



Procedimiento N°: A/00471/2017

RESOLUCIÓN: R/00430/2018

En el procedimiento A/00471/2017, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad ATALAYAS SERVICIOS RÁPIDOS, S.L.U., vista la denuncia presentada por Don **A.A.A.** y en virtud de los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 7 de junio de 2017 tiene entrada en esta Agencia una denuncia remitida por la Dirección General de Comercio, Consumo y Simplificación administrativa de la Región de ***LOC.1 (Consejería de Empleo, Universidades y Empresa), presentada ante la misma por Don **A.A.A.** (en lo sucesivo, el denunciante), en la que manifiesta lo siguiente:

El día 3 de mayo de 2017 vio publicado en la red social Facebook un anuncio publicitario de un evento de McDonalds ***LOC.1, que se iba a celebrar el 4 de mayo, con motivo del día de la madre. Este anuncio incluía una fotografía en la que aparecía su hija, menor de catorce años. Dicha fotografía se publicó sin su consentimiento, pues ni siquiera tenían noticias de su existencia.

Aporta copia del mencionado anuncio.

SEGUNDO: Con fecha 13 de junio de 2017 figura Diligencia de Inspección para hacer constar que se ha obtenido copia, a través de Internet, del evento correspondiente al anuncio publicitario objeto de este procedimiento, en el que no aparece la fotografía.

TERCERO: Consultada el 31 de enero de 2018 la aplicación de la AEPD que gestiona la consulta de antecedentes de sanciones y apercibimientos precedentes, a la entidad denunciada no le constan registros previos.

CUARTO: Con fecha 12 de febrero de 2018 la Directora de la Agencia Española de Protección de Datos acordó someter a trámite de audiencia previa el presente procedimiento de apercibimiento A/00471/2017. Dicho acuerdo fue notificado a la entidad denunciada.

QUINTO: Con fecha 27 de febrero de 2018 se recibe en esta Agencia escrito de la entidad denunciada, en el que comunica lo siguiente:

1. La imagen objeto de la presente denuncia fue publicada en la red social Facebook el día 3 de mayo de 2017 con el fin de comunicar una actividad gratuita en el restaurante.

2. El día 4 de mayo de 2017, el denunciante se personó en el restaurante, dejando su número de teléfono móvil, indicando un plazo de 5 días hábiles para que se le llamara y se le comunicara el importe de la indemnización, pues, en caso contrario, interpondría una denuncia. El gerente del restaurante pidió disculpas por el hecho al denunciante y se procedió ese mismo día a la eliminación de la imagen. El día 10 de mayo de 2017, el denunciante se personó nuevamente en el restaurante y presentó una reclamación.
3. La entidad denunciada ha adoptado una serie de medidas como resultado de los hechos a fin de que no se repitan. Con fecha 15 de mayo de 2017 se recordó a los trabajadores y a las empresas encargadas de las redes sociales la necesidad de no publicar fotos en dichas redes sociales o en la página web sin contar con el consentimiento del interesado, o de sus padres o tutores en caso de menores de catorce años. A estos efectos, se elabora una cláusula para recabar dicho consentimiento de manera escrita. Así mismo, se establece la revisión mensual de fotografías publicadas en las redes.

Aporta, entre otra documentación, el documento de seguridad, acreditación de que la imagen fue eliminada el día 4 de mayo de 2017, acta de la reunión celebrada el día 15 de mayo de 2017 con las medidas acordadas y copia del modelo de autorización escrita para publicar imágenes en las redes sociales de la entidad denunciada.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: El día 3 de mayo de 2017, la entidad ATALAYAS SERVICIOS RÁPIDOS, S.L.U., publicó en Facebook un anuncio publicitario de un evento de McDonalds ***LOC.1 que incluía una fotografía en la que aparecía una menor de catorce años, sin el consentimiento de sus padres o tutores.

SEGUNDO: Ante la reclamación presentada por el padre de la menor afectada, la entidad denunciada procedió a eliminar la fotografía el día 4 de mayo de 2017 y a adoptar otras medidas para evitar que los hechos se repitan: el recordatorio a los trabajadores y empresas responsables de redes sociales de la prohibición de publicar fotografías sin consentimiento de los afectados, la elaboración de una cláusula para recabar dicho consentimiento por escrito y el establecimiento de una revisión mensual de las fotografías publicadas.

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 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal (en lo sucesivo, 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, 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 ajusta a este concepto por cuanto permite la identificación de la persona afectada. En relación con la 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 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, según 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 publicación de la imagen denunciada en una red social puede considerarse un tratamiento de datos de carácter personal incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada, en la medida en que dicho tratamiento se efectúa sobre información concerniente a una persona física identificada o identificable, por lo que debe concluirse la plena aplicabilidad de los principios y garantías expuestos en la normativa de protección de datos de carácter personal.

III

Se imputa en este caso a la entidad denunciada la comisión de una infracción del artículo 6 de la LOPD, que dispone:

“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”.

Dicho principio conlleva la necesidad del consentimiento inequívoco del afectado para que puedan tratarse sus datos de carácter personal, el consentimiento permite así al afectado ejercer el control sobre sus datos de carácter personal (la autodeterminación informativa), ya que es el propio interesado quien tiene que otorgar su consentimiento para que se pueda realizar el tratamiento de los citados datos.

Se trata de una garantía fundamental que solo encuentra como excepciones a ese consentimiento del afectado, las establecidas en una ley, recogiendo en el apartado 2 del citado artículo 6 LOPD una serie de excepciones a la prestación del citado consentimiento:

“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”.

Este precepto ha de ser puesto en relación con el artículo 13 del RLOPD, que, sobre el consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad, establece:

“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”.

El tratamiento de datos sin consentimiento 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 consustanciales al derecho fundamental a la protección de datos personales, la facultad que tiene el afectado de consentir en la recogida y tratamiento de sus datos personales y el conocimiento de la finalidad y del uso

posterior que se va a dar a sus datos, así como de la identidad del que realiza el tratamiento.

En el presente caso, ha quedado acreditado que ATALAYAS SERVICIOS RÁPIDOS, S.L.U., no ha contado con el consentimiento de los padres o tutores de la menor de catorce años afectada para la publicación de su imagen en Facebook.

IV

El artículo 44.3.b) de la LOPD califica como 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”.

De acuerdo con los fundamentos anteriores, entendemos que por parte de ATALAYAS SERVICIOS RÁPIDOS, S.L.U., se han tratado datos de carácter personal de una menor de catorce años sin el consentimiento de sus padres o tutores, lo que procede calificar como infracción grave.

V

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 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 a la entidad denunciada es una infracción “grave”; que la entidad denunciada no ha sido sancionada o apercibida por esta Agencia en ninguna ocasión anterior; y que concurren de manera significativa varias de las circunstancias descritas en el artículo

45.4 de la LOPD: el carácter puntual de la infracción, el volumen de los tratamientos efectuados, la no vinculación de la actividad de la entidad denunciada con la realización de tratamientos de datos de carácter personal y su volumen de negocio. 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 no se requieran medidas correctoras, lo procedente en Derecho es acordar el archivo de las actuaciones.

En este caso concreto, atendida la naturaleza de la infracción y vistas las medidas ya adoptadas por el responsable de la misma, como son la retirada de la imagen que había publicado en la red social Facebook, el recordatorio a los trabajadores y empresas responsables de redes sociales de la prohibición de publicar fotografías sin consentimiento de los afectados, la elaboración de una cláusula para recabar dicho consentimiento por escrito y el establecimiento de una revisión mensual de las fotografías publicadas, debe procederse, en consecuencia, a resolver el archivo de las actuaciones, sin practicar apercibimiento o requerimiento alguno a la entidad denunciada, en aplicación de la interpretación del artículo 45.6 de la LOPD, atendida su interpretación sistemática y teleológica. Recordando que la reiteración en conductas como la denunciada constituye un supuesto sobre el que concurren las circunstancias previstas para la aplicación del régimen sancionador contemplado en la LOPD.

A la vista del pronunciamiento recogido en la SAN de 29/11/2013 (Rec.455/2011) 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 (A/00471/2017) las actuaciones practicadas a ATALAYAS SERVICIOS RÁPIDOS, S.L.U., 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, con

relación a la denuncia por infracción de su artículo 6, tipificada como **grave** en el artículo 44.3.b).

2.- NOTIFICAR el presente Acuerdo a ATALAYAS SERVICIOS RÁPIDOS, S.L.U.

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