



Procedimiento N°: A/00197/2017

RESOLUCIÓN: R/01972/2017

En el procedimiento A/00197/2017, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la entidad CENTRO DOWN - XXXXX, ASOCIACIÓN SÍNDROME DE DOWN, vista la denuncia presentada por Doña **B.B.B.**, y en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 7 de febrero de 2017, se recibió en esta Agencia un escrito remitido por Doña **B.B.B.**, en el que expone lo siguiente:

“La Asociación ha publicado una fotografía donde aparecen sus dos hijas menores, sin su consentimiento. Dicha fotografía aparece en un calendario que se vende a los familiares de los asociados, e igualmente se ha repartido junto con El Diario de XXX a finales del mes de MM de AA.

Con fecha 9 de diciembre de AA, remitió burofax a la citada asociación solicitando la retirada inmediata de la fotografía, no habiendo recibido contestación al mismo.”

SEGUNDO: A la vista de los hechos denunciados, en fase de actuaciones previas, por los Servicios de Inspección de esta Agencia se tuvo conocimiento de los siguientes extremos, detallados en el Informe de Actuaciones Previas elaborado:

Con fecha 8 de mayo de 2017, se recibe en esta Agencia escrito de la Asociación Centro DOWN-XXXXX, en el que pone de manifiesto que:

- a. La Asociación se financia con las cuotas de los padres con hijos Down, subvenciones y familias que, de forma voluntaria, hacen aportaciones económicas.
- b. Entre los socios colaboradores se encuentra la denunciante. Cuando llegó el momento de confeccionar el calendario donde aparece la fotografía, se decidió y se informó a todos los socios y familias colaboradoras, la idea de realizar la fotografía con todos los que quisieran formar parte de ella, entendiéndose así que todos los que se incorporaron al grupo para hacerse la fotografía, prestaban su consentimiento para exponerla en el calendario.
- c. La posición de las hijas de la denunciante en la fotografía, no las hace claramente identificables.
- d. No se dio contestación al escrito remitido por la denunciante. No obstante, se paralizó la entrega de calendarios. Se adjunta un correo del Presidente dando la orden de paralización de distribución de los calendarios.



- e. Posteriormente se llevó a cabo una ocultación del rostro de las niñas, según se muestra en el calendario que se adjunta.

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/00197/2017. 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 reitera lo ya manifestado durante las actuaciones previas de investigación, insistiendo en que fue informada del momento en que se haría la fotografía y su utilización para el calendario.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO: La Asociación Centro DOWN-XXXXX ha publicado un calendario de AA con una fotografía colectiva en la última página del mismo, en la que se incluye la imagen de las dos hijas menores de la denunciante.

SEGUNDO: Doña **B.B.B.**, la denunciante expone que la publicación se ha hecho sin su consentimiento.

TERCERO: La Asociación Centro DOWN-XXXXX, cuando conoció la oposición de la denunciante a que la imagen de sus hijas apareciese en el calendario procedió a paralizar su entrega y ocultó los rostros de las menores.

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

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”*, las fotografías objeto del presente procedimiento se ajustan 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”.

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 incorporación de una fotografía a un soporte como es un calendario, puede considerarse un tratamiento de datos personales incluido en el ámbito de aplicación de la normativa citada, en la medida en que dicho tratamiento se efectúa sobre información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, 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

El artículo 4.2 de la LOPD, que dispone lo siguiente:

“Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos.”

El artículo 3.d) de la LOPD, define como responsable del fichero a la *“persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”*, en este caso en concreto la denunciada es responsable del tratamiento de los datos de la denunciante, que conoce por haber recibido como parte un procedimiento judicial y, según ha reconocido, fue ella misma quién publica estos datos en un tablón de anuncios público sin contar con el consentimiento de la titular de los mismos.

El principio de calidad que prohíbe utilizar datos para una finalidad incompatible o distinta de aquella para la que los mismos fueron recabados, se contiene en el Título II de la LOPD, como uno de los principios básicos de la protección de datos.

Asimismo, el apartado 2 del artículo 4 de la LOPD está muy relacionado con el consentimiento regulado en el artículo 6 de la Ley Orgánica mencionada, que ha acentuado las garantías precisas para el tratamiento de los datos personales en lo relativo a los requisitos del consentimiento, de la información previa a éste, y de las finalidades para las que los datos pueden ser recabados y tratados.

En el supuesto examinado, no se ha acreditado por parte de la Asociación Centro DOWN-XXXXX que obtuviera el consentimiento de la denunciante para el tratamiento de los datos personales de las hijas de ésta, menores de edad (fotografía), con la finalidad de que fueran utilizados para la elaboración de un calendario en los que dicha fotografía apareciera impresa.

En el caso que nos ocupa, la Asociación Centro DOWN-XXXXX estaba habilitada para tratar los datos de las hijas de la denunciante para la realización de un reportaje fotográfico, pero no para otra finalidad distinta como era publicarla en un calendario que se entregaría para obtener fondos para la Asociación.

IV



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 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”.*

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.

En el presente caso, consta acreditado que la Asociación denunciada es responsable de haber insertado en un calendario una fotografía colectiva en la que se encontraban las dos hijas menores de la denunciante, sin que para ello hubiese obtenido el preceptivo consentimiento de los tutores legales de las menores. Según las pruebas aportadas por la denunciante, la fotografía en cuestión figuraba en el calendario 2017 de la Asociación, circunstancia que no ha sido negada por ésta.

Este hecho constituye un tratamiento de datos de carácter personal que exige disponer del consentimiento inequívoco de los afectados, correspondiendo al denunciado acreditar esta circunstancia.

El denunciado ha alegado que la denunciante es colaboradora de la asociación y que cuando se decidió hacer la fotografía para incluirla en el calendario 2017 se informó a socios colaboradores del lugar, fecha y hora en que se haría, para que participase el que lo deseara. Acudió el esposo de la denunciante con sus hijas, y si ella se oponía debió actuar antes de que se produjese el hecho.

Por tanto, el denunciado realizó un tratamiento de los datos personales de las menores sin el consentimiento de sus tutores legales, sin estar habilitado para ello y sin que concurra ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 6.2 de la LOPD. Ha quedado acreditado que la denunciante no prestó el necesario consentimiento previo para el tratamiento de los datos, y tampoco concurre ninguno de los supuestos exentos de prestar tal consentimiento, de modo que se considera infringido el citado artículo 6.1 de la LOPD.

Resulta, por tanto, evidente la existencia de, al menos, una falta de la diligencia debida en los hechos imputados plenamente imputable al denunciado.

En consecuencia, 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.

V

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 por la que se sanciona al imputado vulnera el citado principio, toda vez que ha quedado acreditado el tratamiento de los datos personales de las hijas de la denunciante, al publicarlos en el referido calendario sin que la Asociación pueda acreditar el consentimiento de sus representantes legales. Por tanto, el denunciado, que interviene en los hechos como responsable del tratamiento, realizado a su propia iniciativa, 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.

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 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 su actividad con la realización de tratamientos de datos de carácter personal, su volumen de negocio o actividad, el grado de intencionalidad apreciado y el volumen de tratamientos de datos personales afectados por la infracción, así como la inmediata respuesta al conocer la oposición de la denunciante para que la imagen de sus hijas en la fotografía objeto de la denuncia fuese borrada de los calendarios que no habían sido distribuidos.

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 fotografía de las hijas de la denunciante fueron borradas inmediatamente de los calendarios que no se habían distribuido, al tener conocimiento de que la oposición a su publicación.

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 la denunciada ha adoptado las



medidas correctoras oportunas, de acuerdo con lo señalado se debe proceder al archivo de las actuaciones. No obstante, y para evitar problemas similares a los denunciados, la Asociación deberá obtener el consentimiento inequívoco para el tratamiento de los datos personales, bien a los afectados o a sus representantes o tutores legales si se trata de menores o discapacitados; así como conservar la acreditación de dicho consentimiento.

De acuerdo con lo señalado,

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

SE ACUERDA:

1.- ARCHIVAR el procedimiento **A/00197/2017** seguido contra la Asociación Centro DOWN-XXXXX, 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 Asociación Centro DOWN-XXXXX.

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