la naturaleza de los hechos que nos ocupan, justifica que la AEPD **no acuerde 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 cuyo objeto 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 que examinamos, en fecha 27/11/2014, los Servicios de inspección de la AEPD accedieron a las páginas web [www.carnetjove.cat](http://www.carnetjove.cat), [www.zonaregalo.com](http://www.zonaregalo.com), [www.offerum.com](http://www.offerum.com), [www.aladinia.com](http://www.aladinia.com), comprobando que en ellas continuaba apareciendo publicidad insertada por ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L. pero sin que en la misma figurase la fotografía denunciada.

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

De acuerdo con lo señalado,

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

**SE ACUERDA:**

**1.- ARCHIVAR** el procedimiento **A/00390/2014** seguido contra la entidad ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L., 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 entidad ROC ROI PALLARS SOBIRA, S.L. y a DÑA. **B.B.B.**

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