



Procedimiento N°: A/00411/2016

RESOLUCIÓN: R/03132/2016

En el procedimiento A/00411/2016, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad **REPORTAJES ARAGÓN S.C.**, vista la denuncia presentada por D. **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha de 23 de diciembre de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito de D. **A.A.A.** (en adelante el denunciante) en el que declara:

*<<En el mes de mayo de 2015 mi hija **B.B.B.**, de ** años, se hizo una foto para la orla del colegio con sus compañeros; esta orla se distribuyó a las familias y un ejemplar para el colegio. Hasta ahí todo en orden. Sin embargo el estudio fotográfico encargado del trabajo ha expuesto una orla en una vitrina de su establecimiento que es visible desde la calle (aporto fotografías). Al solicitar a dicho establecimiento que lo retirara de la vista del público se ha negado en repetidas ocasiones, vulnerando a nuestro juicio el derecho de nuestra hija a su privacidad, >>*

Aporta fotografías en las que se muestra la fachada de REPORTAJES ARAGÓN, en la que se muestra una vitrina en la que aparece una orla de la promoción AA-AA1 de Primaria del colegio XXXX, en el que se muestra claramente las fotografías de los alumnos de dicha promoción, así como sus nombres completos.

SEGUNDO: Con fecha 03/02/2016 se solicita información a REPORTAJES ARAGÓN S.C., responsable del establecimiento denunciado, teniendo conocimiento de los siguientes extremos, conforme al informe de actuaciones previas de inspección E/00310/2016 que se transcribe:

"ACTUACIONES PREVIAS

1. Solicitada información a REPORTAJES ARAGÓN la entidad manifiesta:

*<<1. En relación a os datos que figuran en nuestros ficheros relativos a **B.B.B.**, indicar que no disponemos de ningún dato sino únicamente la foto que la propia madre seleccionó que deseaba saliera en la orla, ya que se vienen realizando las orlas del Colegio XXXX desde hace 30 años.*

2. Respecto al consentimiento, todos los padres que desean que sus hijos figuren en la orla del año en curso acuden al estudio. No existe ningún encargo personal por parte de ninguno de los padres, ni por los menores, sino que el encargo se hace por el colegio.

La orla del año en curso sólo se encuentra a disposición de los padres durante el año, posteriormente se destruyen los sobrantes. >>

TERCERO: Con fecha 18 de noviembre 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/00411/2016. Dicho acuerdo fue notificado a los denunciantes y al denunciado.

CUARTO: Con fecha 12/12/2012 se recibe en esta Agencia escrito del denunciado en el que reitera lo manifestado en las actuaciones previas de inspección y añade que al recibir la noticia de que los padres de la menor **B.B.B.** no querían que la misma pudiera ser vista por terceras personas, se optó por la retirada de la orla en la que aparecía la menor del espacio al que tienen acceso los clientes, no existiendo desde entonces ninguna orla en los lugares de acceso al público del establecimiento.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: Con fecha de 23 de diciembre de 2015 tiene entrada en esta Agencia un escrito del denunciante en el que declara:

*<<En el mes de mayo de 2015 mi hija **B.B.B.**, de ** años, se hizo una foto para la orla del colegio con sus compañeros; esta orla se distribuyó a las familias y un ejemplar para el colegio. Hasta ahí todo en orden. Sin embargo el estudio fotográfico encargado del trabajo ha expuesto una orla en una vitrina de su establecimiento que es visible desde la calle (aporto fotografías). Al solicitar a dicho establecimiento que lo retirara de la vista del público se ha negado en repetidas ocasiones, vulnerando a nuestro juicio el derecho de nuestra hija a su privacidad, >>*

SEGUNDO: El denunciante aportó fotografías en las que se muestra la fachada de REPORTAJES ARAGÓN, en la que se muestra una vitrina en la que aparece una orla de la promoción AA-AA1 de Primaria del colegio XXXX, en el que se muestra claramente las fotografías de los alumnos de dicha promoción, así como sus nombres completos, entre ellas la de **B.B.B.**.

TERCERO: En fecha 12/12/2016 REPORTAJES ARAGÓN comunica que la orla en la que figuraba la fotografía de la menor **B.B.B.** ha sido retirada del espacio al que tienen acceso los clientes, no quedando expuesta ninguna orla en los lugares de acceso público del establecimiento.

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

La LOPD en sus art. 1 y 2.1) establece:

“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.”

“1. 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.”

III

La LOPD delimita su ámbito de aplicación en el párrafo primero de su artículo 2.1, definiendo el concepto de dato de carácter personal en su artículo 3.a) como *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*. El tratamiento de datos se define en la letra c) del mismo precepto como las *“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”*.

A la vista de lo anterior, se deduce que la imagen de una persona (en este caso su fotografía) ha de ser considerada como dato de carácter personal y su tratamiento sometido a la citada Ley Orgánica, por lo que, con carácter general, no será posible su utilización o cesión si el interesado (en este caso sus padres al tratarse de una menor) no ha dado su consentimiento para ello.

IV

El artículo 10 de la LOPD dispone que: *“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.”*

En el presente caso ha quedado acreditado en el expediente, que la fotografía de la menor **B.B.B.** figuraba en una orla expuesta en la vitrina del establecimiento de REPORTAJES ARAGON visible desde la calle, siendo por tanto de acceso al público, y ello en contra de la voluntad manifestada por los padres de la menor, por lo que ha de entenderse vulnerado el deber de secreto que impone el artículo 10 de la LOPD.

V

El artículo 44.3.d) de la LOPD califica como infracción grave: *“La vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal al que se refiere el artículo 10 de la presente Ley”*

Así el denunciado ha incurrido en la infracción grave descrita, pues incumplió el deber de secreto previsto en el artículo 10 de la LOPD revelando el dato personal de la menor, su imagen (fotografía). Infracción grave que podría ser sancionada con multa de 40.001 a 300.000 euros de acuerdo con el art. 45.2 de la LOPD.

VI

No obstante lo anterior, el apartado 6 del artículo 45 de la LOPD 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 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 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.

VII

Ahora bien, en el presente supuesto, no obstante lo anterior, debe analizarse la circunstancia de que el apercibimiento que correspondería de acuerdo con el artículo 45.6 de la LOPD, no tendría aparejado requerimiento o medida correctora alguna a adoptar por el denunciado. Téngase en cuenta que durante la tramitación del procedimiento ha quedado acreditado que REPORTAJES ARAGON ha comunicado a esta Agencia la medida correctora adoptada consistente en la retirada de la orla que contenía la foto de la menor, objeto de denuncia., del lugar de acceso público del establecimiento.

Por tanto, esta Agencia no podría apercibir al denunciado por la comisión de la infracción al artículo 10 de la LOPD requiriéndole la adopción de medidas correctoras que evitasen la vulneración del deber de secreto respecto de la imagen de la menor, evitando el acceso indebido a la misma por terceras personas.

A la vista de dicha situación, es obligado hacer mención a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013, (Rec. 455/2011), Fundamento de Derecho Sexto,



que aunque referida al apercibimiento regulado en el artículo 45.6 de la LOPD también resulta extrapolable al apercibimiento regulado en el artículo 39 bis 2 de la LSSI, advierte a propósito de la naturaleza jurídica de dicha figura que *“no constituye una sanción”*, tratándose de *“medidas correctoras de cesación de la actividad constitutiva de la infracción”* que *sustituyen* a la sanción. Así, la Sentencia entiende que el artículo 45.6 de la LOPD confiere a la Agencia Española de Protección de Datos 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 la misma, la Sentencia de la Audiencia Nacional citada concluye que cuando las medidas correctoras objeto del apercibimiento ya hubieran sido adoptadas por el infractor, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

A la vista del pronunciamiento recogido en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29/11/2013 (Rec. 455/2011), reforzado posteriormente en su Sentencia de fecha 10/06/2014 (Rec. 166/2013), referentes a los supuestos en los que el sujeto responsable de la infracción **ha adoptado las medidas correctoras oportunas** para subsanar la situación creada, y en armonía con lo señalado **debe procederse al archivo de las actuaciones practicadas.**

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1. **ARCHIVAR** el procedimiento **A/00411/2016** seguido contra **REPORTAJES ARAGÓN S.C.**, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 de la LOPD, en relación con la denuncia por la infracción del artículo 10 de la citada ley.
2. **NOTIFICAR** el presente Acuerdo a **REPORTAJES ARAGÓN S.C.**
3. **NOTIFICAR** el presente Acuerdo a D. **A.A.A.**

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 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